Universiteit Leiden
The Netherlands

Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde

Geelhoed, W.

Citation

Geelhoed, W. (2013, December 16). *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/22969

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/22969

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

Cover Page

Universiteit Leiden

Leiden University Repository

The handle http://hdl.handle.net/1887/22969 holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Geelhoed, Willem
Title: Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie : een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde
Issue Date: 2013-12-16

Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie

Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie

Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op maandag 16 december 2013
klokke 15.00 uur

door

Willem Geelhoed

geboren te Goes

in 1980

Promotiecommissie:

Promotor: prof. mr. C.P.M. Cleiren

Co-promotor: mr. dr. G.K. Schoep

Overige leden: prof. mr. N.M. Dane
prof. mr. A.H. Klip (Maastricht University)
prof. mr. J.B.H.M. Simmelink (Maastricht University)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Kluwer, Deventer

© 2013 W. Geelhoed

ISBN 978-90-1312-132-2

Dit onderzoek was mogelijk dankzij een studieverblijf aan het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, waarvoor het Leids Universiteits Fonds (LUF) een garantiesubsidie heeft verstrekt.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XI

1 INLEIDING 1

1.1 De inherente spanning tussen opportuniteitsbeginsel en Europees recht 1
1.2 Een schets van de problematiek 2
1.2.1 Getrapte strafrechtelijke handhaving 2
1.2.2 Harmonisatie van materieel en formeel strafrecht 5
1.2.3 Samenwerking in strafzaken binnen de Europese Unie 6
1.2.4 Institutionele reorganisatie van strafrechtelijke samenwerking 8
1.3 De aard van de gesignaleerde problematiek 11
1.3.1 Een dogmatisch probleem 11
1.3.2 Een rechtscultureel probleem 17
1.3.3 Een constitutioneel probleem 19
1.3.4 Een integratieprobleem 23
1.4 Vraagstelling en afbakening 32
1.4.1 Centraal probleem en vraagstelling 32
1.4.2 De internationale dimensie, beperkt tot de Europese Unie 33
1.4.3 Opsporing en vervolging 35
1.4.4 Beleidsruimte bij tenuitvoerlegging van sancties 36
1.4.5 Rechtsvergelijkend onderzoek 39
1.5 Methode 40
1.5.1 Randvoorwaarden voor een bruikbare theorie 40
1.5.2 Beperkingen van de theorieën van Foqué en 't Hart 43
1.5.3 MacCormicks theorieën over het recht, de staat en de praktische rede 45
1.5.4 Theoretische benadering van de vraagstelling 49
1.6 Sleutelbegrip: het opportuniteitsbeginsel als beginsel en als regel 55
1.6.1 De groeiende reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel 55
1.6.2 Twee betekenissen 55
1.6.3 De theoretische achtergrond van rechtsbeginselen 57
1.6.4 Plaatsing van het opportuniteitsbeginsel als beginsel 58
1.6.5 De verhouding tot het vervolgingsmonopolie 60
1.7 Deelvragen en plan van behandeling 61
1.7.1 De ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel 61
1.7.2 Het algemeen belang 62
1.7.3 De procedurele en institutionele context van het opportuniteitsbeginsel 63

1.7.4 Het opportuniteitsbeginsel en de Europese strafrechtelijke samenwerking 63
1.7.5 Het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht 64
1.7.6 Opbouw, methode en deelvragen 65

2 HET NEDERLANDSE OPPORTUNITEITSBEGINSEL IN HISTORISCH PERSPECTIEF 67
2.1 Inleiding 67
2.2 Strafrechtelijke handhaving voor de Franse tijd 70
2.2.1 Van schadevergoeding naar zoengeld 70
2.2.2 De opkomst van het inquisitoire proces en vervolging ex officio 71
2.2.3 Vereenvoudigde afdoening 72
2.3 De invloed van het Franse recht 73
2.3.1 Pogingen tot vernieuwing van het strafprocesrecht 73
2.3.2 Het legaliteitsbeginsel in het Franse recht 74
2.3.3 De invoering van het Franse recht in Nederland 75
2.4 De Nederlandse Wetboeken in de negentiende eeuw 76
2.4.1 Het Wetboek van Strafvordering van 1838 76
2.4.2 De toepassing van het opportuniteitsbeginsel voor 1926 82
2.4.3 Overige argumenten voor het opportuniteitsbeginsel 85
2.5 De opkomst van het legaliteitsbeginsel in Duitsland 87
2.6 De codificatie van het opportuniteitsbeginsel 89
2.6.1 Het Ontwerp-Ort 89
2.6.2 Het Ontwerp van de Staatscommissie 91
2.6.3 Het Advies van de Raad van State en het Oorspronkelijk Regeringsontwerp 96
2.6.4 Het Gewijzigd Ontwerp 96
2.6.5 De parlementaire behandeling van het Nieuw Gewijzigd Ontwerp 98
2.6.6 Afsluitend over de codificatie 100
2.7 De opkomst van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel 101
2.7.1 Positieve en negatieve interpretatie tot en met de codificatie 101
2.7.2 Opkomst van de positieve interpretatie 103
2.7.3 Het opportuniteitsbeginsel sinds de jaren zeventig 108
2.7.4 Recente ontwikkelingen in de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel 109
2.8 Rechtshandhaving 111
2.8.1 Rechtshandhaving binnen de democratische rechtsstaat 111
2.8.2 De taak van het OM 114
2.9 Deelconclusie 117

3 HET ALGEMEEN BELANG EN DE EFFECTIVITEIT VAN HET EUROPESE RECHT 123
3.1 Inleiding 123
3.2 Een theoretisch perspectief op het algemeen belang 126
3.2.1 Een catalogische en een axiologische dimensie 126
3.2.2 Redenen om te handelen 128
3.2.3 Een normatieve maatstaf 131
3.2.4 Morele en juridische beslissingen en de rol van het strafrecht 133
3.3 Toepassing van het algemeen belang in het strafrecht 136
3.3.1 Redenen omtrent opsporing en vervolging 136
3.3.2 Redenen voor niet-vervolging: de sepotgronden 137
3.3.3 Redenen voor vervolging in beleidsregels van het OM 146
3.3.4 Beslissingen over beklag tegen niet-vervolging 149
3.3.5 Standpunten over het algemeen belang uit de academische literatuur 151
3.3.6 Analyse van de standpunten in de literatuur 155
3.4 Effectieve handhaving van Europees recht 160
3.4.1 Getrapte handhaving 160
3.4.2 Doeltreffend, evenredig, afschrikkend en gelijkwaardig 163
3.4.3 De inhoud van de evenredigheid 168
3.5 Bestuurlijk gedogen en de beginselplicht tot handhaving 170
3.5.1 Discretionaire vrijheid als uitgangspunt 170
3.5.2 Schorsing en vernietiging van besluiten 171
3.5.3 De opkomst van de beginselplicht tot handhaving 173
3.5.4 Een nieuwe formulering en precisering 174
3.5.5 Kanttekeningen bij de beginselplicht 176
3.5.6 Beginselplicht en opportuniteitsbeginsel vergeleken 177
3.6 Deelconclusie 180

4 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL IN ZIJN INSTITUTIONELE EN PROCEDURELE CONTEXT 183
4.1 Inleiding 183
4.2 Reikwijdte en karakter van het opportuniteitsbeginsel 185
4.2.1 Vervolging, vervolgingsbeslissing en vervolgingsmonopolie 185
4.2.2 Het afleiden van mindere uit meerdere bevoegdheden 189
4.2.3 Consensualiteit en onderhandelen 192
4.2.4 De vervolgingsbeslissing en de componenten daarvan 193
4.3 Bepaling van de omvang van de vervolging 197
4.3.1 Het opportuniteitsbeginsel en de keuze van de tenlastelegging 197
4.3.2 De grondslagleer 199
4.3.3 Relevantie van de Europese dimensie 200

4.4 Buitengerechtelijke afdoening 202
4.4.1 Voorwaardelijk sepot, transactie en strafbeschikking 202
4.4.2 De voeging ad informandum 204
4.4.3 Buitengerechtelijke afdoening door het Europees OM 205
4.5 Geharmoniseerde slachtofferrechten 206
4.5.1 Slachtoffers in het strafproces en de invloed van de Europese Unie 206
4.5.2 Slachtofferbeleid en wetgeving 209
4.5.3 Slachtofferzorg in het Europese beleid 212
4.5.4 Implementatie in de Wet versterking positie slachtoffers 214
4.5.5 Non-punishment in Europese regelgeving 216
4.6 Het opportuniteitsbeginsel in de opsporing 218
4.6.1 Het driehoeksoverleg en andere handhavingsinstanties 218
4.6.2 De wettelijke structuur van de opsporing 220
4.6.3 Het Broodjeswinkel-arrest 222
4.6.4 Mandaat of zelfstandige bevoegdheid 225
4.7 Externe controle 227
4.7.1 Rechterlijke controle op vervolgingsbeslissingen 227
4.7.2 Toetsing aan beginselen van een goede procesorde 228
4.7.3 De Nationale ombudsman 231
4.8 Interne en ministeriële controle mede in Europees perspectief 233
4.8.1 Controle binnen het OM 233
4.8.2 Het OM en de verhouding tot de Minister van Justitie 238
4.8.3 Meineed voor het Hof van Justitie en schending van atoomgeheimen 240
4.8.4 Vervolging van meineed voor het Hof van Justitie 241
4.8.5 Vervolging van schending van atoomgeheimen 242
4.8.6 Een inbreuk op het opportuniteitsbeginsel? 243
4.9 Deelconclusie 245

5 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL EN DE EUROPESE STRAFRECHTELIJKE SAMENWERKING 249
5.1 Inleiding 249
5.2 Het beginsel van wederzijdse erkenning in het Europese recht 252
5.2.1 Uitgangspunten van wederzijdse erkenning in strafzaken 252
5.2.2 Weigering en aanpassing van bevelen 255
5.2.3 De territorialiteitsclausule als bescherming van het opportuniteitsbeginsel 260
5.2.4 Bagateldelicten en proportionaliteit 264
5.2.5 Ne bis in idem en de beslechting van rechtsmachtgeschillen 265
5.2.6 Het opportuniteitsbeginsel en het beginsel van wederzijdse erkenning 265
5.3 Eurojust 268

5.4 Het Europees Openbaar Ministerie 269
5.4.1 Aanzetten tot versterkte fraudebestrijding 269
5.4.2 De rechtsgrondslag voor oprichting 271
5.4.3 Eurojust en het Europees OM als aparte organisaties 273
5.4.4 Een eenheid tussen Eurojust en het Europees OM 275
5.4.5 Het legaliteitsbeginsel 278
5.4.6 Centrale of decentrale organisatie 281
5.4.7 Scelles theorie van dédoublement fonctionnel 282
5.4.8 Een dubbele loyaliteit 285
5.5 Deelconclusie 287

6 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL IN ZIJN MATERIEELRECHTELIJKE CONTEXT 291
6.1 Inleiding 291
6.2 Het opportuniteitsbeginsel en enkele aspecten van vervolgbaarheid 296
6.2.1 Opportuniteit en leeftijdsgrenzen 296
6.2.2 Opportuniteit en verjaring 297
6.2.3 Opportuniteit en klachtdelicten 298
6.3 Opportuniteit en rechtsmacht 302
6.3.1 Verwevenheid van rechtsmacht en vervolgingsbeleid 302
6.3.2 Rechtsmacht en opportuniteit in de zaak-Pinochet 304
6.3.3 Rechtsmacht en opportuniteit in de zaak-Bouterse 308
6.3.4 Een nieuwe verhouding bij internationale misdrijven? 311
6.3.5 Het opportuniteitsbeginsel en de herziening van de rechtsmachtregeling 312
6.4 Het opportuniteitsbeginsel en de reikwijdte van aansprakelijkheid 315
6.4.1 Het opportuniteitsbeginsel bij een omvangrijk strafrecht 315
6.4.2 Een ruime uitleg van algemene leerstukken 316
6.4.3 Een ruime formulering van delictsomschrijvingen 318
6.4.4 Een procesrechtelijk schadebeginsel als alternatief 319
6.4.5 Beperking van aansprakelijkheid door niet-vervolging 320
6.4.6 Een gerichtheid op iets anders dan op de ernst van het feit 323
6.5 De rol van het opportuniteitsbeginsel in (de)criminaliseringsprocessen 324
6.5.1 Het opportuniteitsbeginsel en nieuwe strafbaarstellingen 324
6.5.2 Anticiperend gedogen 327
6.6 Vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen 330
6.6.1 De aanwijzingsbevoegdheid als probleem 330
6.6.2 Mogelijke oplossingen 331
6.6.3 Vervolging van Europese instellingen 333
6.7 Het opportuniteitsbeginsel en strafuitsluitingsgronden 334
6.7.1 Toepassing in elkaars verlengde? 334
6.7.2 Buitenwettelijke rechtvaardigingsgronden en wederrechtelijkheid 337

6.7.3 Het algemeen belang verwerkt in een strafuitsluitingsgrond 339
6.7.4 Opportuniteit en afwezigheid van alle schuld 341
6.7.5 Onderlinge verbondenheid 342
6.8 Opportuniteit en subsocialiteit 343
6.8.1 Het voorstel van Vrij 343
6.8.2 Eerste reacties 346
6.8.3 Latere beschouwingen 352
6.9 Het opportuniteitsbeginsel, vage normen en interpretatie 353
6.9.1 Een balans tussen interpretatie en opportuniteitstoepassing 353
6.9.2 Een minder dogmatisch strafrecht 355
6.9.3 Opportuniteitsbeginsel en rechtsvorming 358
6.10 Het opportuniteitsbeginsel en de harmonisatie van het coffeeshopbeleid 362
6.10.1 Opportuniteitsbeginsel en coffeeshops in Nederland 362
6.10.2 Interpretatie van de Aanwijzing Opiumwet 364
6.10.3 Discussies voorafgaand aan het kaderbesluit drugshandel 366
6.10.4 Discussies bij de implementatie van het kaderbesluit 367
6.10.5 Effectieve handhaving en het coffeeshopbeleid 369
6.10.6 Coffeeshops, vrij verkeer en discriminatie 373
6.11 Deelconclusie 374

7 CONCLUSIES 377
7.1 Het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde 377
7.2 Beleidsvrijheid in de strafrechtelijke handhaving 380
7.3 Het algemeen belang 384
7.4 Gevolgen van Europese integratie 388
7.5 Een gedifferentieerde interpretatie van het opportuniteitsbeginsel 392
7.6 Een vervolgingsbeslissing met drie componenten? 393

SAMENVATTING 399
SUMMARY 413
LITERATUUR 427
JURISPRUDENTIE 473
CURRICULUM VITAE 479

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State
Adv.bl.	Advocatenblad
A-G	Advocaat-generaal
AHJS	A.H.J. Swart
ALM	A.L. Melai
AMvB	Algemene maatregel van bestuur
ARRvS	Afdeling Rechtspraak Raad van State
Avas	Afwezigheid van alle schuld
AWB	Algemene wet bestuursrecht
AWR	Algemene wet inzake rijksbelastingen
BOS/Polaris	Beslissing Ondersteunend Systeem/Polaris-Richtlijn
BVAR	B.V.A. Röling
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
C	G.J.M. Corstens
CML Rev.	Common Market Law Review
COM	Commissiedocument
CONV	Document Europese Conventie
DD	Delikt en Delinkwent
EAA	E.A. Alkema
EBB	Europees Bewijsverkrijgingsbevel
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EG	Europese Gemeenschap
EU	Europese Unie
EUROJUST	EU-Agentschap voor justitiële samenwerking in strafzaken
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GEM	G.E. Mulder
Gw	Grondwet
'tH	A.C. 't Hart
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten
JR	J.M. Reijntjes
JBZ	Justitie en Binnenlandse Zaken
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer

MS	M. Scheltema
MSG	M.S. Groenhuijsen
NbSr	Nieuwsbrief Strafrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
OLG	Oberlandesgericht
OM	Openbaar Ministerie
ORO	Oorspronkelijk regeringsontwerp
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
Sch	T.M. Schalken
SEW	Sociaal-economische wetgeving / Tijdschrift voor Europees en economisch recht
Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
StPO	Strafprozeßordnung
SUO	Schengen Uitvoeringsovereenkomst
Sv	Wetboek van Strafvordering
T	B.M. Taverne
TBS	Terbeschikkingstelling
ThWvV	Th.W. van Veen
Trb.	Tractatenblad
TvPol	Het Tijdschrift voor de Politie
UvA	Universiteit van Amsterdam
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VN	Verenigde Naties
VU	Vrije Universiteit
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WIM	Wet internationale misdrijven
WOTS	Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen
WP	W.P.J. Pompe
YB	Y. Buruma

1 Inleiding

1.1 De inherente spanning tussen opportuniteitsbeginsel en Europees recht

De strafrechtspleging van de lidstaten van de Europese Unie opereert in een veeleisende context. Uitgangspunten van straf- en strafprocesrecht kunnen niet zinvol worden bestudeerd zonder de relevante internationale context daarbij te betrekken. Voor enkele beginselen van het strafrecht geldt zelfs, dat de inhoud daarvan rechtstreeks wordt beïnvloed door het Europese recht. Deze betekenis van het Europese recht, niet alleen voor de Nederlandse samenleving maar ook voor het recht als maatschappelijk ordeningsmechanisme, wordt tegenwoordig gezien als een belangrijk thema voor het wetenschappelijk onderzoek.[1] De beïnvloeding van het strafrecht door het recht van de Europese Unie staat ook in dit proefschrift centraal, en wel ten aanzien van het opportuniteitsbeginsel, dat als uitgangspunt voor het strafrechtelijk optreden onder meer is aanvaard in het Nederlandse recht.

Het opportuniteitsbeginsel is een systeemkenmerk van het Nederlandse strafrecht. Het geeft aan autoriteiten van politie en Openbaar Ministerie (hierna: OM) de mogelijkheid om terughoudend op te treden bij normovertredingen. Ook wanneer er voldoende aanknopingspunten bestaan om strafrechtelijk ingrijpen juridisch te rechtvaardigen, kan daar van worden afgezien. Daarbij wordt als criterium gebruikt dat het 'algemeen belang' met een dergelijke beslissing is gediend. Dit opportuniteitsbeginsel is echter in Europese context problematisch. De effectiviteit van het Europese recht kan immers worden ondermijnd doordat op nationaal niveau weinig of geen prioriteit gegeven wordt aan de handhaving daarvan. Wanneer de strafvorderlijke autoriteiten van de lidstaten een strafbaar feit constateren dat een Europeesrechtelijke dimensie bezit, en strafrechtelijk optreden om de een of andere reden achterwege laten, wordt het effect dat uitgaat van die Europese norm verminderd.

Daarnaast vereist de vergaande integratie binnen de Europese Unie ook een afstemming van de wijze waarop de lidstaten onderling in strafzaken samenwerken, door onder meer de beleidsvrijheid op nationaal niveau te verkleinen. De autoriteiten van de lidstaten hebben dan niet meer de mogelijk-

1 Verkenningscommissie Rechtsgeleerdheid 1995, p. 53-54; Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen 2011 p. 106-107.

heid om eigen prioriteiten een hoger gewicht toe te kennen dan de verzoeken die uitgaan van een andere lidstaat. Strafvorderlijke autoriteiten hebben in toenemende mate te maken met de belangen en vereisten van andere EU-lidstaten en van de Europese Unie als zodanig. Gezien de vergaande mate van samenwerking die de lidstaten van de Europese Unie onderling tot stand hebben gebracht, is het bestaan van ruime discretionaire bevoegdheden op nationaal niveau verdacht: deze bieden de mogelijkheid om, ten koste van de gemeenschappelijke belangen, het eigenbelang te laten zegevieren. Op strafrechtelijk gebied vormt het opportuniteitsbeginsel de meest in het oog lopende rechtsfiguur die een dergelijke dwarsbomende functie kan bezitten. Tussen het recht van de Europese Unie en het opportuniteitsbeginsel bestaat dan ook een inherente spanning, die de aanleiding vormt voor dit onderzoek.

In de juridische literatuur worden al sinds de oprichting van de Europese Gemeenschappen problemen gesignaleerd die voortvloeien uit de spanning tussen het Europese recht en het opportuniteitsbeginsel. Deze problemen beperken zich niet tot een effectiviteits- of samenwerkingsprobleem, en zijn niet zonder meer onder één noemer te brengen of anderszins gemakkelijk op te lossen, en vallen bovendien bij een oppervlakkige beschouwing niet gemakkelijk in het oog. Daarom ook stelt Reijntjes: 'De strijd om het opportuniteitsbeginsel lijkt op het eerste gezicht beslecht, maar in werkelijkheid woedt zij, als een veenbrand, onder de oppervlakte door.'[2] De Europese dimensie, die daarvan misschien wel de belangrijkste oorzaak is, staat hier centraal. De confrontatie van het Europese recht met het opportuniteitsbeginsel kan de 'veenbrand' hopelijk flink aanwakkeren en aan de oppervlakte brengen. Daartoe zullen hieronder eerst enkele concrete problemen worden aangedragen als illustratie van deze spanning tussen het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie, en als schets van het probleem dat aan dit onderzoek ten grondslag ligt. Vervolgens zullen die problemen nog nader worden geanalyseerd, zal een vraagstelling worden geformuleerd en een aanpak gepresenteerd.

1.2 Een schets van de problematiek

1.2.1 Getrapte strafrechtelijke handhaving

Een probleem dat al in de begindagen van de Europese Gemeenschappen gesignaleerd werd, betreft de verplichting voor lidstaten om schendingen van atoomgeheimen strafrechtelijk te vervolgen (artikel 194 Euratom-verdrag). Deze verplichting zou een afwijking inhouden van het opportuniteitsbeginsel.[3] Ook tegenwoordig gaan sommigen ervan uit dat deze bepaling inhoudt dat Neder-

2 Melai/Groenhuijsen, aant. 5 op art. 167.
3 Van Binsbergen 1961, p. 82; Sevenster 1992, p. 32.

land verplicht is om deze specifieke categorie strafbare feiten steeds te vervolgen.[4] Anderen menen echter dat deze vervolgingsplicht geen beperking inhoudt van het opportuniteitsbeginsel, maar van de exclusiviteit waarmee het OM in de strafrechtelijke handhaving opereert. De reden daarvoor zou zijn dat de verplichting alleen in concrete gevallen geldt, en pas ontstaat na een uitdrukkelijke aanwijzing door een andere lidstaat of de Europese Commissie.[5] In die visie wordt het opportuniteitsbeginsel wel toegepast, maar door Europese of buitenlandse autoriteiten in plaats van door het Nederlandse OM.[6] Het Nederlandse OM zou na een dergelijke uitdrukkelijke aanwijzing echter niet meer de bevoegdheid hebben om op grond van het opportuniteitsbeginsel te seponeren.[7] Vergelijkbare discussies zijn mogelijk ten aanzien van de aanwijzingen die het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens zijn statuut aan de lidstaten kan geven, wanneer het een getuige verdenkt van het plegen van meineed in een procedure voor het Hof.[8]

Een andere inperking van het opportuniteitsbeginsel wordt gesignaleerd in de vereisten die het Hof van Justitie stelt aan de effectieve handhaving van het Europese recht door de lidstaten. De grondslag hiervoor wordt gevonden in het vereiste van loyale uitvoering van het Unierecht, opgenomen in artikel 4 lid 3 VEU. Volgens het Hof moeten de lidstaten op grond hiervan zorgen dat burgers en bedrijven die bijvoorbeeld frauderen met Europese subsidies, of door hun gedragingen het vrije verkeer in gevaar brengen, doeltreffende, afschrikkende en proportionele sancties krijgen opgelegd. Ook moeten de lidstaten tegen inbreuken die op het Europese recht worden gemaakt even voortvarend optreden als tegen vergelijkbare inbreuken op nationaal recht.[9] Dat kan zo ver gaan, dat een lidstaat volgens het Hof op grond van dit vereiste van effectiviteit verplicht is strafrechtelijke vervolging in te stellen.[10] Voor het uitvoeren van die verplichting is, vanwege het legaliteitsbeginsel, wel een strafbaarstelling in het nationale recht nodig. Soms verplichten richtlijnen tot het op nationaal niveau invoeren van strafwetgeving op een terrein waar al harmonisatiemaatregelen zijn genomen. Onafhankelijk van de vraag of Europees recht verplicht tot strafbaarstelling kan de rechtspraak over loyale uitvoering van Europees recht betekenen dat er geen onverkorte toepassing van het opportuniteitsbeginsel meer mogelijk is, wanneer er bij de implementatie voor strafrechtelijke handhaving wordt gekozen.[11] Aan die beperking is niet alleen

4 Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 144.
5 Corstens 1974, p. 22.
6 Röling 1963, p. 396; Simmelink 2004, p. 201-202.
7 Melai/Groenhuijsen, aant. 8.3 op art. 167.
8 Art. 30 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, *PbEU* 2010, C 83/210.
9 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Commissie/Griekenland), HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *Jur.* 1997, p. I-6959 (Commissie/Frankrijk), HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263 (Commissie/Frankrijk).
10 HvJ EU 10 april 2012, zaak C-83/12, n.n.g. (Vo).
11 Buruma 1990, p. 41-42.

het OM gebonden, maar bijvoorbeeld ook het Gerechtshof dat moet beslissen over een beklag tegen niet-vervolging.[12]

Het belang van de eisen van effectieve handhaving wordt nog versterkt, wanneer ze niet slechts door het Hof van Justitie worden gebruikt om het optreden van lidstaten te beoordelen, maar zelfs op Europees niveau worden gecodificeerd. Zulke normen kunnen worden neergelegd in primair EU-recht, zoals in artikel 325 VWEU, dat de Unie en de lidstaten opdraagt de financiële belangen van de EU te beschermen. Deze opdracht is sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon niet beperkt op de wijze van artikel 280 (oud) EG, die inhield dat de maatregelen die op die rechtsgrondslag tot stand gebracht zouden worden, geen betrekking mochten hebben op de toepassing van het nationale strafrecht. Omdat deze beperking is vervallen, bevat artikel 325 VWEU zowel een rechtstreekse opdracht tot handhaving als een rechtsgrondslag voor harmoniserend optreden op strafrechtelijk gebied.[13]

Daarnaast bestaan er inmiddels meerdere rechtsinstrumenten waarbij de vraag rijst, of de daarin opgenomen bepalingen zelf verplichtingen opleggen aan de lidstaten om naast het invoeren van wetgeving ook daadwerkelijk handhavend op te treden. Er is gewezen op de verordening betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, die bepaalde dat de lidstaten de nodige maatregelen treffen om 'onregelmatigheden te voorkomen en te vervolgen'.[14] Of dit een inperking van het opportuniteitsbeginsel is, zou vooral afhangen van de interpretatie van de bepaling dat de lidstaten hun maatregelen moeten nemen 'overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen'. Strekt die toepassing van nationale bepalingen zich slechts uit tot de berechting, of valt daaronder ook de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing?[15] Gesteld is wel dat er weinig bezwaar tegen is om ook het opportuniteitsbeginsel daarbij te betrekken, maar dat de vrees voor doorkruising van de effectiviteit van het Europese recht slechts reëel is bij een ruime interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Een beperktere uitleg van het opportuniteitsbeginsel, waarin het vooral als hardheidsclausule fungeert, zou voor de effectieve handhaving van Europees recht niet problematisch hoeven te zijn.[16]

12 Corstens 2005, p. 105.
13 De Doelder 2005, p. 110-111.
14 Verordening (EEG) nr. 729/70 van de Raad van 21 april 1970 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, *PbEG* 1970, L 94/13, art. 8 lid 1.
15 Buruma 1990, p. 42.
16 De Lange 2003, p. 45-48.

1.2.2 Harmonisatie van materieel en formeel strafrecht

Niet alleen bij de nationale handhaving van Europees (ordenings)recht, ook voor de gevolgen van strafrechtelijke harmonisatie vormt het opportuniteitsbeginsel een probleem. Europese rechtsinstrumenten verplichten de lidstaten hun materiële en formele strafrecht aan te passen, waarvoor een wijziging van de relevante wettelijke en administratieve bepalingen voldoende lijkt te zijn. Volgens sommigen is dat ook inderdaad het geval, en betekent bijvoorbeeld de minimumharmonisatie van delictsomschrijvingen niet, dat daarvan rechtstreeks betekenis uitgaat voor de handhaving van die bepalingen. Deze harmonisatie is immers primair gericht op strafbaarstelling.[17] Anderen wijzen erop dat het moeilijk vol te houden is, dat bij de handhaving van die geharmoniseerde bepalingen een vrijwel onbeperkte discretionaire bevoegdheid mag worden gehanteerd. Dat zou zich althans niet verdragen met de doelstellingen van de bepalingen over strafrechtelijke harmonisatie in de artikelen 29 en 31 (oud) EU-Verdrag.[18]

In dat verband is wel het standpunt verdedigd, dat de harmonisatie van materieel strafrecht het opportuniteitsbeginsel op zich wel onaangetast laat, maar dat in de praktijk bij de bepaling van het algemeen belang, het criterium waarmee het opportuniteitsbeginsel wordt toegepast, terdege rekening zal moeten worden gehouden met Europese belangen.[19] De verplichting om deze belangen in het vervolgingsbeleid te verdisconteren, kan daarmee voortvloeien uit een combinatie van algemene vereisten van effectieve handhaving en specifieke, in harmonisatiemaatregelen opgenomen verplichtingen. Langs beide wegen zou daarmee de ruimte om een afwijkend Nederlands beleid te voeren worden verkleind.[20]

Onder meer vanwege de in het voorgaande gesignaleerde problemen staat ter discussie of het Europese recht beperkingen stelt aan het opportuniteitsbeginsel zelf, als discretionaire strafvorderlijke bevoegdheid. Een alternatieve uitleg is ook mogelijk, namelijk dat het Europese recht slechts randvoorwaarden stelt aan de invulling van het opportuniteitsbeginsel, welke invulling plaatsvindt door inhoud te geven aan het criterium van 'het algemeen belang'. Met andere woorden: staat het bestaan van een discretionaire ruimte als zodanig ter discussie, of wordt de invulling die aan die ruimte wordt gegeven vooraf medebepaald?

Bovendien is het onduidelijk op welke wijze de invloed op het opportuniteitsbeginsel op nationaal niveau zou kunnen uitwerken, bijvoorbeeld of deze zich ook uitstrekt buiten terreinen waarop harmonisatie van materieel strafrecht heeft plaatsgevonden. Een voorbeeld hiervan biedt de harmonisatie van

17 De Doelder 2005, p. 114-118.
18 Tak 2002b, p. 358, 362 en 366.
19 Vervaele 2006, p. 643 en 667.
20 Klip 2009, p. 188 en 196.

slachtofferrechten, waarbij op grond van het Europese recht nog geen zelfstandige bevoegdheid tot het instellen van vervolging is ingevoerd, maar wel een sterkere positie van slachtoffers is voorgeschreven.[21] Daarbij geldt dat het OM op grond van Europees recht verplicht is, zich bij het nemen van strafvorderlijke beslissingen uitdrukkelijk rekenschap te geven van het standpunt van het slachtoffer. Volgens sommigen betekent dit, dat het opportuniteitsbeginsel als zodanig wel overeind blijft, maar dat de invulling van het algemeen belang verandert.[22] Anderen beweren dat slachtoffers de handhaving van geharmoniseerde strafbepalingen kunnen afdwingen met een beroep op de rechtstreekse werking van het Europese recht in de nationale rechtsordes.[23]

Als inderdaad op grond van deze Europeesrechtelijke beïnvloeding het opportuniteitsbeginsel van inhoud verandert, is de volgende vraag op welke wijze daaraan in wet- en regelgeving uitdrukking moet worden gegeven. Zo is voorgesteld om vervolgingsplichten op te nemen in een AMvB, om daarmee de Europese verplichtingen in het Nederlandse recht om te zetten.[24] Die oplossing lijkt echter alleen aangewezen wanneer er sprake is van een absolute vervolgingsverplichting, terwijl, zoals hierboven al naar voren kwam, velen betwijfelen of het Europese recht categorisch tot vervolging dwingt.

1.2.3 Samenwerking in strafzaken binnen de Europese Unie

Spanningen met het opportuniteitsbeginsel worden ook gesignaleerd op het gebied van de onderlinge samenwerking in strafzaken binnen de Europese Unie. Spoedig na de oprichting van de Europese Gemeenschappen bleek dat de juridische vormgeving van de samenwerking tussen de lidstaten werd beïnvloed door hun verschillende uitgangspunten met betrekking tot de vervolgingsbeslissing. Omdat Italië een grondwettelijk verankerd legaliteitsbeginsel heeft, diende de voorgestelde regeling voor de oplossing van jurisdictiegeschillen veel uitvoeriger te zijn, dan wanneer alle betrokken landen een opportuniteitsbeginsel zouden kennen.[25] In dat laatste geval zouden de lidstaten in staat zijn geweest onderling af te spreken wie een zaak zou vervolgen, maar Italië eiste een uitgebreide rechtsmachtregeling om dubbele vervolgingen te voorkomen. Het opportuniteitsbeginsel maakt voor Nederland wel flexibele oplossingen mogelijk, maar sommige andere lidstaten hebben die mogelijkheid

21 Eerst door Kaderbesluit van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, later door Richtlijn 2012/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ.
22 De Doelder 2005, p. 113-114.
23 Van Kempen 2006, p. 89-94.
24 Keulen 2005, p. 328-329.
25 Van Binsbergen 1963, p. 8-9.

niet. Bovendien wordt de Nederlandse flexibiliteit niet per se gewaardeerd wanneer een andere lidstaat Nederland om medewerking verzoekt, omdat het opportuniteitsbeginsel ook de gelegenheid biedt om aan buitenlandse rechtshulpverzoeken geen hoge prioriteit te geven.

In de rechtshulpverdragen die zijn gesloten binnen het kader van de Raad van Europa zijn echter bepalingen opgenomen die Nederland verplichten om rechtshulpverzoeken 'onmiddellijk' uit te voeren.[26] Daardoor kan ook een indirecte harmonisatie van het strafrechtelijk beleid binnen de lidstaten tot stand komen: strafvorderlijke beslissingen verkrijgen immers, zij het indirect, uitwerking binnen het gehele Europese territoir. Deze vorm van harmonisatie blijkt echter problematisch, wanneer in het ene land een belangrijke rol voor het opportuniteitsbeginsel is weggelegd, terwijl het andere een legaliteitsbeginsel kent. In dat laatste geval kan er, vanwege het uitgangspunt van verplichte vervolging, veel minder sprake zijn van officiële beleidsvorming. De keuzes die landen met dergelijke stelsels maken ten aanzien van hun strafwetgeving kunnen daardoor veel grotere internationale gevolgen hebben dan de keuzes die gemaakt worden in landen waar een opportuniteitsbeginsel gehanteerd wordt. Door deze asymmetrie is het mogelijk dat de landen die een legaliteitsbeginsel hanteren, een sterkere invloed uitoefenen op de landen die een opportuniteitsbeginsel hanteren, dan andersom. Daarom is wel de vrees geuit dat uiteindelijk de Nederlandse strafrechtspleging inhoudelijk wordt ingeruild voor een meer punitief strafrechtsstelsel.[27] In een dergelijke algemene formulering zijn deze bedenkingen tegenwoordig nog maar weinig overtuigend. Het Nederlandse strafrecht verschilt in punitiviteit niet meer zo sterk van dat van de overige Europese staten. Op deelterreinen, waar het Nederlandse strafrecht verhoudingsgewijs terughoudend is, zou dat echter nog wel kunnen opgaan. Een belangrijke rol in deze discussie speelt daarom het Nederlandse drugsbeleid, dat mogelijk wordt gemaakt door het opportuniteitsbeginsel, en waarop vanuit enkele andere landen druk wordt uitgeoefend.[28] In het algemeen zijn de verschillen tussen de lidstaten van de Europese Unie, waar het om de mate van strafvorderlijke beleidsvrijheid gaat, minder groot dan op het eerste gezicht lijkt. Bovendien hoeven verschillen in strafrechtssystemen geen bezwaar te zijn voor strafrechtelijke integratie.[29]

Niet iedereen is er van overtuigd dat het Nederlandse strafrechtelijke beleid wordt doorkruist door rechtshulpverdragen, zoals die in het kader van Schengen.[30] Bovendien zou in de Europese samenwerking een probleem kunnen zijn dat de lidstaten verschillende sanctiesystemen hanteren, door bijvoorbeeld

---

26 Bijvoorbeeld volgens art. 1 van het op 1 april 2011 in werking getreden Tweede aanvullend Protocol bij het Europees Verdrag inzake wederzijdse rechtshulp in strafzaken, *Trb.* 2008, 157.

27 Rüter 1989.

28 Zie bijvoorbeeld Klip 2009, p. 189-196 en Van den Biggelaar 1990.

29 Jung 1993, p. 240-242.

30 Schutte 1991.

op bepaalde terreinen bestuursrechtelijke afdoening te verkiezen boven strafrechtelijke. Daardoor sluiten de strafrechtelijke en administratieve samenwerking niet altijd op elkaar aan. Omdat de keuze daartussen inmiddels door velen eerder als een pragmatische dan als een principiële wordt gezien, zou het geen bezwaar hoeven te zijn om een verzoek om strafrechtelijke samenwerking te erkennen dat afkomstig is van een buitenlands bestuursorgaan, of zelfs een verzoek om de inzet van strafvorderlijke middelen bij overtreding van normen die in Nederland niet of nauwelijks gehandhaafd worden.[31]

Een versnelling van de strafrechtelijke samenwerking binnen de EU is tot stand gebracht door de introductie van het beginsel van wederzijdse erkenning van strafvorderlijke beslissingen, en de toepassing van dat beginsel op steeds meer vormen van samenwerking. De discretionaire ruimte om na een verzoek al dan niet tot vrijheidsbeneming of overlevering over te gaan wordt steeds sterker ingeperkt door het aannemen van rechtsinstrumenten die dit beginsel van wederzijdse erkenning uitwerken. Het is echter de vraag of deze ontwikkeling moet worden gezien als een inperking van het opportuniteitsbeginsel. Het ligt immers niet erg voor de hand om het opportuniteitsbeginsel te beschouwen als geldend met betrekking tot vormen van internationale samenwerking in concrete strafzaken, tenminste wanneer het gaat om inkomende verzoeken. Als het echter zo is dat het opportuniteitsbeginsel ook in deze context zijn werking zou kunnen uitoefenen, is de ruimte om dat beginsel in te zetten bij bijvoorbeeld arrestatiebevelen, tot een minimum gereduceerd.[32]

1.2.4 Institutionele reorganisatie van strafrechtelijke samenwerking

Een nog intensievere wijze van samenwerking in strafzaken is voor de Europese Unie bereikt met de oprichting van Eurojust. Deze organisatie is onder andere bevoegd om, in het kader van coöperatie en coördinatie van strafzaken, de betrokken lidstaten te verzoeken in bepaalde strafzaken opsporingshandelingen te verrichten of vervolging in te stellen. Een dergelijk verzoek kan een lidstaat slechts onder opgaaf van redenen afwijzen.[33] Volgens artikel 85 VWEU kan Eurojust zelfs in staat worden gesteld om zelfstandig te besluiten tot het openen van een opsporingsonderzoek. Deze bevoegdheid zal voorlopig, naar alle waarschijnlijkheid, niet worden ingevoerd.[34] Deze belangrijke bevoegdheden om beslissingen te nemen in het kader van opsporing en vervolging

31 Luchtman 2007, p. 662-664.
32 Simmelink 2004, p. 203-204.
33 Art. 6 lid 1 onder a jo. art. 8 Eurojust-besluit, zoals dat luidt sinds de wijziging door Besluit 2009/426/JBZ van de Raad van 16 december 2008 over de versterking van Eurojust, *PbEU* 2009, L 138/14.
34 Zie het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het EU-Agentschap voor justitiële samenwerking in strafzaken (Eurojust), COM(2013) 535 final, gepubliceerd op 17 juli 2013.

maken dat Eurojust zich rechtstreeks kan richten tot de autoriteiten van de lidstaten. Ze betekenen een beperking van de ruimte waarbinnen op nationaal niveau invulling wordt gegeven aan de strafrechtelijke rechtshandhaving. De wenselijkheid van deze inmenging staat ter discussie, omdat het in de uiteindelijke strafzaak niet altijd duidelijk is welke rol Eurojust heeft gespeeld, en welke beslissingen daar zijn genomen. Die keuzes kunnen daarom ook moeilijk tot een onderdeel van het strafgeding worden gemaakt.[35]

Een andere, beleidsvoerende rol wordt op Europees niveau gespeeld door de politieorganisatie Europol. Deze organisatie speelt een belangrijke rol in de zogenaamde *EU Policy Cycle,* waarin de EU-lidstaten, via de Raad, worden aangesproken om prioriteiten te stellen in hun strafrechtelijk beleid. Deze prioriteiten zijn afgeleid uit de *Serious and Organized Crime Threat Assessments* die door Europol worden opgesteld. De inhoud van het strafrechtelijk beleid wordt bij deze werkwijze dus mede bepaald door de Europese organisaties, waardoor de strafvorderlijke autoriteiten van de lidstaten niet meer autonoom hun beleid kunnen vormgeven.

De volgende, nog onvoltooide stap, is de oprichting van een Europees OM. Dit Europees OM zal zich waarschijnlijk primair bezighouden met de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de EU, maar mogelijk ook met andere ernstige criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie. Voor de introductie van een volledige Europese strafrechtspleging, afgezien van het mededingingsrecht, bestaat voorlopig geen verdragsbasis. Nederland heeft daar wel voor gepleit.[36] Als een Europees OM wordt opgericht, zal het moeten vervolgen voor de nationale gerechten. Het is waarschijnlijk dat voor de taakuitoefening van dit Europees OM niet het opportuniteitsbeginsel, maar het legaliteitsbeginsel zal gaan gelden, zodat het Europees OM in elke bewijsbare zaak verplicht is tot vervolging over te gaan. Deze keuze hangt samen met de wens om meer rechterlijke controle mogelijk te maken op de taakuitoefening van het Europees OM, en met de overtuiging dat politieke beïnvloeding van het Europees OM onwenselijk is. Een vervolgingsverplichting zou het overbodig moeten maken om beleid te voeren, waardoor er geen politieke verantwoordelijken hoeven te worden aangewezen en politieke sturing is uitgesloten. Daarmee zouden lastige politieke keuzes omzeild kunnen worden en zou het bovendien mogelijk zijn onderzoeken uit te voeren naar de Europese executieve zelf.

In de werkzaamheden ter voorbereiding van het Europees OM worden wel uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel voorgesteld. Deze maken volgens sommigen dat er bijna sprake is van een opportuniteitsbeginsel. Daardoor zouden de doelen die met de keuze voor het legaliteitsbeginsel worden nage-

35 Tadic 2002.
36 Zie de Nederlandse inbreng in de Europese Conventie: 'De Europese strafrechtelijke ruimte', CONV 733/03.

streefd misschien worden ondergraven.[37] Anderen zijn van mening dat voor het Europees OM expliciet voor een opportuniteitsbeginsel zou moeten worden gekozen, mede omdat daardoor transparante beleidsvorming tot stand kan komen.[38] Weer anderen achten een legaliteitsbeginsel in deze context verdedigbaar, mits daarbij enige voorzieningen worden getroffen om aan de ergste rigiditeit te ontkomen.[39] Omdat het opportuniteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel theoretisch wel moeten worden onderscheiden, maar in hun praktische uitwerking niet noodzakelijkerwijs sterk verschillen, zou het mogelijk moeten zijn om hierin een oplossing te vinden voor het Europees OM.[40] In het voorstel van de Europese Commissie voor een oprichtingsverordening[41] wordt wel gekozen voor een vervolgingsverplichting, maar of dit ook in de definitieve versie zal terugkomen is bij het afronden van dit onderzoek nog onzeker. Daarom kan hier slechts het voorbereidende werk worden bezien.

Uit dat voorbereidende werk[42] en de discussies over oprichting van een Europees OM komen enkele kenmerken naar voren van deze organisatie, die problemen kunnen opleveren voor het opportuniteitsbeginsel in zijn Nederlandse context. Als een Europees OM onafhankelijk van de nationale rechtshandhavingsinstanties gaat functioneren, blijft de rolverdeling tussen beide redelijk overzichtelijk. Het is echter waarschijnlijk dat één of meerdere Nederlandse officieren van justitie tevens Europees officier van justitie zullen worden, en uiteenlopende belangen moeten verenigen. De vraag is hoe dit uitwerkt, als het toepasselijke Europese recht vervolgingsverplichtingen oplegt en het Nederlandse recht een beleidsruimte openlaat. Dat kan spanningen opleveren in individuele zaken, wanneer bijvoorbeeld de centrale Europese officier van justitie een aanwijzing geeft aan een Nederlandse officier van justitie om een zaak te vervolgen, terwijl de laatste van mening is, dat er beter een transactie kan worden aangeboden. Ook op beleidsniveau zijn aanmerkelijke spanningen mogelijk. Wie kan in een dergelijke constructie immers beslissen over de aanwending van de beperkte opsporingscapaciteit? En wie stelt er algemene beleidslijnen op met betrekking tot bijvoorbeeld de minimale omvang van de subsidiefraude waarbij gedagvaard moet worden? Het is in deze context waarschijnlijk zowel de inhoud van het algemeen belang die verandert, als de beslissings- en beleidsvrijheid als zodanig.

37 Simmelink 2004, p. 202-203.
38 Fijnaut & Groenhuijsen 2002, p. 1240-1241.
39 De Wijkerslooth & Simonis 2004, p. 364-365.
40 Strijards 2008, p. 613-617.
41 Voorstel voor een verordening van de Raad tot instelling van het Europees Openbaar Ministerie, COM(2013) 534 final, gepubliceerd op 17 juli 2013.
42 Zie bijvoorbeeld Ligeti 2013b.

1.3 De aard van de gesignaleerde problematiek

1.3.1 Een dogmatisch probleem

De hierboven gesignaleerde problemen hebben gemeenschappelijk dat onduidelijk is hoe het Europese recht invloed uitoefent op het opportuniteitsbeginsel zoals dat in het Nederlandse strafrecht is ontwikkeld. Slechts op concrete onderdelen kan die invloed worden geconstateerd, wat duidelijk werd bij de verschillende problemen die hierboven zijn aangeduid. Een deel van de onduidelijkheid wordt veroorzaakt doordat niet met voldoende nauwkeurigheid kan worden vastgesteld hoe het opportuniteitsbeginsel in de context van het Nederlandse strafrecht moet worden begrepen. Hier ligt dus een dogmatisch probleem: de betekenis van een belangrijk strafvorderlijk uitgangspunt is niet helder. Enkele uitgangspunten daarvan kunnen wel worden geschetst, maar daarbij blijkt dat over belangrijke aspecten van het opportuniteitsbeginsel niet met veel zekerheid uitspraken kunnen worden gedaan.

In het algemeen kan men spreken van het opportuniteitsbeginsel wanneer een wettelijke vervolgingsverplichting ontbreekt.[43] In dat geval laat de wet de strafvorderlijke autoriteiten een bepaalde beleidsvrijheid. Die is echter niet altijd even omvangrijk, en in de Nederlandse context is het niet duidelijk hoe omvangrijk die beleidsvrijheid precies is. Dat er sprake is van een zekere beïnvloeding vanuit de Europese Unie wil dus niet per se zeggen dat het opportuniteitsbeginsel wordt aangetast, omdat het mogelijk is dat die beïnvloeding plaatsvindt op een punt waar het opportuniteitsbeginsel toch al geen beleidsvrijheid openliet. Dat staat echter niet bij voorbaat vast: misschien heeft de Europese invloed wél gevolgen voor het opportuniteitsbeginsel en voor de wijze waarop dat beginsel wordt geïnterpreteerd. Deze onzekerheid wordt mede daardoor veroorzaakt, dat er voor de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel twee ideaaltypische mogelijkheden bestaan. In beide gevallen geldt dat het algemeen belang wordt gebruikt als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, maar de wijze waarop dat gebeurt, en de omvang van de beleidsvrijheid die uit het opportuniteitsbeginsel voortvloeit, zijn verschillend.

De meest vergaande mogelijkheid is, dat aan de strafvorderlijke autoriteiten een volledige vrijheid wordt verleend om te beslissen of er een strafrechtelijke reactie dient te komen op een bepaald strafbaar feit, en zo ja, welke reactie dat dan moet zijn. Daarbij is er wel een wettelijke ondergrens: om strafrechtelijk optreden te rechtvaardigen, moet er een door een wettelijke bepaling aangeduid strafbaar feit zijn. Wanneer daarvoor voldoende bewijs is, mogen diegenen die belast zijn met beslissingen omtrent opsporing en vervolging in volledige vrijheid besluiten welke reactie het algemeen belang zal dienen.

---

43 Ook de termen 'opportuniteitsprincipe' en 'legaliteitsprincipe' worden wel gebruikt: Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 20.

Dit uitgangspunt wordt de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel genoemd.

Te onderscheiden van de positieve interpretatie is de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. In die opvatting vormt het gegeven van een bewijsbaar strafbaar feit niet alleen een voorwaarde voor opsporing of vervolging, maar tevens een indicatie dat voor strafrechtelijk optreden behoort te worden gekozen. Opsporing en vervolging van strafbare feiten zijn in deze interpretatie de regel, waarop in het algemeen belang uitzonderingen kunnen worden gemaakt. De terminologie van deze twee varianten van het opportuniteitsbeginsel hangt samen met de noodzaak voor aanvullende overwegingen naast het vereiste dat een strafbaar feit bewezen kan worden. In een positieve interpretatie is het nodig dat er méér is dan bewijs van een strafbaar feit, namelijk een reden van algemeen belang. In een negatieve interpretatie is het niet nodig dat die aanvullende reden bestaat, daar fungeert het algemeen belang slechts als een grond voor uitzonderingen op de regel dat vervolgd wordt.

De mate van beleidsvrijheid die strafvorderlijke autoriteiten toekomt bij hun taakvervulling verschilt per land en verandert met de tijd. Beleidsvrijheid is, in een juridische context, de mogelijkheid om wettelijk toegekende bevoegdheden niet toe te passen.[44] De vervolgingsbevoegdheid van artikel 167 en 242 Sv vormt daarvan een voorbeeld.[45] Het omgekeerde, het wel toepassen van niet toegekende bevoegdheden, is vanwege het legaliteitsbeginsel niet toegestaan: voor strafrechtelijk optreden is een grondslag nodig in materieel en formeel recht. De overheid is daarmee in zijn optreden gehouden binnen de wettelijke grenzen te blijven. In de wetgeving van meerdere Europese landen is daarnaast een verplichting opgenomen om, onder de voorwaarde dat daarvoor een wettelijke grondslag voorhanden is, ook daadwerkelijk over te gaan tot strafrechtelijk optreden. Deze verplichting wordt ook aangeduid met de term legaliteitsbeginsel, terwijl diezelfde term wordt gebruikt voor zowel de eis dat strafrechtelijke aansprakelijkheid en straffen en maatregelen moeten zijn gebaseerd op de wet, het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel, als voor de eis dat strafvorderlijk optreden op de wet moet zijn gebaseerd, het strafvorderlijk legaliteitsbeginsel. Het gebruiken van de term 'legaliteitsbeginsel' voor deze verschillende concepten is waarschijnlijk geïntroduceerd door Von Feuerbach. Hij onderscheidde als grondbeginselen van het strafrecht de uitgangspunten *nulla poena sine lege* en *nulla poena sine crimine*, en daarnaast als derde het uitgangspunt *nullum crimen sine poena legali*.[46] In zijn opvatting is er daarom niet alleen een wettelijke grondslag nodig voor de straf en voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar eist de wet óók dat er daadwerkelijk

44 Duk 1988.
45 Corstens/Borgers 2011, p. 216.
46 Von Feuerbach 1812, p. 22.

straf wordt opgelegd als er strafrechtelijke aansprakelijkheid is. Die opvatting volgde uit Von Feuerbachs theorie van de psychologische dwang, die inhield dat het strafrecht zijn werking zou verliezen wanneer op het plegen van strafbare feiten geen strafrechtelijke reactie zou volgen.[47] Generale preventie door afschrikking wordt tegenwoordig nog wel als strafdoel erkend, hoewel criminologische inzichten ernstig doen twijfelen aan de mate waarin potentiële daders daadwerkelijk worden afgeschrikt door strafrechtelijke veroordelingen van anderen. In ieder geval wordt deze afschrikking niet meer afgeleid uit een theorie van psychologische dwang zoals Von Feuerbach die voorstond.[48]

Dat neemt niet weg dat verschillende landen desondanks een legaliteitsbeginsel kennen in de zin dat de strafvorderlijke autoriteiten verplicht zijn om tot vervolging over te gaan wanneer er voldoende bewijs is van een strafbaar feit. Er kunnen namelijk ook andere redenen zijn voor een dergelijke verplichting, zoals een gebrek aan vertrouwen in de integriteit van de vervolgingsautoriteiten, of een sterk beleefde behoefte aan vergelding. Ook vrees voor politieke inmenging in de strafrechtelijke handhaving kan een reden zijn voor het hanteren van het legaliteitsbeginsel. Wanneer het OM verplicht is om bewijsbare strafbare feiten te vervolgen, wordt politieke beïnvloeding bemoeilijkt en wordt onderstreept dat slechts de wet bepalend is voor de taakuitoefening van het OM.

Het opportuniteitsbeginsel en de verschillende interpretaties daarvan hebben in Nederland vaak ter discussie gestaan. Dat geldt zowel voor discussies over de omvang van de beleidsvrijheid die in de strafrechtelijke handhaving zou moeten gelden, als voor de vraag welke omvang die beleidsvrijheid nu eigenlijk rechtens heeft. Vaak lopen beide discussies door elkaar, en is er weinig onderscheid tussen uitspraken over de betekenis die het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafrecht heeft aan de ene kant en de betekenis die het beginsel zou moeten hebben aan de andere kant. Soms worden deze standpunten vrij sterk uit elkaar gehouden, zoals bij de discussie of het Nederlandse recht in de negentiende eeuw het legaliteitsbeginsel kende of dat het opportuniteitsbeginsel daar al in was terug te vinden.[49] Op andere momenten valt vrijwel geen onderscheid te maken tussen beide invalshoeken. Een voorbeeld daarvan is te vinden in het belangrijke jaarverslag van het OM over 1970, waarin de Procureurs-generaal opmerken: 'Bij gelijkblijven van de wettekst (…) valt de laatste decenniën een ontwikkeling te constateren, waarbij meer het „waarom vervolgen?" dan het „waarom niet vervolgen?" normatief is. Ook hier derhalve een tendens tot relativering van de toepassing van de

47 Daarom is het opportuniteitsbeginsel ook met een dergelijke theorie onverenigbaar: Melai/Groenhuijsen, aant. 5 op art. 167.
48 De Hullu 2012, p. 80-81.
49 Zie paragraaf 2.4.

strafwet.'[50] Deze passage wordt aangemerkt als de aanvaarding door het OM van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in plaats van de negatieve interpretatie,[51] en daarom is het des te spijtiger dat de tekst van het jaarverslag op dit punt niet uitblinkt in helderheid. Er wordt door de Procureurs-generaal geconstateerd dat de ene vraag, die uitdrukking geeft aan een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, in hogere mate normatief geworden is dan de andere vraag, die met een negatieve interpretatie zou samenhangen. Daaruit zou dan meer in het algemeen een tendens tot relativering van de toepassing van de strafwet blijken. Die constatering is nogal voorzichtig: het gaat om een tendens, en om een vergelijking in de mate van gelding tussen twee uitgangspunten waarbij niet stellig voor één van beide de voorkeur wordt uitgesproken. Dat uit deze passage dus zou moeten worden afgeleid dat het opportuniteitsbeginsel positief dient te worden geïnterpreteerd, lijkt gezien de cryptische formulering slechts mogelijk bij een welwillende lezing.

Dat feitelijke uitspraken over het opportuniteitsbeginsel vaak gepaard gaan met wenselijkheidsoordelen, kan worden verklaard uit het feit dat de wetgever, sinds de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering van 1926, geen uitgebreide beschouwingen aan het opportuniteitsbeginsel heeft gewijd. Ook door de rechter wordt niet veel duidelijkheid gegeven over de vraag of het opportuniteitsbeginsel negatief of positief moet worden geïnterpreteerd. De ontwikkeling van de beginselen van goede procesorde, die onder meer beperkingen stellen aan de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, is wel een belangrijke bijdrage van de rechter geweest aan de rechtsontwikkeling op dit terrein.[52] De belangrijkste bijdragen aan de meningsvorming op dit terrein worden sinds 1926 echter geleverd door de jaarverslagen van het OM, en door de academische juridische literatuur.

Een recente en belangrijke bijdrage aan de discussie over het opportuniteitsbeginsel wordt gevormd door het onderzoek van de projectgroep Strafvordering 2001 en de reacties die daarop zijn gekomen. De onderzoekers van dat project kozen voor handhaving van het opportuniteitsbeginsel, waarbij zij de 'magistratelijke' rol van de officier van justitie benadrukten. Hij zou niet eenzijdig het vervolgingsbelang mogen behartigen, maar moeten streven naar een correcte toepassing van het recht. De officier van justitie zou daarom belast moeten blijven met de beslissing of, en zo ja waarvoor, moet worden vervolgd. Eventuele aanwijzingen van de minister van Justitie zouden voldoende helder moeten zijn. De belangrijkste wijziging die door de onderzoeksgroep wordt voorgesteld, is een versoepeling van de grondslagleer. De greep van het OM

50 Jaarverslag Openbaar Ministerie 1970, *Kamerstukken II* 1971/72, 11 500, hfd. VI, nr. 3, bijl. IV.
51 't Hart 1994a, p. 124-125.
52 Nog in HR 6 november 2012, *NJ* 2013, 109 m.nt. T.M. Schalken.

op de inhoud van het strafproces zou daardoor verminderen, terwijl het opportuniteitsbeginsel overeind zou blijven.[53]

De voornaamste redenen om te kiezen voor behoud van het opportuniteitsbeginsel waren ten eerste, dat het vervolgingsrecht wordt uitgeoefend in het algemeen belang, ten tweede, dat van vervolging kan worden afgezien wegens belangen van slachtoffers, en ten derde, dat er de mogelijkheid is 'prudent om te gaan met ruime strafbepalingen'. Verder onderbouwden onderzoekers van Strafvordering 2001 hun keuze voor behoud van het opportuniteitsbeginsel met het argument dat het daardoor mogelijk is om bij een ruime beschikbaarheid van ongelijksoortige strafbepalingen de rechtshandhaving zó af te stemmen op de omstandigheden van het geval, dat de aan die bepalingen ten grondslag liggende belangen optimaal tot gelding worden gebracht. Daarbij kan een verantwoorde keuze worden gemaakt tussen verschillende handhavingsinstrumenten. Ook kan dankzij het opportuniteitsbeginsel rationeel worden omgegaan met capaciteitsproblemen van het strafrechtelijk systeem. Het opportuniteitsbeginsel geeft verder uitdrukking aan de klassieke gedachte dat het strafrecht *ultimum remedium* moet zijn, en dat het gebruik van steeds breder beschikbare niet-strafrechtelijke afdoeningsmodaliteiten, of het geheel achterwege laten van enige reactie, na een zorgvuldige weging van voor- en nadelen de juiste oplossing kan zijn. Ten slotte zou de invoering van het, aan het Nederlandse strafrecht volkomen vreemde, legaliteitsbeginsel zulke grote gevolgen hebben voor het gehele strafrecht, dat de noodzaak daarvoor onomstotelijk zou moeten zijn aangetoond, hetgeen volgens de onderzoekers van Strafvordering 2001 niet het geval is.[54]

De keuze om het bestaande recht grotendeels te handhaven wordt niet door iedereen onderschreven. Op het standpunt van Strafvordering 2001 is de kritiek gekomen, dat het opportuniteitsbeginsel als zodanig vrijwel niet in twijfel wordt getrokken. De waarborgen tegen sepotbeslissingen zouden sterker mogen, onder andere omdat het OM steeds afhankelijker wordt van de politiek. Het zou wenselijk zijn om het stelsel van waarborgen rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel te verstevigen, of anders de onafhankelijkheid van het OM te herstellen.[55] Het toenemen van de kritiek van parlement en publiek op de strafrechtelijke handhaving in individuele zaken kan worden gezien als een symptoom van het verdwijnen van het controlestelsel waarin de concrete strafvorderlijke beslissingen door de rechter worden gecontroleerd en het algemene vervolgingsbeleid door de minister van Justitie en het parlement. Een zodanige verschuiving in het machtsevenwicht zou het noodzakelijk maken dat de inhoud van het opportuniteitsbeginsel en het stelsel van *checks and balances* daaromheen verder worden doordacht.[56]

---

53 Groenhuijsen & Knigge 2001a, p. 36-37, 44-45.
54 Simmelink 2004, p. 214-216.
55 Brants e.a. 2003, p. 20.
56 Cleiren 2003, p. 78-79.

Het in ongewijzigde vorm laten voortbestaan van het opportuniteitsbeginsel is niet de enig denkbare optie. In het rapport 'De toekomst van de nationale rechtsstaat' stelde de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid dat, met name ten aanzien van ernstige geweldsmisdrijven, zou moeten worden gekozen voor een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Wanneer zwaardere geweldsdelicten niet vervolgd worden, zou de beslissing daarover uitdrukkelijk moeten worden gemotiveerd; deze transparantie is nodig vanuit het oogpunt van de legitimiteit van het overheidshandelen. De bepaling van het algemeen belang moet gericht zijn op de vraag welke feiten de aandacht van het overheidsapparaat behoeven. Capaciteitstekorten mogen hierbij niet meewegen.[57] Deze voorkeur hangt wellicht samen met het standpunt van de Raad dat de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in de praktijk van opsporing en vervolging als maatstaf is aanvaard.[58] Het is de vraag of die vaststelling juist is. Als dat zo is, is wellicht een verplichting tot motivering van de beslissing tot vervolging daarvan een logische uitwerking. Die motivering zou vervolgens als aangrijpingspunt kunnen dienen om rechtsbescherming te bieden tegen de vervolgingsbeslissing. Een algemene motiveringsverplichting ontbreekt momenteel echter. Erkenning daarvan zou niet alleen in lijn zijn met een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, maar ook een volgende stap betekenen in de voortgaande juridisering van de opportuniteitsbeslissing. In dit verband zijn er drie vragen te stellen. In hoeverre is de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel inderdaad aanvaard ten aanzien van opsporing en vervolging? Is aanvaarding van de positieve interpretatie wenselijk? En welke gevolgen zou deze aanvaarding moeten hebben voor het stelsel van waarborgen rondom het vervolgingsbeleid?

In ieder geval bestaat er een maatschappelijk ongenoegen over verschijnselen als gedogen, schikken en seponeren. Seponeren en gedogen kunnen dienen om in de rechtshandhaving maatwerk tot stand te brengen, maar staan in een kwade reuk, omdat wordt afgezien van het toepassen van geldende rechtsregels. Sommigen stellen zich tegen die verdachtmaking teweer. Strafvervolging zou volgens dat standpunt nooit een automatisme mogen worden, maar afhankelijk moeten worden gemaakt van een oordeel omtrent de wijze waarop de achter de rechtsregels liggende belangen het best kunnen worden behartigd.[59] De keuze voor het opportuniteitsbeginsel betekent in die visie vooral een keuze om bij beslissingen omtrent concrete strafrechtstoepassing de gevolgen van de voorgenomen handelingen uitdrukkelijk te laten meewegen. Het opportuniteitsbeginsel wordt in die lijn positief gewaardeerd, omdat het een praktijk mogelijk maakt waarin concrete omstandigheden maximaal kunnen worden betrokken bij strafvorderlijke beslissingen, en een flexibele en op maatschappelijke problemen toegesneden rechtshandhaving wordt gefaciliteerd.

57 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002, p. 235.
58 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002, p. 160-161, 219.
59 Groenhuijsen 2002, p. 443-445.

1.3.2 Een rechtscultureel probleem

Uit de problemen die hiervoor werden gesignaleerd, wordt duidelijk dat het recht van de Europese Unie het uitgangspunt van het opportuniteitsbeginsel, zoals dat in het Nederlandse strafrecht is ontwikkeld, niet onberoerd laat. Voor sommige strafrechtjuristen is de Europese beïnvloeding in het algemeen als een schok gekomen, omdat het strafrecht door hen werd beschouwd als zodanig verbonden aan de nationale soevereiniteit, dat het immuun zou zijn voor Europese inmenging. Het opportuniteitsbeginsel speelt daarbij een belangrijke rol, en wordt in de discussies op twee manieren naar voren gebracht. De ene manier is om het opportuniteitsbeginsel voor te stellen als een belangrijk aspect van de Nederlandse rechtscultuur, de andere om het opportuniteitsbeginsel als wezenlijk onderdeel van de democratische rechtsstaat te zien.

In die rechtsculturele discussie komen verschillende argumenten aan bod. Wanneer aan een traditie als het opportuniteitsbeginsel afbreuk zou worden gedaan, zouden de gevolgen vooral kunnen liggen in vervreemding van de bevolking en een afname van het vertrouwen in het strafrechtssysteem.[60] Dat gevolg zou slechts optreden op terreinen waar binnen de Europese Unie significante cultuurverschillen bestaan. In het financiële en economische strafrecht is daarvan nauwelijks sprake,[61] maar de Europese wetgever is zich steeds meer met commune delicten gaan bezighouden. Daardoor wordt de kans groter dat wetgevend optreden gebieden gaat bestrijken waar merkbare cultuurverschillen bestaan.

Dit zijn relevante ontwikkelingen in het licht van de ultimum remedium-gedachte: niet alleen komt uit Europese wetgeving vaak een weinig terughoudende, en op beveiliging gerichte houding naar voren, maar de Nederlandse wetgever gaat in de implementatie geregeld verder dan waartoe hij verplicht is. Dat zorgt ervoor dat het idee van een terughoudend strafrecht, of in een meer hedendaagse variant: een geloofwaardig strafrecht, zowel bij de totstandkoming als bij de implementatie van Europese wetgeving naar de achtergrond verdwijnt.[62] Hier ligt een duidelijk verband tussen het materieelrechtelijke uitgangspunt van het strafrecht als ultimum remedium en het procesrechtelijke opportuniteitsbeginsel. Beide maken een terughoudende of althans rationele en maatschappelijk verantwoorde strafrechtstoepassing mogelijk. Van beide kenmerken wordt enerzijds opgemerkt dat ze onder druk staan door de strafrechtelijke integratie in EU-verband en anderzijds dat ze het waard zijn behouden te blijven. De ultimum remedium-gedachte komt in dit onderzoek echter uitsluitend terug voor zover er een duidelijke samenhang is met het opportuniteitsbeginsel. Hiervoor zijn twee redenen: de betekenis van de

60 Corstens 2006, p. 471.
61 Van der Landen 1994, p. 933-935.
62 Verheijen 2006b, p. 332-336.

ultimum remedium-gedachte in Europees perspectief is recent al onderwerp geweest van wetenschappelijk onderzoek,[63] en het opportuniteitsbeginsel belichaamt wellicht in hogere mate een specifiek Nederlandse waarde, en kan daardoor sterker onder druk komen te staan.[64] De ultimum remedium-gedachte wordt althans op het niveau van de Europese Unie in hogere mate gekoesterd[65] dan in Nederland.[66] En hoewel het in de internationale samenwerking noodzakelijk is om compromissen te sluiten, wordt het opportuniteitsbeginsel beschouwd als een verworvenheid die het waard is om ook op Europees niveau te verdedigen.[67] Dat het Nederlandse strafrecht verschillende sterk onderling samenhangende kenmerken bezit, werd door de regering in het verleden wel gezien als een reden om te pleiten voor een Europese strafrechtspleging die minder grote consequenties zou hebben voor het Nederlandse strafrecht dan harmonisatie van nationaal materieel en formeel strafrecht.[68] Die dimensie, veroorzaakt door de, althans in theorie, grote verschillen tussen de lidstaten waar het gaat om de keuze tussen opportuniteits- en legaliteitsbeginsel, is in veel minder sterke mate aanwezig bij de ultimum remedium-gedachte. Die waarde wordt in beginsel door veel meer lidstaten gedeeld, terwijl tegelijkertijd van dat beginsel weinig terug te vinden is in termen van terughoudendheid bij het opstellen van concrete regelgeving. Hoe dan ook, in de Nederlandse context is er geen wezenlijke omarming meer van de ultimum remedium-gedachte, waardoor deze ook in mindere mate onder druk kan komen te staan. En hoewel ook het opportuniteitsbeginsel niet zonder meer wordt onderschreven, wat onder meer blijkt uit de mate waarin de legitimiteit van gedoogpraktijken ter discussie staat, biedt het aan de meer punitief ingestelde bestuursorganen een dusdanige flexibiliteit dat ook zij het overeind houden van het opportuniteitsbeginsel in Europees verband van belang achten.

Het opportuniteitsbeginsel werd door de regering althans als een zo belangrijke waarde van het Nederlandse recht beschouwd, dat de mate waarin ruimte gelaten wordt voor het opportuniteitsbeginsel een rol speelt bij de beoordeling van initiatieven voor nieuwe Europese regelgeving.[69] Het opportuniteitsbeginsel is echter als zelfstandige afwegingsfactor verdwenen uit het meest recente beleidsdocument van de regering dat in algemene zin een beoordelingskader

63 Verheijen 2006b; Verheijen 2006a. Zie ook Van Kempen 2003.
64 Keulen 2007, p. 38.
65 Zie bijvoorbeeld de standpunten van de Raad: Ontwerp-conclusies van de Raad over modelbepalingen, die als aanzet moeten dienen voor de beraadslagingen van de Raad op het gebied van het strafrecht, nr. 16798/09, aangenomen op 30 november 2009; en van het Europees Parlement: Verslag over een EU-aanpak voor het strafrecht, 24 april 2012, 2010/2310(INI).
66 Crijns 2012.
67 Groenhuijsen 2002.
68 Zie de Nederlandse inbreng in de Europese Conventie: 'De Europese strafrechtelijke ruimte', CONV 733/03.
69 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 656, nr. 1 (Notitie Eurostrafrecht).

biedt voor nieuwe Europese initiatieven op strafrechtelijk terrein. Daarin wordt overigens nauwelijks aangesloten bij juridische kenmerken van het Nederlandse strafrecht, maar worden criteria als proportionaliteit en subsidiariteit, uitvoerbaarheid en financiële consequenties gehanteerd. Wel worden eisen gesteld aan de consistentie en kwaliteit van wetgeving, maar dat criterium lijkt niet te doelen op de verhouding tussen Europese en nationale wetgeving, maar op de onderlinge samenhang van Europese wetgevingsinstrumenten.[70] De Europese verdragen bieden waarschijnlijk wel de mogelijkheid om het opportuniteitsbeginsel in de wetgevingsprocedures te beschermen. Zo bepalen de verdragen dat de verschillende rechtstradities en rechtsstelsels van de lidstaten worden geëerbiedigd.[71] Ook is, speciaal voor de politiële en justitiële samenwerking in strafzaken, de zogenaamde noodremprocedure ingevoerd. Deze procedure stelt een lidstaat in staat om een wetgevingsprocedure te schorsen en het ontwerp aan de Europese Raad voor te leggen wanneer die lidstaat meent dat afbreuk dreigt te worden gedaan aan fundamentele aspecten van zijn strafrechtsstelsel.[72] Daarnaast kunnen zowel de regering als de nationale parlementen de algemene bescherming van het subsidiariteitsbeginsel inroepen, hetgeen ook bij een vermeend gevaar voor het opportuniteitsbeginsel tot de mogelijkheden behoort.[73] Maar de belangrijkste en eerst aangewezen weg voor de regering om problemen met het opportuniteitsbeginsel te voorkomen, is gelegen in een actieve deelname aan de besluitvorming binnen de Raad en de Europese Raad.

1.3.3 Een constitutioneel probleem

Een bescherming van het opportuniteitsbeginsel in Europees verband is des te meer van belang wanneer het opportuniteitsbeginsel niet slechts een toevallige eigenschap van het Nederlandse strafrecht, een culturele verworvenheid of een rechtstraditie is. Wanneer het opportuniteitsbeginsel wordt beschouwd als sterk verbonden met opvattingen over de democratische rechtsstaat, vormt een mogelijke aantasting van dat beginsel een probleem van constitutionele orde. Naast de rechtsculturele dimensie is dat een andere manier waarop het opportuniteitsbeginsel in de discussies over eventuele Europese beïnvloeding terugkomt.

De integratie in het kader van de Europese Unie is van fundamentele betekenis voor het Nederlandse constitutionele recht, en daarmee voor de

70 *Kamerstukken II* 2011/12, 32 317, nr. 80.
71 Art. 67 lid 1 VWEU (Algemeen ten aanzien van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht); art. 82 lid 2 VWEU (strafprocesrechtelijke harmonisatie).
72 Art. 82 lid 3 en art. 83 lid 3 VWEU.
73 Op grond van Art. 5 lid 4 VEU en het Protocol nr. 2 betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

juridische context waarin het strafrecht zich bevindt. Doordat Nederland betrokken is in een zo intensief samenwerkingsverband als de Europese Unie worden belangrijke beslissingen aangaande het strafrecht niet meer uitsluitend op nationaal niveau genomen: de vertrouwde alliantie tussen staat en straf is afgebroken.[74] Strafrechtelijke rechtsvorming en, in mindere mate, rechtspleging vinden in toenemende mate plaats buiten de kaders van de Nederlandse staat. Tot op zekere hoogte kan nog steeds een bijzondere positie voor het strafrecht in Europees verband worden aangewezen, bijvoorbeeld vanwege enkele afwijkingen van de gewone wetgevingsprocedure. Wanneer die afwijkingen als principiële keuzes worden gezien, geven ze uitdrukking aan een *strafrechtsspezifischer Schonungsgrundsatz*.[75] Of er veel gewicht aan dat uitgangspunt gegeven moet worden is de vraag, zeker gezien het feit dat de Nederlandse rechtsorde in het algemeen erg open is voor het Europese recht. Het Hof van Justitie is ook niet erg geneigd om uitzonderingen te erkennen ten aanzien van de doorwerking van het Europese recht op het nationale strafrecht.[76] Dat geldt hooguit voor het standpunt dat rechtstreekse werking van richtlijnen of richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht niet tot gevolg mag hebben dat strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd of uitgebreid.[77] Als er al een bijzondere positie voor het strafrecht is weggelegd, lijkt die eerder kleiner dan groter te worden, zoals in ieder geval al blijkt uit de verschillende verdragswijzigingen van Maastricht, Amsterdam, Nice en Lissabon. Het lijkt een illusie om tegen die ontwikkeling ten strijde te trekken, en misschien is dat ook niet wenselijk. Zowel de strafrechtelijke samenwerking als de mensenrechtenbescherming heeft sterk geprofiteerd van de naoorlogse integratie in de Raad van Europa en de Europese Unie, en er is weinig reden om te veronderstellen dat die integratie binnen afzienbare tijd tot een einde zal komen.[78] Ook traditioneel met het strafrecht samenhangende waarden kunnen profiteren van een intensievere samenwerking. Zo kan bijvoorbeeld de resocialisatiegedachte wellicht beter tot uitdrukking komen wanneer burgers van de Europese Unie die veroordeeld zijn voor een strafbaar feit zonder veel formaliteiten hun straf in hun eigen land kunnen uitzitten.[79]

Hoewel strafprocesrechtelijke normen in Nederland traditioneel niet snel een constitutionele statuur verkrijgen,[80] kan het opportuniteitsbeginsel wel

74 Jung 2000, p. 866.
75 Satzger 2012, p. 65.
76 Zoals bijvoorbeeld al blijkt uit HvJ EG 21 maart 1972, zaak 82-71, *Jur.* 1972, p. 119 (Società agricola industria latte), HvJ EG 11 november 1981, zaak 203/80, *Jur.* 1981, p. 2595 (Casati), HvJ EG 2 februari 1989, zaak 186/87, *Jur.* 1989, p. 195 (Cowan) en HvJ EG 16 juni 1998, zaak C-226/97, *Jur.* 1998, p. I-3711 (Lemmens).
77 HvJ EG 12 december 1996, zaak C-74/95 en C-129/95, *Jur.* 1996, p. I-6609 (Strafzaken tegen X.).
78 Nergelius 2009.
79 Klip 2013.
80 Mevis 1998, p. 11.

worden gezien als van significante betekenis voor de verhoudingen tussen de rechtsprekende, wetgevende en uitvoerende macht binnen de strafrechtelijke handhaving. Daarom is de ontwikkeling dat rechtsvorming, beleidsvorming en zelfs opsporing en vervolging geheel of gedeeltelijk plaatsvinden buiten de nationale kaders, buitengewoon relevant voor een goed begrip van het opportuniteitsbeginsel. Dat begrip wordt niet bevorderd door een normatieve benadering waarin de vraag centraal staat hoe het opportuniteitsbeginsel, en het daarmee samenhangende systeem van *checks and balances,* in een afgeschermde Nederlandse context tegen institutionele verschuivingen beschermd kan worden. Het opportuniteitsbeginsel en de constitutionele context waarin het opereert zijn zelf immers uitdrukking van de democratische rechtsstaat, of daarmee wordt althans die democratische rechtsstaat in de Nederlandse context mede vormgegeven. Daarom zou juist onderzocht moeten worden hoe democratische besluitvorming, de kwaliteit van de rechtsstaat en de waarborgen van het strafrecht in een Europese en internationale context te waarborgen zijn.[81] Een dergelijk breed onderzoek pretendeert dit proefschrift niet te bieden, maar de houding die daaraan ten grondslag ligt is wel aanwezig. Het voorwerp van onderzoek is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel beschouwd tegen de achtergrond van een verlies aan autonomie voor de institutionele structuur van de Nederlandse strafrechtelijke handhaving, die optreedt als gevolg van de invloed van het recht van de Europese Unie.

Binnen het stelsel van *checks and balances,* dat de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in goede banen dient te leiden, speelt democratische controle een belangrijke rol: met name de parlementaire bemoeienis met het toezicht van de Minister van Justitie op het vervolgingsbeleid van het OM geeft daaraan uitdrukking. Wanneer op Europees niveau strafrechtelijk beleid wordt gevormd, bijvoorbeeld door het Europees OM, of in een *Serious and Organized Crime Threat Assessment* waaruit prioriteiten voortvloeien die de lidstaten dienen te implementeren, rijst de vraag of, en zo ja, hoe die beleidsvorming aan democratische controle onderhevig kan worden gemaakt.[82] Het democratisch tekort van de Europese Unie wordt immers al jaren als een probleem beschouwd, en hoewel nationale parlementen nog wel een rol kunnen spelen in de rechtsvorming op Europees niveau, verschuift het geëigende niveau voor parlementaire bemoeienis met strafrechtelijke rechtsinstrumenten van het nationale naar het Europese. De vraag rijst of de wijze waarop de toepassing van het opportuniteitsbeginsel onderworpen is aan democratische controle ook anders moet worden begrepen dan wanneer daaraan in de Nederlandse strafrechtelijke handhaving wordt vormgegeven. In dat verband is mede van belang dat er nog steeds aanzienlijke beperkingen zijn aan de organisatie van democratische controle op Europees niveau, onder andere vanwege de gebrek-

81 Vervaele 2004, p. 4.
82 Buruma 2002a, p. 259-260.

kige legitimiteit van het Europees Parlement en zijn verhoudingsgewijs geringe bevoegdheden.[83]

De betekenis van de rechtsstaat voor het opportuniteitsbeginsel, en de wijze waarop die betekenis verandert, moet worden onderscheiden van de wijze waarop democratische controle op de strafrechtelijke handhaving wordt mogelijk gemaakt. In het Europese recht worden rechten verleend aan de burgers van de lidstaten, die tevens Europese burgers zijn. Deze rechten kunnen rechtstreeks werken in de rechtsordes van de lidstaten en hebben voorrang op het nationale recht. Bovendien vereist de Unietrouw dat lidstaten deze rechten effectief handhaven, waardoor verplichtingen tot opsporing en vervolging kunnen ontstaan. Zulke verplichtingen, bijvoorbeeld om strafrechtelijk op te treden tegen aantasting van het vrij verkeer,[84] laten zien dat er sprake is van veranderingen die van invloed zijn op de democratische rechtsstaat. Fundamentele vrijheden, gegarandeerd door het Europese recht, geven de mogelijkheid om in rechte ter discussie te stellen of het juist is dat overheidsoptreden achterwege blijft wanneer die vrijheden door andere particulieren worden geschonden. Dit maakt deel uit van een bredere ontwikkeling om de rechtsstaat niet meer uitsluitend liberaal te interpreteren, gericht op de vraag welk optreden van de overheid te sterk inbreuk maakt op fundamentele rechten. In aanvulling daarop treedt een andere opvatting van de rechtsstaat naar voren, waarin centraal staat welke handelingen in positieve zin van de overheid mogen worden verlangd.[85] Positieve verplichtingen die voortvloeien uit fundamentele rechten, zoals met name naar voren komt uit de rechtspraak van het EHRM, stellen minimumeisen en verplichtingen tot handhaving, waaronder strafrechtelijke handhaving kan worden geschaard. Waar voorheen het opportuniteitsbeginsel werd beschouwd als een rechtsstatelijke waarborg om al te ingrijpend strafvorderlijk overheidsoptreden te temperen, werkt het rechtsstatelijke perspectief tegenwoordig ook de andere kant op. Die positieve verplichtingen dienen te worden uitgevoerd, en wanneer strafvorderlijke bevoegdheden met een grote discretionaire ruimte kunnen worden toegepast, is het niet vanzelfsprekend dat die verplichtingen in de praktijk zullen worden nageleefd. Het opportuniteitsbeginsel vormt daarom tevens een potentiële hindernis voor de verwezenlijking van de opdracht aan de overheid om handhavend op te treden. Dit aspect manifesteert zich niet alleen in de nationale context, maar ook in het verband van de Europese Unie.

83 Volgens sommigen is dat geen groot bezwaar, zolang de Europese Unie rechtvaardige uitkomsten bereikt: Neyer 2010; Neyer 2012. Anderen zijn het daarmee oneens en benadrukken het belang van democratische verantwoording op Europees niveau (Nicol 2012), en de mogelijkheden om dit te realiseren (De Búrca 2008). Zie ook MacCormick 2007b, p. 45-49 over de noodzaak om een constitutie op een gedeeld aanvaarde norm te laten berusten, en MacCormick 2007a.

84 HvJ EG 9 december 1997, *Jur.* 1997, p. I-6959 (Commissie/Frankrijk).

85 Buruma 2003.

1.3.4 Een integratieprobleem

De spanningen zoals die hiervoor zijn gesignaleerd tussen het Europese recht en het opportuniteitsbeginsel kunnen ook worden gezien als een integratieprobleem. Dat probleem richt zich op de doorwerking van het recht van de Europese Unie in de rechtsordes van de lidstaten, en wat daarvan de gevolgen zijn voor een specifiek uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht. Welke gevolgen de Europese integratie heeft voor het nationale recht is echter afhankelijk van de vraag wat de constitutionele betekenis is van het recht van de Europese Unie. Voor het waarderen van deze betekenis kan gebruik gemaakt worden van drie verschillende integratiemodellen, die elk op een andere manier het Europese recht positioneren ten opzichte van de rechtsordes van de lidstaten van de Europese Unie.

Het eerste integratiemodel gaat uit van de soevereiniteit van de constituerende delen van de EU, de lidstaten. In dat model is de staat de primaire drager van alle overheidsbevoegdheden, aan wie deze bevoegdheden via het democratische proces door het volk zijn verleend. Deze bevoegdheden kunnen door de staat worden overgedragen op internationale organisaties, die daardoor bindende besluiten kunnen nemen. Het attributiebeginsel bepaalt de reikwijdte van de bevoegdheden: die strekken niet verder dan datgene wat de staten hebben overgedragen. Het attributiebeginsel vereist op Europees niveau een strikte controle op de keuze voor de rechtsgrondslag van besluiten. In dit model zou er zelfs op nationaal niveau ruimte kunnen bestaan voor controle van Europese regelgeving op zijn verbindendheid, en kunnen wellicht besluiten die *ultra vires* tot stand zijn gekomen worden vernietigd. Handhaving van het Europese recht en de bestraffing van inbreuken daarop kunnen in dit model worden overgelaten aan de lidstaten, terwijl op Europees niveau het gedragsvoorschrift wordt vastgesteld.

Dit model is bijvoorbeeld terug te vinden in de uitspraken van het Duitse Bundesverfassungsgericht,[86] dat de overdracht van wetgevende bevoegdheden aan de Europese Unie afhankelijk maakt van de mogelijkheid van democratische controle op nationaal niveau, vanwege de vastlegging van het democratiebeginsel in artikel 23 van de Duitse Grondwet.[87] Deze uitspraken bouwen voort op de zogenaamde Solange-jurisprudentie. Hierin behield het Bundesverfassungsgericht zich eerst het recht voor om Europese wetgeving onverbindend

86 Zoals in de uitspraken over de Duitse goedkeuring van de Verdragen van Maastricht en Lissabon: BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 155 (Maastricht); BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 123, 267 (Lissabon).

87 Zie meer in (kritisch) detail over de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht met betrekking tot het Verdrag van Lissabon en zijn gevolgen: Beyer-Katzenberger 2009; Bieber 2009; Reestman 2009; Lock 2009; Kiiver 2009; Grimm 2009; Cuyvers 2011; Jancic 2010; De Waele 2010; Murkens 2010; Eijsbouts 2010; Kiiver 2010; Hatje & Terhechte 2010; Beck 2011; Van den Brink 2011; Eriksen & Fossum 2011; Pliakos & Anagnostaras 2011; Beyer-Katzenberger 2011; Gérard 2011.

te verklaren zolang op Europees niveau de grondrechtenbescherming niet op adequate wijze is vormgegeven.[88] Later erkende het dat de grondrechtenbescherming op Europees niveau dusdanig was, dat op nationaal niveau in beginsel geen nadere beoordeling van de constitutionaliteit van Europese wetgeving hoeft te worden uitgevoerd.[89]

Ook in de wetenschappelijke literatuur zijn bezwaren naar voren gebracht tegen de autonomie die het Europese recht volgens het Hof van Justitie zou bezitten. Volgens sommige auteurs zou het merkwaardig zijn om te erkennen dat het Europese Hof van Justitie Kompetenz-Kompetenz bezit in zijn rechtsprekende activiteit, terwijl de Europese wetgever niet zelfstandig de Europese Verdragen kan wijzigen, maar daarvoor afhankelijk is van de lidstaten van de Unie die in dat opzicht Kompetenz-Kompetenz bezitten. Een echte autonome Europese rechtsorde zou daarom pas kunnen bestaan wanneer daaraan een democratisch gelegitimeerde Europese Grondwet ten grondslag zou liggen.[90]

Wanneer de spanning tussen Europees recht en opportuniteitsbeginsel geplaatst wordt in het licht van dit eerste integratiemodel roept dat verschillende vragen op. De eerste vraag is, of het opportuniteitsbeginsel een fundamenteel kenmerk van de democratische rechtsstaat vormt en het daarom niet zou mogen worden aangetast wanneer bevoegdheidsoverdracht aan de Europese Unie plaatsvindt. De tweede vraag is, of er uit het Europese recht werkelijk inbreuken voortvloeien ten aanzien van het opportuniteitsbeginsel zoals dat in het Nederlandse recht is ontwikkeld. De derde vraag is, of het opportuniteitsbeginsel beperkter moet worden uitgelegd, om op die manier geconstateerde spanningen weg te nemen, óf dat er op Europees niveau inspanningen moeten worden gepleegd om verdere aantasting van het opportuniteitsbeginsel te beperken.

Het tweede integratiemodel gaat uit van de autonomie van de Europese rechtsorde, waarvan de legitimiteit niet valt te herleiden tot de beslissingen van constituerende lidstaten. De Europese verdragen hebben volgens dat model een eigen Europese rechtsorde tot stand gebracht, die een autonoom karakter heeft, met een eigen institutionele structuur, algemene beginselen van Unierecht en garanties voor de nakoming van fundamentele rechten.[91] Het recht dat in die rechtsorde tot stand komt, heeft rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde en voorrang op het recht van de lidstaten. Het Europese recht ontleent zijn democratische legitimatie primair aan de rol van het Europees Parlement in de besluitvorming. In dat model speelt de metafoor van de

88 BVerfG 29 mei 1974, *BVerfGE* 37, 271 (Solange I).
89 BVerfG 22 oktober 1986, *BVerfGE* 73, 339 (Solange II).
90 Schilling 1996. Zie ook de reactie van Weiler & Haltern 1996 en het antwoord daarop: Schilling 1996.
91 Weiler 1991; Dowrick 1983.

Europese rechtsruimte een krachtige rol.[92] Het doel van het tot stand brengen van een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht (artikel 3 VEU) vormt daarvan een duidelijk voorbeeld, in navolging van het succes van de interne markt.[93] In dit model kan het Europese recht duidelijke eisen stellen aan nationale handhaving, die voortvloeien uit de noodzakelijke effectiviteit die het Europese recht door de handhavingsinspanningen van de nationale autoriteiten moet verkrijgen. Op de meeste terreinen heeft de Europese Unie immers geen eigen handhavingsmechanismen, maar in beginsel behoort een geheel communautaire rechtspleging wel tot de mogelijkheden. Dit model komt vooral naar voren in de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat in de klassieke arresten Van Gend en Loos[94] en Costa/ENEL[95] de rechtstreekse werking en de voorrang van het Europese recht introduceerde. Het baseerde deze op de autonomie van de Europese rechtsorde, die ontstaan zou zijn doordat de lidstaten van de Gemeenschap hun soevereiniteit hebben afgestaan en gedeeld.

In de academische literatuur heeft lange tijd de opvatting de boventoon gevoerd dat deze voorrang en rechtstreekse werking van het Europese recht betekenden dat dit recht niet vanwege de Grondwet zijn werking in de Nederlandse rechtsorde verkrijgt, maar op eigen gezag gelding heeft.[96] Ook de Hoge Raad heeft zich in het hieronder nog te bespreken arrest van 2 november 2004 ongenuanceerd op dit standpunt gesteld.[97] Sommigen menen daarom dat het Europese recht de artikelen 93 en 94 van de Grondwet niet nodig heeft om zijn uitwerking in de Nederlandse rechtsorde te verkrijgen.[98] De mate waarin in Nederland in opstand wordt gekomen tegen de Europese autonomiegedachte is vrij gering.[99] Toch is deze meerderheidsopvatting de laatste jaren ter discussie komen te staan.[100] In dat verband is ook de vraag gerezen of het stelsel van artikel 93 en 94 Gw aanpassing behoeft. Een nadeel hierbij is dat die aanvulling de doorwerking van internationaal en Europees recht nodeloos complex zou kunnen maken.[101] De Staatscommissie Grondwet was op dit punt verdeeld. Een deel was van mening dat de Grondwet aan de Nederlandse rechter moet opdragen dat het internationale recht slechts voorrang mag krijgen wanneer dat niet in strijd is met fundamentele rechten. Een ander deel vond de aanbeveling van de Staatscommissie volstaan, om in de Grondwet een algemene bepaling op te nemen dat de constitutionele beginselen

92 Harding 2000b.
93 Harding 2000a; Barents 2006.
94 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (Van Gend en Loos).
95 HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1194 (Costa/ENEL).
96 Besselink e.a. 2002, p. 30-33. Ook Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012, p. 113-114.
97 HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 m.nt. E.A. Alkema. Zie ook Corstens & Fokkens 2011, p. 5.
98 Barkhuysen, Griffioen & Voermans 2004; Hirsch Ballin 2005.
99 Zie Phelan 1997.
100 Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 719-722; Alkema 2010, p. 10-11; Van Emmerik 2008, p. 149-150; Besselink 2005.
101 Vlemminx 2003.

die ten grondslag liggen aan de democratische rechtsstaat moeten worden geëerbiedigd. In die lijn werd het niet nodig gevonden dat de rechter zou mogen beslissen geen voorrang of rechtstreekse werking aan internationaal of Europees recht te verlenen wanneer dat in strijd zou komen met de voorgestelde algemene bepaling.[102]

Dit tweede integratiemodel roept ten opzichte van het eerste model andere vragen op over de spanningen tussen het Europese recht en het opportuniteitsbeginsel. Vanuit het perspectief van dit tweede model is vooral van belang welke eisen het Europese recht stelt aan de strafrechtelijke handhaving door de lidstaten, en hoe het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse recht daardoor wordt beïnvloed. In ieder geval is het waarschijnlijk dat in dit model het opportuniteitsbeginsel moet wijken wanneer zich spanningen voordoen, vanwege de voorrang en de rechtstreekse werking van het Europese recht. Op de lange termijn ontwikkelt zich in deze lijn een Europese strafrechtspleging, democratisch gelegitimeerd door een volwaardig Europees Parlement en rustend op Europese federale strafwetgeving.[103]

Het derde integratiemodel wordt gekenmerkt door pluralistische benaderingen van de verhouding tussen de Europese rechtsorde en de nationale rechtsordes, en wordt wel aangeduid met de term 'constitutioneel pluralisme', waarvan MacCormick als de grondlegger wordt beschouwd.[104] In die benaderingen wordt niet zonder meer aangesloten bij de suprematie van het Europese recht, noch bij de benadering die de soevereiniteit van de lidstaten vooropstelt. Daarmee is het niet op voorhand duidelijk hoe, en door wie,[105] een eventuele strijd tussen Europees en nationaal recht zal worden beslecht. Zulke pluralistische visies zijn soms georiënteerd op de culturele en normatieve verschillen binnen Europa, ook tot uitdrukking komend op strafrechtelijk gebied,[106] of geven op een bepaalde wijze ruimte aan samenwerking tussen Europese en nationale instituties zoals ook in de (bestuurs- en strafrechtelijke) handhaving in de praktijk waarneembaar is.[107] De vergaande manier waarop nationale en Europese mededingingsautoriteiten samenwerken, beantwoordt meer aan een pluralistisch integratiemodel dan aan een van de twee andere modellen, en ook de meest recente voorstellen voor een Europees OM zijn te karakteriseren als een samenwerkingsmodel. Deze pluralistische visies sluiten aan op de manier waarop in de theorie afstand wordt genomen van een grondmodel

102 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 125-135. Besselink & Wessel 2009, Peters & Boogaard 2010 en Gerards 2011 zijn voorstander van een meer geclausuleerde doorwerking. Ook Meuwese 2011 lijkt hier vrij positief tegenover te staan. Meer terughoudend is Schutgens 2011.

103 Bijvoorbeeld reeds Sieber 1994.

104 Komárek & Avbelj 2012, p. 2-3.

105 Kumm 1999.

106 Delmas-Marty 2012; Lindahl 2009; Bhamra 2011.

107 Lindseth 2010.

voor politieke organisatie dat soevereiniteit als een ondeelbaar concept beschouwt dat berust bij natiestaten.[108] Dit Westfaalse model van staatsorganisatie en internationale samenwerking wordt nog wel verdedigd,[109] maar wordt in dit derde model afgeschreven als onvoldoende in staat om weer te geven op welke wijze de naoorlogse Europese integratie heeft vorm gekregen, en als een ontoereikende legitimatie daarvan.[110] Democratische en rechtsstatelijke legitimatie van overheidsoptreden wordt in dat postnationale model niet meer uitsluitend verwezenlijkt via de natiestaat, maar kan worden georganiseerd op meerdere niveaus en via een veelheid aan instituties.[111] Daarbij kunnen constitutionele conflicten, eventueel strafrechtelijk relevant, optreden die moeilijk oplosbaar zijn.[112] Beide systemen, zowel het nationale recht als het Europese recht, maken er aanspraak op om doorslaggevend te zijn wanneer rechtsnormen botsen. Wanneer een norm van nationaal constitutioneel recht aanspraak maakt op gelding, maar die aanspraak zou in strijd komen met Europees recht, is er sprake van een constitutioneel conflict dat niet goed oplosbaar is wanneer een radicaal pluralistisch standpunt wordt ingenomen. Niet in alle pluralistische theorieën wordt echter een dergelijk standpunt ingenomen.[113]

Dit derde integratiemodel, met een pluralistische insteek, geeft aanleiding tot een benadering van de spanning tussen Europees recht en opportuniteitsbeginsel waarin aan beide invalshoeken zoveel mogelijk recht kan worden gedaan. Als het een constitutioneel conflict betreft over de mate waarin beleidsvrijheid toekomt aan bepaalde rechtshandhavingsinstanties, geeft een dergelijk pluralistisch model de mogelijkheid om zowel de Europeesrechtelijke aanspraken, als het nationaalrechtelijke verzet daartegen, adequaat te beoordelen. De omvang van strafvorderlijke beleidsvrijheid in een geëuropeaniseerde rechtsorde, kan daarin zowel vanuit het gezichtspunt van het Europese recht en zijn effectiviteit, als vanuit de eigenheid van de nationale constitutie worden beoordeeld.

Een pluralistisch integratiemodel geeft handvatten om zowel de positie van het Hof van Justitie vast te stellen, als de positie van de lidstaten, maar geeft wel een eigen waardering aan die verschillende standpunten. De pluralistische visie bevat in zoverre een normatief oordeel over de aard van Europese integratie, dat het die integratie beschouwt als een vergaande samenwerking waarbij een term als soevereiniteit niet meer van toepassing is, of althans weinig legitimerende kracht meer bezit.[114] Dat geldt zowel ten aanzien van

108 Pernice 1999; zie ook de bijdragen in Walker, Shaw & Tierney 2011.
109 Baudet 2012.
110 Curtin 1997; Hirsch Ballin 1997; Shaw 1999; Amtenbrink & Van den Berg 2010.
111 Tsagourias 2007; Joerges & Vos 1999; Teubner 2004; Eriksen & Fossum 2004.
112 Sand 2004; Komárek 2007.
113 Zie voor uitgebreide bespreking Walker 2002; Komárek & Avbelj 2012; Manunza & Senden 2006; Weiler & Wind 2003.
114 Zie voor discussie de bijdragen in Walker 2003.

de lidstaten als ten aanzien van de Europese Unie. Het normatieve ideaal dat ten grondslag ligt aan een dergelijk integratiemodel behelst veeleer een democratische rechtsorde waarbij de institutionele verhoudingen voorlopig zo weinig uitgekristalliseerd zijn, dat er een fundamenteel onderbepaalde constitutionele structuur ten grondslag ligt aan de verhouding tussen de Europese rechtsorde en de nationale rechtsorde. Dat leidt echter niet tot een compleet relativisme, maar eerder tot een interactionistische constitutie, omdat de actoren in die rechtsorde wel duidelijke standpunten innemen ten aanzien van de inhoud van het recht, zowel het Europese als het nationale.[115]

Wat de Nederlandse situatie betreft, lijkt het onmogelijk om in een constitutioneel conflict te geraken als men het standpunt inneemt dat het Europese recht in de Nederlandse rechtsorde gelding heeft zonder dat daarvoor de bepalingen van artikel 93 en 94 Gw nodig zijn. Dat lijkt de meerderheidsopvatting in de literatuur te zijn, en als die juist is geldt zelfs in het Nederlandse recht de regel dat het recht van de Europese Unie voorrang heeft en rechtstreeks werkt in de Nederlandse rechtsorde, en dat die werking daaraan niet verleend wordt door de Nederlandse Grondwet. Dat standpunt komt inhoudelijk volkomen overeen met de rechtspraak van het Hof van Justitie.

De Hoge Raad lijkt een dergelijk standpunt ook in te nemen in het arrest van 2 november 2004, gewezen door de strafkamer.[116] Het betrof een vervolging voor overtreding van het Arbeidstijdenbesluit vervoer, waarin een delictsomschrijving was opgenomen die verwees naar een EG-Verordening.[117] Het middel stelde dat de verordening niet eenieder kon verbinden in de zin van artikel 93 Gw, en dat daarom strafbaarheid uitgesloten was vanwege het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr. De conclusie van de Advocaat-Generaal bevatte als enige overweging daaromtrent: 'Het middel miskent dat een verordening van de Europese Gemeenschappen op grond van artikel 249 EG-verdrag rechtstreeks werkt zonder tussenkomst van enig nationaal wettelijk voorschrift en buiten het systeem van artikel 93 en 94 Grondwet om. Van schending van het legaliteitsbeginsel, zoals gesteld, is dan ook geen sprake.' Daarbij werd nog verwezen naar de opvatting van Kortmann op dit punt, in zijn boek *Constitutioneel recht*.[118] De Hoge Raad doet het middel niet af met toepassing van artikel 81 RO zoals de Advocaat-Generaal had gesuggereerd, maar verwerpt het beroep wel, waarbij hij onder verwijzing naar het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Amsterdam Bulb*[119] opmerkt: 'Het middel miskent dat een op grond van het EG-verdrag vastgestelde verordening zoals

115 La Torre 1999.
116 HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 m.nt. E.A. Alkema.
117 Verordening (EEG) nr. 3820/85 van de Raad van 20 december 1985 tot harmonisatie van bepaalde voorschriften van sociale aard voor het wegvervoer, *PbEG* 1985, L 370/1.
118 Kortmann 2001, p. 120-121.
119 HvJ EG 2 februari 1977, zaak 50/76, *Jur.* 1977, p. 137 (Amsterdam Bulb).

waarvan hier sprake is, krachtens dat verdrag en niet krachtens enig nationaal besluit gelding heeft en rechtstreeks toepasselijk is in elke Lid-Staat. Die gelding is niet gebaseerd op het stelsel van artikel 93 en 94 Gw. Het middel is derhalve ondeugdelijk'. Dit standpunt zou betekenen dat de Nederlandse rechtsorde zichzelf geheel ondergeschikt heeft gemaakt aan het Europese recht, terwijl destijds de bedoeling van de grondwetgever was om de doorwerking van het Europese recht in de Nederlandse rechtsorde via de artikelen 93 en 94 Gw te laten verlopen. Gezien de uiterst gebrekkige motivering van het arrest kan het in feite niet anders dan dat de Hoge Raad zich onvoldoende rekenschap van de problematiek heeft gegeven.[120] Daaraan moet dus geen autoriteit worden ontleend.

Wanneer de opvatting dus wordt ingenomen dat de Nederlandse Grondwet de doorwerking van het Europese recht in de Nederlandse rechtsorde doet plaatsvinden via artikel 93 en 94 Gw, en aan de Nederlandse grondwetgever dus ultieme zeggenschap voorbehoudt over de keuze voor die doorwerkingsmethode, bestaat de mogelijkheid van een constitutioneel conflict: dat is het geval wanneer het Europese recht een aanspraak doet op gelding in de nationale rechtsorde, die strijdig is met het Nederlandse recht, en het stelsel van artikel 93 en 94 Grondwet niet bepaalt dat in dat geval het Nederlandse recht buiten toepassing moet worden gelaten. Voor artikel 94 Gw geldt trouwens dat die bepaling zich richt tot de rechter én het bestuur, waaronder het Openbaar Ministerie moet worden begrepen.

Waar het het strafrecht betreft, en de toepassing daarvan door middel van het opportuniteitsbeginsel, kan deze consequentie van artikel 94 Gw twee vormen aannemen. Het ene gevolg is dat de Nederlandse strafbaarstelling buiten toepassing dient te worden gelaten. Een alternatieve toepassing van de conflicterende Europeesrechtelijke regel is in dat geval niet mogelijk, omdat strafrechtelijke aansprakelijkheid moet worden gebaseerd op het nationale recht. In dat geval zal er dienen te worden ontslagen van rechtsvervolging vanwege het niet kunnen kwalificeren van het delict. Het andere gevolg dat zich op grond van artikel 94 Gw zou kunnen voordoen, is dat het opportuniteitsbeginsel buiten toepassing wordt gelaten, waardoor het OM niet meer de mogelijkheid heeft om het algemeen belang bij een vervolgingsbeslissing te betrekken. Dit laatste geeft in sommige gevallen een goede weergave van de juridische situatie, wanneer bijvoorbeeld lidstaten strafrechtelijk dienen op te treden tegen schendingen van het vrij verkeer van goederen.[121] Het Hof van Justitie verplicht lidstaten er toe om in zulke gevallen handhavend op te treden, hetgeen kan worden gebaseerd op de rechtstreekse werking van de vrij verkeersbepalingen, in samenhang gelezen met de verplichting tot Unietrouw van artikel 4 lid 3 VEU. Deze bepalingen, die volgens het Europese recht rechtstreeks werken omdat ze rechten voor individuen in het leven

120 Aldus ook L.F.M. Besselink in zijn noot onder dit arrest in *SEW* 2005, p. 336-339.
121 HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *Jur.* 1997, p. I-6959 (Commissie/Frankrijk).

roepen en voldoende duidelijk en precies zijn opgesteld, kunnen worden gezien als een ieder verbindende bepalingen in de zin van artikel 93 Gw en bezitten dan in de Nederlandse rechtsorde verbindende kracht. Wettelijke voorschriften waarvan de toepassing niet verenigbaar is met die een ieder verbindende bepalingen van Europees recht moeten daarom buiten toepassing worden gelaten, niet alleen door de rechter maar ook door het OM als bestuur, op grond van artikel 94 Gw.[122] Het wettelijk voorschrift van artikel 167, dat het OM de mogelijkheid geeft om te seponeren, zou op die manier buiten toepassing gelaten moeten worden, wanneer de toepassing daarvan niet verenigbaar is met, bijvoorbeeld, de vrij verkeersbepalingen. Wanneer op een dergelijke manier aan het Europese recht doorwerking gegeven wordt, is niet direct sprake van een constitutioneel conflict zoals hierboven gedefinieerd. Wat wel duidelijk is, is dat het sepot in die gevallen niet mogelijk is vanwege de doorwerking van het Europese recht in de Nederlandse rechtsorde. Op zich is dat voldoende reden om het stelsel van *checks and balances* rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel kritisch tegen het licht te houden: blijkbaar zijn er situaties denkbaar waarin de gebruikelijke constellatie van discretionaire strafvorderlijke bevoegdheden en daaraan verbonden controlemechanismen ingrijpend is gewijzigd.

De hierboven beschreven beïnvloeding door het Europese recht is echter niet de enige manier waarop lidstaten verplichtingen opgelegd hebben gekregen om handhavend op te treden. Een andere manier waarop Europees recht strafrechtelijke handhaving kan voorschrijven betreft gevallen waarin lidstaten de effectiviteit van het Unierecht in gevaar brengen door onvoldoende te controleren en te bestraffen wanneer burgers daarmee in strijd handelen, zonder dat daartegenover een aanspraak op bijvoorbeeld vrij verkeersrechten staat. De geldingsaanspraak van het Europees recht is in dergelijke gevallen niet altijd gebaseerd op rechtstreekse werking, maar vloeit bijvoorbeeld voort uit verordeningen die rechtstreeks toepasbaar zijn in de nationale rechtsorde. Omdat ook het Nederlandse recht die erkent als een ieder verbindende verplichtingen, dient het sepot van artikel 167 Sv ook in die gevallen op grond van artikel 94 Gw buiten toepassing te worden gelaten. Deze situatie leidt eveneens niet tot de conclusie dat er daadwerkelijk van een constitutioneel conflict sprake is, omdat de Nederlandse constitutie zich niet tegen de doorwerking van Europees recht verzet.

Toch zijn er gevallen waarin een dergelijk conflict wel aan de orde is. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de strafrechtelijke vervolgingsverplichting die volgens het Hof van Justitie uit het Europese recht zou voortvloeien, zoals het heeft geoordeeld in het arrest Vo,[123] waarbij de rechtstreeks toepasselijke

122 Overigens ook op grond van het Unierecht: HvJ EG 22 juni 1989, zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (Fratelli Costanzo).

123 HvJ EU 10 april 2012, zaak C-83/12, n.n.g. (Vo).

gemeenschappelijke visumcode[124] geen bepalingen over sancties bevatte. Desondanks was het Hof van mening dat de lidstaten verplicht zijn effectieve, proportionele en afschrikkende sancties op te leggen en daartoe vervolgingen in te stellen op grond van het kaderbesluit en de richtlijn over illegale binnenkomst, doortocht en verblijf.[125] Deze documenten kunnen echter niet worden geacht rechtstreekse werking te bezitten: voor het kaderbesluit is dat uitdrukkelijk uitgesloten in artikel 34 VEU (oud) en voor de richtlijn geldt dat de sanctieverplichting zich tot de lidstaten richt, die in hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen mogelijkheden moeten scheppen om gedrag dat in strijd komt met de richtlijn te bestraffen. Uit die verplichting tot minimumharmonisatie van het sanctieniveau kan geen rechtstreekse werking worden afgeleid, omdat die bepaling geen rechten voor individuen pretendeert te verzekeren en niet voldoende duidelijk en precies is. Het betreft hier bovendien slachtofferloze delicten, waardoor het erkennen van rechtstreekse werking wordt bemoeilijkt. Deze bepalingen zouden daarom ook niet kunnen worden aangeduid als een ieder verbindende bepalingen van verdragen of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties in de zin van artikel 94 Gw. Harmonisatieverplichtingen als deze zijn nauwelijks in rechte toepasbaar en laten veel ruimte voor de implementatie door de lidstaten. Daardoor zijn ze waarschijnlijk niet voldoende precies om rechtstreekse werking te kunnen verkrijgen. Verder binden ze slechts de Staat en scheppen geen rechten voor individuen, mede omdat het in veel gevallen om slachtofferloze delicten gaat. Wanneer het wel om delicten gaat waar individuen het slachtoffer van kunnen worden, is het nog steeds de vraag of deze zich kunnen beroepen op rechtstreekse werking van de betreffende richtlijnen. Deze richtlijnen waarin minimumvoorschriften voor materieel strafrecht zijn neergelegd, hebben dan ook naar Europees recht geen rechtstreekse werking, en kunnen ook niet als een ieder verbindende bepalingen in de zin van artikel 93 en 94 Gw worden aangemerkt. Het Hof van Justitie heeft in dit geval dus een handhavingsverplichting voor de nationale strafvorderlijke autoriteiten geconstrueerd, terwijl er geen sprake kan zijn van het buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften op grond van artikel 94 Gw, en het sepot van artikel 167 Sv dus niet om die reden is uitgesloten. In deze situatie kan er volgens mij gesproken worden van een constitutioneel conflict: uit het Europese recht vloeit een handhavingsverplichting voort die zich richt tot het OM als bestuursorgaan, terwijl de Grondwet het niet toelaat om de mogelijkheid van sepot buiten toepassing te laten. Naar Nederlands

124 Verordening (EG) nr. 810/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 tot vaststelling van een gemeenschappelijke visumcode, *PbEU* 2009, L 243/1.

125 Kaderbesluit 2002/946/JBZ van de Raad van 28 november 2002 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, *PbEG* 2002, L 328/1; en Richtlijn 2002/90/EG van de Raad van 28 november 2002 tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, *PbEG* 2002, L 328/17.

recht blijft er dus strafvorderlijke beleidsvrijheid bestaan, terwijl de uitoefening daarvan een schending van Europees recht oplevert.

1.4 Vraagstelling en afbakening

1.4.1 Centraal probleem en vraagstelling

De problemen die hierboven in eerste instantie kort zijn aangeduid en vervolgens nader geanalyseerd, kunnen bondig worden samengevat. Het betreft het geheel aan spanningen dat ontstaat uit de confrontatie van het opportuniteitsbeginsel met het Europese recht. Een deel van deze spanningen is van verhoudingsgewijs beperkte omvang en betekenis, andere hebben een veel verdergaande en potentieel fundamentele invloed, die zelfs als een constitutioneel conflict kan worden aangemerkt. Op het eerste gezicht kan dat worden beschouwd als een probleem van doorwerking van Europees recht: het opportuniteitsbeginsel wordt gelokaliseerd in de nationale rechtsorde, die onderworpen is aan Europese randvoorwaarden. Het opportuniteitsbeginsel kan immers in zijn geldingsbereik worden beschouwd als slechts van toepassing op beslissingen omtrent opsporing en vervolging, die op het nationale niveau worden genomen, zij het binnen Europese kaders. Dat deze beslissingen op nationaal niveau genomen worden is met de komst van een Europees OM definitief verleden tijd. Het exclusief plaatsen van het opportuniteitsbeginsel op het nationale niveau, en het bestuderen van de invloed van het Europese recht op uitgangspunten van nationaal strafrecht die tot dat niveau beperkt zijn, past niet in de actuele stand van het strafrecht zoals dat in een steeds verder Europeaniserende context moet worden begrepen. Een benadering van de spanning tussen het Europese recht en het opportuniteitsbeginsel kan dan ook niet worden gereduceerd tot een dergelijk doorwerkingsprobleem.

In plaats daarvan vereist een benadering van de hier centraal staande spanningsverhouding dat het opportuniteitsbeginsel niet wordt opgevat als beperkt tot de Nederlandse strafrechtelijke handhaving, waarop vanuit Europees niveau beperkingen voortvloeien. Het gaat hier om een strafrechtelijk uitgangspunt dat weliswaar ontwikkeld is binnen de strafrechtssystemen van enkele Europese landen, waaronder Nederland, maar dat zich in een constitutioneel dusdanig veranderde context bevindt dat het slechts goed begrepen kan worden wanneer het zelf niet beperkt is tot een nationale context. Wanneer daarvoor niet zou worden gekozen, en het hier centraal staande probleem zou worden beschouwd als een doorwerkingsprobleem, zouden twee stappen gezet moeten worden om tot een oplossing te komen: allereerst zou de betekenis van het opportuniteitsbeginsel moeten worden onderzocht, waarna vervolgens de diverse relevante onderdelen van het Europese recht daarmee zouden kunnen worden geconfronteerd. Dat is minder eenvoudig dan het lijkt, want in de Nederlandse context bestaat onduidelijkheid over wat de juiste interpreta-

tie van het opportuniteitsbeginsel is, laat staan welke interpretatie het meest wenselijk zou zijn. Bij de vraag op welke wijze het Europese recht daar invloed op uitoefent is van belang welk integratieperspectief wordt gekozen, en daarbij wijzen met name de integratiemodellen die hierboven als eerste en tweede zijn aangeduid een duidelijke richting op, maar het derde minder duidelijk.

Het centrale probleem van dit onderzoek beschouw ik echter niet als een probleem van doorwerking van Europees recht op Nederlands strafrecht, maar als een probleem dat betrekking heeft op een strafrechtelijk uitgangspunt, geplaatst in een context van Europeaniserende strafrechtelijke handhaving. Het gaat hier om een probleem ten aanzien van een algemeen strafrechtelijk uitgangspunt met betrekking tot discretionaire bevoegdheden bij het beslissen omtrent opsporing en vervolging. De spanning tussen het opportuniteitsbeginsel en het Europese recht is daarmee niet per se een spanning tussen de nationale en de Europese rechtsorde, maar kan net zo goed op het Europese niveau zelf worden herkend. Het losmaken van het opportuniteitsbeginsel uit zijn nationale context sluit goed aan op het derde integratiemodel dat hiervoor is aangeduid. Het opportuniteitsbeginsel als object van onderzoek valt dan te beschouwen als een min of meer algemeen strafrechtelijk uitgangspunt, dat een discretionaire ruimte biedt aan beslissingen omtrent opsporing en vervolging, terwijl van minder belang is door welke autoriteit en op welk organisatieniveau die beslissingen genomen worden. De constitutionele context waarbinnen die autoriteiten opereren stelt eisen aan de omvang van de discretionaire ruimte, en daarin is de spanning gelegen die in dit onderzoek centraal staat.

Het centrale probleem is daarmee een theoretisch probleem, en kan worden omschreven als de onzekerheid over de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde. Het doel van dit onderzoek is om die onzekerheid weg te nemen of althans te verminderen. Teneinde dat doel te bereiken tracht ik antwoord te geven op de vraag: wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde? Een eerste stap daarbij is het nader afbakenen van het onderzoek. Daarna wordt stilgestaan bij de methode die zal worden gebruikt en wordt een plan van aanpak gepresenteerd.

1.4.2 De internationale dimensie, beperkt tot de Europese Unie

De vraagstelling heeft slechts betrekking op het recht van de Europese Unie, en niet op de beïnvloeding van het opportuniteitsbeginsel door het recht dat tot stand komt in het kader van de Raad van Europa. Positieve verplichtingen, door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens afgeleid uit het EVRM,

vormen een voorbeeld van zo'n beïnvloeding.[126] Deze kunnen de lidstaten van de Raad van Europa onder bepaalde omstandigheden verplichten tot opsporing en vervolging, en beperken zo de mogelijkheden voor de lidstaten om het opportuniteitsbeginsel toe te passen.[127] Deze uit fundamentele rechten afgeleide verplichtingen komen echter in dit proefschrift verder niet aan de orde. In EU-verband is een dergelijke ontwikkeling nog niet opgekomen, hoewel uit het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in beginsel wel positieve verplichtingen zouden kunnen worden afgeleid. Voorlopig heeft het Hof van Justitie zich in dat opzicht nogal terughoudend opgesteld, maar het is wel bereid om verplichtingen voor de lidstaten van de Europese Unie af te leiden uit de fundamentele vrijheden zoals het vrij verkeer van goederen.[128] Uit het arrest *Spaanse aardbeien*[129] blijkt in ieder geval dat die fundamentele vrijheden voor de strafvorderlijke autoriteiten handhavingsverplichtingen met zich mee kunnen brengen. Omdat dergelijke verplichtingen vanuit het recht van de Europese Unie nog niet aan de lidstaten worden opgelegd vanuit een interpretatie van de fundamentele rechten, blijven positieve verplichtingen verder in dit onderzoek buiten beeld.

Het internationale recht, zoals dat bijvoorbeeld in VN-verband wordt gevormd, kan ook invloed hebben op het Nederlandse opportuniteitsbeginsel, maar dat komt hier nauwelijks aan bod.[130] Enige aandacht daarvoor is er in de discussie over rechtsmacht en opportuniteit in paragraaf 6.3. Er wordt echter niet stilgestaan bij de beleidsvrijheid van de vervolgende instanties van het Internationaal Strafhof of de ad hoc-tribunalen.[131] In die contexten kan wel gesproken worden van de gelding van het opportuniteitsbeginsel. Zo maakt het Statuut van het Internationaal Strafhof het mogelijk dat de Aanklager afziet van het instellen van een opsporingsonderzoek of een vervolging wanneer dat niet in het belang van een goede rechtsbedeling zou zijn (artikel 53). Interessant is dat de Kamer van vooronderzoek een belangrijke waarborgfunctie is toebedeeld, zodat de Aanklager tot op vrij grote hoogte kan worden gecorrigeerd. Bovendien expliciteert het Statuut het belang van een goede rechtsbedeling voor zover dat kan worden ingeroepen bij de beslissing om niet tot vervolging over te gaan in die zin, dat daarbij inbegrepen is 'de ernst van het misdrijf, de belangen van slachtoffers, de leeftijd of zwakke gezondheid

126 Daarover onder meer Duyx 2004; Lagodny 2004; Lawson 2008; Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008; Van Kempen 2008; Boerefijn & Loenen 2009; Beijer 2010; Nieuwenhuis 2011.

127 Zie daarover Simonis & De Wijkerslooth 2004; Van den Munckhof 2008; Loof 2010; Nieuwenhuis 2008; Van de Westelaken 2010.

128 Zie paragraaf 3.4.

129 HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *Jur.* 1997, p. I-6959 (Commissie/Frankrijk).

130 Daarover met name Buisman 2008 en Sieben 2010. Voor een Duits perspectief: Singelnstein & Stolle 2006. Zie verder Ingelse 1988 en Van Dongen 2000.

131 Zie daarvoor bijvoorbeeld Danner 2005; Bergsmo 2011; Côté 2005; Jallow 2005; Nsereko 2005; De Vlaming 2010; Knoops 2004a; Knoops 2004b; Sluiter 2007. Zeer uitgebreid is Reydams, Wouters & Ryngaert 2012.

van de beschuldigde, en diens rol in het misdrijf waarop de beschuldiging betrekking heeft' (artikel 53 lid 2 sub c). Op die grondslag heeft de Aanklager ook beleidsdocumenten opgesteld en gepubliceerd waaruit naar voren komt welke keuzes in zijn taakuitoefening worden gemaakt.[132] Er is ook een beleidsdocument specifiek gewijd aan 'The Interests of Justice', waarin de interpretatie van de Aanklager wordt gegeven over de betekenis van het belang van een goede rechtsbedeling.[133] Op deze beleidsdocumenten zijn enige kritische reacties gekomen in de academische literatuur.[134]

1.4.3 Opsporing en vervolging

Als het opportuniteitsbeginsel een norm is met een beginselkarakter, rijst de vraag hoe groot de reikwijdte ervan is. Het opportuniteitsbeginsel zou bijvoorbeeld zó kunnen worden geïnterpreteerd, dat het zich uitstrekt over de uitoefening van alle bevoegdheden die de overheid ten dienste staan.[135] Het is wellicht beter om niet zo'n grote reikwijdte aan het opportuniteitsbeginsel toe te kennen. Weliswaar kan gezegd worden dat de uitoefening van alle overheidsbevoegdheden in beginsel onderworpen zou kunnen of moeten worden aan een beoordeling van de wenselijkheid ervan. Desondanks lijkt het beter om aan te sluiten bij bestaande conventies, en slechts over het opportuniteitsbeginsel te spreken in de strafrechtelijke context van opsporing en vervolging. Daarmee wordt ook verwarring voorkomen.

Met een afbakening van de reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel tot een strafrechtelijke context is echter niet alles gezegd. Een nadere beperking is gelegen in de keuze om slechts van het opportuniteitsbeginsel te spreken waar het opsporing en vervolging betreft. Daarbuiten, zoals rondom de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties, kan men wel soortgelijke verschijnselen aantreffen, maar die worden hooguit aangeduid als verwant aan het opportuniteitsbeginsel. Los van het feit dat het niet gebruikelijk is om die verschijnselen af te leiden uit het opportuniteitsbeginsel, is de sterk afwijkende context van die bevoegdheden ook niet bevorderlijk voor een coherent begrip van het opportuniteitsbeginsel. Afwijkende regelingen doen zich ook voor op bijzondere gebieden, zoals het militaire strafrecht, maar dat wordt in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.[136] Verder zijn er ook opvallende afwijkingen in het jeugdstrafrecht geweest, onder meer vanwege het vooropstellen van het pedagogische perspectief en de positie die de kinderrechter

132 Zoals het Report on Prosecutorial Strategy, 14 september 2006 en de Prosecutorial Strategy 2009-2012, te vinden op http://www.icc-cpi.int.
133 'Policy Paper on the Interests of Justice', september 2007, te vinden op http://www.icc-cpi.int.
134 Mnookin & Marra 2012; Ambos & Stegmiller 2013.
135 Langemeijer 1983.
136 Zie daarover bijvoorbeeld Lammers 1975 en HMG 15 maart 1984, *NJ* 1984, 565.

in het verband van de vervolgingsbeslissing bezat.[137] De Commissie-Overwater stelde in dat verband in 1951 dat in jeugdstrafzaken het opportuniteitsbeginsel positief zou moeten worden geïnterpreteerd, zodat minderjarigen alleen zouden worden vervolgd wanneer vervolging nuttig en noodzakelijk zou zijn.[138] Hoewel deze sterke voorkeur voor een positieve interpretatie uitwerking gehad kan hebben op het volwassenenstrafrecht,[139] wordt het jeugdstrafprocesrecht niet verder in dit onderzoek betrokken.[140] Ook het punitieve bestuursrecht, als juridische context waarbinnen beleidsoverwegingen een rol kunnen spelen in afdoeningsbeslissingen, komt niet uitdrukkelijk aan de orde. Slechts het reguliere stelsel van opsporing en vervolging is onderwerp van onderzoek.

1.4.4 Beleidsruimte bij tenuitvoerlegging van sancties

Eén mogelijk veld dat niet moet worden begrepen onder de toepassing van het opportuniteitsbeginsel betreft de tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen. Het is mogelijk om de verhouding tussen rechter en OM zo te zien, dat de rechter vooral de toetsende instantie is van het OM-beleid ten aanzien van de straftoemeting.[141] In dat geval is het niet vanzelfsprekend dat een rechterlijke uitspraak verplicht ten uitvoer moet worden gelegd, maar kan die uitspraak eerder worden beschouwd als een machtiging die het OM de bevoegdheid tot tenuitvoerlegging verleent. Het OM zou dan een, wellicht beperkte, beleidsvrijheid hebben om een opgelegde vrijheidsstraf niet ten uitvoer te leggen, waarbij een redenering kan worden gevolgd analoog aan de bevoegdheidsverdeling omtrent de voorlopige hechtenis.[142] Hulsman beschouwt het niet executeren van een vrijheidsbenemende straf niet als onrechtmatig, al acht hij een structurele toepassing daarvan nadelig voor de rechtszekerheid. Als oorzaken van de rechtmatigheidsvraag ten aanzien van het niet-executeren ziet hij onder andere de op dat moment al sterk gegroeide centralisering van het strafrechtelijk beleid en de moeilijkheden voor officieren van justitie om hun vervolgingsbeleid af te stemmen op de plaatselijke cellencapaciteit.[143]

Als op deze manier beleidsruimte voor het OM ten aanzien van de tenuitvoerlegging wordt gecreëerd, zou het opportuniteitsbeginsel ook het executie-

137 Een kort overzicht daarvan is nog te vinden bij Van Bemmelen 1957, p. 417-423.
138 Overwater 1951, p. 9, 13-14.
139 Volgens Melai/Groenhuijsen, aant. 10 op art. 167.
140 Zie voor een ontwikkeling in de regeling van de vervolgingsbeslissing in het jeugdstrafrecht, mede in historisch perspectief, bijvoorbeeld Doek 1980, Nunnikhoven 1983, Minkenhof/Reijntjes 2009, p. 533-534.
141 Enschedé 1974.
142 Daarover Stolwijk 1985. Anders: Van Deutekom 1995, p. 61-64.
143 Hulsman 1984, p. 226.

beleid gaan bestrijken. Wanneer het OM zo nadrukkelijk een spilfunctie krijgt toebedeeld in de strafrechtelijke handhaving, is het niet meer dan logisch dat het zijn coherente beleid ook wil laten uitstrekken tot de tenuitvoerlegging.[144] Dat kan volgens 't Hart ook afgeleid worden uit het jaarverslag van het OM over 1981, waaruit blijkt dat het OM gereflecteerd heeft op het thema van prioriteitstelling in verband met het gehele optreden van het OM, van opsporing tot en met tenuitvoerlegging.[145] Het opportuniteitsbeginsel zou met deze uitbreiding tot de tenuitvoerlegging een volgende, in de opsomming van 't Hart de zesde, fase zijn ingegaan. Toch bevestigt dat jaarverslag expliciet dat er een plicht bestaat tot tenuitvoerlegging van opgelegde straffen.[146] Als er toch beleidsruimte zou bestaan, kan het niet anders dan dat die sterk ingeperkt is, en meer in lijn zou zijn met een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel dan met een positieve. Wanneer er echter in het geheel geen beleidsvrijheid bestaat kan het opportuniteitsbeginsel zich onmogelijk tot de tenuitvoerlegging uitstrekken.[147] In de juridische literatuur wordt de executieplicht van de vrijheidsstraf vrijwel unaniem onderschreven,[148] zij het dat een uitzondering wordt gemaakt voor pogingen om gratie te bevorderen en betalingsregelingen te treffen bij geldboetes.[149] Voornaamste argument daarbij is de staatsrechtelijke verhouding tussen rechtsprekende en uitvoerende macht, die met zich mee zou brengen dat rechterlijke beslissingen, zeker in een publiekrechtelijke context als het strafrecht, dienen te worden uitgevoerd. Dat uitgangspunt is bovendien wettelijk uitgewerkt, onder andere in de artikelen 553v Sv.[150] Ook wordt benadrukt dat rechter en samenleving erop moeten kunnen vertrouwen dat opgelegde sancties daadwerkelijk ten uitvoer worden gelegd.[151]

Ondanks de eensgezindheid in het afwijzen van een beleidsruimte voor het OM bij de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen, wordt wel enige toepassing van het opportuniteitsbeginsel in de executiefase gesignaleerd. Zo ziet Van de Pol, in zijn pleidooi voor grotere rechterlijke bemoeienis met de tenuitvoerlegging, een rol weggelegd voor het OM om beroep in te stellen tegen plaatsingsbesluiten waarmee het Ministerie van Justitie afwijkt van het advies van de rechter. Hierbij zou het OM een opportuniteitsbeslissing moeten nemen, waarbij het zowel rekening zou moeten houden met de belangen van het

144 Machielse 1987, p. 158.
145 't Hart 1994a, p. 134, die verwijst naar p. 41 van het Jaarverslag Openbaar Ministerie 1981, *Kamerstukken II* 1981/82, 17 100, hfd. VI, nr. 3, bijl. VIII.
146 Jaarverslag Openbaar Ministerie 1981, *Kamerstukken II* 1981/82, 17 100, hfd. VI, nr. 3, bijl. VIII, p. 52.
147 't Hart 1994a, p. 135.
148 Meijer 2012, p. 182-183.
149 Corstens & Tak 1982, p. 119-123; Heijder 1983, p. 613; Van de Pol 1987, p. 493.
150 Vegter 1987; Elzinga 2004.
151 Wurzer-Leenhouts 2005; Meijer 2010.

bestuur als met maatschappelijke en individuele belangen.[152] Ook Kelk signaleert een behoefte aan meer beleidsinmenging door het OM in de tenuitvoerlegging, zeker waar het lange vrijheidsstraffen betreft.[153] Deze opvattingen geven vooral een wenselijkheidsoordeel weer. Bij de executie van andere dan vrijheidsstraffen bestaat wel degelijk enige beleidsruimte, bijvoorbeeld bij geldboetes. De invulling van de afhandeling van die boetes is echter op kritiek gestuit, onder andere wegens het ontbreken van een transparant beleid bij het vorderen van vervangende hechtenis bij niet-betaling.[154] Ook bij de tenuitvoerlegging van strafbeschikkingen zijn er mogelijkheden voor beleid: daarbij bestaat namelijk geen executieverplichting, en is er dus ruimte voor het OM om een al uitgevaardigde strafbeschikking alsnog in te trekken. Ten aanzien daarvan kan over toepassing van het opportuniteitsbeginsel gesproken worden, te meer daar ook het College van Procureurs-generaal zich op het standpunt stelt dat voor de intrekking van strafbeschikkingen aansluiting gezocht kan worden bij de Instructie sepotgronden.[155]

Hoewel er dus enkele argumenten zijn om te spreken van beleidsruimte in de executiefase, wordt dat aspect in dit onderzoek verder buiten beschouwing gelaten. Dat hangt samen met de keuze om het toepassingsbereik van het opportuniteitsbeginsel te beschouwen als beperkt tot opsporing en vervolging. Als het beslissen over de tenuitvoerlegging van sancties in veel gevallen al niet als strafvordering valt aan te merken,[156] dan betekent dat onder meer dat het hier niet gaat om opsporing en vervolging. Bovendien is de betrokkenheid van het Openbaar Ministerie bij de tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen recent onderwerp geweest van wetenschappelijk onderzoek,[157] waardoor de noodzaak om op dit gebied nog iets toe te voegen, gering is. Die noodzaak bestaat misschien wel als het gaat om de justitiële samenwerking in strafzaken binnen de Europese Unie. Voor zover een Europese invloed op de beleidsvrijheid in dit verband relevant is, zou deze gebaseerd kunnen zijn op de verschillende instrumenten voor wederzijdse erkenning van strafrechtelij-

152 Van de Pol 1987, p. 503.
153 Kelk 1994, p. 219-220.
154 Wendenburg 2008.
155 Zie daarover Kooijmans & Meijer 2007.
156 Melai/Groenhuijsen, aant. 12 op art. 1.
157 Meijer 2012.

ke sancties.[158] De betekenis van het beginsel van wederzijdse erkenning voor het opportuniteitsbeginsel wordt behandeld in paragraaf 5.2.

1.4.5 Rechtsvergelijkend onderzoek

Dit onderzoek bevat geen rechtsvergelijkende component in die zin dat gestructureerd onderzoek gedaan is naar de omvang van strafvorderlijke beleidsvrijheid in andere landen. Een inventarisatie van het geldende recht en van de uitgangspunten in andere jurisdicties zou op zich interessant kunnen zijn, maar valt buiten de reikwijdte van de gekozen probleemstelling. Aanvullend onderzoek naar het legaliteitsbeginsel en het opportuniteitsbeginsel in andere lidstaten van de Europese Unie zal waarschijnlijk niet veel resultaat opleveren wanneer de vraag is welke invloed het recht van de Europese Unie op die beginselen heeft. Die invloed laat zich immers vooral gelden in landen waarin de beleidsvrijheid aanzienlijk is, en het lijkt erop dat Nederland zich in dat opzicht op eenzame hoogte bevindt. De verwachting is dat er in andere landen daarom hooguit een vergelijkbare beïnvloeding waar te nemen is. Vergelijking met andere stelsels kan wel van belang zijn als het gaat om het verkennen van oplossingsrichtingen. In dit onderzoek kan helaas slechts in zeer beperkte mate inspiratie worden geput uit buitenlandse stelsels. Voor een dergelijk perspectief, dat in het licht van de bevindingen uit dit onderzoek nuttige inzichten kan opleveren, is hier geen plaats, maar dat is in de gekozen benadering ook niet noodzakelijk.

Een opmerking met betrekking tot het recht van de andere lidstaten komt zoals gezegd slechts sporadisch voor in dit onderzoek; voor meer systematische beschouwingen zij verwezen naar andere literatuur. Onder meer op internationale conferenties is vergelijkend onderzoek naar de uitgangspunten van legaliteit en opportuniteit gepresenteerd, zoals bij de AIDP.[159] Verder hebben organisaties zoals de Raad van Europa onderzoek verricht en aanbevelingen

---

158 Daarbij gaat het om het Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005, L 76/16, het Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59, het Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27, en het Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, *PbEU* 2008, L 337/102.

159 Gepubliceerd in de Revue internationale de droit penal jaargang 1947, p. 1-67 en jaargang 1963, nr. 3 en 4.

gedaan met betrekking tot dit onderwerp.[160] Ook is vanuit Nederlands perspectief door Tak onderzoek gedaan naar het legaliteitsbeginsel in Duitsland.[161] Met name in Duitsland is veel geschreven over het legaliteitsbeginsel en het opportuniteitsbeginsel, wellicht omdat door het bestaan van een wettelijke vervolgingsverplichting het onderwerp meer een juridische inhoud krijgt en zich daarom leent voor rechtswetenschappelijk onderzoek.[162] Maar ook in andere jurisdicties is onderzoek gedaan naar het opportuniteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel.[163] Daarnaast zijn de stelsels van opportuniteit en legaliteit, of in iets bredere zin de inrichting en het functioneren van het Openbaar Ministerie, het onderwerp geweest van meerdere rechtsvergelijkende wetenschappelijke studies,[164] waarbij soms ook Nederland één van de onderzochte jurisdicties was.[165] Het meest recente voorbeeld daarvan betreft het proefschrift van Went.[166]

1.5 METHODE

1.5.1 Randvoorwaarden voor een bruikbare theorie

Nadat de vraagstelling die in dit onderzoek centraal staat enige nadere afbakening heeft gekregen, is het goed om een onderbouwing te geven van de methode die in dit onderzoek gevolgd is om tot een beantwoording van de vraagstelling te komen. Dat geldt des te meer, nu in het juridisch onderzoek bepaald geen eenstemmigheid heerst ten aanzien van de methoden die goed rechtsgeleerd of rechtswetenschappelijk onderzoek kenmerken. De laatste tien jaar woedt er een ware methodestrijd onder Nederlandse juristen. Enkelen zijn van mening dat het juridisch onderzoek veel sterkere gelijkenis zou moeten

160 Raad van Europa 2000; Recommendation Rec(2000)19 on the Role of Public Prosecution in the Criminal Justice System; Recommendation CM/Rec(2012)11 on the Role of Public Prosecutors Outside the Criminal Justice System.

161 Tak 1973b. Zie ook Tak 1973c, Tak 1972 en Tak 1973a.

162 Eckert 1914; Terfloth 1918; Hellmann 1926; Kamps 1930; Zirkel 1936; Schmatz 1966; Ahrens 1978; Malluche 1978; Kausch 1980; Paschmanns 1988; Pott 1996; Schirrmacher 1998; Döhring 1999; Erb 1999; Horstmann 2002; Maiazza 2003; Rose 2006; Deiters 2006; Gatgens 2007; Dettmar 2008.

163 Zoals in Zwitserland: Speckert 1951; Heyden 1961; Hediger 1974; Müller 1972; Sollberger 1989; Berkemeier 2008.

164 Goldstein & Marcus 1977; Weigend 1978; Langbein & Weinreb 1978; Jescheck & Leibinger 1979; HEUNI 1986; Tak 1986; Hall Williams 1988; Meister 1993; Perrodet 2001; Ashworth 2006; Vander Beken & Kilchling 2000; Tak 2004-2005; Buß 2010; Zwiers 2011; Luna & Wade 2012. Zie ook de bijdragen aan het bijzonder nummer van The American Journal of Comparative Law uit 1970: Vouin 1970; Grosman 1970; Jescheck 1970; Dando 1970; LaFave 1970.

165 Leigh & Hall Williams 1981; Unger & Hajda 1994; Brants & Field 1995; Fionda 1995; Van Daele 2002; Tak & Fiselier 2002; Van der Lee 2003; Jehle & Wade 2006 (en het vervolgonderzoek in European Journal on Criminal Policy and Research 2008, nr. 2/3); Marguery 2008.

166 Went 2012.

vertonen met natuurwetenschappelijk of economisch onderzoek.[167] Aan de andere kant staan onderzoekers die kiezen voor een methodologie waarin het argumentatieve karakter van zowel het recht zelf als van de bestudering daarvan op de voorgrond staat.[168] De kwaliteit van juridisch onderzoek dient in die benadering te worden afgemeten aan de inhoud en overtuigingskracht van de argumenten die voor de centrale beweringen worden aangedragen. Vanuit een tussenpositie wordt het belang benadrukt van een eigen catalogus aan minimumvereisten, waaraan juridisch onderzoek zou moeten voldoen. Die vereisten zijn (onder meer) de aanwezigheid van een scherp omlijnde en verantwoorde probleemstelling, zorgvuldig bronnengebruik en een consistente presentatie van de onderzoeksresultaten en conclusies in het licht van de gekozen probleemstelling.[169]

Deze drie benaderingen komen voort uit opvattingen over de aard van het recht. Een benadering van waaruit het recht wordt bestudeerd op dezelfde manier als de economie of de natuurwetenschappen, neemt een vrijwel uitsluitend extern standpunt in ten aanzien van het recht, terwijl een argumentatieve benadering een sterk intern standpunt veronderstelt. In dit proefschrift klinkt een benadering door die veel ruimte geeft aan het argumentatieve aspect van het recht en van de rechtswetenschap, en dat ook in de presentatie van de resultaten laat doorklinken. Dat neemt niet weg dat structurering van het onderzoek op zijn plaats is om de resultaten zodanig te presenteren dat ze onderworpen kunnen worden aan kritiek. Zowel een heldere presentatie van de onderzoeksresultaten, als een degelijke argumentatieve structuur zijn mijns inziens noodzakelijk om zinvolle resultaten te verkrijgen die kunnen bijdragen aan een beter begrip van het recht en aan de ontwikkeling daarvan. In dit onderzoek heb ik er daarom voor gekozen veel waarde te hechten aan de argumentatieve inhoud van het betoog, terwijl de presentatie van de onderzoeksresultaten is begonnen met een beknopte vraagstelling, die ik in het concluderende hoofdstuk tracht te beantwoorden. Verder heb ik getracht in de analyse de aangedragen argumenten zorgvuldig te onderbouwen en zoveel mogelijk te voorzien van adequate bronvermeldingen, en heb ik onderzoeksresultaten en conclusies gepresenteerd in het licht van de gekozen vraagstelling.

Om enige structuur en consistentie te verkrijgen in de beantwoording van de vraagstelling heb ik gezocht naar mogelijkheden om voor de voornaamste argumenten steun te ontlenen aan een geheel van samenhangende uitspraken en theorieën die in verband kunnen worden gebracht met de vraagstelling die centraal staat in dit proefschrift. Omdat die vraagstelling zich richt op de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in de geëuropeaniseerde rechtsorde, heb ik onderzocht op welke wijze de rechtstheorie aanknopingspunten biedt

167 De Geest 2004.
168 Smits 2009.
169 Van Gestel e.a. 2007.

ten aanzien van de aard van het recht van de Europese Unie en de betekenis daarvan voor het nationale recht. Ook dient een dergelijke theorie verheldering te kunnen brengen in de aard en betekenis van algemene rechtsbeginselen, zoals in casu het opportuniteitsbeginsel, en het daardoor mogelijk te maken dat deze worden beschouwd in Europees perspectief. Verder moet een theoretisch kader, om goed bruikbaar te kunnen zijn, ook theorieën bevatten over de wijze waarop praktische beslissingen worden genomen en de maatstaven waaraan deze dienen te voldoen. Het opportuniteitsbeginsel laat immers een grote beleidsvrijheid aan strafvorderlijke autoriteiten, die zij (met inachtneming van de relevante Europese dimensie) inhoudelijk dienen in te vullen bij het nemen van concrete beslissingen. Een degelijke theorie over het nemen van dergelijke beslissingen is dan ook noodzakelijk om de betekenis van het Europese recht voor het opportuniteitsbeginsel en de invulling daarvan in de strafrechtelijke handhaving adequaat te kunnen beoordelen. Een goed begrip van het opportuniteitsbeginsel vereist daarnaast een theorie over rechtsvinding, omdat de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in verband staat met de interpretatie van het materiële strafrecht. Concrete beslissingen en abstracte beleidsvorming door strafvorderlijke autoriteiten bepalen immers, binnen de mogelijkheden van het materiële strafrecht, de daadwerkelijke toepassing van materieelrechtelijke normen. Het vervolgingsbeleid staat in directe relatie met het materiële strafrecht door een nadere begrenzing daarvan tot stand te brengen. In de strafrechtelijke handhaving gaat het dan ook steeds om de vraag of er voldoende bewijsmiddelen zijn om een strafrechtelijke reactie te rechtvaardigen, welke reactie in het licht van het materiële en formele recht is toegestaan, en of het recht dwingt tot een keuze uit de strafrechtelijke reacties die mogelijk en toegestaan zijn. Ten slotte dient een theoretisch kader, om hulp te kunnen bieden bij de beantwoording van de vraagstelling, inzicht te verschaffen in de institutionele structuren van rechtshandhaving, omdat het opportuniteitsbeginsel nauw samenhangt met bevoegdheidsverdelingen in het kader van opsporing en vervolging, en omdat op dat gebied de nodige Europese ontwikkelingen plaatsvinden.

Deze inhoudelijke randvoorwaarden geven weer welke argumenten nodig zijn om een theoretisch kader te scheppen waarmee de beantwoording van de vraag geholpen is. Dit kader levert daarmee een argumentatieve onderbouwing voor de resultaten zoals die uiteindelijk in de beantwoording van de vraagstelling worden neergelegd. Dat wil niet zeggen dat daarmee de argumentatie immuun is voor kritiek. Het is uiteraard goed mogelijk om vanuit een ander theoretisch vertrekpunt te redeneren en andere uitkomsten te verkrijgen. Een winstpunt is echter wel dat, door een theoretisch uitgangspunt te expliciteren, helderheid wordt geboden over de wijze waarop de resultaten zijn verkregen en daardoor juist kritiek mogelijk gemaakt wordt. Een keuze voor een theorie die heeft kunnen rekenen op vrij algemene waardering en positieve kritiek, maakt de kans kleiner dat de resultaten onderhevig kunnen zijn aan fundamentele kritiek die de grond eronder eenvoudig weg kan nemen.

Daarom verdient het de voorkeur een theoretisch kader te kiezen dat significante wetenschappelijke waardering ten deel is gevallen.

1.5.2 Beperkingen van de theorieën van Foqué en 't Hart

Gezien de rol van het opportuniteitsbeginsel in dit onderzoek ligt het voor de hand om aansluiting te zoeken bij theorieën die de betekenis van dat uitgangspunt in breder verband hebben geplaatst. Voor de Nederlandse context gaat het dan vooral om het werk van Foqué en 't Hart, dat zich heeft gericht op de grondslagen van het strafrecht en het strafrechtelijk beleid. Daarbij heeft vooral 't Hart expliciet en uitvoerig aandacht besteed aan de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel en de samenhang daarvan met de taak van strafrechtelijke rechtshandhaving, die aan het Openbaar Ministerie opgedragen is. In dit werk wordt een relationeel rechtsbegrip gehanteerd, waarin het recht wordt gezien als bemiddeling mogelijk makend tussen rechtssubjecten. Dat geldt aan de ene kant voor een relatie met de machtige overheid, maar ook voor de relaties in de samenleving, waarbij zowel op Beccaria als op Montesquieu wordt teruggegrepen. Daarbij geldt dat het recht een meerwaarde te bieden heeft aan de maatschappelijke ordening in die zin dat een dergelijke ordening pas een rechtsorde mag heten wanneer het die kwaliteit bezit dat het recht binnen die ordening een sfeer van individuele vrijheid garandeert. Door die vrijheidssfeer kunnen rechtssubjecten tot individuele ontplooiing komen, en wel wanneer er op twee niveaus bescherming wordt geboden, namelijk tegen de machtsuitoefening van de overheid, en inhoudelijk tegen het geldende recht zelf.[170] In dit uitgangspunt klinkt door dat aan deze theorie een overtuiging ten grondslag ligt waarin een positieve waardering voor de liberale rechtsstaat een grote rol speelt. Om enkele redenen is deze theorie minder geschikt voor een goede benadering van de vraag van dit onderzoek.

Essentieel aan het in die theorie gehanteerde rechtsbegrip is dat het recht tegelijkertijd twee kenmerken bezit. Het gaat daarbij om instrumentaliteit en rechtsbescherming, die beide in het recht aanwezig zijn en daarvan niet kunnen worden geïsoleerd. Het draait daarbij ook niet direct om het vinden van een middenweg of een balans tussen twee uitersten; instrumentaliteit en rechtsbescherming zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Instrumentaliteit kan echter ontaarden in instrumentalisme, wanneer de aan het recht inherente waarden van de rechtsopvatting worden losgekoppeld en rechtsbescherming alleen nog kan worden nagestreefd als een buiten het recht zelf gelegen doel. Instrumentaliteit daarentegen is volgens 't Hart die maatschappelijk ordenende functie van het recht, 'die onlosmakelijk is verbonden met de aan het recht zelf inherente waarde van bescherming en die haar ook werkzaam doet zijn. De door het recht 'gehandhaafde' – in de zin van nagestreefde, gediende –

170 Foqué & 't Hart 1990, p. 407.

maatschappelijke orde is pas als een rechtsorde te beschouwen indien aan die 'kwaliteitseis' van maatschappelijke ordening voldaan is, dat de orde minimaal zodanig is dat daarbinnen het recht een sfeer van vrijheid zeker stelt.'[171] Een dergelijke invulling van instrumentaliteit kan bijvoorbeeld betekenen dat het recht een zorgvuldige omgang verzekert met de belangen van slachtoffers van strafbare feiten.[172]

Een dergelijke opvatting van instrumentaliteit draagt echter het risico in zich, dat het onderscheid met rechtsbescherming als zelfstandig kenmerk van het recht dreigt te verdwijnen. Als de instrumentaliteit van het recht een uitdrukking is van het streven naar een situatie waarin rechtssubjecten individuele vrijheid toekomt, wat is dan nog het verschil met de notie van rechtsbescherming? Die vraag is des te problematischer bezien vanuit het perspectief van strafvorderlijke autoriteiten die belast zijn met de strafrechtelijke handhaving. Een strafrechtstheorie die benadrukt dat het wezenskenmerk van het strafrecht de bescherming tegen overheidsoptreden is, biedt weinig aanknopingspunten voor een praktische vormgeving van strafrechtelijk beleid. Dat is ook de kritiek van 't Hart op de machtskritische strafrechtstheorie van Peters.[173] Zelf ontkomt 't Hart echter ook niet aan dat verwijt, omdat instrumentaliteit in zijn (mede gezamenlijk met Foqué uitgedragen) opvatting neerkomt op het werkzaam laten zijn van de aan het recht inherente waarde van bescherming, en op het zekerstellen van een sfeer van individuele vrijheid.[174] In het verband met het opportuniteitsbeginsel is dit problematisch. Dat geldt vooral wanneer men, met 't Hart, een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel voorstaat.[175] In dat geval biedt het materiële strafrecht immers slechts een mogelijkheid om over te gaan tot strafrechtelijke handhaving, maar is daarnaast nog een aanvulling nodig die gezocht moet worden in het begrip rechtshandhaving. Bij de invulling van die taak van handhaving van het recht wordt een rechtsbegrip gebruikt dat verwijst naar de concepten van instrumentaliteit en rechtsbescherming die worden opgevat zoals hierboven beschreven. Daaruit komt echter vooral de rechtsbescherming naar voren, of blijft tenminste onduidelijk op welke manier sturing gegeven kan worden aan de inzet van strafrechtelijke middelen.[176] Zoals gezegd is het niet mogelijk een strafrechtelijk beleid uitsluitend op een machtskritische rechtsopvatting te baseren,[177] en daarom geeft de combinatie van een positie-

171 't Hart 1994a, p. 218.
172 't Hart 1994b, p. 37.
173 't Hart 1994a, p. 202.
174 Foqué & 't Hart 1990, p. 389; 't Hart 1994a, p. 218.
175 't Hart 1976, p. 12; 't Hart 1994a, p. 120-126.
176 Groenhuijsen 1993, p. 161-162.
177 In een dergelijke opvatting fungeert het recht namelijk als methode om de aanspraken op algemeen belang en subjectief belang te kunnen beoordelen, maar niet te sturen: Peters 1972, p. 16-17.

ve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel met een dergelijke rechtsopvatting aan de praktijk van de strafrechtelijke handhaving weinig richting.

Een ander kenmerk van het werk van Foqué en 't Hart is dat daarin het strafrecht bij uitstek wordt beschouwd als een rechtsgebied waaraan binnen de kaders van de staat moet worden vormgegeven. 't Hart heeft in zijn bespreking van het opportuniteitsbeginsel wel enige aandacht voor rechtsvergelijking,[178] maar de internationale dimensie van het recht blijft beperkt tot de betekenis van mensenrechten, met name het EVRM en het IVBPR.[179] Voor een waardering van de betekenis van het recht van de Europese Unie voor het nationale recht zijn geen concrete aanknopingspunten te vinden.[180] De oorzaak daarvan ligt waarschijnlijk in het door Foqué en 't Hart gehanteerde relationele rechtsbegrip, waarvoor zij teruggrijpen op het werk van Beccaria en Montesquieu. Beide denkers konden uiteraard geen rekening houden met de gevolgen van Europese integratie, maar dat is ook moeilijk te verwachten: zij leverden juist een essentiële bijdrage aan het definiëren van de kaders waarbinnen overheidsgezag gelegitimeerd zou kunnen worden binnen de kaders van de nationale democratische rechtsstaat. Zoals Foqué en 't Hart Montesquieus trias politica beschrijven, is deze duidelijk toegespitst op de machtsverdeling binnen nationale kaders, en is er geen aandacht voor de betekenis van supranationale rechtsvorming. Ook het contractsdenken van Beccaria is niet eenvoudig in verband te brengen met de eigenaardigheden van een veellagige rechtsorde. Het relationele rechtsbegrip dat op deze ideeën is gebouwd is daarom ook zo sterk georiënteerd op de democratische rechtsstaat zoals die binnen de natiestaat dient te worden ingericht, dat dit weinig handvatten geeft voor de bestudering van het recht in een geëuropeaniseerde rechtsorde.

1.5.3 MacCormicks theorieën over het recht, de staat en de praktische rede

In plaats van aansluiting te zoeken bij de theorie van Foqué en 't Hart heb ik er voor gekozen om gebruik te maken van het werk van Neil MacCormick. Ik heb er niet naar gestreefd om een bepaalde inhoudelijk afgebakende theorie te gebruiken, omdat het werk van MacCormick zich goed blijkt te lenen voor de beantwoording van de vraagstelling en inzichten biedt op alle terreinen die hiervoor nodig zijn. Een belangrijk aspect daarbij is dat hij belangrijke standpunten inneemt ten aanzien van de aard van het Europese recht, zowel in een ruimer rechtstheoretisch perspectief waarin de aard van het recht centraal staat, als in een specifieker staatsrechtelijk perspectief waarin het draait om de onderlinge verhouding van de rechtsordes van de lidstaten tot de

178 't Hart 1994a, p. 322-323.
179 't Hart 1994a, p. 193.
180 Melai 1993, p. 182-183.

rechtsorde van de Europese Unie. Verder zijn in MacCormicks werk opvattingen te vinden over de aard van algemene rechtsbeginselen, evenals (moraal-) filosofische opvattingen over de wijze waarop beslissingen tot stand komen en normatief kunnen worden gefundeerd. Ik ga er verder vanuit dat de theorieën die in zijn werk uiteengezet zijn onderling consistent zijn, zodat het gebruik daarvan niet tot tegenstrijdige uitkomsten op deelgebieden leidt.

Uitgangspunt van MacCormicks rechtstheorie is, dat het recht niet goed kan worden begrepen zonder een intern standpunt in te nemen, waarbij een belangrijk gezichtspunt is dat het recht vooral moet worden benaderd vanuit het perspectief van de normgebruiker, en niet van de normgever.[181] Mensen hanteren normen in hun onderlinge verkeer, om daarin een ordelijke samenleving te verzekeren. Deze normen kunnen worden geïnstitutionaliseerd, maar dat is niet noodzakelijk. Vanwege het centraal stellen van het perspectief van de normgebruiker, valt het rechtsbegrip van MacCormick als inherent democratisch te beschouwen.[182] Vanuit dat perspectief is het ook duidelijk dat het recht bovendien moet worden beschouwd als een methode van sociale vormgeving, en een manier om maatschappelijke structuren in lijn te brengen met normatieve idealen, hoewel het recht daartoe een onvolmaakt instrument biedt.[183] Burgers als norm-gebruikers hebben immers soms sterke voorkeuren ten aanzien van de inrichting van de samenleving, ook wanneer zij bij bepaalde terreinen van het maatschappelijke leven niet rechtstreeks betrokken zijn. Verschillen in overtuigingen worden in geïnstitutionaliseerde structuren bediscussieerd, wat resulteert in abstracte regels of concrete besluiten die genomen worden door degenen die daartoe zijn aangesteld. Hierdoor kan het recht bovendien actueel kan worden gehouden.[184] Vanwege deze uitgangspunten karakteriseert MacCormick het recht als institutionele normatieve orde. Het recht bestaat uit normen, die in de praktijk van norm-gebruikers tot ontwikkeling komen, vervolgens worden geïnstitutionaliseerd en opgenomen worden in een geordend geheel.

Vanwege deze uitgangspunten staat het recht in de theorie van MacCormick in verhouding tot politiek, ethiek en systeemtheorie. Het recht is in deze theorie systematisch van aard: het biedt een ordening waarbinnen samenhangende en complexe structuren mogelijk zijn, die gekenmerkt zijn door de beide andere aspecten die in deze theorie aan het recht worden toegekend. Dat betreft eerst het normatieve karakter: recht vormt de neerslag van een moreel geladen ideaal, en bevat een geheel aan normen die te plaatsen zijn binnen een ideële dimensie die zich tegenover het feitelijke bevindt. Daarnaast is het een essentieel kenmerk dat normen in een proces van menselijk gebruik kunnen worden geïnstitutionaliseerd, waarmee zij een rechtskarakter verkrij-

181 MacCormick 2007b, p. 1, 20.
182 Blichner 2011, p. 46-50.
183 MacCormick 2007b, p. 70-74; Menéndez & Fossum 2011, p. viii.
184 MacCormick 2007b, p. 244-246.

gen. Deze drie aspecten van het recht vormen de kern van het rechtsbegrip zoals dat in MacCormicks institutionele rechtstheorie naar voren komt.

De institutionalisering van normhandhaving hoeft niet te betekenen dat de handhaving van normen wordt opgedragen aan de overheid; ook binnen andere verbanden komt recht tot ontwikkeling. Hierbij is de rechtsontwikkeling in het kader van de Europese Unie voor dit onderzoek het meest relevant. Ook bij MacCormick krijgt deze veel aandacht. Door het rechtsbegrip los te koppelen van de nationale rechtsorde wordt MacCormicks rechtstheorie inherent pluralistisch, en biedt op die manier een goede grondslag voor inzicht in het recht van de Europese Unie. De EU wordt door hem beschouwd als een 'non-sovereign confederal commonwealth constituted by post-sovereign member states'.[185] Die theorie behelst geen monistische opvatting met betrekking tot de verhouding tussen de rechtsordes van de lidstaten en de Europese rechtsorde, maar maakt het mogelijk om beide rechtsordes op gelijke wijze te benaderen met het oog op reconstructie en interpretatie in de geëuropeaniseerde rechtsorde. Er bestaat daarin dus geen uiteindelijke *rule of recognition* of *master rule* die de doorslag geeft in kwesties van constitutioneel conflict. Dat standpunt is mogelijk vanwege het institutionele rechtsbegrip, dat normgebruik en niet normstelling als uitgangspunt neemt, waardoor belangrijk is welke normen op welke manier praktisch gehanteerd worden, en niet tot welk soeverein wilsbesluit ze te herleiden zijn.[186]

MacCormicks pluralisme begon als een radicaal pluralisme, maar is uiteindelijk minder scherp geëindigd, in de zin dat het wel tot de mogelijkheden behoort om een constitutioneel conflict op te lossen, omdat het richtinggevende elementen bevat. De verhouding van de Europese rechtsorde tot de nationale rechtsordes wordt volgens MacCormick namelijk beheerst door het internationale recht.[187] De Europese en nationale rechtsordes kunnen zich beide beroepen op het bezitten van de uiteindelijke constitutionele autoriteit, en dat kan vanuit hun eigen referentiekader als een coherent standpunt worden gezien.[188] Hun onderlinge verhouding is daarmee pluralistisch. Zowel de nationale rechtsorde als de rechtsorde van de Europese Unie is echter onderworpen aan het internationale recht, waardoor vanuit deze derde positie een constitutioneel conflict tussen het Europese recht en het recht van een lidstaat kan worden opgelost. Daarvoor kan gebruik gemaakt worden van normen uit het internationale recht, die een kwestie in het voordeel van ofwel het Europese ofwel het nationale recht kunnen beslechten. Een belangrijke norm in dat verband is de meest basale uit het internationale recht, namelijk dat verplichtingen die aangegaan zijn dienen te worden nagekomen: *pacta sunt*

185 MacCormick 1999, p. 156. Zie ook MacCormick 2004.
186 Menéndez 2011, p. 224-225 ; MacCormick 2008, p. 193-194.
187 MacCormick 1999, p. 113-121. Daarover ook Walker 2011.
188 Zie ook MacCormick 2005, p. 271.

servanda.[189] Die verplichting wordt ook gereflecteerd door artikel 26 van het Weens Verdragenverdrag, en kan dienen om, vanuit een concept van constitutioneel pluralisme onder internationaal recht, een constitutioneel conflict tussen de Europese Unie en een lidstaat tot een oplossing te brengen.

Door de karakterisering van recht als institutioneel en normatief verschilt MacCormicks rechtstheorie niet fundamenteel van het grondslagentheoretisch werk van Foqué en 't Hart, dat zowel instrumentaliteit als rechtsbescherming als centrale en onverbrekelijk verbonden elementen van het recht beschouwt.[190] Het rechtsbegrip van MacCormick is echter geschikter om als theoretische achtergrond te fungeren bij de beantwoording van de in dit onderzoek gekozen vraagstelling. De voornaamste reden daarvoor is dat op basis daarvan een doordachte theorie is gegeven van het Europese recht, en van de verhouding waarin dit staat tot het recht van de lidstaten. MacCormick kiest wat betreft de theorievorming over het Europese recht en de doorwerking daarvan, voor een constitutioneel-pluralistisch perspectief: nationaal recht is slechts één van de verschijningsvormen van het concept 'recht'. Dat hangt samen met het afwijzen van het concept van soevereiniteit, in ieder geval in zijn traditionele betekenis met betrekking tot de nationale staten die tegenwoordig in het verband van de Europese Unie zijn opgenomen.[191] Daardoor biedt deze theorie een vruchtbaar referentiekader om te onderzoeken wat de betekenis is van het opportuniteitsbeginsel in de geëuropeaniseerde rechtsorde, zonder het gevaar te lopen om al te ver verwijderd te raken van de theorievorming over de grondslagen van strafrechtelijke handhaving. Daarnaast biedt MacCormicks werk een theorie over de praktische rede, aan de hand waarvan de normatieve invulling van beslissingsvrijheid kan worden onderzocht. Zoals gezegd geeft het werk van Foqué en 't Hart op dat gebied relatief weinig handvatten, vanwege de wijze waarop instrumentaliteit tot op grote hoogte tot rechtsbescherming wordt gereduceerd. Door MacCormicks theorie toe te passen kan beter worden onderzocht op welke manier beslissingen betreffende de inzet van opsporing en vervolging kunnen worden gestructureerd. Verder is de institutionele rechtstheorie van MacCormick sterker op het materiële recht georiënteerd dan het relationele rechtsbegrip van Foqué en 't Hart, dat veel meer procesrechtelijk van aard is, of dat althans in zijn uitwerking is geworden. Die materieelrechtelijke oriëntatie zal in het navolgende van aanmerkelijk belang zijn.

Met betrekking tot de methode die in dit onderzoek gehanteerd wordt, is hiervoor gesteld dat deze gericht is op het onderzoeken van de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in de geëuropeaniseerde rechtsorde. Dat betekent dat het verkrijgen van een goed begrip van het opportuniteitsbeginsel,

189 Daarover Schmalenbach 2011.
190 Foqué & 't Hart 1990.
191 MacCormick 2004.

gegeven zijn Europeesrechtelijke context, centraal staat. Het begrijpen van een dergelijk concept is echter onmogelijk vanuit een geheel extern perspectief: zonder de onderliggende normatieve uitgangspunten in het onderzoek te betrekken is het niet mogelijk om een rationele reconstructie te geven van het onderwerp van het onderzoek en daarmee de vraagstelling te beantwoorden. Beschrijving van dergelijke normatieve uitgangspunten is echter ook mogelijk zonder daar onmiddellijk een inhoudelijk oordeel over te geven. In plaats daarvan kan enige distantie leiden tot een meer afgewogen beeld.[192] Daarom dient een kritische weergave te worden geboden van het onderwerp in kwestie, in het licht van de waarden en beginselen die daaraan ten grondslag liggen. Daaruit kunnen tevens stellingen volgen die kunnen bijdragen aan de rechtsontwikkeling, maar dat is niet het primaire doel van dit onderzoek.[193]

1.5.4 Theoretische benadering van de vraagstelling

Wat betekent de keuze voor het rechtstheoretisch werk van MacCormick voor de manier waarop de vraagstelling van dit onderzoek wordt benaderd? In samenhang met die theoretische achtergrond kan in ieder geval worden gesteld, dat er zowel ten aanzien van de omvang van strafvorderlijke beleidsvrijheid, als voor de constitutionele betekenis van Europees recht, drie verschillende benaderingen mogelijk zijn. Hiervoor zijn drie verschillende uitgangspunten met betrekking tot de omvang van beleidsvrijheid op een rij gezet, die in de strafrechtelijke dogmatiek worden onderscheiden. Het eerste uitgangspunt is het legaliteitsbeginsel, dat een wettelijke verplichting in het leven roept om bewijsbare strafbare feiten te vervolgen, zij het dat op die verplichting uitzonderingen mogelijk zijn. Het tweede uitgangspunt is het opportuniteitsbeginsel in zijn negatieve interpretatie, dat inhoudt dat er geen wettelijke verplichting tot vervolging bestaat, maar dat het wel als regel wordt beschouwd dat bewijsbare strafbare feiten worden vervolgd, waarbij in het algemeen belang bij wijze van uitzondering tot niet-vervolging kan worden besloten. Het derde uitgangspunt is het opportuniteitsbeginsel in zijn positieve interpretatie, dat betekent dat er geen wettelijke verplichting tot vervolging bestaat, maar dat er, ook wanneer een strafbaar feit kan worden bewezen, een aanvullende grondslag in het algemeen belang noodzakelijk is om te kunnen besluiten tot het instellen van vervolging. Dit zijn drie verschillende benaderingen ten aanzien van het toekennen van strafvorderlijke beleidsvrijheid.

Eveneens zijn hiervoor drie verschillende benaderingen besproken met betrekking tot de constitutionele betekenis van het Europese recht. De eerste benadering betrof een variant die de autonomie van de Europese rechtsorde voorop stelt, waarbij tevens wordt benadrukt dat die rechtsorde zelf een

192 In die zin ook Hart 2012, p. 242.
193 MacCormick 2007b, p. 291-292.

rechtsstatelijk karakter bezit, en het recht dat daarin tot stand komt bovendien rechtstreeks doorwerkt in de rechtsordes van de lidstaten en voorrang heeft op het nationale recht. De tweede benadering beschouwt het Europese recht als een gevolg van de overdracht van bevoegdheden naar het Europese niveau door de lidstaten van de Europese Unie die zelf hun soevereiniteit blijven behouden. De derde, pluralistische, benadering beschouwt de Europese rechtsorde als een rechtsorde *sui generis,* waarbij van begrippen als soevereiniteit weinig verklarende werking uitgaat, maar het recht wordt gezien als niet noodzakelijk herleidbaar tot ofwel een Europese ofwel een nationale oorsprong. Dit zijn grofweg de mogelijke manieren om de constitutionele betekenis van het Europese recht te benaderen.

De centrale vraagstelling spitst zich toe op de drie mogelijke uitgangspunten voor strafvorderlijke beleidsvrijheid, en welke van die uitgangspunten nu het beste weergeeft wat de betekenis is van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde. Een antwoord op die vraag is mede afhankelijk van de aard van die geëuropeaniseerde rechtsorde. Ten aanzien van dat aspect van de constitutionele betekenis van het Europese recht, waarvoor zoals gezegd ook drie mogelijke invalshoeken bestaan, worden in dit onderzoek niet alle opties open gehouden. Daardoor wordt een vergelijking met twee onbekenden voorkomen. Ik heb er namelijk voor gekozen, en dat hangt rechtstreeks samen met de oriëntatie op MacCormicks rechtstheorie, om de hiervoor als derde aan de orde gekomen, pluralistische benadering als gegeven te beschouwen voor de Europeesrechtelijke context waarbinnen het opportuniteitsbeginsel moet worden begrepen.

Die keuze voor een constitutioneel-pluralistische benadering sluit aan bij meerderheidsopvattingen in de literatuur, en heeft bovendien duidelijke voordelen boven een vertrekpunt vanuit Europese autonomie of nationale soevereiniteit. Wanneer gebruik gemaakt wordt van een pluralistische benadering, kan het bestaan van een zekere mate van beleidsvrijheid in de strafrechtelijke handhaving vanuit verschillende invalshoeken worden bekeken. Dat is de meerwaarde van deze benadering: het is mogelijk om de verschillende achtergronden van het nationale en het Europese recht te betrekken bij de beantwoording van de vraagstelling en daar ook recht aan te doen. Tegelijkertijd is het niet eenvoudig om sluitende antwoorden te krijgen, vanwege de structurele onderbepaaldheid van het constitutioneel-pluralistische perspectief. Door de pluralistische verhouding tussen het Europese recht en het recht van de nationale rechtsorde onder de gelding van het internationale recht te plaatsen, is het verkrijgen van oplossingen in kwesties van constitutioneel conflict echter wel mogelijk. Het primaire doel van dit onderzoek is om de verschillende oorzaken te signaleren waardoor spanningen tussen het opportuniteitsbeginsel en het Europese recht optreden. Het reikt echter ook handvatten aan om die spanningen te beschouwen in het licht van de gelding van het internationale recht, dat de pluralistische verhouding tussen de Europese Unie en het nationale recht beheerst. Een dergelijke benadering geeft de mogelijkheid

om een Europese of een nationale invalshoek niet op voorhand de voorkeur te geven. Beide invalshoeken leiden daarom ook tot waardevolle en noodzakelijkerwijs verschillende inzichten.

Vanuit de Nederlandse invalshoek is in dit verband de voornaamste vraag: welke functie heeft het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse recht precies en wat betekent het voor de organisatie van de strafrechtelijke handhaving, voor het strafprocesrecht en voor de vormgeving van het materiële strafrecht? Is het een zodanig wezenlijk kenmerk van de democratische rechtsstaat dat het niet mag worden opgegeven in het kader van de Europese integratie? Aan de ene kant heeft het opportuniteitsbeginsel immers betekenis voor de institutionele structuur van de strafrechtelijke handhaving, en aan de andere kant geeft het ruimte voor een normatieve visie op de inhoud van en de prioriteiten in het strafrechtelijk beleid. Wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in het licht van de nationale democratische rechtsstaat, en in hoeverre is het aan te merken als een constitutioneel principe, waaruit beperkingen voortvloeien voor de mate waarin Europees recht inbreuk mag maken op het opportuniteitsbeginsel zoals dat in de nationale context wordt toegepast?

Vanuit de Europese invalshoek staat voorop dat het opportuniteitsbeginsel een doorkruising mogelijk maakt van de effectiviteit van het Europese recht. Het strafrecht kan vanuit dat perspectief primair worden gezien als methode om de naleving van het Europese recht af te dwingen, wat veeleer een heteronome dan een autonome opvatting van het strafrecht inhoudt. In die visie is een uitgangspunt dat de lidstaten de mogelijkheid geeft om handhaving achterwege te laten automatisch verdacht, zeker wanneer die discretionaire ruimte groot is. Hoewel de nationale procedurele autonomie, die door het Hof van Justitie wordt erkend, een zekere vrijheid laat aan de lidstaten, moeten deze wel de effectieve handhaving van het EU-recht verzekeren. Daartoe zijn het assimilatiebeginsel en de vereisten van doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikkendheid door het Hof ontwikkeld en toegepast. Betekent dat echter dat er op het nationale niveau in het geheel geen strafvorderlijke beleidsvrijheid overblijft? Of betekent de Europese invloed dat er randvoorwaarden worden gesteld aan de nationale handhaving, waarbinnen nog ruimte voor eigen prioriteiten bestaat? Dat zou dan een invulling betekenen van het algemeen belang, zoals dat geldt als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Maar hoe ziet de Europese invloed op de invulling van het algemeen belang er dan precies uit?

Het hier ingenomen constitutioneel-pluralistisch perspectief heeft belangrijke gevolgen voor de manier waarop het opportuniteitsbeginsel moet worden bestudeerd. De fundamentele betekenis die de Europeanisering van de rechtsorde zou kunnen hebben voor het opportuniteitsbeginsel vergt een vernieuwde doordenking van het beginsel, onder andere in het licht van één van de daaraan ten grondslag liggende waarderationaliteiten: het stelsel van *checks and balances* binnen de institutionele organisatie van de strafrechtelijke handhaving.

Hierbij kan meer concreet gedacht worden aan de ultimum remedium-gedachte, de rolverdeling tussen strafvorderlijke autoriteiten onderling en de omvang van rechterlijke controle, de rol van niet-strafrechtelijke handhavers, de relatie tot burgers, politiek en media en de wijze waarop opsporings-, vervolgings- en berechtingscapaciteit doelmatig kan worden ingezet.[194]

Wanneer het opportuniteitsbeginsel, bezien in zijn inbedding in dat stelsel van *checks and balances*, gezien kan worden als een belangrijke uitdrukking van de democratische rechtsstaat, betekent de constatering van spanningen tussen het opportuniteitsbeginsel en het Europees recht dat er sprake zou kunnen zijn van een constitutioneel conflict.[195] Een dergelijk conflict kan ontstaan wanneer de Nederlandse rechtsorde wat minder open wordt beschouwd ten opzichte van het Europees recht dan in het verleden vaak het geval was. Dat kan het geval zijn na invoering van een algemene bepaling in de Grondwet, waarmee internationaal en Europees recht zijn gelding in de Nederlandse rechtsorde ontzegd kan worden wanneer dat recht strijdig is met de kern van de democratische rechtsstaat. Dat zou een mogelijkheid zijn die de Staatscommissie-Grondwet overigens niet voorstond.[196] Bovendien is de regering niet van plan een dergelijke algemene bepaling in de Grondwet op te nemen.[197] Dat maakt dat er op grond van een eventueel constitutioneel karakter van het opportuniteitsbeginsel geen sprake kan zijn van een constitutioneel conflict, omdat wettelijke normen, hoe fundamenteel ook, naar Nederlands constitutioneel recht dienen te wijken voor het Europese recht wanneer dat naar artikel 93 en 94 Gw het geval is. Een dergelijke opvatting over de doorwerking van het Europese recht is hierboven verdedigd, en reflecteert een veranderende opvatting in de academische literatuur op dit punt. Zoals eveneens hierboven aangegeven kunnen Europeesrechtelijke handhavingsverplichtingen er door dit stelsel niet steeds toe leiden dat naar Nederlands recht de strafvorderlijke beleidsvrijheid van, bijvoorbeeld, artikel 167 niet meer mag worden uitgeoefend. Tegelijkertijd kan de uitoefening daarvan betekenen dat Nederland zijn verplichtingen onder Europees recht niet nakomt, waarbij met name gedacht kan worden aan de Unietrouw van artikel 4 lid 3 VEU. In die gevallen is er dus sprake van een constitutioneel conflict.

Een pluralistische opvatting van de verhouding tussen het recht van de Europese Unie en het recht van de lidstaten betekent dat een dergelijk conflict niet vanuit de normatieve posities van de Unie en de lidstaten oplosbaar is. Een oplossing zou echter mogelijk kunnen zijn wanneer, zoals hier, wordt erkend dat beide rechtsordes zijn onderworpen aan de gelding van het inter-

194 Cleiren 2003, p. 78-79.

195 Volgens Mevis 1998 wordt in Nederland aan belangrijke strafprocessuele normen echter nauwelijks een constitutionele dimensie gegeven, wat samenhangt met een bepaalde traditionele rolverdeling tussen wetgever en rechter.

196 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 40-41.

197 *Kamerstukken I* 2012/13, 31 570, nr. G.

nationale recht. Die erkenning biedt de grondslag om een oordeel te geven over de spanningen die tussen het opportuniteitsbeginsel en het Europese recht zijn gesignaleerd en om de vraagstelling van dit onderzoek, naar de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde, te beantwoorden. In het kort gaat het er daarbij om, een beeld te verkrijgen van de inhoud en betekenis van het opportuniteitsbeginsel, om van daaruit te kunnen beoordelen op welke wijze de spanningen die dat beginsel oproept met het Europese recht, kunnen worden opgelost in het licht van de binding van zowel de nationale als de Europese rechtsorde aan het internationale recht.

Ook op een andere manier kan het werk van MacCormick bijdragen aan een vruchtbare gedachtenvorming over het opportuniteitsbeginsel, vanwege de benadering van het recht als een institutionalisering van menselijk normgebruik, die hij in zijn rechtstheorie als uitgangspunt neemt. In dat perspectief staan de materiële normen centraal, waarbij, in de context van dit onderzoek, aan normen van materieel strafrecht moet worden gedacht. Die normen worden in MacCormicks visie opgenomen in een institutionele context, waarvan de manier waarop hun gelding wordt verwezenlijkt afhankelijk is. Hij onderscheidt daarom drie verschillende manieren waarop regels een praktische uitwerking krijgen.[198] Sommige regels hebben een absolute toepassing, wat betekent dat als aan de operationele voorwaarden van de regel voldaan is, de normatieve gevolgen die aan die regel verbonden zijn dienen in te treden. Andere regels hebben een discretionaire toepassing, waardoor de intreding van de gevolgen van die regel volledig afhankelijk is van de inschatting van de regeltoepasser in het concrete geval. Daartussen bevinden zich regels die een gebonden toepassing hebben, waarbij de toepassing soms achterwege zal moeten worden gelaten omdat er omstandigheden zijn waaruit de conclusie moet worden getrokken, dat de achterliggende waarden van de regel niet goed tot uitdrukking zouden komen als de regel wordt toegepast. Meestal mag er echter vanuit worden uitgegaan dat de regel toepassing kan vinden.

De vraag tot welke van deze drie categorieën van toepasselijkheid een bepaalde materieelrechtelijke regel behoort, is volgens MacCormick niet afhankelijk van de inhoud of de aard van de regel, maar van andere normen die de gelding van deze materiële regels en daarmee de besluitvorming door de regeltoepasser beheersen. Wanneer we dat uitgangspunt betrekken op het opportuniteitsbeginsel, zorgt dat voor een oriëntatie op de materieel-strafrechtelijke normen. De gelding daarvan wordt als het ware bepaald door de geldende interpretatie van het opportuniteitsbeginsel of het legaliteitsbeginsel. Wanneer ten aanzien van alle materieelrechtelijke normen een legaliteitsbeginsel wordt gehanteerd, hebben al die normen een absolute toepassing. Hetzelfde geldt voor een aanvaarding van een algemeen geldende positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel: dan hebben alle strafrechtelijke normen een discre-

198 MacCormick 2007b, p. 26-28.

tionaire toepassing. Een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel leidt tot een gebonden toepassing van alle materieelrechtelijke normen.

Wat deze gerichtheid op de gelding van materieelrechtelijke normen echter laat zien, is dat het niet per se nodig is om al het materiële strafrecht onderhevig te maken aan een bepaalde interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, of aan het legaliteitsbeginsel. Het is natuurlijk mogelijk om van deze normen te bepalen dat ze alle op één manier toepasbaar zijn, maar dat is niet noodzakelijk. In plaats daarvan kan per normcategorie, of wellicht zelfs per delict, een bepaalde vorm van toepasbaarheid worden vastgesteld. Hoe dan ook, wanneer er voor gekozen wordt om één van de drie uitgangspunten categorisch te laten gelden over het gehele materiële strafrecht, is dat van grote betekenis voor de toepassing daarvan. Het kiezen van één van deze drie vormen van toepasbaarheid ten aanzien van een materieelrechtelijke norm kwalificeert deze als absoluut, gebonden of discretionair toepasselijk. Dat hoeft niet te betekenen dat de norm niet geldt, want hij kan wel tot toepassing worden gebracht, maar het regime dat de mate van vrijheid beheerst waarmee aan die toepassing wordt vormgegeven heeft grote invloed voor de mate waarin de norm tot gelding kan worden gebracht.

De vorm van toepasbaarheid van normen van materieel strafrecht bepaalt daarmee de omvang van de discretionaire ruimte waarmee deze normen kunnen worden toegepast. De mate waarin er ten aanzien van de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden ter handhaving van deze normen gesproken kan worden van strafvorderlijke beleidsvrijheid, is daardoor afhankelijk van de normen die de toepasbaarheid van het materiële strafrecht bepalen. En terwijl bevoegdheden in beginsel gepaard kunnen gaan met een grote discretionaire ruimte, is er bij de meeste publiekrechtelijke bevoegdheden sprake van een niet onbegrensde discretionaire ruimte: zij moeten worden uitgeoefend in het algemeen belang.[199] Voor zover het strafprocesrecht dus kan worden gezien als een stelsel van bevoegdheidverlenende normen,[200] betreft het bevoegdheden die niet met een onbegrensde discretionaire ruimte kunnen worden toegepast. Anderzijds geldt ook dat rechtsregels volgens MacCormick nooit een absoluut karakter bezitten en dat de inhoud daarvan altijd met tegenargumenten moet kunnen worden bestreden. Daardoor is hun toepasbaarheid beperkt en ligt een onverkorte toepassing van willekeurig welke rechtsregel niet voor de hand.[201] Welke consequenties deze beide gezichtspunten zullen hebben voor het opportuniteitsbeginsel valt nog te bezien. Het zou kunnen blijken dat zowel een absolute toepassing als een discretionaire toepassing van normen van materieel strafrecht niet aan te bevelen zijn, en daarmee samenhangend zou de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden steeds met enige, maar niet met onbeperkte discretionaire ruimte moeten plaatsvin-

199 MacCormick 2007b, p. 156, 172-174.
200 Cleiren 1989, p. 42-53.
201 MacCormick 2005, p. 80-81, 237-253.

den. Vooralsnog kan dat als een inzicht worden beschouwd dat verder zal moeten worden onderzocht. Een eerste stap is daartoe dat nog enig licht wordt geworpen op wat er in dit onderzoek verstaan wordt onder de term 'opportuniteitsbeginsel', en met name op de vraag wat ermee bedoeld wordt wanneer dat uitgangspunt als een beginsel wordt aangemerkt.

1.6 SLEUTELBEGRIP: HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL ALS BEGINSEL EN ALS REGEL

1.6.1 De groeiende reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel

In de loop van de tijd is de reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel uitgebreid, onder meer met gebruikmaking van de redenering dat iemand aan wie een vergaande bevoegdheid toekomt, ook de bevoegdheid toekomt minder vergaande beslissingen te nemen. Uit het opportuniteitsbeginsel, begrepen als de bevoegdheid om over te gaan tot onvoorwaardelijke niet-vervolging van een strafbaar feit, konden daarom ook andere bevoegdheden worden afgeleid. Dat gold zowel voor het voorwaardelijk sepot, als voor de transactie, evenals voor de bevoegdheid om de omvang van de tenlastelegging te beperken tot een selectie van het bewijsbare feitencomplex. Deze drie bevoegdheden geven goed weer welke reikwijdte het opportuniteitsbeginsel in een klassieke opvatting heeft.[202] Die reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel is al duidelijk groter dan dat het alleen de mogelijkheid geeft te kiezen tussen vervolging voor het maximaal haalbare en het achterwege laten van elke strafrechtelijke reactie. Inmiddels wordt het opportuniteitsbeginsel geacht een nog verder strekkende reikwijdte te bezitten. Dat houdt bijvoorbeeld in dat het mogelijk geacht wordt om tot op zekere hoogte met verdachten te onderhandelen over de wijze van afdoening, om het opportuniteitsbeginsel toe te passen in de opsporingsfase, en om beleid te voeren en te publiceren op alle gebieden waarop het OM zijn taken uitvoert.

1.6.2 Twee betekenissen

Deze gestaag groeiende reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel zorgt echter voor onduidelijkheid. In het licht van de vraagstelling is het noodzakelijk dat helder is op welke betekenis van het opportuniteitsbeginsel gedoeld wordt wanneer dat aan een onderzoek wordt onderworpen. Ik maak daarvoor onderscheid tussen twee betekenissen van het opportuniteitsbeginsel. De eerste betekenis betreft het opportuniteitsbeginsel waarbij het een beginselkarakter bezit, anders gezegd, wanneer daarmee een algemeen strafrechtelijk uitgangspunt wordt bedoeld. De tweede betekenis betreft de concrete regel dat de

202 Moons 1969, p. 487-488.

officier van justitie het algemeen belang mag betrekken bij de beslissing omtrent vervolging of verdere vervolging van een strafbaar feit. Voordat het opportuniteitsbeginsel zijn huidige reikwijdte verkreeg vielen beide betekenissen in hoge mate samen. Inmiddels is daarvan geen sprake meer, vanwege het groeiende aantal discretionaire bevoegdheden van opsporings- en vervolgingsautoriteiten. Ook andere constructies, zoals het politiesepot, worden met het opportuniteitsbeginsel in verband gebracht, en niet meer alleen de beslissing omtrent vervolging. Daarom is het beter om de mogelijkheid voor de officier van justitie om op de voet van artikel 167 Sv te seponeren niet meer aan te duiden met de term opportuniteitsbeginsel, maar die term te reserveren voor het fundamentelere, meer omvattende strafrechtelijke uitgangspunt.

Hoe verhouden zich deze twee betekenissen van het opportuniteitsbeginsel tot elkaar? De redenering dat uit de meerdere bevoegdheid, in dit geval het onvoorwaardelijk sepot, ook mindere bevoegdheden kunnen worden afgeleid, is problematisch.[203] In ieder geval kan daarmee moeilijk voor de gehele reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel een bevredigende legitimatie worden gevonden, vooral wanneer men een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel voorstaat. Bij een negatieve interpretatie is er nog iets te zeggen voor de redenering dat de bevoegdheid om onvoorwaardelijk te seponeren impliceert dat ook de bevoegdheid om voorwaardelijk te seponeren bestaat. In een positieve interpretatie is dat lastiger: dan wordt het perspectief omgedraaid, en waarom zou in dat licht de vervolgingsbevoegdheid impliceren dat buitengerechtelijk mag worden afgedaan?

Een belangrijk aandachtspunt is dus de vraag hoe deze twee betekenissen van het opportuniteitsbeginsel moeten worden onderscheiden. Het maken van onderscheid daartussen biedt ook de mogelijkheid om beide in meer detail te bestuderen. Wanneer dat onderscheid niet wordt gemaakt, bestaat het gevaar dat dieperliggende waarden, die bijvoorbeeld betrekking hebben op de terughoudendheid waarmee het strafrecht zou dienen te worden ingezet, of op de wenselijkheid van een rationeel en voorzichtig strafrechtelijk beleid, wel worden onderkend, maar dat niet goed duidelijk wordt op welke manier die zich verhouden tot het opportuniteitsbeginsel. Komen deze waarden tot uitdrukking in het sepot van artikel 167 Sv als zodanig, of liggen deze ten grondslag aan een meer in abstracte zin te begrijpen beginsel? Dat verschil heeft ook gevolgen voor de manier waarop aangekeken kan worden tegen rechtsontwikkelingen op dit punt: kan het opportuniteitsbeginsel worden beschouwd als een uitgangspunt dat, zonder daarmee een fundamentele rechtswaarde te verliezen, kan worden ingeruild voor het legaliteitsbeginsel?[204] Of wordt het opportuniteitsbeginsel dan te veel gezien als een toevalli-

203 Zie daarover in meer detail paragraaf 4.2.2.
204 Corstens/Borgers 2011, p. 33, 35-36.

gerechtsregel die onafhankelijk wordt geacht van een fundamentelere waardenrationaliteit?

1.6.3 De theoretische achtergrond van rechtsbeginselen

Het onderscheiden van twee betekenissen van het opportuniteitsbeginsel zou theoretisch kunnen worden onderbouwd door gebruikmaking van het onderscheid dat Dworkin maakt tussen 'rules' en 'principles'. De regel heeft in dat onderscheid een alles-of-niets karakter, terwijl het beginsel een dimensie van gewicht heeft, en zich leent om in rechte tegen andere beginselen te worden afgewogen. Beginselen verschillen echter ook van regels in die zin, dat ze niet op dezelfde manier kunnen worden gewijzigd, en daarmee hebben ze een bestendiger karakter. Het opportuniteitsbeginsel zoals dat is neergelegd in artikel 167 en 242 Sv zou dan moeten worden gezien als de regel dat het OM bevoegd is om in het algemeen belang te beslissen om vervolging in te stellen of dat juist achterwege te laten. Met die theoretische achtergrond kan het opportuniteitsbeginsel als beginsel dan worden afgewogen tegen andere beginselen, waarbij het een status verkrijgt als rechtsbeginsel en als zodanig deel uitmaakt van het Nederlandse recht. In die visie kan het beginsel ook nadrukkelijk als drager van fundamentele waarden naar voren komen.[205]

Wanneer daarentegen een perspectief wordt ingenomen dat is geïnspireerd door de positivistische rechtstheorie van Hart, waarin het recht bestaat uit het geheel van primaire en secundaire rechtsregels, kan op een andere manier tegen het opportuniteitsbeginsel worden aangekeken. In dat perspectief valt vooral een verzameling van regels te identificeren, zoals het sepot van artikel 167 Sv, het politiesepot en de bevoegdheid om voor een bepaalde tenlastelegging te kiezen. Buiten die nu rechtens erkende rechtsregels bestaat er in die visie geen ruimte voor een opportuniteitsbeginsel in de verschijningsvorm van een beginsel, tenminste niet voor zover de geldigheid daarvan niet valt te herleiden tot een *rule of recognition.*[206] Uitbreiding van de reikwijdte van strafvorderlijke beleidsvrijheid op grond van een veronderstelde brede betekenis van het opportuniteitsbeginsel vereist dan een rechterlijke beslissing die een uitoefening is van zijn discretionaire bevoegdheid tot rechtsvorming op punten waar er sprake is van een leemte in het recht. Een dergelijke uitbreiding kan gelegitimeerd zijn op grond van een *rule of change.* Daarbij komt geen normatieve kracht toe aan het bestaan van gerelateerde rechtsregels, maar is een beslissing vereist die in de Nederlandse situatie in beginsel behoort tot de taak van de wetgever. De karakterisering van het opportuniteitsbeginsel als een zelfstandig juridisch beginsel is in deze theorie hoe dan ook problematisch.

---

205 Dworkin 1977, p. 22-45.
206 Hart 2012, p. 263-268.

Uitgaand van het werk van Hart, maar beduidend minder positivistisch, heeft MacCormick een andere opvatting naar voren gebracht. Hij maakt wel onderscheid tussen regels en beginselen, maar beschouwt ze niet als volkomen verschillende categorieën van recht. In een vroege opvatting van MacCormick, die hij later enigszins kwalificeerde, worden beginselen gezien als geconceptualiseerde algemene normen, die tot stand komen doordat degenen die binnen een rechtssysteem functioneren vanuit een intern perspectief de regels van dat systeem rationaliseren. Die rationalisering verwijst naar achterliggende doeleinden van de rechtsregels, door een algemene norm te formuleren die gericht is op de verwezenlijking van die doeleinden. Deze methode van rationele reconstructie streeft naar coherentie en consistentie binnen het geheel van het recht. Daarmee wijkt deze theorie enigszins af van het werk van Hart, zonder de positivistische invalshoek te verlaten: aan beginselen wordt wel een normatieve dimensie toegekend, maar ze worden niet zonder meer in het rechtsstelsel geïncorporeerd. Aan de andere kant worden beginselen net als rechtsregels onderworpen geacht aan gebruikelijke wijzigingsprocessen.[207] In een latere versie van zijn standpunten met betrekking tot de rol van beginselen in juridische besluitvorming geeft MacCormick een grotere rol aan de sturende werking van beginselen ten opzichte van regels. Teneinde een in het positieve recht aanwezige regel te interpreteren dient deze allereerst geplaatst te worden tegen de achtergrond van een coherent geheel aan relevante beginselen en waarden die aan de regel steun verlenen, waarna de betekenis van de regel in kwestie wordt vastgesteld alsof de wetgever die bedoeld heeft in coherent verband te laten staan met het eerder geïdentificeerde geheel van achterliggende beginselen en waarden. De rechtvaardiging van deze wijze van rechtsvorming is er volgens MacCormick in gelegen dat de wetgever in een rechtsstaat geacht wordt regels tot stand te brengen die samenhang vertonen met het gehele rechtssysteem.[208]

1.6.4 Plaatsing van het opportuniteitsbeginsel als beginsel

Met gebruikmaking van deze laatste theorie kan het opportuniteitsbeginsel in zijn ene betekenis worden opgevat als een regel, en het opportuniteitsbeginsel in zijn andere betekenis als een uitgangspunt dat de rationalisering is van een geheel aan regels. Het sepot van artikel 167 Sv is dan één van de vele regels die deel uitmaken van het Nederlandse strafrecht, net als de bevoegdheid van de politie om aangiften niet op te nemen,[209] en de bevoegdheid

207 MacCormick 1978, p. 155-156.
208 MacCormick 2005, p. 194-201.
209 Sinds de inwerkingtreding van de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, *Stb*. 2011, nr. 601, in art. 152 lid 2 Sv van een wettelijke grondslag voorzien onder

van de officier van justitie om een bepaald gedeelte van het beschikbare feitenmateriaal te selecteren als grondslag voor de tenlastelegging. Deze verschillende rechtsregels kunnen worden gerationaliseerd: ze dienen bijvoorbeeld om het strafrechtelijk systeem niet te zeer te belasten, om persoonlijke omstandigheden mee te laten wegen, of om een disproportionele reactie op een weinig strafwaardig feit te voorkomen. Kortom, de reden achter deze rechtsregels kan worden gevonden in de wens om opsporing en vervolging afhankelijk te maken van het algemeen belang. Die verschillende functies die de bestaansreden van deze rechtsregels vormen kunnen worden gerationaliseerd vanuit een intern perspectief. Daarop zal nu niet verder op worden ingegaan maar deze zullen in dit onderzoek wel nader aan de orde komen.

Het beginsel dat door rationalisering van deze verschillende rechtsregels kan worden geïdentificeerd is het opportuniteitsbeginsel in zijn betekenis als rechtsbeginsel. Zoals hierboven geformuleerd, kan een dergelijk beginsel worden gezien als de rationele neerslag van verschillende rechtsregels, die op zijn beurt ook normatieve lading kan bezitten. Deze opvatting van het opportuniteitsbeginsel kan ook wel worden geformuleerd als de norm dat opsporing en vervolging afhankelijk moeten kunnen worden gemaakt van een beoordeling van het algemeen belang. In die formulering komen de doeleinden tot uitdrukking die uit de verschillende rechtsregels kunnen worden afgeleid, en waarmee vanuit een intern perspectief beschouwd de algemene conceptualisering van die rechtsregels zelf normatieve kracht bezit. Op deze manier opgevat is het opportuniteitsbeginsel geen beginsel dat wordt afgewogen tegen andere beginselen, maar een conceptualisering van bestaande rechtsregels. De aldus geconceptualiseerde norm kan zelf ook aan verandering onderhevig zijn, ofwel als gevolg van een verandering van de verschillende rechtsregels waarvan het een conceptualisering is, ofwel als gevolg van een verandering in de rationalisering van die onderliggende rechtsregels. De keuze voor dit perspectief brengt de erkenning van de veranderlijkheid van dit beginsel met zich mee, maar tegelijkertijd ook de erkenning van de normatieve lading ervan.

In het vervolg van dit proefschrift wordt de term 'opportuniteitsbeginsel' gebruikt voor dit algemene strafrechtelijke uitgangspunt. Uiteindelijk is het dat uitgangspunt dat in de vraagstelling centraal staat, en waarvan zijn betekenis in de context van de geëuropeaniseerde rechtsorde wordt onderzocht. Wanneer concrete discretionaire bevoegdheden omtrent opsporing en vervolging worden behandeld wordt daarvoor niet de term 'opportuniteitsbeginsel' gebruikt, maar wordt bijvoorbeeld gesproken over 'de seponeringsbevoegdheid van artikel 167 Sv', over het politiesepot of over de bevoegdheid om een bepaalde selectie te maken in het opstellen van de tenlastelegging. Dat heeft als nadeel dat in veel gevallen gebruik moet worden gemaakt van weinig

---

de voorwaarde dat het opmaken van proces-verbaal onder verantwoordelijkheid van het OM geschied.

beknopte termen, maar dat bezwaar weegt mijns inziens niet op tegen het terminologische voordeel dat wordt behaald met het reserveren van de term 'opportuniteitsbeginsel' voor het algemene uitgangspunt.

1.6.5 De verhouding tot het vervolgingsmonopolie

Een ander punt betreft de samenhang tussen het opportuniteitsbeginsel en het vervolgingsmonopolie. Deze verhouding is van belang omdat het bij veel discussies over een mogelijke Europeesrechtelijke beïnvloeding van het opportuniteitsbeginsel in ieder geval deels lijkt te gaan over een beperking van het vervolgingsmonopolie. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de vraag of de vervolgingsverplichtingen inzake meineed voor het Hof van Justitie en schending van Europese atoomgeheimen betekenis hebben voor het opportuniteitsbeginsel of voor het vervolgingsmonopolie.[210]

In het licht van de twee betekenissen van het opportuniteitsbeginsel, zoals hierboven aangeduid, is het van belang om de verdeling van de strafvorderlijke beslissingsbevoegdheid, en de mogelijkheden om die beslissingen te beïnvloeden, niet zonder meer te beschouwen als inbreuken op het opportuniteitsbeginsel. De mogelijkheid voor de officier van justitie om na het opsporingsonderzoek te seponeren, die nauw samenhangt met het opportuniteitsbeginsel, kan in veel gevallen niet worden uitgeoefend. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer het Hof in een artikel 12 Sv-procedure het instellen van vervolging heeft bevolen, en het OM van verdere vervolging wil afzien. De officier van justitie kan dan slechts na bewilliging van het Hof seponeren (artikel 243 lid 5 Sv). Het Hof gebruikt echter ook het algemeen belang als maatstaf voor zijn beslissing op het beklag tegen niet-vervolging (artikel 12i Sv). Het opportuniteitsbeginsel blijft dan overeind, namelijk als algemeen uitgangspunt dat bij beslissingen omtrent opsporing en vervolging het algemeen belang moet kunnen worden betrokken.

Er wordt echter wel een inbreuk gemaakt op het opportuniteitsbeginsel, wanneer degene die met een beslissing omtrent opsporing of vervolging is belast ten aanzien van een haalbare zaak rechtens geen rekening mag houden met het algemeen belang, maar verplicht is tot de inzet van het desbetreffende strafvorderlijke middel. Dan is er geen sprake van een andere verdeling van bevoegdheden rondom het nemen van een concrete beslissing omtrent opsporing en vervolging, maar van het ontbreken van een discretionaire ruimte bij degene die met het nemen van de beslissing is belast. Daarom betreft het in die gevallen niet een aantasting van het vervolgingsmonopolie, maar van het opportuniteitsbeginsel. Dergelijke verplichtingen kunnen voortvloeien uit de wet (waarvoor meestal de term legaliteitsbeginsel wordt gebruikt) maar het

210 Zie daarover paragraaf 1.2.1 en 4.8.

is ook mogelijk dat deze in de rechtspraak worden aangenomen.[211] Niet in alle gevallen waarin de uiteindelijke beslisser over de inzet van een bepaald strafvorderlijk middel geen mogelijkheid heeft om het algemeen belang mee te laten wegen, hoeft er te worden gesproken over het legaliteitsbeginsel. Dat beginsel betekent namelijk dat er een wettelijke verplichting is tot inzet van het strafrecht wanneer een naar de wettelijke omschrijving strafbare gedraging is geconstateerd. Verplichtingen tot strafrechtelijk handelen uit andere bronnen dan de wet hoeven dus niet te worden aangeduid met de term 'legaliteitsbeginsel'. Een dergelijke verplichting zou echter wel een beperking van het opportuniteitsbeginsel kunnen inhouden, omdat er in dat geval geen autoriteit is die het algemeen belang mag betrekken bij een beslissing omtrent opsporing of vervolging. Dan is er dus niet slechts een andere bevoegdheidsverdeling ten aanzien van, bijvoorbeeld, de vervolgingsbeslissing, maar wordt een uitzondering gemaakt op het opportuniteitsbeginsel.

1.7 Deelvragen en plan van behandeling

1.7.1 De ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel

Om de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde democratische rechtsstaat te beoordelen, is het ten eerste noodzakelijk om te zien op welke manier het opportuniteitsbeginsel zich in het Nederlandse strafrecht heeft ontwikkeld. Vanuit een defensieve visie op Europese integratie is de Nederlandse uitwerking van dat beginsel, als een verworvenheid van het Nederlandse strafrecht en een belangrijk kenmerk van de strafrechtelijke handhaving, het per definitie waard om behouden te blijven, en mag het niet worden aangetast door het Europese recht. Hier wordt niet een dergelijke visie ingenomen, maar desondanks is het niet mogelijk om een goed beeld van de betekenis van het opportuniteitsbeginsel te verkrijgen zonder te onderzoeken hoe dat beginsel zich heeft ontwikkeld in de nationale strafrechtelijke context. De eerste deelvraag luidt dan ook: wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafrecht in historisch perspectief? Daarbij gaat het vooral om een hoofdlijn in de historische ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel, over de vraag hoe wezenlijk het beginsel is en in hoeverre het wordt gezien als een fundamentele eigenschap van onze democratische rechtsstaat. Ook speelt daarbij een rol hoe het opportuniteitsbeginsel zich verhoudt tot de taak van het Openbaar Ministerie, die tegenwoordig wordt omschreven als de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Deze deelvraag wordt behandeld in hoofdstuk 2.

211 Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2000, *NJ* 2000, 322.

1.7.2 Het algemeen belang

Het opportuniteitsbeginsel biedt als beginsel de mogelijkheden om ruime discretionaire bevoegdheden te aanvaarden ten aanzien van beslissingen omtrent opsporing en vervolging. Deze omvangrijke bevoegdheden roepen de vraag op hoe met die mogelijkheden moet worden omgegaan. In het denken over het opportuniteitsbeginsel wordt steeds het verband gelegd met de invulling van de discretionaire bevoegdheden die daaruit voortvloeien. Het criterium dat de wet voor die invulling geeft, het algemeen belang, is daarom nauw verbonden met de discretionaire bevoegdheid zelf, die zijn rechtvaardiging mede verkrijgt doordat bij het nemen van concrete beslissingen een goede en verantwoorde invulling wordt gegeven aan het algemeen belang. Een probleem daarbij is, dat in het algemeen belang zeer uiteenlopende belangen op één noemer moeten worden gebracht, om beslissingen te kunnen nemen omtrent opsporing en vervolging. Al die verschillende belangen zullen moeten worden geïnventariseerd en gewaardeerd bij het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Daarbij kan het algemeen belang worden ingevuld met talrijke beleidsinstrumenten, die het OM in beginsel bij zijn taakvervulling binden, maar steeds wel een afwijkingsbevoegdheid openlaten.

Daarnaast is de invulling van het algemeen belang georiënteerd op normatieve uitgangspunten die vaak in verband worden gebracht met theorieën omtrent het doel en de rechtvaardiging van het straffen. De diverse belangen en gezichtspunten die betrokken zijn bij een specifiek strafbaar feit, of bij een algemene strafrechtelijk relevante problematiek ten aanzien waarvan het wenselijk is dat strafrechtelijke beleidslijnen worden geformuleerd, zullen in het licht van bepaalde normatieve uitgangspunten moeten worden gewaardeerd. Daarbij zal blijken dat de invulling van het algemeen belang deels inspiratie verkrijgt uit de straftheorie en in meer algemene zin uit moraalfilosofische theorieën. Deze manier van het geven van invulling aan het algemeen belang kan worden geconfronteerd met de eis dat het Europese recht effectief dient te worden gehandhaafd in de rechtsordes van de lidstaten. Daarbij rijst het probleem hoe deze effectiviteitsvereisten kunnen worden verdisconteerd in de vaststelling van het algemeen belang door de autoriteiten die beslissen over opsporing en vervolging. In paragraaf 1.2.1 werd dat gezien als één van de belangrijkste oorzaken van de spanningsverhouding die er tussen het Europese recht en het opportuniteitsbeginsel bestaat. Daarom luidt de tweede deelvraag: wat is de betekenis van het algemeen belang als grondslag voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, in het licht van het Europese vereiste van effectiviteit? Deze deelvraag wordt behandeld in hoofdstuk 3.

1.7.3 De procedurele en institutionele context van het opportuniteitsbeginsel

Vervolgens komt de vraag aan de orde welke plaats het opportuniteitsbeginsel heeft in de institutionele vormgeving van de strafrechtelijke handhaving, en welke bevoegdheden met het opportuniteitsbeginsel samenhangen. De omvang en de aard van de discretionaire ruimte waarvoor het opportuniteitsbeginsel de legitimatie biedt, staan nog niet vast bij de aanvaarding van het uitgangspunt. Het gaat hierbij om de concrete procedurele inkadering van het opportuniteitsbeginsel; zowel de omvang van strafvorderlijke bevoegdheden als de rechtsmiddelen die tegen het aanwenden van die bevoegdheden openstaan komen aan de orde. Daarbij kan gedacht worden aan rechtsbescherming tegen concrete opportuniteitsbeslissingen, maar ook aan een grotere rol voor het slachtoffer. Ook gaat het om de relaties tussen de instituties die binnen de uitvoerende macht zijn belast met strafrechtelijke handhaving die steeds intensiever samenwerken. Het is steeds meer een fictie geworden om aan het OM een centraliserende rol te verlenen, mede vanwege de eigen agenda van Europese handhavingsinstanties.

De betekenis van rechterlijke controle en die van de institutionele fragmentatie van handhaving en wetgeving, moeten worden beschouwd in hun geëuropeaniseerde context. In dit hoofdstuk wordt onder andere teruggegrepen op de aanwijzingsbevoegdheden in gevallen van meineed voor het Hof van Justitie en van schending van atoomgeheimen, ten aanzien waarvan in paragraaf 1.2.1 een mogelijke spanning met het opportuniteitsbeginsel werd geconstateerd. Ook de harmonisatie van strafprocesrecht kan betekenis hebben voor het opportuniteitsbeginsel, zoals het geval zou kunnen zijn bij de op Europees niveau geharmoniseerde slachtofferrechten, waarop in paragraaf 1.2.2 werd geduid. De derde deelvraag luidt dan ook: wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in zijn procedurele en institutionele context binnen de geëuropeaniseerde democratische rechtsorde? Deze deelvraag wordt behandeld in hoofdstuk 4.

1.7.4 Het opportuniteitsbeginsel en de Europese strafrechtelijke samenwerking

In de traditionele rechtshulp is het OM afhankelijk van de instemming van de autoriteiten in de aangezochte staat voor de uitvoering van verzoeken. Veel staten kennen talrijke weigeringsgronden die de rechterlijke en politieke autoriteiten kunnen gebruiken om een verzoek af te wijzen. In die situatie vinden de belangrijkste toetsen plaats in de aangezochte staat, en de uitkomst daarvan is lang niet altijd zeker. Sinds de introductie van het beginsel van wederzijdse erkenning in de justitiële samenwerking in strafzaken, wordt het aantal weigeringsgronden steeds verder ingeperkt. De vraag rijst of deze ontwikkeling moet worden beschouwd als een beperking van de toepassingsmogelijkheden van het opportuniteitsbeginsel. Het is namelijk niet zeker of

dat beginsel eigenlijk wel van toepassing is bij inkomende rechtshulpverzoeken. Maar ook als dat strikt genomen niet het geval is, zou er vanwege de verschillen in de mate van strafvorderlijke beleidsvrijheid tussen de lidstaten van de Europese Unie, sprake kunnen zijn van een indirecte uitwerking op de het strafrechtelijk beleid. Staten die een legaliteitsbeginsel hanteren en daarmee op vergelijkbare strafbare feiten met minder terughoudendheid reageren dan landen die een opportuniteitsbeginsel hanteren, kunnen op deze laatsten het effect hebben dat de strafrechtelijke handhaving punitiever wordt. Of dat moet worden gezien als een aantasting van het opportuniteitsbeginsel werd in paragraaf 1.2.3 ter discussie gesteld.

Een vervolgvraag werd in paragraaf 1.2.4 gesignaleerd, en stelt aan de orde hoe door Europese strafrechtelijke instellingen als Eurojust, en in de toekomst het Europees OM, wordt samengewerkt met de strafvorderlijke autoriteiten van de lidstaten. Wordt daardoor de nationale toepassing van het opportuniteitsbeginsel beperkt? In hoeverre kan nog gebruik worden gemaakt van de met het opportuniteitsbeginsel samenhangende afdoeningsmodaliteiten? En wat betekent het als het Europees OM zelf aan het legaliteitsbeginsel wordt gebonden, vooral wanneer dat wordt ingericht op een gedecentraliseerde manier waarin Europese en nationale beleidsaccenten met elkaar in botsing kunnen komen? Hoe wordt, onafhankelijk van de vraag of het Europees OM als gecentraliseerde of gedecentraliseerde organisatie wordt opgericht, gezorgd voor institutionele en procedurele waarborgen rondom de strafvorderlijke beslissingen die door deze organisatie worden genomen? De vierde deelvraag grijpt terug op deze problemen en luidt: hoe dient het opportuniteitsbeginsel te worden begrepen gegeven de sterker wordende institutionele structuur van de Europese strafrechtelijke samenwerking? Deze deelvraag wordt behandeld in hoofdstuk 5.

1.7.5 Het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht

Het opportuniteitsbeginsel heeft echter niet alleen gevolgen voor het systeem van het formele strafrecht, maar ook voor het materiële strafrecht. Door het bestaan ervan kan immers tot op grote hoogte worden vertrouwd op een prudent gebruik van de ruime strafvorderlijke bevoegdheden van de handhavingsinstanties. Wanneer een vervolgingsverplichting zou bestaan, dienen gedragingen die niet strafwaardig zijn uit het materiële strafrecht te worden gehouden, wat bij het aanvaarden van het opportuniteitsbeginsel niet nodig is. In dat geval kan een vage grens bestaan tussen strafbaar en niet-strafbaar gedrag, ook omdat het OM in twijfelgevallen niet verplicht is te vervolgen. Enige zekerheid kan ontleend worden aan de zelfbinding van het OM aan aanwijzingen en richtlijnen, die tot gevolg kunnen hebben dat de materiële rechtspositie van verdachten sterker door beleidsregels dan door wetgeving wordt bepaald. Een belangrijke vraag daarbij is in hoeverre de inhoud van

het materiële strafrecht betekenis heeft voor de keuzes die in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel worden gemaakt, zowel in concrete zaken als in het algemene vervolgingsbeleid. Een antwoord op die vraag is afhankelijk van de omvang van beleidsvrijheid die uit het opportuniteitsbeginsel wordt afgeleid, waarbij in dit onderzoek tevens de vraag wordt gesteld of die beleidsvrijheid varieert per delict of per delictscategorie. Of het materiële strafrecht het strafvorderlijk beleid informeert en hoe dat in zijn werk gaat, wordt daarom in het kader van dit onderzoek behandeld, waarbij met name de betekenis van het Europese recht voor de verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht van belang is.

De verhouding tussen het materiële strafrecht en de handhaving daarvan is echter mede problematische vanwege het feit dat het optreden van verschillende wetgevers, zowel lokale, nationale als Europese, zorgt voor een afnemende materieelrechtelijke consistentie, hetgeen gevolgen heeft voor de strafrechtelijke handhaving. Harmonisatie van materieel strafrecht in Europees verband zou bijvoorbeeld kunnen dwingen tot een minder afstandelijke positie van de vervolgende overheid ten opzichte van het materiële strafrecht, vanwege het vereiste dat geharmoniseerde bepalingen effectief moeten worden gehandhaafd. Dat is althans een mogelijke uitkomst van de discussie waarop in paragraaf 1.2.2 werd geduid, waaruit de spanning naar voren komt die het opportuniteitsbeginsel oproept ten aanzien van op Europees niveau geharmoniseerde strafbaarstellingen. De vijfde deelvraag luidt daarom: wat is de verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht in het licht van de verplichting tot implementatie van Europees recht? Deze deelvraag wordt behandeld in hoofdstuk 6.

1.7.6 Opbouw, methode en deelvragen

Dit onderzoek is, afgezien van de inleiding en de conclusies, onderverdeeld in vijf hoofdstukken, waarin op de verschillende deelvragen antwoord wordt gegeven. In hoofdstuk 2 ligt de nadruk daarbij nog op het Nederlandse recht en op de betekenis die het opportuniteitsbeginsel in die nationale context heeft verkregen. In de hoofdstukken die daarop volgen wordt steeds een aspect van het opportuniteitsbeginsel in verband gebracht met het Europese recht. Het theoretische perspectief dat in dit onderzoek is ingenomen, waarbij het werk van MacCormick als leidraad dient, is verweven in de bespreking van de historische context van het opportuniteitsbeginsel en de confrontatie van de verschillende aspecten ervan met elementen van Europees recht. De wijze waarop die verwevenheid tot uitdrukking komt varieert per hoofdstuk. In het ene hoofdstuk wordt explicieter stilgestaan bij dit theoretisch kader dan in het andere. In de deelconclusies die elk hoofdstuk afsluiten wordt steeds expliciet een verband gelegd met deze theoretische uitgangspunten. Als geheel vormt dat een benadering van het onderwerp van dit onderzoek als een, zoals

hierboven in paragraaf 1.3 weergegeven, dogmatisch, constitutioneel, rechtscultureel en integratieprobleem.

Deze hoofdstukken worden ten slotte met elkaar in verband gebracht in hoofdstuk 7, waarin de verschillende deelconclusies uit de hoofdstukken 2 tot en met 6 bij elkaar komen in een afsluitende conclusie. In dat afsluitende hoofdstuk worden tevens enkele aanzetten gegeven voor een aangepaste theorievorming omtrent het opportuniteitsbeginsel en de vervolgingsbeslissing, bezien in het licht van het recht van de Europese Unie. Het antwoord op de centrale vraagstelling dat daar wordt gegeven pretendeert daarmee een standpunt te geven over de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde. Zoals hiervoor opgemerkt zal dat standpunt onder meer betrekking hebben op een constitutioneel conflict tussen het Europese en het Nederlandse recht vanwege de gelding van het opportuniteitsbeginsel. Dat standpunt is gebaseerd op een pluralistische opvatting van de verhouding tussen de rechtsordes van de lidstaten enerzijds en de rechtsorde van de Europese Unie anderzijds, waarin beide echter zijn onderworpen aan de gelding van het internationale recht.

Verschillende onderdelen van dit onderzoeksverslag en de hoofdstukken waaruit het is opgebouwd zijn eerder in tijdschriften en bundels gepubliceerd.[212] In de tekst wordt niet steeds aangegeven welke onderdelen dit betreft, omdat er in de meeste gevallen ook bewerkingen en actualiseringen hebben plaatsgevonden. Voor zover er in dit onderzoek afwijkende standpunten worden ingenomen ten opzichte van eerdere publicaties, ligt daaraan een verandering van inzicht ten grondslag.

212 Geelhoed 2008b, Geelhoed 2008a, Geelhoed 2009 en Geelhoed 2010c, Geelhoed 2010b, Geelhoed 2010a, Crijns & Geelhoed 2011, Geelhoed 2012.

2 Het Nederlandse opportuniteitsbeginsel in historisch perspectief

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat centraal hoe in de geschiedenis van het Nederlandse strafrecht het opportuniteitsbeginsel is ontwikkeld. Daarbij wordt antwoord gegeven op de eerste deelvraag die uit de centrale vraagstelling is afgeleid, namelijk: wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafrecht in historisch perspectief? Aan het slot van dit hoofdstuk zal ik op deze deelvraag expliciet terugkomen. De beantwoording van deze deelvraag verloopt stapsgewijs; hieronder zal ik weergeven bij welke punten in de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel zal worden stilgestaan. In grote lijnen is voor een chronologische behandeling gekozen. Deze chronologische lijn wordt echter gevolgd aan de hand van een hypothese over de wijze waarop het opportuniteitsbeginsel zich heeft ontwikkeld, die hieronder zal worden toegelicht nadat de verschillende stappen die daarbij worden gezet zijn benoemd. Deze hypothese gaat er kort gezegd van uit dat er een constante verruiming heeft plaatsgevonden van de omvang van de beleidsvrijheid in de strafrechtelijke handhaving.

Allereerst moet bedacht worden dat van een eigenlijke keuze tussen het opportuniteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel pas sprake kan zijn, wanneer een uitputtende codificatie van het materiële strafrecht tot stand is gekomen. De opkomst van beide beginselen is namelijk nauw verbonden met de opkomst van de codificatiegedachte. Wanneer de regels van het materiële strafrecht niet in coherente wetgeving zijn neergelegd, maar bijvoorbeeld in een minder sluitend systeem van common law, is er geen sprake van dat het recht bij elke overtreding een strafrechtelijke reactie zou vorderen. Een logisch sluitstuk van het legistische streven naar een volledige vastlegging van materieelrechtelijke normen in de wet, is daarentegen dat die strafwet vervolgens ook wordt uitgevoerd. Dat gezichtspunt kan meespelen wanneer, zoals in Duitsland en Italië, een legaliteitsbeginsel wordt aanvaard. Ook andere argumenten kunnen daarbij een rol spelen, zoals het vertrouwen dat in de strafvorderlijke autoriteiten wordt gesteld. Wanneer echter de onmogelijkheid van een volledige heerschappij van de wet wordt ingezien, ontstaat er ruimte voor het opportuniteitsbeginsel. Het opportuniteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel geven op die manier uitdrukking aan het denken over de verhouding tussen de strafwet en de handhaving daarvan.

Naarmate het materiële strafrecht sterker als fragmentarisch wordt gezien, bestaat er meer ruimte voor specifiek op het geval toegesneden oplossingen. Dat roept de vraag op welke beleidsvrijheid er heeft bestaan in de periode vóór de Franse tijd, dus voordat de naar volledigheid strevende wetboeken werden ingevoerd. Dat is de vraag die in paragraaf 2.2 wordt behandeld. Een vervolgvraag is, hoe aan het eind van de achttiende en in het begin van de negentiende eeuw door de invoering van nieuwe wetgeving andere uitgangspunten ten aanzien van de strafrechtelijke handhaving opkwamen. Daarbij is vooral van belang in hoeverre de ontwikkelingen in het Franse recht doorwerkten in Nederland. Dit komt in paragraaf 2.3 aan de orde.

De Nederlandse onafhankelijkheid na de Franse tijd heeft aanleiding gegeven tot de invoering van eigen Nederlandse wetgeving, maar het is onduidelijk of daarin nadrukkelijk voor het opportuniteitsbeginsel is gekozen. De meningen hierover blijken sterk uiteen te lopen. Die wetgeving en de discussies daaromtrent zijn het onderwerp van paragraaf 2.4. In de loop van de negentiende eeuw en in de aanloop naar de vaststelling van een nieuw Wetboek van Strafvordering blijkt het opportuniteitsbeginsel op steeds meer aanhang te kunnen rekenen. De opstellers van het nieuwe Wetboek van Strafvordering hebben onder andere aandachtig bestudeerd hoe het legaliteitsbeginsel in de negentiende eeuw in Duitsland is ingevoerd. Daarvan zijn in de beraadslagingen van de Staatscommissie sporen terug te vinden, die ook hun invloed hebben gehad op de Nederlandse regeling van het opportuniteitsbeginsel. Vanwege deze invloed op de Nederlandse codificatie van het opportuniteitsbeginsel wordt in paragraaf 2.5 aandacht besteed aan de invoering van het legaliteitsbeginsel in Duitsland en de achterliggende redenen daarvoor. Dat kan interessante gezichtspunten opleveren bij de beantwoording van de volgende vraag, hoe het opportuniteitsbeginsel precies in het Nederlandse recht is gecodificeerd en welke argumenten bij de gemaakte keuzes een rol hebben gespeeld. Die codificatiegeschiedenis, waarvoor het voorbereidend werk voor het Wetboek van Strafvordering van 1926 de belangrijkste bron is, is weergegeven in paragraaf 2.6.

Sinds de codificatie heeft er aan het eind van de jaren zestig en in de jaren zeventig van de twintigste eeuw nog een opmerkelijke ontwikkeling plaatsgevonden in het denken over het opportuniteitsbeginsel. Dat hing samen met het ontstaan van een justitiële en politiële crisis, waarin het gezag van de wet ter discussie stond en de wijze van strafrechtelijke handhaving, als vrijwel automatisch en onkritisch, werd afgekeurd. Deze crisis leidde tot een roep om het opportuniteitsbeginsel positief te interpreteren, in welke interpretatie steeds een inschatting van het algemeen belang zou moeten worden gemaakt voordat tot handhaving werd overgegaan. Later draaide de discussie meer om handhavingstekorten en om de vraag of een minimumniveau van handhaving niet minstens zo belangrijk was. Deze discussies zijn het onderwerp van paragraaf 2.7. Ten slotte wordt in paragraaf 2.8 stilgestaan bij een ontwikkeling die parallel liep aan de opkomst van de positieve interpretatie van het

opportuniteitsbeginsel: een verandering in de interpretatie van de taak van het Openbaar Ministerie. Die taak wordt sinds 2002 wettelijk omschreven als de 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde', waar de wet daarvóór nog sprak over de 'handhaving der wetten'. Samen met de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel zou daarmee een nieuwe grondslag voor het strafrechtelijk optreden van het Openbaar Ministerie zijn gegeven.[1]

Zoals gezegd kan het gebruiken van een duidelijke hypothese verhelderend werken bij de bespreking van de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel. Een bepaald beeld van deze ontwikkeling blijkt veel invloed te hebben binnen de strafrechtelijke doctrine. Dat beeld is het duidelijkst terug te vinden bij 't Hart,[2] die de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel in fasen onderverdeelt. Daarbij betreffen de eerste twee fasen de ontwikkeling tot en met de codificatie in het Wetboek van Strafvordering van 1926. De eerste fase van deze ontwikkeling wordt volgens 't Hart gekenmerkt door de wettelijke gelding van het legaliteitsbeginsel en de praktische toepassing van het opportuniteitsbeginsel, voornamelijk in de negatieve interpretatie. De tweede fase behelst de codificatie van deze negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in het Wetboek van Strafvordering. De derde fase wordt vervolgens gevormd door de keuze van het OM voor de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.

De karakterisering door 't Hart van deze eerste fasen van de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel, blijkt door velen te worden overgenomen.[3] Dat beeld spreekt ook aan. Het geeft uitdrukking aan een gedachte van verdergaande veredeling van de strafrechtelijke handhaving: waar oorspronkelijk een onverkorte wettelijke vervolgingsplicht gold, is heden ten dage een zorgvuldig afgestemd stelsel gegroeid waarbinnen de strafrechtelijke rechtshandhaving rationeel en op maatschappelijk verantwoorde wijze wordt vormgegeven. Die verworvenheden worden verder uitgewerkt in de latere fasen, onder meer door de aanwending van het opportuniteitsbeginsel in de opsporing, maar de grondgedachte is dezelfde: een steeds extensievere uitleg van het opportuniteitsbeginsel als juridische grondslag onder het strafrechtelijk beleid. De vraag is echter in hoeverre dit beeld van een min of meer logische ontwikkeling met als vertrekpunt het legaliteitsbeginsel, via een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel naar een positieve interpretatie, met de werkelijkheid overeenstemt.

De eerste drie fasen in die ontwikkeling zijn in dit hoofdstuk aan de orde. Daarmee handelt dit hoofdstuk vooral over de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel in de kern van zijn betekenis. Het gaat hier om de vraag of de wet geen, dan wel enige, dan wel volledige beleidsvrijheid biedt. De context

1 't Hart 1994a, p. 141, 146-149; 't Hart 2001, p. 10-14.
2 't Hart 1994a, met name op p. 117-140; 't Hart 1976, p. 11-12.
3 Knigge 2001, p. 99; Blad & De Doelder 2007, p. 69-75.

waarbinnen die beleidsuitoefening plaatsvindt, die sterk afhankelijk is van de keuze voor het uitgangspunt van legaliteits- of opportuniteitsbeginsel, wordt hier slechts zijdelings behandeld. Enige aandacht daarvoor is er aan het slot, omdat de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel zozeer samenhangt met een bepaalde opvatting van de taak van het OM, dat die niet los daarvan kan worden beschouwd.

2.2 STRAFRECHTELIJKE HANDHAVING VOOR DE FRANSE TIJD

2.2.1 Van schadevergoeding naar zoengeld

Voor een blik in de geschiedenis van de strafrechtelijke handhaving kan allereerst worden gekeken naar de reacties op onrecht die bij de Romeinen en de Germanen plaatsvonden. Misdaden die binnen het Germaanse stamverband werden begaan, werden meestal afgedaan door betaling van schadevergoeding, of anders tuchtrechtelijk door het opleggen van een maatregel door het hoofd van de stam. Ook in het Romeinse recht gold iets dergelijks; delicten zoals diefstal werden civielrechtelijk afgedaan. Daarbij bestaat er steeds een eisende partij die kan optreden en vergoeding voor het aangedane onrecht kan vorderen. Het private belang staat hierbij voorop. Daarop was wel een beperking aangebracht, want in het Romeinse recht gold de regel *de minimis non curat praetor*: een kleinigheid die voor de rechter werd gebracht kon door hem buiten behandeling worden gelaten.[4]

Onder de Germanen werd een misdaad die buiten stamverband werd begaan beslecht door een vete, die namens het slachtoffer door zijn stam werd gevoerd tegen de dader of een ander uit diens stam. Deze vete valt te karakteriseren als een vorm van genoegdoening voor de begane inbreuk op de vrede in de getroffen stam, en dient ter herstel van het verstoorde evenwicht. Maar omdat de grenzen van de gerechtvaardigde genoegdoening niet altijd in acht werden genomen werd dit veterecht een bron van onrust en een plaag waaraan alleen een einde kon worden gemaakt door een hoger gezag.[5]

Het overheidsgezag bood de mogelijkheid om begane misdaden met een zoengeld af te kopen, waardoor het veterecht verviel. Bij het sterker worden van het overheidsgezag werd deze afdoening verplicht gesteld en was het niet meer mogelijk om een vete te voeren, hoewel beide vormen lange tijd naast elkaar hebben bestaan. Pas aan het einde van de Middeleeuwen werd

4 De regel is niet in Justinianus' Instituten opgenomen, maar de inhoud ervan is al wel in de Digesten terug te vinden: D. 4,3,9-11. Pas later werd dit uitgangspunt aangeduid met 'de minimis non curat praetor' of varianten daarop. Zie uitgebreider over de achtergrond hiervan: Veech & Moon 1947. Een uitdrukkelijk verband met het opportuniteitsbeginsel is onder andere te vinden bij Verstraeten 2007, p. 68.

5 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 44-45.

de private eigenrichting verdrongen door de publieke straf.[6] Daaraan heeft vooral de opkomst van de steden bijgedragen. Een schending van de stadvrede tast de burgerlijke samenleving aan en maakt daardoor de stad minder verdedigbaar, waardoor de stadsheer zich in zijn belangen ziet aangetast.[7] Het opkomen tegen een inbreuk op de stadvrede wordt daarom steeds meer een zaak van het stedelijke gezag.[8] Het algemene belang van het behoud van de stadsvrede gaat dan vooropstaan bij de reactie op strafbare feiten.

2.2.2 De opkomst van het inquisitoire proces en vervolging ex officio

Het beginsel 'geen klager, geen rechter', dat mede voortvloeit uit het uitgangspunt van private afdoening, werd al vroeg niet meer van toepassing geacht bij misdrijven tegen personen die zelf niet konden optreden en ook geen bloedverwanten hadden om op te treden. De gemeenschap trad dan tussenbeide. Al in de negende eeuw werden ingezetenen gekozen die zulke misdrijven moesten opsporen en aangeven op de daartoe bestemde plaatsen.[9] Het is niet zeker of hieruit het waarheidsproces is voortgekomen, dat voor de vierschaar in het geheim werd gevoerd.[10] Dit waarheidsproces geeft duidelijk blijk van een inquisitoire gedachte, omdat daarin de (grafelijke) overheid de materiële waarheid aan de hand van de bekentenis en van getuigenverklaringen tracht aan te tonen.[11] In de processen voor de stedelijke schepenbanken vond een soortgelijke ontwikkeling plaats. Daar werd, wanneer een klager ontbrak, de mogelijkheid ingevoerd dat ambtenaren een klacht aan zouden dragen.[12]

In de Ordonnantie op de Stijl van 1570 werd deze wijze van procederen van overheidswege tot enige mogelijkheid verklaard. In criminele zaken kon slechts nog 'van officie-wegen' worden vervolgd.[13] Zowel over het extraordinaire als het ordinaire proces wordt gesteld dat het doel het achterhalen van de materiële waarheid is (artikel 7). Beide kenmerken van het strafproces, aan de ene kant het opsporen, vervolgen en bestraffen door de staat, en aan de andere kant het doel van materiële waarheidsvinding en de daarmee samenhangende rechtsverhouding tussen rechter en verdachte, worden als essentieel beschouwd voor de inquisitoire procesvorm.[14] In Duitsland onderscheidde men deze twee aspecten met de termen 'Offizialprinzip' en 'Untersuchungs-

6 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 44; zie ook Frederiks 1918, p. 354-356.
7 De Vries 1955, p. 18.
8 De Vries 1955, p. 225.
9 Drenth 1939, p. 186-187.
10 Drenth 1939, p. 187-191.
11 Drenth 1939, p. 191-192.
12 Drenth 1939, p. 192.
13 Drenth 1939, p. 196.
14 Drenth 1939, p. 18.

prinzip'. Historisch gezien is in ieder geval de overgang van belang, van een strafvervolging die een privaat initiatief vereiste, naar de strafvervolging als staatszaak, waarbij de overheid krachtens haar ambt een vervolging instelt.[15] Om hieraan de uitdrukking 'inquisitoir' te verbinden is wellicht minder juist, gesproken zou kunnen worden van het 'overheidsprincipe' of het 'publiekrechtelijk' karakter van het strafproces.[16]

De ontwikkeling van het alleenrecht op strafrechtelijke handhaving volgt zodoende uit het op de voorgrond treden van het algemeen belang, dat gediend is met de reactie op strafbare feiten. Dat algemene belang kan worden gezien als het belang van de gemeenschap, maar daarnaast wil de sterker wordende overheid zijn gezag laten gelden. Door de ontwikkeling van de moderne staat wordt dan ook helderder onderscheid gemaakt tussen vergeldende en vergoedende reacties op begaan onrecht. Doordat een duidelijk te identificeren overheidsorganisatie ontstaat, is de private reactie daarom meer gericht op schadevergoeding, hoewel daar ook smartengeld kan worden verkregen, en de publieke voor een belangrijk deel op vergelding.[17] Daarmee hangt samen dat de rechter de taak krijgt om ordeverstoringen ambtshalve op te sporen en te vervolgen. Uit die procesvorm blijkt dat de overheid zich boven de gemeenschap ziet geplaatst, en daarom de taak heeft om vrede en veiligheid te handhaven.[18] Deze ontwikkeling naar een alleenrecht van de overheid op het instellen van een strafrechtelijke reactie, later als het vervolgingsmonopolie aangeduid, hangt dus samen met het identificeren van een algemeen belang bij strafrechtelijke handhaving. De erkenning van het belang van de rechtsorde bij strafrechtelijke afdoening gaat hand in hand met een monopolisering van het instellen van die actie, en maakt het tevens mogelijk om, wanneer dat belang van de rechtsorde afwezig is, van het instellen van vervolging af te zien. Vanuit dat perspectief zijn het vervolgingsmonopolie en het opportuniteitsbeginsel sterk gerelateerd, maar wel te onderscheiden.

2.2.3 Vereenvoudigde afdoening

In de praktijk groeiden er manieren om, buiten het eigenlijke strafproces om, te komen tot afdoening van strafbare feiten. Een duidelijk voorbeeld hiervan is de submissie. Daarbij kon een verdachte van een strafbaar feit bij het Hof van Holland een request indienen om in submissie te worden ontvangen. Als het Hof daarop gunstig beschikte werd meestal een geldboete opgelegd, en de aanklager werd gelast de verdachte niet verder te vervolgen. De regeling hiervan in artikel 27 van de Instructie van het Hof van Holland was beperkt

15 Drenth 1939, p. 236.
16 Drenth 1939, p. 244.
17 Feenstra/Winkel 2002, p. 1, 15-26.
18 Van de Vrugt 1978, p. 134.

tot gevallen waarin het Hof in eerste instantie recht sprak, maar werd ook van toepassing geacht in hoger beroep. De reden hiervoor zou kunnen zijn dat in de procesvoering van die dagen alles wat niet verboden was, geoorloofd werd geacht, hetgeen in de procesvoering destijds een belangrijke rol speelde.[19]

Een andere vorm van vereenvoudigde afdoening, die geheel buitengerechtelijk tot stand kon komen, was de compositie. De baljuws en officieren die bij de lagere gerechten waren aangesteld, waren zowel hoofd van de politie als voorzitter van het gerecht. Zij hadden de bevoegdheid om verdachten aan te houden, en konden beslissen over de vervolging voor het gerecht. Het mogen aanbieden van een compositie werd hier in de praktijk uit afgeleid, zonder dat daar uitdrukkelijke bepalingen voor waren. De baljuws konden aanvankelijk zonder toestemming van de overige leden van het college een compositie aanbieden aan de verdachte, die door daarop in te gaan zijn strafvervolging kon afkopen. Op deze manier kon de baljuw voor zichzelf inkomsten genereren. Het ambt van baljuw werd vaak voor veel geld gekocht, en daarom was deze compositiepraktijk een middel om de kosten te drukken. Hierdoor ontstonden veel misstanden.[20] De overheid trachtte aan deze praktijken een einde te maken door een rechterlijke toestemming voor een compositie te verplichten, door de compositiemogelijkheid uit te sluiten voor bepaalde categorieën misdrijven, of door een algeheel verbod op de compositie uit te vaardigen, zoals in de Criminele Ordonnantie. Deze inspanningen hadden echter weinig resultaat.[21]

2.3 De invloed van het Franse recht

2.3.1 Pogingen tot vernieuwing van het strafprocesrecht

Na de vestiging van de Bataafse Republiek in 1795 werden pogingen ondernomen tot de invoering van een nieuw strafprocesrecht. In 1799 werd door het Vertegenwoordigend Lichaam een ontwerpwetboek aangenomen getiteld 'Algemeene manier van procedeeren in civiele en crimineele zaken'. De invoering daarvan werd uitgesteld tot er een regeling was van de rechterlijke organisatie. Ook het ontwerp daarvoor, het Wetboek van regterlijke instellingen en regtspleging in het Koningrijk Holland van 1809 werd echter niet ingevoerd.[22] Het materiële strafrecht werd wel succesvol aangepast, door invoering van het Crimineel Wetboek voor het Koningrijk Holland. Daarin was de mogelijkheid van compositie of transactie uitgesloten, omdat Lodewijk Napo-

19 s' Jacob 1936, p. 4-8.
20 Duisterwinkel 1965, p. 3-4.
21 s' Jacob 1936, p. 9-18.
22 Bosch 2011, p. 140.

leon vreesde dat de rechtsgelijkheid daaronder te lijden had. Weinig vermogende burgers zouden niet in staat zijn om strafvervolging af te kopen en rijkere burgers wel.[23]

Enkele uitgangspunten voor de rechtshandhaving waren al te vinden in de Staatsregeling voor het Bataafse volk van 1798. In de preambule daarvan was bijvoorbeeld neergelegd dat de Bataafse Republiek één en ondeelbaar is, waarmee de eenheidsstaat werd ingevoerd. Deze uitdrukking van eenheid en ondeelbaarheid werd later toegepast ten aanzien van het OM als staatsorgaan. Ook bevatte de Staatsregeling in artikel 1 een uitdrukking van 'het oogmerk der maatschappelijke vereniging'. Dat oogmerk bestond uit de 'beveiliging van persoon, leven, eer en goederen en beschaving van verstand en zeden'. Deze bepaling zou kunnen worden gezien als een uitdrukking van het algemeen belang dat de Staat in zijn optreden moet nastreven.

2.3.2 Het legaliteitsbeginsel in het Franse recht

In het Franse strafprocesrecht vonden in de tussentijd grote ontwikkelingen plaats. Onder invloed van bijvoorbeeld Beccaria lag er veel nadruk op de bescherming van de verdachte tegen de overheid. Dat komt onder andere tot uitdrukking in de nadruk op het legaliteitsbeginsel. Zo staat de Franse *Code des délits et des peines*[24] in het teken van de absolute heerschappij van de wet. Enkele aspecten van het legaliteitsbeginsel zoals dat tegenwoordig in Nederland in artikel 16 Gw en 1 Sr is opgenomen, staan prominent vooraan in de wet. Er bestaat geen strafrechtelijke aansprakelijkheid zonder voorafgaande wettelijke bepaling (artikel 2), en alle straffen die worden opgelegd moeten gebaseerd zijn op de wet zoals die gold ten tijde van het delict (artikel 3). Daarmee houdt de heerschappij van de wet echter niet op. De gelding van de wet moest namelijk ook tot uitdrukking gebracht worden in de onverkorte handhaving ervan. Artikel 4 bepaalt: 'Tout délit donne essentiellement lieu á une action publique. Il peut aussi en résulter une action privée ou civile.'

Het idee dat niet meer de absolute vorst, maar de volkswil door de wet regeert brengt mee dat de wetgevende activiteiten gehandhaafd moeten worden zonder dat er in de uitvoering ruimte is voor een nadere afweging van belangen. Als dat laatste het geval zou zijn kan de wil van het volk immers nooit uitgroeien tot een volwaardig grondslag voor de verwerkelijking van het recht. In deze situatie fungeert het strafproces dan ook slechts om het volk te dienen (artikel 5): 'L'action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social. Elle appartient essentiellement au peuple. Elle est exercée en son nom par des fonctionnaires spécialement établis à cet effet.'

23 Moorman van Kappen 2006, p. 210-212.
24 Aangenomen op 3 Brumaire van het jaar 4 (25 oktober 1795).

In deze opvatting over het gezag van de wet heeft de officier van justitie geen vrijheid om te beslissen dat een mogelijke strafzaak niet voor de rechter komt. Dit komt duidelijk naar voren in artikel 280, waarin de *accusateur public* verplicht wordt om delicten ter opsporing te melden aan de politie, waarvan hij weet dat ze gepleegd, maar nog niet vervolgd zijn: 'Mais il peut et il doit, comme tous les fonctionnaires publics, dénoncer aux officiers de police judiciaire les délits dont il a connaissance, et qu'il sait n'être pas poursuivis.' Daarmee komt duidelijk naar voren dat er een wettelijke plicht rust op de met strafvervolging belaste organen om het materiële strafrecht in elk concreet geval toe te passen. De klassieke betekenis van het legaliteitsbeginsel, dat strafrechtelijke aansprakelijkheid, straf en strafvordering gebaseerd moeten zijn op de wet, zoals tot uitdrukking is gebracht in artikel 16 Gw, 1 Sr en 1 Sv, en de daarvan te onderscheiden betekenis, dat wettelijke strafbepalingen ook onverkort moeten worden gehandhaafd, hebben eenzelfde fundament. Beide betekenissen gaan terug op hetzelfde legistische idee, namelijk de absolute heerschappij van de wet. Bij de handhaving van het materiële strafrecht kan in dat idee aan de volkswil, als fundament onder de staatsinrichting, slechts recht worden gedaan door op elke schending van de in overeenstemming met die volkswil aangenomen materieelstrafrechtelijke regels een formele strafrechtelijke reactie te laten volgen.

Het legaliteitsbeginsel, zoals op deze manier in de Franse wetgeving opgenomen, stuitte in de praktijk op bezwaren. Het bleek al spoedig onhaalbaar om alle strafbare feiten te vervolgen, omdat het een te grote druk op de strafrechtelijke handhaving legde. Het theoretisch uitgangspunt dat alle strafbare feiten opgespoord en vervolgd moeten worden werd dan ook verlaten. In de *Code d'instruction criminelle,* die in 1801 werd ingevoerd, is het legaliteitsbeginsel niet meer terug te vinden, tenminste niet in zijn betekenis dat op alle strafbare feiten een strafrechtelijke reactie dient te volgen. Daartegenover staat echter geen uitdrukkelijke aanvaarding van het opportuniteitsbeginsel; de wet zwijgt over deze kwestie.

2.3.3 De invoering van het Franse recht in Nederland

Na de inlijving van het Koningrijk Holland in het Franse keizerrijk in 1811 gold de *Code d'instruction criminelle* ook voor het huidige Nederland. Tegelijkertijd deed een nieuw element zijn intrede: er werd een Openbaar Ministerie opgericht naar Frans model. Voordien bestond er in Nederland geen gecentraliseerde organisatie in de strafrechtelijke handhaving. Later wordt de oorspronkelijke Franse regeling bovendien grotendeels overeind gelaten door de Wet op de rechterlijke organisatie van 1827.[25]

25 Daarover bijvoorbeeld Duisterwinkel 1965, p. 4-5; Corstens 1974, p. 7-9.

Hoewel nergens in de *Code d'instruction criminelle* uitdrukkelijk bepaald werd dat de *accusateur public* bevoegd is af te zien van strafvervolging, ging men daar in de praktijk wel van uit.[26] Wel is er in de literatuur nog een spoor te vinden van het legaliteitsbeginsel, dat zou samenhangen met het bestaan van een rechtsingangprocedure. De officier zou verplicht zijn om vervolging in te stellen omdat het de kamer van beraadslaging is die in de rechtsingangprocedure het uiteindelijke oordeel moet geven of een bepaalde zaak voor de rechter moet komen. De vervolgingsbeslissing mag dus slechts door de rechter worden genomen.[27] Het OM was wel bevoegd om in correctionele zaken rechtstreeks te dagvaarden. Een complicerende factor was dat civiele partijen bevoegd waren om bij de strafrechter een vordering tot schadevergoeding in te dienen. Daardoor kon het gebeuren dat de strafrechter wel oordeelde over een strafbaar feit, hoewel door het OM nog geen vervolging ingesteld was, hetgeen afbreuk deed aan het vervolgingsmonopolie.[28]

2.4 De Nederlandse Wetboeken in de negentiende eeuw

2.4.1 Het Wetboek van Strafvordering van 1838

Tot 1838 was in Nederland de door de Fransen in 1811 ingevoerde *Code d'instruction criminelle* van kracht, die eenheid schiep in het tot dan toe sterk uiteenlopende procesrecht. De rechtspleging was gebaseerd op de driedeling die de *Code Pénal* in strafbare feiten aanbracht, namelijk tussen *crimes* (misdaden), *délits* (wanbedrijven) en *contraventions* (overtredingen). De overtredingen werden berecht door het *tribunal de police* (de politierechtbank), de wanbedrijven door het *tribunal correctionnel* (de correctionele rechtbank) en de misdaden door het *cour d'assises* (hof van assisen). Het OM kon rechtstreeks dagvaarden voor de correctionele rechtbank,[29] maar niet voor het hof van assisen. Daarvoor moest een strafzaak eerst worden onderzocht door de *juge d'instruction* (rechter-commissaris of onderzoeksrechter), die de zaak vervolgens kon voorleggen aan de *chambre du conseil* (raadkamer) van de correctionele rechtbank. Voor deze raadkamer stonden drie opties open: de verdachte kon buiten beschuldiging worden gesteld, de zaak kon door de correctionele rechtbank zelf worden behandeld, of de zaak kon worden doorverwezen naar de *chambre d'inculpation* (kamer van inbeschuldigingstelling) van het *cour impérial* (het Hoog Gerechtshof te Den Haag). De kamer van inbeschuldigingstelling kon ten slotte de verdachte verwijzen naar het hof van assisen. Deze omslachtige rechtsingangprocedure had tot doel nodeloze terechtzitting voor

26 De Pinto/De Pinto 1882, dl. I, p. 73; Boot 1885, p. 3-6.
27 Handboek 1823, p. 131.
28 Corstens 1974, p. 8.
29 Anders: Corstens 1974, p. 9.

het hof van assisen te voorkomen.[30] Terwijl de drempel voor rechtsingang hoog was wanneer deze gevorderd werd door de officier van justitie, was het voor civiele partijen aanmerkelijk eenvoudiger om een verdachte te laten vervolgen, door zich direct voor de rechter-commissaris partij te stellen. Deze kon daarop de vervolging instigeren.[31]

In 1838 werd ter vervanging van de *Code d'instruction criminelle* het eerste nationale Wetboek van Strafvordering ingevoerd, dat overigens wel sterk geënt was op de *Code d'instruction criminelle.* Dit was vooral het geval omdat de *Code Pénal* met zijn driedeling van strafbare feiten van kracht bleef. Het verkrijgen van rechtsingang bleef grotendeels hetzelfde. Bij misdaden bleef voor de officier van justitie de verplichting bestaan rechtsingang te vorderen bij de rechtbank, voordat de rechter-commissaris na dagvaarding de instructie mocht uitvoeren. Voor wanbedrijven was het toegestaan om rechtsingang te vorderen, maar dat was niet noodzakelijk. Ook kon 'rauwelijks', dat wil zeggen zonder eerst rechtsingang te vorderen, gedagvaard worden.[32] Ten opzichte van de *Code d'instruction criminelle* was de macht van de rechter-commissaris aanmerkelijk ingeperkt, om lichtvaardige vervolging te voorkomen.[33] In de zwaarste strafzaken werd de uiteindelijke beslissing om de verdachte terecht te laten staan dus genomen door de raadkamer, zij het op vordering van de officier van justitie. De ambtelijke organisatie van het OM werd aangepast, door de Procureur-generaal bij de Hoge Raad niet meer te belasten met 'de criminele justitie'. Die taak werd opgedragen aan de procureurs-generaal bij de gerechtshoven, die daarmee bovenaan stonden in de hiërarchie van het OM.[34]

Of de officier volgens het Wetboek van Strafvordering van 1838 verplicht was te beslissen om tot vordering van rechtsingang over te gaan, met andere woorden, of het legaliteitsbeginsel met betrekking tot de vervolging gold, heeft lange tijd ter discussie gestaan.[35] Andere mogelijkheden voor afdoening waren nog niet ontwikkeld, behalve de wellicht als vorm van alternatieve afdoening te beschouwen vermaning. Ook de macht van de officier van justitie om door het vaststellen van de tenlastelegging de grondslag voor de terechtzitting te beperken was nog nauwelijks ontwikkeld.[36] Om de discussie over de gelding van het opportuniteitsbeginsel dan wel het legaliteitsbeginsel in deze periode goed te kunnen plaatsen, moet duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de uitgangspunten van het wetboek en de uitvoering daarvan in de praktijk.[37]

---

30 Bosch 2011, p. 141.; Corstens 1974, p. 7-9. Zie over de *Code d'instruction criminelle* ook Van Binsbergen 1986, p. 132-134.
31 Corstens 1974, p. 8.
32 Bosch 2011, p. 142; Valkenburg 1993, p. 7-17.
33 Drenth 1939, p. 211-212.
34 Corstens & Tak 1982, p. 2; Mostert 1968, p. 274-276.
35 Zie voor een overzicht van die discussie hieronder, Mulder 1919, p. 17-31 en Corstens 1974, p. 10-16.
36 De Jong 1981, p. 7.
37 Mulder 1919, p. 17.

Veel schrijvers hebben de vraag behandeld of het wetboek het opportuniteitsbeginsel of het legaliteitsbeginsel als uitgangspunt nam. Volgens Mulder zou het onlogisch zijn als het Wetboek van 1838 het legaliteitsbeginsel zou huldigen, omdat zijn voorbeeld, de *Code d'instruction criminelle,* juist uitging van het opportuniteitsbeginsel.[38] Aanhangers van het standpunt dat de wet het legaliteitsbeginsel huldigde wijzen echter op een aantal artikelen, waaruit het legaliteitsbeginsel naar voren zou komen. De eerste zinsnede van artikel 4 van de Wet op de regterlijke organisatie luidde bijvoorbeeld: 'Het openbaar ministerie is bijzonderlijk belast met de handhaving der wetten, met de vervolging van alle strafbare feiten en het doen uitvoeren van alle strafvonnissen.' Met name vanwege het woord 'alle' zou hierin het legaliteitsbeginsel zijn neergelegd.[39] Boot wijst er echter op dat in de oorspronkelijke, Franse, tekst van het regeringsontwerp van de Wet RO het woord 'tout' niet voorkwam. Volgens hem is deze zinsnede slechts een algemene beschrijving van de werkzaamheden van het OM. Bovendien zou een taalkundige interpretatie van artikel 4 RO in strijd zijn met het ontbreken van het vervolgingsmonopolie destijds.[40]

Een ander artikel dat wel werd aangevoerd om de wettelijke gelding van het legaliteitsbeginsel aan te voeren was artikel 22 van het Wetboek van Strafvordering van 1838. Dit luidde: 'De officieren van justitie zijn ambtshalve belast met de nasporing en vervolging van alle misdrijven, waarvan de kennisneming behoort aan de geregtshoven en aan de arrondissements-regtbanken.'[41] Dit artikel zou de taakstelling uit de Wet RO verder uitwerken en de officier van justitie daarmee expliciet verplichten tot vervolging.[42] De meeste auteurs leggen echter ook dit artikel programmatisch uit. Het zou een verdere precisering van artikel 4 van de Wet RO aanbrengen door de officier van justitie te belasten met de vervolgingstaak. Dit artikel zou vooral bepalen dat de officier van justitie ambtshalve gerechtigd is tot vervolging en daarvoor dus niet afhankelijk is van een aangifte of een klacht.[43]

Verder bepaalde het Wetboek in artikel 27: 'De officieren van justitie zijn gehouden, om, zodra misdrijven tot hunne kennis komen, den procureur-generaal bij het provinciale geregtshof daarvan berigt te geven. Onverminderd hun verpligting tot vervolging, moeten zij de voorschriften opvolgen, die deze hun, tot het doen van onderzoek, of tot vervolging van de misdrijven, zal geven.'[44] Volgens Van Ketwich Verschuur is het opmerkelijk dat tijdens de

38 Mulder 1919, p. 31.
39 Van der Linden 1847, p. 543; Van Ketwich Verschuur 1910, p. 30-32.
40 Boot 1885, p. 7-8.
41 Bij de wijziging van het Wetboek van Strafvordering in 1886 vernummerd tot art. 23 en enigszins aangepast.
42 Van der Linden 1847, p. 544; Van Ketwich Verschuur 1910, p. 32-35.
43 De Bosch Kemper 1838-1840, dl. I, p. 178-180; Tydeman & Lipman 1842, p. 15-16; Schüller 1843, aant. op art. 22; De Pinto/De Pinto 1882, dl. I, p. 70-72; Boot 1885, p. 8; Van Valkenburg 1890, p. 53-55.
44 In 1886 vernummerd tot art. 28.

parlementaire behandeling in dat artikel de zinsnede 'onverminderd hunne verpligting tot vervolging' werd ingevoegd. Daaruit blijkt volgens hem, dat de Kamer het legaliteitsbeginsel wilde inzetten tegen de mogelijkheid dat officieren van justitie zouden afwachten met het instellen van een vervolging tot zij aanwijzingen zouden krijgen van de procureur-generaal.[45] Anderen wijzen erop dat het hier niet de bedoeling was om het legaliteitsbeginsel te codificeren, maar alleen om de officier van justitie aan te sporen zelf zijn verantwoordelijkheid te nemen.[46]

Een ander argument tegen de gelding van het opportuniteitsbeginsel in deze periode, was dat de bevoegdheid van de rechtbank om na beklag vervolging te bevelen (artikel 31 Sv 1838, artikel 33 Sv 1886) daarmee onverenigbaar zou zijn. Het uitoefenen van die bevoegdheid roept immers een vervolgingsverplichting in het leven, en daarmee zou een begin van een stelsel van legaliteit zijn geïntroduceerd.[47] Deze redenering lijkt echter niet op te gaan. De omstandigheid dat er beklag kan worden gedaan bij de rechter, wanneer de officier van justitie niet wil vervolgen, is eerder een aanwijzing voor de gelding van het opportuniteitsbeginsel. Die controlemogelijkheid onderstreept immers de primaire beleidsvrijheid van de officier van justitie.[48]

Deze beklagmogelijkheid was overigens nog onderwerp van een kleine discussie naar aanleiding van een redactioneel artikel in het Weekblad van het Recht.[49] Daarin schreef de redactie over een geruchtmakende zaak, waarin aan de officier van justitie om vervolging was verzocht. Deze weigerde tot vervolging over te gaan, waarna de Minister van Justitie werd aangezocht. De minister stelde zich vervolgens op het standpunt, dat artikel 33 Sv vereiste dat beklag moest worden ingediend bij de rechter voordat bij de minister wordt geklaagd. De redactie van het Weekblad was van mening dat de klager zich eerst moest richten tot de gehele hiërarchie van het OM, tot en met de Minister van Justitie, en pas daarna bij de rechtbank en daarna bij het Hof kon klagen. In een reactie daarop stelde Cnopius dat de zaken die door een officier van justitie geseponeerd worden zelden ernstig genoeg zijn om de Minister van Justitie daarmee te belasten. Bovendien zou de rechtbank op een andere manier een beklag beoordelen dan een procureur-generaal of een minister dat zou doen. Daarom was het volgens Cnopius onjuist dat de rechtbank onbevoegd zou zijn het ingediende beklag te beoordelen.[50] Simons diende Cnopius van repliek. De redactie van het Weekblad zou alleen kritiek hebben willen leveren op de beslissing van de minister om de klager door

45 Van Ketwich Verschuur 1910, p. 35-36; zie ook Van der Linden 1847, p. 544-545.
46 De Pinto/De Pinto 1882, dl. I, p. 73-74 (noot).
47 Van Ketwich Verschuur 1910, p. 37-38; Boot 1885, p. 92; Mom Visch 1887, p. 171-172. Anders: Greeve 1886, p. 119-120.
48 In die zin Pols 1889, p. 49 en minister Du Tour van Bellinchave, zie Smidt & Smidt 1886-1887, dl. I, p. 86.
49 Redactie *Weekblad van het recht* 1904.
50 Cnopius 1905.

te verwijzen naar de rechtbank, en niet willen bepleiten dat de rechtbank zich onbevoegd moet verklaren als niet de gehele hiërarchie doorlopen is. Volgens Simons was het beklag bij de rechtbank vooral een belangrijk correctiemiddel voordat ministers verantwoording schuldig waren aan het parlement, maar het zou zijn waarde hebben behouden, met name vanwege het vervolgingsmonopolie van het OM. Correctiemechanismen zorgen ervoor dat het OM zijn taak op de juiste manier kan uitoefenen.[51] Wat opvalt in deze discussie is dat daaruit naar voren komt dat het bestaan van zulke mechanismen in lijn wordt geacht met het opportuniteitsbeginsel, en dat uit deze beklagmogelijkheden niet een legaliteitsbeginsel wordt afgeleid.[52]

Ook minister Du Tour van Bellinchave heeft zich ten tijde van de vernieuwing, die zou leiden tot het Wetboek van Strafvordering van 1886, over het opportuniteitsbeginsel uitgelaten. Dat gebeurde ter gelegenheid van de beraadslaging over de formulering van artikel 81 (artikel 83 WvSv 1838). Dat artikel handelde over de bevoegdheden van de officier van justitie, aan te wenden op het moment dat hij voldoende aanwijzingen van een strafbaar feit zou hebben en van de persoon die van dat feit werd verdacht. Het artikel werd bij de wetswijziging in 1886 sterk aangepast, omdat het een opsomming bevatte van alle mogelijke manieren waarop de officier van justitie op de hoogte was geraakt van het feit, en van de verschillende daden van vervolging waaruit hij zou kunnen kiezen. In plaats daarvan werd gekozen voor een andere formulering: 'Zoodra de officier van justitie voldoende aanwijzing heeft gekregen van een gepleegd strafbaar feit, aan de regtsmagt der regtbank onderworpen en van den persoon, die zich daaraan schuldig heeft gemaakt en hij het verlenen van regtsingang noodig oordeelt, biedt hij de stukken met zijne daartoe strekkende vordering bij de regtbank aan.' In de oude formulering was een verplichting opgenomen voor de officier om zijn stukken aan de rechtbank aan te bieden. In het gewijzigde artikel is door de woorden 'het verlenen van regtsingang noodig oordeelt', duidelijk gemaakt dat er voor de officier van justitie een keuzemogelijkheid bestaat. De minister wilde de indruk wegnemen dat het aan de willekeur van de officier van justitie was overgelaten om een strafzaak wel of niet te vervolgen. Maar hij erkende nadrukkelijk dat, in het geval dat een zaak van te gering belang is, of als vervolging niet wenselijk is vanwege een belang van de Staat, er voor de officier van justitie een mogelijkheid moet bestaan om de zaak niet te vervolgen. Voor die mogelijkheid kon volgens de minister uit eigen beweging worden gekozen, of op last van de procureur-generaal.[53]

Daarmee lijken alle argumenten vóór het standpunt dat in het Wetboek van Strafvordering van 1838 het legaliteitsbeginsel zou zijn neergelegd ongegrond,

51 Simons 1907.
52 Simons heeft zich ook elders in die zin uitgelaten: Simons 1925, p. 26-27, 65-66.
53 Smidt & Smidt 1886-1887, p. 287.

een conclusie die de meeste auteurs trekken.[54] Volgens Pieterman valt het moment waarop er daadwerkelijk consensus wordt bereikt over de gelding van het opportuniteitsbeginsel te dateren rond 1870.[55] Daarna zou alleen De Pinto nog onbeschroomd het legaliteitsbeginsel hebben uitgedragen, aldus Pieterman. Dat standpunt van De Pinto is weliswaar terug te vinden in de (nauwelijks gewijzigde) tekst van de tweede druk van zijn handleiding bij de Wet RO, maar hij nuanceert in de voetnoten zijn stelling over het legaliteitsbeginsel sterk.[56] Het laatste serieuze pleidooi voor het legaliteitsbeginsel is in 1865 te vinden in het proefschrift van B. de Bosch Kemper. Hij verdedigt het legaliteitsbeginsel door te wijzen op de gelijke toepassing van de strafwet die daarmee wordt verkregen en de mogelijke territoriale verschillen die het opportuniteitsbeginsel kan veroorzaken. Het algemeen belang dat met de handhaving van materieelrechtelijke normen gediend is zou volgens hem niet moeten worden vastgesteld door het OM of de regering, maar zou al zijn vastgelegd in de wet zelf.[57] In de reacties daarop wordt het opportuniteitsbeginsel verdedigd,[58] waarmee volgens Pieterman een periode aanbreekt waarin het opportuniteitsbeginsel algemeen wordt aanvaard.[59]

Enkele auteurs gebruiken theoretische argumenten voor hun standpunt dat het opportuniteitsbeginsel geen geldend recht zou zijn vóór de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering in 1926. Volgens Moons lag een rationalistische natuurrechtgedachte ten grondslag aan het Wetboek van 1838, waaruit logischerwijs het legaliteitsbeginsel zou voortvloeien. Het wetspositivisme van de negentiende eeuw zou eisen dat de wet strikt zou worden toegepast.[60] 't Hart is ook erg stellig over het wijdverbreide legisme in het negentiende-eeuwse Nederland, en over de starre strafrechtelijke handhaving die dat opleverde.[61] Het legaliteitsbeginsel zou daarvan één van de exponenten zijn. Corstens stelt echter dat het legaliteitsbeginsel al geruime tijd vóór het Wetboek van 1926 op losse schroeven kwam te staan, omdat absolute vergeldingstheorieën werden verlaten. Omdat generale en speciale preventie als strafdoelen in belang toenamen met de opkomst van de moderne richting, werd het noodzakelijk om vervolging in concrete gevallen achterwege te kunnen laten wanneer die preventie daardoor in gevaar zou komen.[62] Deze posities worden echter ingenomen door auteurs die na geruime tijd terugblik-

54 Onder andere Schüller 1843, aant. op art. 2; Noyon 1926, p. 12-13. Zie bijvoorbeeld ook Groenhuijsen 2002, p. 437.
55 Pieterman 1990, p. 191-197.
56 Pieterman 1990, p. 192; vergelijk De Pinto 1844, p. 68-70 met De Pinto/De Pinto 1880, p. 70-73.
57 De Bosch Kemper 1865, p. 36. Daarover ook De Bosch Kemper 1847, p. 13-14.
58 Redactie Themis 1865; Van Bemmelen 1868.
59 Pieterman 1990, p. 191-192.
60 Moons 1969, p. 485.
61 't Hart 1976, p. 11-12; 't Hart 1994a, p. 158, 235-245.
62 Corstens 1983, p. 9; zie ook Buruma 1999, p. 33.

ken op de negentiende-eeuwse wetgeving. Het kan daarom geen kwaad om wat verder te kijken naar de manier waarop in de praktijk van de strafrechtelijke handhaving tegen het opportuniteitsbeginsel werd aangekeken.

2.4.2 De toepassing van het opportuniteitsbeginsel voor 1926

Over de praktijk zijn de meningen veel minder verdeeld dan over de vraag welk uitgangspunt in de negentiende-eeuwse wetgeving was neergelegd.[63] In de praktijk werd altijd uitgegaan van een stelsel van opportuniteit, dat was al het geval onder de *Code d'instruction criminelle*.[64] Die praktijk werd bovendien wenselijk geacht, wat zelfs werd bevestigd door auteurs die van mening zijn dat het Wetboek van Strafvordering van 1838 van het legaliteitsbeginsel uitging.[65] Door het ontbreken van een OM vóór 1811 was er echter geen sprake van erg eenduidige wetstoepassing of -handhaving.[66] Ook na de invoering daarvan kwam een centralisatie van het beleid maar moeizaam op gang.

Na de inwerkingtreding van het Wetboek van Strafvordering van 1838 werd in ministeriële circulaires soms de mogelijkheid van niet-vervolging ontkend, en soms werd juist verplicht om in bepaalde gevallen van vervolging af te zien.[67] Minister Modderman stelde tijdens de behandeling van het nieuwe Wetboek van Strafrecht: 'Het Openbaar Ministerie is overeenkomstig zijn werkkring hier te lande nooit onvoorwaardelijk *verplicht*, maar steeds *bevoegd* te vervolgen'.[68] Bij de wijziging van het wetboek in 1886 bleek geen verandering van inzicht ten opzichte van de gelding van het opportuniteitsbeginsel.[69] Al in het eerste commentaar op het wetboek gaat De Bosch Kemper er ondubbelzinnig vanuit dat het geldend recht is, dat de officier van justitie mag afzien van een kansrijke vervolging. Dit laat hij zien waar hij schrijft over de uitoefening van het recht tot strafvordering door het OM: 'Waar de algemene belangen der maatschappij eene strafvordering noodig doen zijn, is hij hiertoe verpligt, even als dat hij verpligt is het instellen der strafvordering achterwege te laten, wanneer daaruit nadeel voor de algemeene belangen te vrezen is. De beslissing, of de toepassing der strafwet uit dit oogpunt nuttig zij, is een regt van het openbaar ministerie.'[70]

In deze periode wordt het opportuniteitsbeginsel een aantal voordelen toegedicht boven het legaliteitsbeginsel. Aan de hand van een voorbeeld over

63 Corstens 1974, P. 12-13.
64 Boot 1885, p. 1, 6, 9-10; Simons 1925, p. 25-26, 65; Moons 1969, p. 485; Groenhuijsen 2002, p. 437.
65 Van Ketwich Verschuur 1910, p. 28.
66 Moorman van Kappen 2006, p. 218; Mostert 1968, p. 258.
67 Zie voor een aantal van deze circulaires Boot 1885, p. 10-11.
68 Smidt 1881-1886, dl. III, p. 2.
69 De Pinto 1886-1888, p. 190.
70 De Bosch Kemper 1838-1840, dl. I, p. 42.

een uit de hand gelopen burenruzie, waarbij het slachtoffer spijt heeft van zijn aangifte en die wil intrekken, noemt De Bosch Kemper twee voordelen die toepassing van het opportuniteitsbeginsel heeft boven toepassing van het legaliteitsbeginsel: 'In soortgelijke gevallen wordt, door eene vermaning aan den aangeklaagde, en somtijds ook aan de klager, door het openbaar ministerie de vrede meer bewaard en de eerbied voor de regterlijke macht meer gehandhaafd, dan indien men door voortzetting van het rechtsgeding den uitgedoofden twist op nieuws aanwakkert, of de burgers over de onnatuurlijke noodzakelijkheid eener onbepaalde verpligting tot strafvordering doet klagen.'[71]

De Bosch Kemper wijst op twee kwalijke effecten van het legaliteitsbeginsel, die het opportuniteitsbeginsel kan opheffen. Als het OM gerechtigd is in concrete gevallen strafvervolging achterwege te laten, wordt de maatschappelijke vrede beter bewaard. Daarnaast komt het ook de eerbied voor de rechterlijke macht ten goede als niet alle onbetekenende zaken voor de rechter gebracht hoeven te worden. In plaats van strafvervolging zou bijvoorbeeld met een waarschuwing kunnen worden volstaan.

Het belangrijkste voordeel van de mogelijkheid een vervolging achterwege te laten is het adequaat kunnen reageren op een bepaald strafbaar feit. Als het maatschappelijk belang meer gediend is door vervolging achterwege te laten dan door deze in te stellen, is het beter dat de officier van justitie besluit om te seponeren, omdat hij immers in dienst van het algemeen belang zijn beslissing neemt.[72] Hierbij kan men onder andere denken aan de zogenaamde bagateldelicten, waarvoor De Bosch Kemper verwijst naar het adagium *de minima non curat praetor*.[73] Uit deze standpunten van De Bosch Kemper kan worden opgemaakt dat hij in de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel veel verder gaat dan zijn tijdgenoten, zelfs zover dat zijn opvatting neerkomt op een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.[74]

Anderen sluiten zich bij deze redeneringen aan: ook volgens Blok moeten de nietigste misdrijven, bij vervolging waarvan de staat geen belang heeft, niet voor de rechter worden gebracht.[75] De grote veelvormigheid van strafbare feiten vereist volgens Van Hamel dat er de mogelijkheid moet bestaan tot beperking in de vervolging van strafbare feiten. Het OM zou een juiste begrenzing moeten kunnen aanbrengen in de handhaving van de strafwet.[76] Bovendien verdient het niet vervolgen op grond van het opportuniteitsbeginsel voorkeur boven het introduceren van klachtvereisten voor allerlei strafbare feiten. Dat laatste zou namelijk weer het bijzonder belang van de benadeelde partij vooropstellen, terwijl het algemeen belang leidend zou moeten zijn.[77]

---

71 De Bosch Kemper 1838-1840, dl. I, p. 43.
72 De Bosch Kemper 1838-1840, p. 172-173; Boot 1885, p. 13-14.
73 De Bosch Kemper 1847, p. 29-30.
74 Corstens 1974, p. 13.
75 Blok 1908, p. 14.
76 Van Hamel 1880, p. 42-44.
77 Feith 1867, p. 579.

Dit klinkt ook door in de overwegingen van Van Maanen: 'Maar met de meeste omzichtigheid moeten de ambtenaren van het O.M. te werk gaan, alvorens iemand in regten te betrekken; hun onbeperkt regt van vervolging en beschuldiging moet hen aansporen, niet dan op deugdelijke gronden daartoe over te gaan; hun doel moet zijn het *misdrijf* te vervolgen, een vijand te zijn van de misdaad, een beschermer van den misdadiger tegen willekeur en kwelzucht.'[78]

Daarnaast wordt ook opgeworpen dat de verscheidenheid van het maatschappelijk leven een absolute toepassing van de strafwet niet toelaat. De werkelijkheid is immers zo gevarieerd dat niet voor elke situatie vooraf wettelijk kan worden vastgelegd of strafrechtelijke reactie gewenst is, en zo ja, op welke manier er gereageerd zou moeten worden.[79] Een voorbeeld daarvan betreft het gedogen van de verboden export van kievitseieren in 1918, hetgeen door de Minister van Justitie naar aanleiding van een Kamervraag werd bevorderd.[80]

Willekeur in de rechtshandhaving is bij toepassing van het opportuniteitsbeginsel eerder denkbaar dan wanneer uitgegaan wordt van het legaliteitsbeginsel, zoals Van der Linden naar voren brengt in een betoog waarin hij de schaduwzijden van het opportuniteitsbeginsel belicht.[81] Dit gevaar werd echter niet ernstig genoeg geacht om een stelsel van legaliteit te prefereren, omdat een stelsel van controle op de vervolgingsbeslissing door de hiërarchische organisatie van het OM en de aanwijzingsbevoegdheid van de minister, een voldoende waarborg zou zijn om willekeur tegen te gaan.[82] Aan de andere kant werden waarborgen tegen onbillijke toepassing van de strafwet, voortvloeiend uit het legaliteitsbeginsel, geacht onvoldoende soelaas te bieden. Zo kan het gratierecht, dat wel wordt genoemd als rechtvaardiging voor het legaliteitsbeginsel, moeilijk als een waarborg worden gezien tegen strafrechtelijk ingrijpen dat niet opportuun is.[83]

Het probleem dat door niet-vervolging het rechtsgevoel onbevredigd zou blijven wordt door Mulder met een theologisch argument opgelost: over alles wat rechters ongestraft moeten laten wegens 'het gebrekkige der aardsche rechtsbedeeling' zal uiteindelijk een goddelijk vonnis worden uitgesproken.[84] In dat laatste oordeel zou volgens Van Binsbergen geen sprake kunnen zijn van toepassing van het opportuniteitsbeginsel, maar zou het legaliteitsbeginsel

78 Van Maanen 1860, p. 19.
79 De Bosch Kemper 1847, p. 30; Boot 1885, p. 16-17.
80 *Aanhangsel Handelingen II* 1917/18, nr. 152; daarover Brouwer 2010, p. 207.
81 Van der Linden 1847, p. 556-563, die tegenover het *de minimis non curat praetor* de vraag van Cicero stelt: quis ignorat maximam illecebram esse peccandi impunitatis spem (Wie weet niet dat de grootste aansporing tot overtreding de hoop voor straffeloosheid is?). Zie daarover ook De Bosch Kemper 1847, p. 13-14.
82 Boot 1885, p. 20-21; Mom Visch 1887, p. 170-171.
83 Boot 1885, p. 18-19; Van Valkenburg 1890, p. 56.
84 Mulder 1919, p. 87-88; zie ook Van Binsbergen 1986, p. 185.

op onverkorte wijze worden toegepast, waarbij de hele mensheid terechtstaat.[85] Ook volgens Van Hamel vormt voor de wereldlijke overheid het opportuniteitsbeginsel als zelfbeperking een essentiële deugd van de straffende gerechtigheid.[86] Verder blijkt uit Domela Nieuwenhuis' reactie op Gewins *Beginselen van strafrecht* dat theologisch geïnspireerde redeneringen voor het legaliteitsbeginsel wel mogelijk waren, maar niet altijd overtuigend werden gevonden.[87] Domela Nieuwenhuis liet zich erg kritisch uit over Gewins opvatting dat de wet met 'ijzeren consequentie onafhankelijk van de gevolgen toepassing moet erlangen'. Hij stelde zich voor dat, als Gewin een boek over strafprocesrecht had geschreven en niet over materieel strafrecht, hij het opportuniteitsbeginsel zou hebben voorgesteld als plichtverzaking van het staatsgezag en gepleit zou hebben voor invoering van het legaliteitsbeginsel ter vervanging van de, op dat moment volgens Domela Nieuwenhuis bestaande, facultatieve strafvervolging. Die vervanging zou volgens hem misschien wel aantrekkelijk zijn in het licht van 'de verflauwing van godsdienstzin en de verslapping van zeden', maar niet overeenkomen met de geest van Christus en het Christendom. Overigens komt uit die reactie van Domela Nieuwenhuis niet alleen een inhoudelijk argument vóór het opportuniteitsbeginsel naar voren, maar geeft ze ook blijk van de overtuiging dat dit uitgangspunt geldend recht is in deze periode. Hoewel dus verschillende argumenten, zowel voor als tegen het opportuniteitsbeginsel, worden aangedragen in dergelijke theologisch gefundeerde redeneringen, blijkt dat het opportuniteitsbeginsel in de meeste gevallen wordt onderschreven.

2.4.3 Overige argumenten voor het opportuniteitsbeginsel

In zijn proefschrift onderbouwt Boot de keuze voor het opportuniteitsbeginsel met vijf argumenten die ook in latere discussies terugkomen.[88] Het eerste argument is dat alle rechten die aan de staat toekomen, in het algemeen belang aan de staat zijn toebedeeld. Daarom moet de uitoefening van overheidsmacht ook de behartiging van het algemeen belang tot doel hebben. Wanneer overheidsingrijpen door strafvervolging het algemeen belang meer kwaad doet dan goed, of het zelfs regelrecht bedreigt, moet het achterwege blijven. Het tweede argument hangt hiermee direct samen. Het doel waarmee het OM werd ingesteld was om het algemeen belang, als reden voor het instellen van strafvervolging, in de plaats te stellen van de particuliere wraakzucht. Als dus uit persoonlijke hartstocht of wraakzucht een onbeduidende klacht wordt ingediend, zonder dat er een algemeen belang is bij strafvervolging, brengt de

85 Van Binsbergen 1986, p. 185.
86 Van Hamel 1880, p. 42.
87 Domela Nieuwenhuis 1908, p. 164.
88 Boot 1885, p. 13-17. Zie ook Corstens 1974, p. 14 en Simmelink 2004, p. 192-193.

roeping van het OM mee dat er niet vervolgd wordt. Daarmee is het slachtoffer nog niet uit het zicht verdwenen, want, en dat is het derde argument, de staat zou niet verplicht moeten zijn om gebruik te maken van zijn vervolgingsrecht als de schending van de rechtsorde gering is en strafvervolging nadelig is voor de belangen van het slachtoffer. In plaats daarvan zou het algemeen belang moeten worden afgewogen tegen de particuliere belangen die bij een mogelijk strafproces betrokken zijn. Het vierde argument wijst op de gevallen waarin de wetgever het recht tot strafvervolging in alle gevallen afhankelijk heeft willen maken van particuliere belangen door een klachtvereiste op te nemen. Nu zijn er maar weinig klachtdelicten, maar als het zo is dat bij die delicten het particuliere belang altijd strafvervolging kan tegenhouden, zouden die belangen dan niet ook mogen meewegen bij de vele niet-klachtdelicten? Het OM zou daarom ook in die gevallen waarin geen klacht vereist is moeten kunnen beslissen om niet te vervolgen. Het vijfde en laatste argument beroept zich op de algemeenheid van de wet, die zo ruim is dat de grote hoeveelheid feiten die onder het bereik van de strafwet vallen onmogelijk allemaal vervolgd kunnen worden. Bovendien zou men in veel gevallen ook nog van slechte redactie van de wet kunnen spreken. Dit argument wint volgens Boot nog aan kracht doordat Nederland geen juryrechtspraak kent, waardoor de matigende invloed die van de jury uit kan gaan ontbreekt, en de rechter zich soms gedwongen ziet een te strenge wetsbepaling toe te passen. Dit zijn volgens Boot doorslaggevende argumenten om het opportuniteitsbeginsel te verkiezen boven het legaliteitsbeginsel. Uit deze argumenten komt volgens Corstens naar voren dat het opportuniteitsbeginsel in verband wordt gebracht met het evenwicht van de staatsmachten en met name met de verhouding tussen de wetgever en het OM. Opvallend is verder dat er niet wordt gerefereerd aan theorieën over de rechtvaardiging en het doel van straffen.[89]

Geconstateerd kan worden dat in de discussie over legaliteit en opportuniteit die in de negentiende eeuw en het begin van de twintigste eeuw werd gevoerd er niet alleen algemeen van uitgegaan werd dat het opportuniteitsbeginsel in de praktijk werd toegepast, maar ook dat die praktijk wenselijk werd geacht.[90] Over de vraag of die praktijk door het Wetboek van Strafvordering werd gelegitimeerd bestond geen overeenstemming, hoewel er goede redenen zijn om aan te nemen van wel. De officier van justitie had altijd al een zekere mate van vrijheid bij de vervolgingsbeslissing, en die vrijheid werd in de loop van de negentiende eeuw nog vergroot. Doordat de nadruk op vergelding verminderde, en de Moderne richting opkwam, kwam er meer aandacht voor de invloed die strafoplegging en vervolging op het leven van de verdachte en de veroordeelde hebben, waardoor opvattingen over het opportuniteitsbeginsel veranderden.[91] Het OM is zich meer gaan realiseren

89 Corstens 1974, p. 14.
90 Mulder 1919, p. 82; Corstens 1974, p. 15-16.
91 Corstens 1974, p. 15-16.

dat het instellen van strafvervolging voorzichtig moet gebeuren en voorafgegaan moet worden door een zorgvuldige belangenafweging.[92] Desondanks bleef men het achterwege laten van strafvervolging beschouwen als een uitzondering op de regel, een uitgangspunt dat we tegenwoordig zouden aanduiden als de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Dit toont aan dat het legaliteitsbeginsel een duidelijke matigende invloed had op het opportuniteitsbeginsel. Deze matigende invloed was eerst voornamelijk afkomstig uit Franse hoek, later was deze gebaseerd op het Duitse wantrouwen jegens de rol van het OM als deel van de uitvoerende overheid. Die Duitse invloed is het onderwerp van de volgende paragraaf.

2.5 De opkomst van het legaliteitsbeginsel in Duitsland

In de Duitse staten was het strafprocesrecht in de eerste helft van de negentiende eeuw nog voor een belangrijk deel afgeleid van de Franse *Code d'instruction criminelle*. Halverwege de negentiende eeuw gingen veel Duitse staten ertoe over om naar Frans voorbeeld een OM in te richten, en werd vrij algemeen geaccepteerd dat het in de Franse Code besloten liggende opportuniteitsbeginsel gold. Toen echter in 1877 overgegaan werd tot invoering van een nieuw Wetboek van Strafvordering werd daarin een plicht opgenomen voor de Staatsanwaltschaft om alle bewijsbare strafbare feiten te vervolgen. De redenen hiervoor waren anders dan de redenen die in Frankrijk tot de aanvaarding van het legaliteitsbeginsel leidden. Was daar vooral de absolute gelding van de strafwet het uitgangspunt, in Duitsland was dat het gebrek aan vertrouwen in de staat en de politieke leiding. Alle mogelijkheden voor een politieke beïnvloeding van het vervolgingsbeleid moesten worden uitgebannen, en daarvoor leek het middel van een wettelijke vervolgingsverplichting geschikt.[93]

De verplichting om alle strafbare feiten die de Staatsanwaltschaft ter kennis komen te vervolgen is tegenwoordig opgenomen in § 152 Abs. 2 StPO. Op dit legaliteitsbeginsel worden echter belangrijke uitzonderingen gemaakt. Onder meer wanneer de schuld van de verdachte gering is, en het algemeen belang niet anders eist, kan van vervolging worden afgezien. Onder bepaalde voorwaarden is dit alleen met toestemming van de rechter mogelijk (§ 153 StPO). Ook als de verdachte kan rekenen op een rechterlijk pardon, kan met toestemming van de rechter worden geseponeerd (§ 153b StPO). Verder zijn er uitzonderingen die betrekking hebben op in het buitensland gepleegde delicten, en op delicten die in verhouding tot andere door de verdachte gepleegde delicten weinig betekenen. In veel gevallen kunnen aan het niet vervolgen voorwaarden worden verbonden (§ 153a StPO), zodat alternatieve afdoeningmogelijkheden

92 Blok 1908, p. 15; Buruma 1999, p. 33.
93 Tak 1973b, p. 1-22.

binnen bereik komen. In bijzondere delen van het strafrecht, zoals het jeugdstrafrecht, het bestuursstrafrecht en het belastingstrafrecht bestaan ruimere mogelijkheden om te seponeren, zonder dat daarvoor rechterlijke toestemming is vereist. Die toestemming is overigens in het commune strafrecht een formaliteit. In het bijzondere strafrecht is vaak expliciet gekozen voor het opportuniteitsbeginsel (bijvoorbeeld in § 47 OWiG).

Er kan dus zeker niet gesproken worden van een onverkorte gelding van het legaliteitsbeginsel. Sterker nog, één van de uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel houdt in dat er geen vervolgingsverplichting bestaat wanneer de schuld van de verdachte gering is en het algemeen belang vervolging niet eist. Dat in deze uitzondering het algemeen belang als voorwaarde is opgenomen, laat zien dat hier een aspect van het opportuniteitsbeginsel naar voren treedt. Het algemeen belang fungeert hier als uitzonderingsgrondslag. Daarmee heeft dit Duitse stelsel veel weg van een stelsel waarin een negatief geïnterpreteerd opportuniteitsbeginsel als uitgangspunt wordt genomen. Daarin wordt immers ook de regel gehuldigd dat vervolging plaats moet vinden, met als de mogelijkheid om daarvan op grond van het algemeen belang af te wijken. Het verschil tussen deze twee stelsels ligt in de aan- of afwezigheid van een wettelijke verplichting tot vervolging.

Nederland en Duitsland hebben op dit gebied een verschillende keuze gemaakt, en de belangrijkste reden is een verschil in de mate van vertrouwen dat de uitvoerende macht het strafrecht niet voor politiek gewin zal inzetten. De keuze voor het opportuniteitsbeginsel en de ontwikkeling daarvan in Nederland geven blijk van een groot maatschappelijk vertrouwen, dat het OM in staat is om vast te stellen welk optreden in het algemeen en in concrete gevallen vereist is voor een adequate strafrechtelijke rechtshandhaving. Het open stelsel, zonder wettelijk vastgelegde voorwaarden voor beslissingen rondom opsporing en vervolging, vereist wel democratische legitimatie, die verkregen wordt door de aanwijzingsbevoegdheid van de minister en de daaraan verbonden parlementaire verantwoordelijkheid. Dat die structuur bij de vaststelling van het Duitse Wetboek als niet gewenst werd beschouwd, noopte ertoe om de democratische legitimatie te verzekeren via een wettelijke vervolgingsverplichting, met in de wet opgenomen uitzonderingsgronden.

Typisch is dat in Nederland het opportuniteitsbeginsel als onverbrekelijk samenhangend met het vervolgingsmonopolie werd gezien, waarbij een stelsel van controlemechanismen voor de nodige waarborgen moest zorgen,[94] terwijl in Duitsland juist vanwege het bestaan van een vervolgingsmonopolie gekozen is voor het legaliteitsbeginsel en niet werd vertrouwd op de gecontroleerde beleidsvrijheid bij strafvorderlijke autoriteiten.[95] Uiteindelijk is dit veroorzaakt doordat in de Nederlandse traditie de combinatie van vervolgingsmonopolie en opportuniteitsbeginsel als voorwaarde werd gezien om in concrete gevallen

94 Corstens/Borgers 2011, p. 35-36.
95 Tak & Fiselier 2002, p. 87.

tot een wenselijke inzet van het strafrecht te komen,[96] terwijl in Duitsland de gevolgen van concrete beslissingsvrijheid juist als bedreiging voor de uniformiteit van de rechtshandhaving werd beschouwd.[97] Beide gezichtspunten voorzien niet de latere beleidsmatige invulling van de verleende beslissingsvrijheid, waardoor immers rechtszekerheid en rechtsgelijkheid geboden worden door gecentraliseerde beleidsvorming. In de Nederlandse discussie stond slechts de oplossing in concrete gevallen centraal, terwijl in Duitsland het gevaar van rechtsongelijkheid meer in het oog werd gehouden. Waar in Duitsland op het gevaar van willekeurige toepassing van beleidsvrijheid werd gereageerd door het legaliteitsbeginsel in te voeren, bleef in Nederland het opportuniteitsbeginsel gehandhaafd. Uiteindelijk bleken de in de rechtspraak ontwikkelde beginselen van een goede procesorde hetzelfde probleem van de mogelijkheid van willekeurige rechtstoepassing te kunnen ondervangen.[98]

De Duitse keuze voor een legaliteitsbeginsel die in de negentiende eeuw gemaakt werd, heeft in de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering van 1926 een kleine, maar betekenisvolle rol gespeeld. Daarom is het goed om de achtergrond van de Duitse regeling in beeld te hebben voordat wordt overgegaan tot de bespreking van de Nederlandse codificatiegeschiedenis. Het nieuwe Wetboek was niet zoals in Duitsland noodzakelijk vanwege het oprichten van een federale staatsstructuur, maar vanwege de overtuiging dat het Wetboek van Strafvordering van 1886 nog te veel was toegesneden op de al in 1886 afgeschafte *Code Pénal* en daarnaast nog steeds de geest van de *Code d'instruction criminelle* ademde.

2.6 De codificatie van het opportuniteitsbeginsel

2.6.1 Het Ontwerp-Ort

In het door Ort opgestelde ontwerp voor een nieuw Wetboek van Strafvordering bleef, in artikel 210-217, de oude rechtsingangprocedure bestaan, terwijl ook de mogelijkheid bestond rechtstreeks te dagvaarden (artikel 310).[99] Diverse bepalingen lijken de officier van justitie weinig beslissingsruimte te geven. De officier van justitie wordt in artikel 7 'belast met de vervolging van alle strafbare feiten waarvan de kennisneming (...) behoort aan de arrondissementsrechtbanken'. Een soortgelijke bepaling is er voor de ambtenaren bij de kantongerechten. De legaliteitsgedachte klinkt ook door in artikel 39 lid 1: 'Wanneer de officier van justitie kennis heeft bekomen van een strafbaar feit, met welks vervolging hij is belast, doch geen voldoende gronden vindt tot het vorderen

96 Simmelink 2004, p. 198-199.
97 Tak & Fiselier 2002, p. 87.
98 Tak & Fiselier 2002, p. 87.
99 Te vinden in Lindenberg 2002.

van rechtsingang of tot dagvaarding, wint hij naar omstandigheden zelf de narichten in, die de zaak tot meer klaarheid kunnen brengen of stelt hij daartoe de stukken in handen van den rechter-commissaris, met zoodanige vordering als hij geraden acht.' Wanneer de officier vervolgens meer duidelijkheid heeft verkregen omtrent de persoon van de verdachte en de toedracht van het feit, kan hij rechtsingang vorderen: 'Zoodra de officier van justitie voldoende aanwijzing heeft verkregen van een gepleegd strafbaar feit, waarvan de kennisneming aan de rechtbank behoort en van den persoon die zich daaraan schuldig heeft gemaakt en *hij het verleenen van rechtsingang noodig oordeelt,* biedt hij de stukken met zijne daartoe strekkende vordering aan de rechtbank aan' (artikel 210 lid 1, cursivering WG). Uit de tekst van de bepaling is niet direct helder of hiermee het opportuniteitsbeginsel in het ontwerp is neergelegd, of dat geduid wordt op de keuze die de officier van justitie maakt voor rechtsingang in plaats van rechtstreekse dagvaarding. Ook lijkt de officier weinig keus te hebben als er naar aanleiding van bijzondere onderzoekshandelingen processen-verbaal zijn opgemaakt of akten, stukken en andere voorwerpen bij hem beland zijn. Dan is hij verplicht deze door te sturen naar de rechter-commissaris, met dien verstande echter dat hij daarbij de vorderingen doet die hij nodig acht (artikel 106). Na afloop van het voorlopig onderzoek door de rechter-commissaris is er een ruimere bevoegdheid voor de officier. Dan kan hij besluiten de zaak niet verder te vervolgen (artikel 207).

Uit de toelichting bij het ontwerp komt een ruimhartiger houding ten opzichte van de beslissingsvrijheid van de officier van justitie naar voren: '(...) hij bepaalt òf en op welke wijze de opsporende ambtenaren het onderzoek zullen aanvangen of voortzetten; hij beslist, behoudens het toezicht en de bevelen van den procureur-generaal en behoudens de bevoegdheid van den rechter om vervolging te gelasten, of aan het opgespoorde feit gevolg zal worden gegeven en beoordeelt in het laatste geval of de zaak vatbaar is om reeds aanstonds aan de kennisneming van den rechter te worden onderworpen, dan wel of zij vooraf tot meer klaarheid dient te worden gebracht, in welk geval hij, hetzij zelf of door de onder zijne bevelen geplaatste hulp-officieren, de noodige berichten kan inwinnen, hetzij de stukken kan stellen in handen van den rechter-commissaris met de vorderingen die hij voor het instellen van een ander onderzoek noodig acht.'[100]

Uit die toelichting klinkt, duidelijker dan uit de wetsartikelen van het ontwerp, door dat het opportuniteitsbeginsel gehuldigd wordt. Niet alleen wordt aan de officier van justitie de ruimte gelaten geen vervolging in te stellen, ook wordt hem de beslissing gelaten over het al dan niet opsporen van strafbare feiten. Bij fiscale delicten wordt de officier van justitie echter geheel buitenspel gezet. Ten aanzien van de vervolgingsbevoegdheid van de belastingen schrijft Ort in toelichting op artikel 310 dat die niet aan de ambte-

100 Toelichting bij het ontwerp-Ort, p. 42.

naren van het OM zijn opgedragen, maar aan de Rijksadvocaat, zodat de vervolgingen naar het inzicht van de minister van Financiën moeten worden ingesteld: 'Waar naar zijn inzicht het aangaan van eene transactie of het niet-instellen eener vervolging in het belang van 's Rijks schatkist is te achten, moet alleen dit inzicht de richtsnoer voor handelen zijn.'[101] Die uitzondering zou niet nodig zijn geweest wanneer de officier van justitie niet de mogelijkheid had om ingezonden processen-verbaal terzijde te leggen. Dat deze beslissingsvrijheid niet doorklinkt in de artikelen van het ontwerp wordt waarschijnlijk veroorzaakt doordat opzet en formulering van het ontwerp weinig afwijken van het Wetboek van Strafvordering van 1886.

2.6.2 Het Ontwerp van de Staatscommissie

Volgens de Staatscommissie voor de herziening van het Wetboek van Strafvordering was het wenselijk dat het wetboek expliciet ofwel het opportuniteitsbeginsel ofwel het legaliteitsbeginsel zou huldigen. De Staatscommissie stond positief tegenover de grote vrijheid van het OM, in vergelijking met soortgelijke organen in het buitenland. De rechtsingangprocedure zou dan ook moeten worden afgeschaft, en de verantwoordelijkheid voor de vervolgingsbeslissing bij het OM worden gelegd. Als overblijfsel van de rechtsingangprocedure werd de mogelijkheid geschapen om een bezwaarschrift tegen de dagvaarding of de kennisgeving van niet-verdere vervolging in te dienen.[102] Volgens de commissie kon het OM zijn taak met vertrouwen worden toegekend. Ontevredenheid in het verleden over zaken waarin niet vervolgd werd zou zich volgens de commissie vooral hebben voorgedaan wanneer bewijskwesties strafvervolging onhaalbaar maakten. Besloten werd om het rechterlijk bevel tot vervolging alleen op beklag van een belanghebbende mogelijk te maken, nadat deze bij de gehele OM-hiërarchie geen gehoor zou hebben gekregen. Het opportuniteitsbeginsel zou in artikel 2 Sv moeten worden ondergebracht.[103]

Als uitdrukking van de grondslag van het opportuniteitsoordeel wordt de term 'openbaar belang' gekozen, omdat die term eerder de betekenis heeft van 'staatsbelang', terwijl 'algemeen belang' te veel zou duiden op een bundeling van bijzondere belangen; de term 'maatschappelijk belang' werd ook mogelijk geacht. Als aanhef van artikel 2 werd voorgesteld: 'Het recht tot strafvordering wordt uitgeoefend zoo het openbaar belang zulks vordert'. Het was uitdrukkelijk niet de bedoeling dat het OM niet-ontvankelijk zou worden verklaard wanneer het openbaar belang de strafvervolging niet vorderde. De gekozen redactie, waar overigens een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in zou kunnen worden gelezen, leidde echter tot bedenkingen.

---

101 Toelichting bij het ontwerp-Ort, p. 183-184.
102 Van Bemmelen 1957, p. 264-265; Van der Neut & Simmelink 1983, p. 144.
103 Notulen staatscommissie, 2e vergadering, p. 7-15.

Er zouden namelijk bezwaren kunnen rijzen bij aanhangers van de absolute vergeldingstheorie. Het merendeel van de commissieleden zag liever dat de bevoegdheid tot niet-vervolgen als uitzondering werd opgenomen, omdat dat beter bij de praktijk zou aansluiten. Bovendien, zo wordt door het commissielid Ledeboer aangevoerd, waarbij hij Mittermaier[104] citeert, zou het opportuniteitsbeginsel slechts moeten strekken om aan het legaliteitsbeginsel zijn scherpte te ontnemen. De voorzitter van de staatscommissie is deze mening niet toegedaan, hij 'zou het juist goed vinden, dat aan het openbaar Ministerie door eene uitdrukkelijke bepaling wordt opgelegd zich bij elke zaak af te vragen, of een strafvervolging – toch altijd voor den betrokkene een ernstige zaak – door het openbaar belang wordt gevorderd.' Na enig debat komt men tot de volgende tekst: 'De vervolging kan achterwege blijven, indien zij door het openbaar belang niet wordt gevorderd.'[105] In die termen valt al te ontdekken wat later zou worden aangeduid als de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.[106]

Van Hamel, die afwezig was bij dit debat, plaatst in de volgende vergadering een kanttekening bij de gekozen redactie. Hij ziet de tekst liever gewijzigd in: 'De vervolging blijft achterwege, indien zij door het openbaar belang niet wordt gevorderd.' Die formulering, die tegenwoordig als een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel zou worden aangeduid,[107] riep weer het bezwaar op dat het OM dan bij elke zaak moet beslissen of vervolging geboden is. Ook zou het OM de wet schenden, als het vervolgt bij het ontbreken van openbaar belang. Van Hamel stelt daarop een gewijzigde redactie voor: 'De vervolging kan achterwege blijven op gronden aan het algemeen belang ontleend.' Deze redactie, waaruit weer een negatieve interpretatie kan worden afgeleid,[108] wordt ondanks enkele bedenkingen aanvaard.[109] Vervolgens wordt het opportuniteitsbeginsel in twee artikelen geplaatst, zowel na de bepalingen over het opsporingsonderzoek als na die over het gerechtelijk vooronderzoek, omdat niet alleen in het geheel van vervolging kan worden afgezien, maar ook van verdere vervolging nadat het gerechtelijk vooronderzoek is gesloten.[110] Als waarborgen tegen ongerechtvaardigde toepassing van het opportuniteitsbeginsel worden steeds het ambtelijk toezicht binnen het OM en het rechterlijk toezicht na beklag genoemd.[111] Daarbij speelde ook een rol dat het opportuniteitsbeginsel in belang had gewonnen, doordat het OM alternatieve vormen van afdoening zoals het voorwaardelijk sepot was gaan gebruiken. Wanneer het instellen van strafvervolging niet opportuun

104 Als eerste deel opgenomen in Mittermaier, Schmidt-Ernsthausen & Thiersch 1906.
105 Notulen staatscommissie, 3e vergadering, p. 2-6.
106 Corstens 1974, p. 16.
107 Corstens 1974, p. 17.
108 Corstens 1974, p. 17.
109 Notulen staatscommissie, 4e vergadering, p. 2-4.
110 Notulen staatscommissie, 31ste vergadering, p. 2-3.
111 Notulen staatscommissie, 34ste vergadering, p. 6-9.

is, hoeft dus niet per se onvoorwaardelijk sepot te volgen, maar kan een andere, meer adequate reactie worden geboden.[112]

Uiteindelijk wordt in het ontwerp van de staatscommissie artikel 170 als volgt geredigeerd: 'Indien naar aanleiding van het ingestelde opsporingsonderzoek vervolging moet plaats hebben, gaat het openbaar ministerie ten spoedigste daartoe over. Van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend.'. Artikel 245 wordt gelijkluidend opgesteld voor het geval er op grond van het algemeen belang na het gerechtelijk vooronderzoek geen verdere vervolging moet plaatsvinden. In de toelichting op het ontwerp wordt bij artikel 170 opgemerkt:

> 'Niet zonder groote zorg werd de redactie van het besproken beginsel opgesteld. Door de gekozen formuleering komt duidelijk uit, dat op den voorgrond blijft staan de gedachte dat als algemeene regel vervolging van strafbare feiten noodzakelijk is, maar op gronden aan het algemeen belang ontleend van dien regel mag worden afgeweken. Het opportuniteitsbeginsel heeft geen ander doel dan om aan het legaliteitsbeginsel zijne scherpte te ontnemen.
> De algemeene bepaling van artikel 14 waakt tegen de nadeelige gevolgen, welke uit verkeerde toepassing van het opportuniteitsbeginsel kunnen voortvloeien.
> Uiteraard zal hiërarchisch verband van het openbaar ministerie met zich brengen, dat door de procureurs-generaal van de hoven en ten deele ook door de officieren van justitie een nauwlettend toezicht over de gedragingen der onder hen staande ambtenaren zal worden geoefend en daarmee is tegen een verkeerdelijk seponeeren nog meerdere waarborg geschapen. Al is het beginsel van die scherpe contrôle in artikel 148 opgenomen, zoo is toch de uitwerking daarvan aan administratieve regeling overgelaten.'[113]

Met deze toelichting wordt duidelijk samengevat wat in de vergaderingen van de commissie aan de orde is geweest. Slechts bij uitzondering mag vervolging wegens het algemeen belang achterwege blijven, waarmee de commissie aansluit bij de manier waarop het opportuniteitsbeginsel volgens haar in de praktijk wordt toegepast. Met de formulering dat het doel slechts het ontnemen van de scherpte van het legaliteitsbeginsel is sluit men aan bij Duitse auteurs, van wie Mittermaier in een van de vergaderingen is geciteerd.[114] Het ontwerpartikel stelt de beide beginselen naast elkaar: in het eerste lid wordt bepaald dat het OM ten spoedigste moet vervolgen als het opsporingsonderzoek daartoe aanleiding geeft, in het tweede lid wordt het algemeen belang aangevoerd als grondslag voor het achterwege mogen laten van de vervolging. De zinsnede 'als het opsporingsonderzoek daartoe aanleiding geeft' moet niet zo worden opgevat dat daar een opportuniteitsoordeel in is opgenomen. Deze doelt eerder op de vraag of een strafbaar feit bewezen kan worden.

---

112 Notulen staatscommissie, 44ste vergadering, p. 1-7.
113 Toelichting bij het Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, p. 176.
114 Notulen staatscommissie, 3e vergadering, p. 3.

In de inleiding op de toelichting gaat de staatscommissie nog uitgebreider in op de keuze voor codificatie van het opportuniteitsbeginsel, en op de manier waarop de toepassing ervan met waarborgen wordt omkleed:

> 'Ten aanzien van een ander belangrijk beginsel voor het strafproces mocht aan de sinds lang geldende practijk worden aangesloten. Bekend is, dat in ons land wordt aangenomen, dat het openbaar ministerie de bevoegdheid heeft ook dan, wanneer een bewijsbaar strafbaar feit gepleegd is en dus eene strafvervolging met waarschijnlijkheid van veroordeling zou kunnen worden ingesteld, die vervolging achterwege te laten, wanneer dit op gronden, aan het algemeen belang ontleend, wenschelijk voorkomt, wanneer eene vervolging niet door het algemeen belang gerechtvaardigd is. Dit zoogenaamde opportuniteitsbeginsel, in tegenstelling met het o.a. in Duitschland uitdrukkelijk gehuldigde legaliteitsbeginsel, wordt bij ons algemeen gehuldigd, al moet worden toegegeven, dat de wet het niet met zoovele woorden erkent, ja dat zelfs op enkele bepalingen beroep kan worden gedaan, die eene andere conclusie zouden wettigen. De gewoonte heeft hier recht geschapen.
> In Duitschland is juist in de laatste jaren levendig gestreden over het al dan niet behouden van het legaliteitsbeginsel, over de grenzen van daarop aan te nemen beperkingen.
> Toegegeven mag worden, dat aan het opportuniteitsbeginsel nadeelen verbonden zijn; het kan tot willekeur, bevoorrechting, in het algemeen tot misbruik aanleiding geven. Een hoogst enkel maal is daarvan ook bij ons sprake geweest, doch in het algemeen heeft de toepassing van het beginsel tot zegenrijke gevolgen geleid. Menige vervolging is voorkomen, waaraan voor het individu en indirect ook voor de geheele maatschappij grooter nadeel zou zijn verbonden geweest dan het voordeel, dat van algemeen maatschappelijk standpunt gezien, uit die vervolging zou kunnen zijn voortgevloeid; eene te automatische, te veelvuldige toepassing van de strafwet, over welke in Duitschland onder de werking van het legaliteitsbeginsel algemeen werd geklaagd, is daardoor verhinderd. Te onzent is alweer van aandrang tot afschaffing of zelfs tot beperking van het opportuniteitsbeginsel niet gebleken en zoo bestaat er alle aanleiding aan dit beginsel getrouw te blijven. Doch dan moet de wetgever de daaruit voor het openbaar ministerie voortvloeiende bevoegdheid ook uitdrukkelijk erkennen en den twijfel opheffen, waartoe de wet thans aanleiding geeft. Dit is geschied in het tweede lid van art. 170 Ontwerp, waarin is bepaald, dat het openbaar ministerie van vervolging mag afzien op gronden aan het algemeen belang ontleend. Bovendien veroorlooft art. 245, tweede lid, het openbaar ministerie op gronden aan het algemeen belang ontleend van *verdere* vervolging af te zien, zoolang het onderzoek ter terechtzitting nog niet is aangevangen. Men zie in verband met dit voorschrift art. 241, eerste lid.
> Een mogelijk verkeerd gebruik van het aan het openbaar ministerie toegekende recht vordert, dat eene beslissing tot niet-vervolging, van de zijde van het openbaar ministerie tot in hoogste instantie, d.w.z. ook door eene beslissing van den Minister van Justitie, gehandhaafd, niet onvoorwaardelijk eene vervolging tegenhoude. In verschillende landen heeft men aan den door het misdrijf getroffene de bevoegdheid gegeven, wanneer het openbaar ministerie tot niet-vervolging besluit, zelf eene vervolging aanhangig te maken. Ook is in onderscheidene wetgevingen een vervolgingsrecht van particulieren erkend, onafhankelijk van de vraag, of door het openbaar ministerie vervolgd wordt of niet. In het Ontwerp zijn die voorbeelden

niet gevolgd. De vervolging tot straf is eene daad van publiek recht; over het al dan niet vervolgen moet beslist worden naar de eischen van het algemeen belang; het oordeel daaromtrent moet niet aan bijzondere personen worden overgelaten, die zich uit den aard der zaak door geheel andere overwegingen zullen laten leiden, meer beheerscht zullen worden door een persoonlijk wraakgevoel, dan door gronden aan het algemeen belang ontleend. Vermeerdering van het aantal strafvervolgingen is ongetwijfeld weinig gewenscht; de toekenning van een vervolgingsrecht aan den benadeelde zou tot vervolgingen kunnen leiden in weinig beteekenende zaken, onbeduidende mishandelingen of beleedigingen, en bovendien eene bron kunnen openen voor chantage, die beter gesloten blijft.
Zeker zou wel eene regeling mogelijk zijn waarbij aan particulieren een initiatief tot vervolgen wordt gegeven en toch voldoende waarborg bestaat, dat niet een uitsluitend individueel belang de strafvervolging in het leven roept. Men zou aan vereenigingen, opgericht ter bevordering van een nauwkeurig omschreven maatschappelijk doel, het recht kunnen inruimen vervolgingen aanhangig te maken, welke met het te bereiken doel in verband staan, bijv. aan eene vereniging tot bescherming van dieren, het recht om vervolgingen wegens dierenmishandeling in te stellen. Ongetwijfeld zou, gelijk de practijk in Engeland kan aantoonen, daardoor eene krachtige repressie van sommige strafbare feiten worden bevorderd, doch het te bereiken doel zou worden voorbijgestreefd. De altijd eenigszins eenzijdige gedachte, waardoor dergelijke vereenigingen geleid worden, zou er toe voeren, dat op verschillende strafbepalingen te veelvuldig beroep zou worden gedaan. Dit gevaar bestaat vooral, nu de wetgever in den laatste tijd zeer ruim gestelde strafbepalingen heeft aanvaard, in de onderstelling, dat voorzichtig beleid van het openbaar ministerie de anders mogelijk bedenkelijke gevolgen zou weten te voorkomen. Bij zulke strafbepalingen is een in handen van particulieren gelegd vervolgingsrecht in hooge mate gevaarlijk. De conclusie moet dus wezen, dat het uitsluitend recht van vervolging voor het openbaar ministerie moet gehandhaafd blijven.
Doch dan is ook een correctief als thans in art. 33 Strafv. te vinden is, onmisbaar en moet eene bepaling van die strekking, ondanks al de daartegen meermalen aangevoerde bezwaren, behouden blijven. Wanneer het openbaar ministerie in al zijne geledingen weigert eene vervolging in te stellen en belanghebbenden van oordeel zijn, dat aldus aan wat hun rechtsgevoel eischt, misschien ook aan hunne rechtmatige belangen wordt te kort gedaan, dan moeten zij zich op eene andere autoriteit kunnen beroepen, en die autoriteit kan geene andere zijn dan eene rechterlijke. Wel is het oordeelen over, niet het bevelen van eene vervolging de eigenlijke taak der rechterlijke macht, doch daarom mag haar toch wel eene beslissing worden opgedragen waartoe zij het best in staat is en het meest bevoegd. Slechts moet er naar worden gestreefd, de aan het toekennen van deze bevoegdheid verbonden bezwaren zoo gering mogelijk te maken.'[115]

115 Toelichting bij het Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, p. 12-15, voetnoten verwijderd.

2.6.3 Het Advies van de Raad van State en het Oorspronkelijk Regeringsontwerp

De Raad van State stemde in met het voorstel tot handhaving en codificatie van het opportuniteitsbeginsel uit het Ontwerp van de staatscommissie.[116] Hij adviseerde wel in artikel 170 het woord 'alleen' op te nemen, om boven elke twijfel te verheffen dat alleen op gronden ontleend aan het algemeen belang kan worden afgezien van vervolging.[117] De regeling van het beklagrecht vond de Raad te zwaar voor belanghebbenden omdat er verplicht geklaagd moet worden bij alle functionarissen in de OM-hiërarchie, tot en met de minister van Justitie. De Raad van State stelde voor om deze administratieve weg te schrappen en direct beklag op de rechter mogelijk te maken.[118] Dit advies werd door Ort, inmiddels minister van Justitie, overgenomen in het Oorspronkelijk Regeringsontwerp dat aan de Tweede Kamer werd aangeboden.[119] Naar aanleiding van het advies werden er geen wijzigingen meer aangebracht in de artikelen waarin het opportuniteitsbeginsel werd neergelegd.[120] Ook de overwegingen uit de toelichting werden overgenomen.[121]

2.6.4 Het Gewijzigd Ontwerp

De Commissie van Voorbereiding van de Tweede Kamer kon zich goed vinden in het wettelijk vastleggen van het opportuniteitsbeginsel, maar niet in de gekozen bewoordingen. Het naast elkaar noemen van een verplichting tot vervolging en de mogelijkheid om daarvan af te zien kwam haar niet logisch voor. Er werd een andere tekst voorgesteld, namelijk: 'Indien naar aanleiding van het ingestelde opsporingsonderzoek het openbaar ministerie van oordeel is, dat strafvervolging moet plaats hebben, gaat het daartoe onverwijld over.' Ook bestond de wens slechts het eerste lid te behouden en het tweede lid te laten vervallen, omdat de term 'algemeen belang' te weinig specifiek zou zijn. Men vreesde dat het niet vervolgen op grond van bepaalde gezinsomstandigheden, particuliere verhoudingen of de geringe betekenis van sommige overtredingen onmogelijk zou worden, omdat deze omstandigheden niet ernstig genoeg zouden zijn om het algemeen belang mede in te kleuren.

De minister van Justitie deelde die ongerustheid niet. Hij was van mening was dat de term 'algemeen belang' ruim genoeg is 'om ook gevallen, waarin door de vervolging particuliere belangen te zwaar zouden worden getroffen,

116 Advies van de Raad van State, p. 1.
117 Advies van de Raad van State, p. 15.
118 Advies van de Raad van State, p. 9.
119 Vergelijk de toelichting bij het Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering van de staatscommissie, p. 54-55, en *Bijlagen Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 66-67.
120 *Bijlagen Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 1/2.
121 *Bijlagen Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 54-55, 103, 112.

daaronder te begrijpen.' Wel nam hij de door de Commissie voorgestelde wijziging van het eerste lid over, met uitzondering van het woord 'onverwijld', dat in 'zoo spoedig mogelijk' veranderd werd.[122] Artikel 245 werd corresponderend aangepast. Bovendien werd in het tweede lid opgenomen dat van verdere vervolging kan worden afgezien 'ook op gronden aan het algemeen belang ontleend', waarmee duidelijk werd gemaakt dat niet alleen op grond van het algemeen belang, maar ook wegens het ontbreken van voldoende bewijs van verdere vervolging mag worden afgezien.[123] Het beklagrecht tegen niet-vervolging werd gezien als de belangrijkste controle tegen de grote vrijheid van het OM, die door de combinatie van het opportuniteitsbeginsel en het vervolgingsmonopolie wordt veroorzaakt.[124]

Na deze wijzigingen zou de tekst van de twee artikelen waarin het opportuniteitsbeginsel is opgenomen niet meer veranderen.[125] De beide artikelen werden in het Gewijzigd Ontwerp[126] opgenomen, als artikel 170: 'Indien naar aanleiding van het ingestelde opsporingsonderzoek het openbaar ministerie van oordeel is dat vervolging moet plaats hebben, gaat het daartoe zoo spoedig mogelijk over. Van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend', en artikel 245: 'Indien naar aanleiding van het ingestelde voorbereidende onderzoek het openbaar ministerie van oordeel is dat verdere vervolging moet plaats hebben, gaat het daartoe zoo spoedig mogelijk over. Zoolang het onderzoek op de terechtzitting nog niet is aangevangen, kan van verdere vervolging worden afgezien, ook op gronden aan het algemeen belang ontleend.' De oorspronkelijke verplichting om te vervolgen was in de eerste leden van beide artikelen gewijzigd in een formulering die op zichzelf al uitdrukking geeft aan het opportuniteitsbeginsel. De tweede leden van beide artikelen kunnen daarmee worden gezien als een nadere invulling, namelijk als een specificatie van de gronden waarop (verdere) vervolging achterwege kan blijven. In ieder geval lijkt het onjuist te zijn om met betrekking tot het opportuniteitsbeginsel slechts te verwijzen naar het tweede lid. In plaats daarvan komt uit de parlementaire behandeling duidelijk naar voren dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om ook in het eerste lid van artikel 170 en 245 Sv het opportuniteitsbeginsel neer te leggen.[127]

---

122 *Bijlagen Handelingen II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 42-43. In art. 170 lid 2 werd niet meer het woord 'ook' toegevoegd, zie Noyon 1926, p. 275-276; Corstens 1974, p. 17.

123 *Bijlagen Handelingen II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 51.

124 *Bijlagen Handelingen II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 22.

125 Ook in het Nieuw Gewijzigd Ontwerp zijn ze ongewijzigd opgenomen: *Bijlagen Handelingen II* 1919/20, 18, nr. 3.

126 *Bijlagen Handelingen II* 1917/18, 77, nr. 2.

127 Corstens 1974, p. 17.

2.6.5 De parlementaire behandeling van het Nieuw Gewijzigd Ontwerp

De verhouding tussen beide leden van artikel 170 kwam ook naar voren in de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer. Het Kamerlid Kleerekoper was van mening dat het tweede lid van het artikel kon worden gemist, omdat al op grond van het eerste lid het oordeel van het OM zou moeten gelden als het criterium voor het instellen van de vervolging.[128] Minister Heemskerk kon zich in dat bezwaar wel vinden.[129] Het lid Dresselhuys was echter de mening toegedaan dat het eerste lid aan het OM een verplichting tot spoedige vervolging op zou leggen, waarmee hij in feite de betekenis van het artikellid zoals de staatscommissie dat had opgesteld voor ogen leek te hebben.[130] Tijdens de parlementaire behandeling werd over het algemeen instemmend gereageerd op de keuze voor het opportuniteitsbeginsel en de vastlegging daarvan in de wet. In de vrijheid van het OM om al dan niet te vervolgen werd een grote waarborg voor de rechtszekerheid gezien.[131]

Kritische opmerkingen werden gemaakt door het communistische Kamerlid Wijnkoop, die van mening was dat het opportuniteitsbeginsel de mogelijkheid van klassenjustitie openliet. In plaats daarvan gaf hij de voorkeur aan het legaliteitsbeginsel, waarbij de beslissing tot vervolging door een raad van arbeiders zou dienen te worden genomen.[132] Kleerekoper reageerde daarop met de woorden: 'Ik kan mij niet voorstellen dat men zich eenige democratische illusies zou maken van een systeem, waarbij men legislatief zou vastleggen in welke gevallen vervolgd moet worden en in welke gevallen niet. Dat zou niet leiden tot hooge rechtvaardigheid, maar in tal van gevallen tot een zoo pijnlijke onrechtvaardigheid, dat, voor zoover mij bekend, ik het loslaten van het opportuniteitsbeginsel op democratische overwegingen nog nooit verdedigd heb gezien. Wel komt het mij voor, dat wat de Minister in het betrekkelijk artikel aan dat opportuniteitsbeginsel in zijn uitwerking heeft toegevoegd, namelijk dat het parket op gronden van algemeen belang van een vervolging kan afzien, een terminologie is, waarbij men verwarring zou kunnen krijgen tusschen zuiver justitieele en meer speciaal politieke overwegingen.'[133] Een bijkomende waarborg voor een goede toepassing van het opportuniteitsbeginsel bestond er volgens Kleerekoper in, dat de wet voorziet in rechterlijke en ministeriële controle.[134]

Eveneens door Kleerekoper werd een bedenking opgeworpen tegen het criterium van het algemeen belang. Dat zou volgens hem namelijk de ruimte kunnen bieden om zelfs een pleger van een aanslag op een staatsgevaarlijk

128 *Handelingen II* 1919/20, p. 1967-1968.
129 *Handelingen II* 1919/20, p. 1968.
130 *Handelingen II* 1919/20, p. 1968.
131 *Handelingen II* 1919/20, p. 1925.
132 *Handelingen II* 1919/20, p. 1908.
133 *Handelingen II* 1919/20, p. 1911.
134 *Handelingen II* 1919/20, p. 1911.

persoon vrijuit te laten gaan met een beroep op het 'algemeen belang', omdat hij immers in het staatsbelang handelde door een staatsgevaarlijk individu uit te schakelen. Deze uitleg van het algemeen belang werd door de minister echter weersproken met de overweging: '...dat de betekenis van de uitdrukking deze is, dat in acht moeten worden genomen overwegingen van billijkheid en goede justitie en dat het algemeen belang is, dat het openbaar ministerie doet besluiten al dan niet tot vervolging over te gaan. Daarbij kan dan ook in overweging worden genomen, of de gevolgen van het misdrijf zijn hersteld en of het leed, door de vervolging veroorzaakt, buiten alle verhouding zou staan tot het nut van de vervolging. (...) Het is in het algemeen belang, dat er recht gedaan wordt en dat daden van eigen richting van dien aard, gewelddadige aanslagen, ook tegen personen die gevaarlijk zouden zijn, worden beteugeld.'[135]

Deze woorden konden Kleerekoper niet overtuigen. Naast een voorbeeld over de geringe bereidheid om politieambtenaren te vervolgen haalde hij een zaak aan tegen de directeur van 'Het Nederlandsche Sportpark' te Amsterdam, die zich zou hebben schuldig gemaakt aan verduistering en valsheid in geschrift. Nadat het bericht van zijn ontslag gepubliceerd werd[136] had de politie een onderzoek ingesteld, terwijl de directeur al naar Parijs gevlucht was.[137] Nadat hij zich echter vrijwillig had gemeld werd hij gearresteerd.[138] De voorlopige hechtenis werd opgeheven,[139] en de officier van justitie meldde dat hij geen aanleiding vond de strafvervolging voort te zetten omdat vrienden van de directeur de schade zouden hebben vergoed.[140] Deze beslissing heeft kennelijk veel reacties losgemaakt, waaronder een lied van een cabaretier onder wiens gehoor Kleerekoper zich bevond. Door het Kamerlid De Buisonjé werden vragen aan de minister van Justitie gesteld. De minister gaf toe dat de voorlopige hechtenis beëindigd was, maar benadrukte het voortduren van de strafzaak zelf. Of hij een aanwijzing heeft gegeven aan de officier van justitie, dan wel dat de officier verkeerd geïnterpreteerd zou zijn maakte de minister niet duidelijk. Wat betreft de beslissingsruimte van de officier van justitie merkte hij op: 'Overigens kunnen er, dit zij ten overvloede opgemerkt, gevallen voorkomen, dat naar aanleiding van vrijwillig herstel der door een misdrijf aangerichte schade van vervolging wordt afgezien, waarbij ieder geval geheel op zich zelf is te beoordelen.'[141] De directeur werd overigens conform de eis veroordeeld tot zes maanden gevangenisstraf.[142] Kleerekoper stelde zich op het standpunt dat de vervolgingsbeslissing met te weinig waarborgen is

135 *Handelingen II* 1919/20, p. 1968.
136 *NRC* 28 januari 1920, ochtendeditie.
137 *Het Centrum*, 9 en 11 februari 1920.
138 *NRC* 13 april 1920, ochtendeditie.
139 *Het Centrum*, 8 maart 1920.
140 *Het Centrum*, 11 maart 1920.
141 *NRC* 13 april 1920, ochtendeditie.
142 *Het Centrum*, 16 en 30 juni 1920.

omgeven omdat, in gevallen als dit, niet-vervolging door brede lagen van de bevolking als onrecht gevoeld wordt, terwijl er geen of weinig belanghebbenden zijn die beklag kunnen indienen.[143]

De artikelen 170 en 245 werden zonder hoofdelijke stemming aangenomen.[144] Na verwerking van de wijzigingen werden ze vernummerd tot artikel 167 en 242.[145] Door de Eerste Kamer werden geen wijzigingen aangebracht. Wel werd benadrukt dat het OM met name bij overtredingen gebruik moet maken van de mogelijkheid om niet te vervolgen, en deze buiten proces moet afdoen.[146]

2.6.6 Afsluitend over de codificatie

Bij de voorbereiding voor het Wetboek van Strafvordering van 1926 speelde het opportuniteitsbeginsel een belangrijke rol. Vooral onder invloed van Duitse auteurs werd een formulering van het opportuniteitsbeginsel afgewezen, niet-vervolging beschouwde men als een uitzondering. In het ontwerp-Ort is nog geen duidelijke stelling ingenomen, maar de staatscommissie was van mening dat de wet een uitspraak moest doen over de keuze tussen het opportuniteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel. Het voorstel van de staatscommissie gaat uit van beide beginselen die elkaar in evenwicht houden. Tijdens de parlementaire behandeling wordt echter expliciet gekozen voor het opportuniteitsbeginsel en verdwijnt het legaliteitsbeginsel uit de wet. In plaats daarvan wordt het beklagrecht van belanghebbenden als voornaamste correctie op de daarmee erkende grote vrijheid van het OM voorgesteld.[147] Het in de praktijk gegroeide opportuniteitsbeginsel is daarmee gelegaliseerd.[148]

Deze ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel is door Pieterman in een sociologisch kader geplaatst. In zijn visie is de sterke politieke en bestuurlijke invloed op het Nederlandse vervolgingsbeleid een gevolg van de maatschappelijke verhoudingen in de negentiende en het begin van de twintigste eeuw. De wetgevende macht is nooit in grote conflicten geraakt met delen van de bevolking die geen invloed op de wetgeving konden uitoefenen, maar de democratisering heeft zich geleidelijk aan voltrokken. In de tijd dat het opportuniteitsbeginsel een wijdverbreide praktijk werd bestond er nog een aanmerkelijk overwicht van bestuurders op burgers, dat echter geen onderwerp van conflict was. Hierdoor hoefde geen toevlucht te worden gezocht tot een wettelijke conflictoplossing door vervolgingsverplichtingen te codificeren en

143 *Handelingen II* 1919/20, p. 1968-1969.
144 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de parlementaire behandeling Pieterman 1990, p. 201-205.
145 *Bijl. Handelingen II* 1919/20, 18, nr. 12.
146 *Handelingen I* 1920/21, p. 211.
147 Daarover onder meer Simmelink 2004, p. 193-194.
148 Moons 1969, p. 485; Van Daele 2003, p. 286-287; Blad & De Doelder 2007, p. 70.

zo discretionaire machtsuitoefening in te dammen. Toen de democratisering van de maatschappij in een vergevorderd stadium was, kon de uitdrukking dat van vervolging in het algemeen belang kon worden afgezien in de wet worden vastgelegd, omdat de pragmatische stijl van regeren ook in een nieuw machtsevenwicht bleef bestaan.[149]

In deze ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel tot en met de codificatie ligt de nadruk op individuele belangen van verdachten en slachtoffers. De pacificerende werking van het opportuniteitsbeginsel in concrete situaties staat voorop. Ook wordt wel opgemerkt dat het staatsbelang in sommige gevallen gediend is met niet-vervolging, maar dan gaat het vrijwel alleen om gevallen waarin ernstige staatsveiligheidsproblemen zouden kunnen rijzen. 't Hart onderscheidt de rechtsontwikkeling tot op dit punt als de eerste twee fasen in de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel. De derde fase betreft de opkomst van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, die aan dit beginsel een andere interpretatie geeft.

2.7 De opkomst van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel

2.7.1 Positieve en negatieve interpretatie tot en met de codificatie

Zoals in de paragraaf hiervoor aan de orde is gekomen, bestonden er al in de negentiende eeuw discussies over de precieze inhoud van het opportuniteitsbeginsel. Af en toe werden daarin standpunten ingenomen die wijzen op een voorkeur voor een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, zoals door De Bosch Kemper in 1847.[150] Minister van Justitie Smidt adviseerde in 1893 de vertegenwoordigers van het OM, om alleen te vervolgen wanneer strafbare feiten de openbare orde of het algemeen belang hebben geschaad. Omdat de politie een groot aantal processen-verbaal opmaakte en instuurde bij het OM, en omdat volgens de minister politieambtenaren niet in staat moesten worden geacht om te beoordelen of een strafbaar feit vervolging rechtvaardigt, zou het OM meer werk moeten maken van zijn vervolgingsbeleid. Daarmee fungeerde het immers als correctief op de ijver van de politie. Het instellen van vervolgingen voor geringe feiten zou niet dienstig zijn aan het algemeen belang, en mogelijk zelfs daaraan tegengesteld zijn. De reden daarvoor was volgens de minister niet alleen dat daardoor het aanzien van justitie geschaad werd, maar ook dat daardoor de werkzaamheden van andere ambtenaren van justitie zonder noodzaak zouden worden vermeerderd. Daarom adviseerde de minister het OM, om te rade te gaan met de wenselijkheid om

149 Pieterman 1985b. Zie ook Pieterman 1985a.
150 De Bosch Kemper 1847, p. 29-31. Daarover Corstens 1974, p. 13.

in sommige gevallen niet te vervolgen, vooral waar het geringe feiten betreft, persoonlijke gevoeligheden, of een bijna verschoonbare daad.

De titel van de circulaire is wat stelliger dan de inhoud: 'aanbeveling (…) slechts dan vervolgingen in te stellen als de gepleegde feiten de openbare orde of het algemeen belang geschaad hebben'. Daaruit lijkt een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel te spreken. Uit de inhoud van deze circulaire klinkt niet helder door dat een positieve interpretatie wordt gehuldigd. Er komt echter ook niet duidelijk een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel uit naar voren. Smidt stelt voorop dat strafrechtelijk ingrijpen vaak negatieve gevolgen heeft, en het OM zich daarom 'door beleid en eene tactvolle wijze van handelen' moet onderscheiden. Als maatstaf dienen steeds de openbare orde en het algemeen belang te worden genomen.[151]

Zoals uit de voorgaande paragraaf is gebleken is er bij de voorbereiding voor het Wetboek van Strafvordering, dat in 1926 het Wetboek van 1886 zou vervangen, bewust voor gekozen om in artikel 167 en 242 het opportuniteitsbeginsel in een negatieve formulering op te nemen. Bij de beraadslagingen in de Staatscommissie ontstonden meningsverschillen over een ontwerpartikel waarin de positieve interpretatie doorklinkt: 'het recht tot strafvordering wordt uitgeoefend zoo het openbaar belang zulks vordert'. Op basis van verschillende argumenten kwam de Staatscommissie uiteindelijk tot de conclusie dat een andere redactie van het opportuniteitsbeginsel gewenst zou zijn, waarbij aan het beginsel 'een meer negatieve redactie' zou worden gegeven.[152] Een van de argumenten was dat het OM wellicht niet-ontvankelijk zou kunnen worden verklaard wanneer de rechter zou oordelen dat was vervolgd in strijd met het algemeen belang. De aanvaarding van een positieve interpretatie zou daarmee de deur kunnen openzetten voor een volledige rechterlijke toetsing van de invulling van het opportuniteitsbeginsel door het OM.

Een ander argument was dat tegen een positieve interpretatie veel theoretische bezwaren zouden leven, vooral bij de aanhangers van een absolute vergeldingstheorie, die niet zouden kunnen instemmen met een utilitaristisch uitgangspunt als het algemeen belang bij de beslissing over strafvervolging. Simons, die dat bezwaar signaleerde, stelde als remedie voor om ofwel een negatieve redactie te geven aan het artikel waarin het opportuniteitsbeginsel zou worden neergelegd, ofwel om de artikelen te wijzigen ten aanzien waarvan onder het vorige wetboek veel discussie was geweest over de vraag of daaruit het legaliteitsbeginsel of het opportuniteitsbeginsel volgde. Bij die wijziging zou dan steeds in de memorie van toelichting moeten worden opgenomen dat zulks was gebeurd om een duidelijke keuze te maken voor het opportuniteitsbeginsel.

151 Smidt 1893.
152 Notulen staatscommissie, 3e vergadering, p. 2-6.

Een ander lid van de staatscommissie, Ledeboer, had ook bezwaren tegen een positieve redactie van het artikel, omdat volgens hem er geen eenstemmigheid heerste over de betekenis van het opportuniteitsbeginsel. Hij vatte het zelf steeds in zijn negatieve betekenis op, en baseerde zich daarbij op de handleiding van Simons en de opvatting van De Pinto. Volgens hem moest niet worden gekozen voor een positieve redactie: 'Op de voorgrond moet in dit artikel blijven het beginsel, dat vervolging van strafbare feiten in het algemeen noodzakelijk is, de algemeene verplichting tot vervolging. Daarna kan dan in een tweede lid de bevoegdheid worden erkend om op grond van overwegingen van openbaar belang de vervolging van een strafbaar feit achterwege te laten. Gelijk Mittermaier in een opstel in Aschrott's verzamelwerk over het nieuwe Duitse ontwerp het uitdrukt, moet het opportuniteitsbeginsel slechts strekken om aan het legaliteitsbeginsel zijn scherpte te ontnemen.' De Staatscommissie kon zich vinden in deze argumenten van Ledeboer, ook omdat een positieve redactie verder zou gaan dan de praktijk op dat moment te zien gaf. Het opportuniteitsbeginsel werd daarom in een negatieve redactie in het Ontwerp en later in het Wetboek opgenomen. Dit ondanks latere bezwaren van Van Hamel, die een negatieve redactie 'geen zuivere formuleering van het opportuniteitsbeginsel' vond.[153]

Met de codificatie van de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel werd beoogd de vervolging van strafbare feiten tot regel te maken, waarop in het algemeen belang een uitzondering kon worden gemaakt. Opname van delictsomschrijvingen in de wet zou al een uitdrukking zijn van de wenselijkheid van strafrechtelijk optreden ter zake van strafbare feiten die onder die delictsomschrijving zijn te kwalificeren. Alleen in uitzonderingsgevallen waarin vervolging ernstige consequenties voor daarbij betrokkenen zou hebben, zou van vervolging kunnen en moeten worden afgezien. De wet wordt daardoor in de visie van de wetgever in principe gezien als adequaat middel om te bepalen wanneer strafrechtelijk ingrijpen ook maatschappelijk gewenst is.[154] Bij een bewijsbaar strafbaar feit is er in de negatieve interpretatie dus een weerlegbaar vermoeden dat vervolging ook opportuun zal zijn.[155]

2.7.2 Opkomst van de positieve interpretatie

Na de codificatie van de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in het Wetboek van Strafvordering verstomt de discussie over positieve en negatieve interpretatie. Enkele jaren na de Tweede Wereldoorlog laait die discussie weer op, voor het eerst in 1951 met het rapport van de commissie-Overwater, die zich over het jeugdstrafrecht boog. Deze commissie concludeer-

153 Notulen staatscommissie, 4e vergadering, p. 2.
154 Moons 1969.
155 Van Dijck 2003, p. 260.

de dat in ieder geval in het jeugdstrafrecht het niet-vervolgen uitgangspunt zou moeten zijn. Het algemeen belang zou met zich meebrengen dat slechts vervolgd zou mogen worden, wanneer die vervolging nuttig en noodzakelijk is.[156] Dat standpunt is goed te begrijpen vanuit de aard van het jeugdstrafrecht: resocialisatie van de jeugdige staat daarbij voorop, en bij bestraffing komt relatief weinig betekenis toe aan vergeldingsaspecten. Daardoor komt het accent te liggen op de doelmatigheid van strafrechtelijke sanctionering, en kan aan het opportuniteitsbeginsel en aan het algemeen belang alle ruimte worden gegeven.

Duisterwinkel signaleerde in 1968 dat het OM een ruime beleidsvrijheid toekomt. Hij stelde zich op het standpunt, dat het feit dat de beslissingen die het OM neemt, niet aan wettelijke maatstaven zijn gebonden, 'impliceert dat het openbaar ministerie verplicht is steeds weer te trachten in elk concreet geval de meest verantwoorde beslissing te nemen.'[157] De redactie van de artikelen 167 en 242 zou volgens hem een zodanige (positieve) interpretatie toelaten. Een verandering in interpretatie zou ook aansluiten bij de manier waarop het opportuniteitsbeginsel in de praktijk door het OM werd toegepast, waar een ruim (voorwaardelijk) sepotbeleid werd gevoerd[158]: 'De tijd ligt dacht ik eveneens achter ons, dat velen als uitgangspunt hadden: in elke haalbare zaak dagvaarden; eveneens de tijd, dat sommige procureurs-generaal en hoofden van parketten de indruk bij de lagere leden van het openbaar ministerie wekten, dat elk sepot met argusogen werd bekeken en eigenlijk in beginsel slechts node geduld werd.'[159]

Aan het eind van de jaren zestig werd door Moons een duidelijk standpunt ingenomen: het opportuniteitsbeginsel moet positief worden geïnterpreteerd.[160] Ten tijde van de codificatie zou er volgens hem tenminste een gezaghebbende stroming hebben bestaan die de toepassing in positieve zin aanhing, en uit de wetsgeschiedenis zou blijken dat de wetgever niet per se slechts een negatief opportuniteitsbeginsel heeft willen toelaten, maar veeleer de toepassing in de praktijk de ruimte wilde laten. Daarom zou tot een andere interpretatie kunnen worden overgegaan, zonder dat het nodig zou zijn om de tekst van de wet te veranderen. In het licht van de hierboven aangehaalde discussies in de Staatscommissie en de parlementaire behandeling is wel wat af te dingen op dat standpunt. Niettemin waren er ook in de periode dat de codificatie tot stand kwam al commentatoren, zoals Simons, die een meer neutrale definitie van het opportuniteitsbeginsel hanteerden, en niet een duidelijk negatieve of positieve interpretatie gebruikten.[161]

156 Overwater 1951, p. 9, 13-14.
157 Duisterwinkel 1968, p. 211.
158 Duisterwinkel 1968, p. 211-212.
159 Duisterwinkel 1968, p. 232.
160 Moons 1969, p. 489-490, 491-495.
161 Simons 1925, p. 65.

Deze opkomst van de discussie over de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel is nauw verbonden met de maatschappelijke ontwikkelingen aan het einde van de jaren zestig van de twintigste eeuw. De legitimiteit van het overheidsgezag komt in die periode sterk onder druk te staan, hetgeen tot uitdrukking komt in discussies over het overheidsoptreden ter handhaving van de openbare orde en in de strafrechtelijke handhaving. Het gaat bij die discussies niet alleen om de vraag wanneer optreden gelegitimeerd zou zijn, maar ook in hoeverre het strafrechtelijke en politiële optreden als een automatisme kan en mag worden ingezet. Deze vraag speelt met name waar het gaat om het optreden tegen verzet dat gepleegd wordt tegen de politie. Volgens Van Veen is er in dat geval sprake van een afwijkende toepassing van het opportuniteitsbeginsel: normaal gesproken gaat het bij toepassing van het opportuniteitsbeginsel om het afzien van vervolging op grond van het algemeen belang, maar bij het optreden tegen ordeverstoringen gaat het om het instellen van vervolging op grond van het algemeen belang. Daarbij staat immers de integriteit van het handhavingsapparaat en het handhavingsbeleid voorop, en dat is primair een zaak van algemeen belang.[162] Op dat gebied wordt volgens Van Veen het opportuniteitsbeginsel dus niet in een negatieve, maar in een positieve vorm toegepast. Buiten die specifieke context heeft Van Veen zich tot op dat moment nog niet expliciet uitgelaten over de wenselijkheid van een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel,[163] maar daar zou later verandering in komen.

Tegen deze achtergrond van maatschappelijke beroering en een verlies aan legitimiteit van de strafrechtelijke handhaving, besluit het OM om jaarverslagen te publiceren waarin zijn beleidsvoornemens worden opgenomen. In het eerste jaarverslag constateren de procureurs-generaal een ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel: 'Het ten aanzien van de vervolging geldend opportuniteitsbeginsel dat het openbaar ministerie discretionaire bevoegdheid geeft om de rechter al dan niet in strafzaken te betrekken, biedt de mogelijkheid tot werkelijke beleidvoering. Bij gelijkblijven van de wettekst – de artikelen 167, 2de lid, en 242 van het Wetboek van Strafvordering – valt de laatste decenniën een ontwikkeling te constateren, waarbij meer het „waarom vervolgen?" dan het „waarom niet vervolgen?" normatief is. Ook hier derhalve een tendens tot relativering van de toepassing van de strafwet.'[164]

Deze constatering geeft het OM de ruimte om intern tot beleidsuitgangspunten te komen, die in de hiërarchische structuur van het OM sturing kunnen geven aan de strafrechtelijke handhaving. Die sturingsgedachte past in een opvatting van het doel van het strafrecht, en het justitiële optreden, dat de procureurs-generaal voorstaan. Justitiële repressie, en opsporing van strafbare feiten is daarin geen doel op zich, maar slechts één van de middelen die de

162 Van Veen 1969, p. 94.
163 Van Veen 1968, p. 7-8.
164 *Kamerstukken II* 1971-72, 11 500 VI, nr. 3, bijl. IV, p. 8.

overheid ten dienste staan om in de samenleving gedrag overeenkomstig het geldende recht te bevorderen. Uit dit citaat komt verder duidelijk naar voren dat de procureurs-generaal zich op hetzelfde standpunt stellen als Moons, namelijk dat een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel mogelijk is zonder dat de wettelijke omschrijving van de artikelen 167 en 242 Sv wordt aangepast. Wat echter minder duidelijk uit de verf komt, is de precieze betekenis van de constatering dat het 'waarom vervolgen' meer normatief geworden is dan het 'waarom niet vervolgen'. Blijkbaar zijn de procureurs-generaal er niet op uit om zelfstandig een andere interpretatie van het opportuniteitsbeginsel te propageren, maar zoeken zij aansluiting bij buiten het OM liggende ontwikkelingen, die een verandering in de interpretatie zouden rechtvaardigen.

Vervolgens gaven stemmen in de strafrechtelijke literatuur tot op zekere hoogte de voorkeur aan een positieve interpretatie. Zo vond Tak dat een dergelijke interpretatie vrijwel onontkoombaar was, omdat de grote hoeveelheid economische delicten een te groot beslag op de opsporings- en vervolgingscapaciteit zou leggen. Bovendien zou de positieve interpretatie goed aansluiten bij de gedachte dat het strafrecht een *ultimum remedium* behoort te zijn.[165] Volgens Tak valt daarmee een strafrechtelijke benadering te kiezen die meer gericht is op individuele rechtvaardigheid en doelmatigheid dan in het Duitse systeem, waarin de rechtsgelijkheid en rechtszekerheid beter zijn gewaarborgd. Om aan die waarden ook bij de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in Nederland tegemoet te komen, zal er op zorgvuldige wijze beleid dienen te worden gevoerd.[166]

Ook Melai maakte tegen een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel weinig bezwaar, maar hij zag er geen heil in dat het Openbaar Ministerie in rechte zou dienen te motiveren waarom bepaalde vervolgingsbeslissingen waren genomen. De parlementaire controle via de Minister van Justitie zou de belangrijkste controlemogelijkheid moeten zijn op het vervolgingsbeleid van het OM.[167] Daarnaast biedt de wettelijke mogelijkheid om via de procedure van artikel 12 Sv beklag te doen een correctie op de ruimte beleidsvrijheid van het OM. Volgens Melai heeft de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel echter tot gevolg dat de opportuniteitstoetsing door het Hof in beklagzaken kritisch zou moeten worden bekeken, en dat daarentegen de mogelijkheden voor opportuniteitstoetsing in de bezwaarschriftprocedure zouden kunnen worden verruimd. Wanneer het niet-vervolgen immers de regel is en het vervolgen de uitzondering, ligt het ook meer voor de hand dat die uitzondering ook in termen van het algemeen belang in rechte aan de orde kan worden gesteld.[168]

165 Tak 1972, p. 225-228; Tak 1973c, p. 11.
166 Tak 1973c, p. 23.
167 Melai 1973b.
168 Melai 1973a, p. 411.

Volgens Corstens is de omarming van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel een ontwikkeling die voortkomt uit de gelederen van het Openbaar Ministerie. Het voorbeeld van Moons, die advocaat-generaal was bij het Hof 's-Hertogenbosch, bleef blijkbaar niet onopgemerkt en heeft veel invloed gehad op de koers van het OM. Corstens signaleert echter dat de rechtswetenschap blijkbaar niet direct overtuigd was van de mogelijkheid dat uit de artikelen 167 en 242 Sv een andere betekenis van het opportuniteitsbeginsel kon worden afgeleid zonder dat de tekst van de wet veranderd zou hoeven te worden.[169]

Door 't Hart is uitvoerig beschreven hoe de opvattingen over het opportuniteitsbeginsel veranderden in de periode die voorafging aan het hiervoor genoemde jaarverslag, de jaren vijftig en zestig, in de context van de toenmalige maatschappelijke veranderingen en de spanningen die daarmee gepaard gingen.[170] Hij beschrijft de opkomst en aanvaarding van een positieve interpretatie als de derde fase in de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel. In die interpretatie is strafbaarheid een weliswaar noodzakelijke, maar onvoldoende voorwaarde om tot vervolging over te gaan.[171] Niet alleen legaliteit, maar ook opportuniteit is dan een noodzakelijke voorwaarde om over te gaan tot strafvervolging, vandaar dat deze interpretatie met 'positief' wordt aangeduid: er is méér vereist dan alleen de bewijsbaarheid van een strafbaar feit. De inhoud van het algemeen belang moet in deze interpretatie daardoor veel explicieter worden vastgesteld dan wanneer het als correctiemechanisme functioneert in een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Het algemeen belang functioneert in een positieve interpretatie immers niet meer als verzamelbegrip voor uitzonderingssituaties, maar als fundering voor de legitimiteit van de vervolgingsbeslissing. Niet alleen de extreme gevallen vragen om een beoordeling, in elke situatie moet worden bepaald welke reactie maatschappelijk adequaat is.

Dat leidt er tevens toe dat door die uitgebreidere afweging van belangen inzichtelijk wordt bij welke gedragingen strafrechtelijk ingrijpen het meest gewenst is. Prioritering wordt daarmee een integraal onderdeel van het vervolgingsbeleid. In eerste instantie werd, vooral door 't Hart, prioriteit als een afzonderlijke voorwaarde voor de vervolgingsbeslissing gezien, die niet als een onderdeel van de opportuniteit kon worden gezien. Daardoor zouden er drie noodzakelijke voorwaarden zijn voor een beslissing tot vervolging: legaliteit, opportuniteit en prioriteit. Opportuniteit en prioriteit verschillen in die opvatting van karakter: de prioriteit is een factor die een rol moet spelen vanwege de beperkte capaciteit van het strafrechtelijk systeem, terwijl door de opportuniteit invulling kan worden gegeven aan meer juridische gezichts-

169 Corstens 1974, p. 24-25.
170 't Hart 1994a.
171 Moons 1969.

punten.[172] Later rekende 't Hart ook de prioriteit onder de redenen die samen de opportuniteitscomponent vormen.[173] Daarbij geldt volgens hem wel, dat de grote beleidsvrijheid die het opportuniteitsbeginsel in een positieve interpretatie aan het OM voor de uitoefening van zijn taak verleent, moet worden ingevuld door die taak te interpreteren als handhaving van het recht, hetgeen verwijst naar een bepaalde rechtsopvatting waarop in de volgende paragraaf verder zal worden ingegaan.

Inmiddels wordt het onderscheid tussen opportuniteit en prioriteit niet meer zo expliciet gesteld. De opportuniteit wordt ingevuld door voorwaarden van maatschappelijke aanvaardbaarheid en capaciteitsgerelateerde gezichtspunten. In de positieve interpretatie geldt wel als uitgangspunt dat het OM gedwongen is om voor elk strafbaar feit te beslissen of, en zo ja welk, strafrechtelijk ingrijpen maatschappelijk aanvaard is en prioriteit heeft. In praktische zin wordt dat opgelost door een geheel aan beleidsregels tot stand te brengen die vooraf bepalen welke strafrechtelijke reactie dient te volgen wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Die ruimte voor beleidsvorming wordt ook geboden door de grote ruimte die de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel schept. De rol van het opportuniteitsbeginsel is door de mogelijkheid van beleidsvorming ook niet beperkt tot het inspelen op concrete situaties, maar gaat als theoretische onderbouwing functioneren van een rationele criminele politiek. Het maakt door zijn flexibiliteit de strafrechtelijke handhaving gevoeliger voor maatschappelijke ontwikkelingen dan door aanpassing van wetgeving mogelijk zou zijn, en laat ruimte voor capaciteitsoverwegingen bij de inzet van het strafrecht.

2.7.3 Het opportuniteitsbeginsel sinds de jaren zeventig

In de jaren tachtig is het accent minder sterk komen te liggen op de grondslag onder de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, namelijk de vraag wanneer strafrechtelijk ingrijpen nog wel maatschappelijk aanvaardbaar is. Het idee dat het strafrecht een '*ultimum remedium*' is, een uiterste redmiddel dat alleen mag worden ingezet wanneer niets anders baat, heeft dan aan gelding ingeboet. Vanwege het bestaan van zogenaamde handhavingstekorten werd het accent verlegd naar de vraag welk niveau van rechtshandhaving minimaal moet worden aangehouden. Het gaat dan meer om een ondergrens waaronder strafrechtelijk optreden niet moet zakken, dan een bovengrens waarboven het niet mag uitgaan. De vraag is of deze ontwikkeling een terugkeer naar een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel is, of dat ze te rijmen is met een positieve interpretatie.

172 't Hart 1994a, p. 129-130; 't Hart 2001, p. 12.
173 't Hart 1996, p. 89-90.

Volgens 't Hart behelst deze keuze geen afwijzing van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. De keuze voor een ondergrens waaronder het niveau van rechtshandhaving niet zou mogen zakken, kwam voort uit een gevoelde behoefte tot inzet van het strafrecht. Het nastreven van een hoger niveau van handhaving was daarom volgens hem een uiting van afweging van belangen. Daarmee zou deze ontwikkeling niet in strijd zijn met een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Dat blijkt ook uit het feit dat de sturing voor een groot deel afkomstig is van het ministerie van Justitie, dat zich een invloedrijke positie in het strafrechtelijk beleid verwerft, waarvan de nota *Samenleving en criminaliteit* het duidelijkste resultaat is. In een negatieve interpretatie wordt het opportuniteitsbeginsel zo uitgelegd dat de wet behoudens uitzonderingen moet worden gehandhaafd, en is een aanpassing van de strafwet de aangewezen vorm om sturing te geven aan de strafrechtelijke handhaving. Wanneer het ministerie van Justitie via beleidsinitiatieven tracht een stempel te drukken op de inhoud van het strafvorderlijk beleid, in plaats van de wet aan te passen om daarmee bepaalde als wenselijk beschouwde resultaten in de maatschappij te verkrijgen, valt daarin waarschijnlijk inderdaad een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel te herkennen. In een positieve interpretatie is strafbaarheid immers wel een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde: de inhoud van het vastgestelde beleid is beslissend voor de vraag in welke mate en in welke vorm zal worden gehandhaafd. Op het strafrechtelijke beleid kan de minister van Justitie, krachtens zijn formele aanwijzingsbevoegdheid, maar misschien wel vooral door informele overleggen, grote invloed uitoefenen. Dat het ministerie van Justitie de strafrechtelijke handhaving door beleidsnota's tracht te beïnvloeden is dan ook eerder conform dan in strijd met een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.

2.7.4 Recente ontwikkelingen in de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel

Een ontwikkeling die vervolgens wel afbreuk doet aan het opportuniteitsbeginsel, is dat het afwegen van belangen als zodanig niet meer als nastrevenswaardig wordt erkend.[174] Belangenafweging als een inherent juridische activiteit – niet alleen als activiteit van de rechter, maar ook van het even magistratelijke OM – staat onder druk. Zeker het verdisconteren van capaciteitsbelangen in de vaststelling van het vervolgingsbeleid ondervindt kritiek: het opportuniteitsbeginsel zou niet bedoeld zijn om capaciteitsproblemen op te lossen. Het algemeen belang zou volgens de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid leidend moeten zijn bij vervolgingsbeslissingen, en niet datgene wat

174 Groenhuijsen 2002.

gezien de capaciteit haalbaar is. De Raad pleitte tevens voor een afschaffing van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel waar het zwaardere delicten betreft. Daarvoor zou weer een negatieve interpretatie moeten worden aangenomen, waarbij niet-vervolging als uitzondering wordt gezien.[175] Deze kritiek lijkt onnodig, want zeker voor zwaardere delicten geldt dat het algemeen belang in de praktijk vrijwel altijd blijkt mee te brengen dat vervolging moet worden ingesteld. Het kritiekpunt dat het opportuniteitsbeginsel niet bedoeld is om capaciteitsproblemen op te lossen, is bovendien in het licht van wat hiervóór is gezegd over de historische ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel niet geheel overtuigend. Boot noemt bijvoorbeeld als één van de gevallen waarin vervolging achterwege kan blijven een strafzaak waarin het maatschappelijk voordeel dat met strafvervolging gediend is niet opweegt tegen de kosten van de rechtsgang.[176] Als in concrete gevallen dat soort overwegingen in de vervolgingsbeslissing worden betrokken valt niet in te zien waarom dat niet ook in het beleid zou gebeuren. Daarmee is de stelling dat het opportuniteitsbeginsel nooit bedoeld is voor het oplossen van capaciteitsproblemen niet erg sterk.

Het standpunt van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid biedt echter vanwege een andere reden ook inzicht in de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel. De positieve interpretatie die in de jaren zestig werd omarmd, kreeg onder andere vanwege de maatschappelijke context een ideologische lading. Het werd duidelijk dat het strafrecht aan de politiële en justitiële autoriteiten dusdanig ruime bevoegdheden gaf, dat de uitoefening daarvan in toenemende mate als niet legitiem kon worden ervaren. Ten aanzien van meerdere categorieën strafbepalingen werd de vraag gesteld of deze nog wel steunden op het rechtsbewustzijn dat in de samenleving aanwezig was. Dat het daarbij ging om een relatief kleine maatschappelijke stroming die deze strafrechtelijke praktijk ter discussie stelde, zoals bijvoorbeeld zichtbaar werd in de activiteiten van provo's, werd ruimschoots gecompenseerd door de mate waarin die stroming het maatschappelijk debat wist te domineren.[177] Dat de maatschappelijke tegenstellingen werden vertaald in ideologisch gekleurde stellingen ten aanzien van de legitimiteit van de overheid als zodanig, heeft er mede toe geleid dat de discussie over de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in zulke categorische termen werd gevoerd. Door de machtsuitoefening van politie en OM ter discussie te stellen, kon er ruimte ontstaan om die machtsuitoefening in zijn geheel aan een voorafgaande toetsing aan het criterium van het algemeen belang te willen onderwerpen. Daarmee vertoont de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel samenhang met de legitimiteitscrisis van het strafrecht. Het is dus ook niet heel verwonderlijk, dat wanneer die legitimiteitscrisis in hevigheid afneemt, ook het opportuniteits-

175 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002, p. 11, 235, 255.
176 Boot 1885, p. 21-22.
177 Zie over deze maatschappelijke context in veel detail 't Hart 1994a, p. 15-84.

beginsel anders wordt geïnterpreteerd. Dan ontstaat de mogelijkheid om de uitersten van positieve en negatieve interpretatie minder sterk als uitingen van ideologische stellingnames te zien, en om zich niet te binden aan een categorische standpuntbepaling ten aanzien van de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.

Het rapport van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid biedt een goed voorbeeld van een interpretatie van het opportuniteitsbeginsel die losgekomen is van het debat over positieve en negatieve interpretatie. Zulke voorstellen zijn er meer: zo heeft Nijboer geopperd dat voor de verschillende 'sporen' van strafrechtelijke afdoening verschillende vervolgingsbeginselen zouden kunnen gelden. Voor het derde 'spoor', waarin de zwaarste zaken voor een meervoudige kamer worden behandeld, zou een legaliteitsbeginsel met wettelijke uitzonderingen kunnen worden ingevoerd, terwijl voor de lichtere zaken het opportuniteitsbeginsel behouden blijft.[178]

2.8 RECHTSHANDHAVING

2.8.1 Rechtshandhaving binnen de democratische rechtsstaat

De voorafgaande beschouwingen over de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel plaatsen dat beginsel in het licht van de institutionele verhoudingen binnen de democratische rechtsstaat. Daarom zal ik hier kort stilstaan bij de plaats van het OM binnen het staatsbestel. Hierbij sluit ik aan bij de vereisten die voortvloeien uit de democratische rechtsorde als vertrekpunt voor de organisatie van de overheid, en dus ook voor de inrichting van een context voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Uit dat vertrekpunt zijn twee eisen af te leiden: het handelen van de overheid moet zowel democratisch als rechtsstatelijk gelegitimeerd zijn.

De eis van democratische legitimatie houdt in dat het overheidshandelen slechts gelegitimeerd is wanneer daarop een doorslaggevende invloed kan worden uitgeoefend door (een vertegenwoordiging van) het volk waarop dat handelen betrekking heeft. Dat komt naar voren in de rol die het parlement heeft in het wetgevingsproces. Maar ook het feitelijk handelen van de staat, zoals het uitoefenen van strafvorderlijke bevoegdheden, moet democratisch gelegitimeerd zijn. De uitoefening van die bevoegdheden moet plaatsvinden binnen een structuur waarin de volksvertegenwoordiging de mogelijkheid heeft die bevoegdheidsuitoefening ter discussie te stellen. Dit zijn twee duidelijk te onderscheiden vormen van democratische controle. De ene vorm van controle heeft als karakteristiek dat daarin de volksvertegenwoordiging als medewetgever algemene regels opstelt waarbinnen de uitvoerende macht zijn taken dient uit te voeren, en die als toetsingsmaatstaf voor de rechtsprekende

178 Nijboer 2000, p. 101.

macht functioneren. Dat is een methode van legitimatie die door Weber onder het type *Legale Herrschaft* wordt geschaard, in onderscheid met *Traditionelle* en *Charismatische Herrschaft*:[179] wanneer de overheid binnen de geldende, op democratische wijze tot stand gekomen rechtsregels opereert, wordt die gezagsuitoefening geacht gelegitimeerd te zijn. Niet alleen de bureaucratische uitoefening van het overheidsgezag is van het type *Legale Herrschaft*, maar ook de parlementaire controle op de uitoefening van het overheidsgezag, mits die controle volgens vaste regels plaatsvindt. Die laatste vorm van controle kenmerkt zich door een direct aanspreken van de uitvoerende macht door de volksvertegenwoordiging, op grond van de ministeriële verantwoordelijkheid voor het overheidshandelen. Beide vormen van democratische controle kunnen gezien worden als vormen van dit type van legitimatie van het optreden van de staat.

Welk belang elk van deze twee vormen van democratische legitimatie heeft, hangt samen met de rol van het recht in de democratische rechtsstaat. 't Hart heeft weergegeven hoe de aard van de democratische controle verandert door een gewijzigde opvatting over de inrichting van de democratische rechtsstaat.[180] Drie perioden zouden daarin zijn te herkennen. De eerste is de periode van het *ancien regime,* waarin een grote mate van verwevenheid tussen recht en overheidsbeleid valt te constateren. De absolute macht van de vorst laat geen ruimte voor een onafhankelijke rechterlijke macht die bevoegd is tot een beoordeling van zijn handelen. Als reactie op die inrichting komt in het denken over de democratische rechtsstaat naar voren dat de functies van uitvoering en rechtspraak van elkaar gescheiden moeten zijn in verschillende machten. In de tweede periode wordt in de klassieke theorie over de democratische rechtsstaat uitgewerkt dat er binnen de trias politica een voortdurende spanning aanwezig moet zijn. Binnen die gespannen verhoudingen speelt het recht een bemiddelende rol. Door de scheiding van functies binnen de staat verkrijgen democratische en rechtsstatelijke controle beide hun eigen plaats. Democratische controle wordt uitgeoefend door de vaststelling van algemene bindende voorschriften door de volksvertegenwoordiging als (mede)wetgever, en door de uitvoerende macht te controleren. Rechtsstatelijke controle vindt plaats door de onafhankelijke rechter die het optreden van de uitvoerende macht aan de wet kan toetsen. In de derde periode krijgt het recht volgens 't Hart een andere rol toebedeeld. Het krijgt de functie om responsief te zijn, en zich aan te passen aan maatschappelijke ontwikkelingen. De overheid treedt steeds nadrukkelijker sturend op, en gebruikt het recht ook meer als sturingsinstrument. Daardoor komt een sterke verwevenheid van recht en beleid tot stand, waarbij de rechter ook het overheidsbeleid gaat toetsen op rechtmatigheid. Doordat het overheidsbeleid als methode van maatschappelijke sturing aan belang wint ten opzichte van het instrument van wetgeving, wordt de

179 Weber 2005, p. 726-742.
180 't Hart 1983.

controle van de uitvoerende macht als vorm van democratische controle belangrijker dan de wetgevingstaak.

Een ander aspect van de democratische rechtsstaat is dat de overheid daarin gebonden is aan het recht. Het concept van de rechtsstaat brengt traditioneel een aantal kenmerken met zich mee, zoals de gelding van grondrechten, de beperking van overheidsmacht door daaraan door de wet gestelde grenzen (het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr en artikel 1 Sv), de noodzakelijkheid van rechtsbescherming tegen het optreden van de overheid, en de scheiding van staatsmachten. Voor het strafrecht en de strafrechtelijke handhaving heeft de idee van de rechtsstaat belangrijke consequenties. Dat geldt bijvoorbeeld voor de vraag wat de aard is van het strafrecht: volgens Peters is de functie van het strafrecht uitsluitend gelegen in het normeren van het handelen van de staat in de strafrechtelijke handhaving. Door die machtscontrolerende functie draagt het strafrecht bij aan de individuele vrijheid van verdachten. In een ander perspectief kan het strafrecht voornamelijk als instrumenteel worden gezien: het schept de mogelijkheden om onrecht te bestrijden.

Foqué en 't Hart bepleitten in *Instrumentaliteit en rechtsbescherming* een tussenpositie. Daartoe wordt een rechtsbegrip gehanteerd dat als relationeel wordt aangeduid, en dat wordt afgeleid uit het denken over de democratische rechtsstaat dat ten grondslag heeft gelegen aan de staatsinrichting in de westerse wereld sinds het einde van de achttiende eeuw. Voor dat relationele rechtsbegrip wordt aangesloten bij Beccaria, en wel bij de gedachte dat individuele vrijheid tot uitdrukking moet komen in het recht, en grenzen moet stellen aan het ingrijpen van de overheid in het leven van burgers. De individuele burger mag nooit volledig toegankelijk zijn voor de overheid. Dat wordt gerealiseerd door een constructie van rechtssubjectiviteit, waardoor de overheid in een beperkte en benoemde verhouding staat tot de burger als rechtssubject. Verder wordt voor het rechtsbegrip dat in een democratische rechtsstaat moet worden gehanteerd aansluiting gezocht bij Montesquieu, en diens ideeën over de scheiding der machten. Dit denken geeft mede vorm aan het relationele rechtsbegrip, doordat het recht de verhouding tussen de staatsmachten in de democratische rechtsstaat mede bepaalt. Het recht construeert daarin de staat en geeft zo de mogelijkheid aan de maatschappij om zichzelf te ordenen. Dit recht moet worden gezien als een resultaat van maatschappelijke ordeningsprocessen, en niet als een daaraan voorafgaande, onafhankelijk van de maatschappij bestaande realiteit.

De ordening die het recht in de maatschappij moet aanbrengen wordt beperkt door de idee van rechtssubjectiviteit: het recht mag niet de staat de mogelijkheden geven om zo diep in te grijpen in het leven van de burger dat daardoor de individuele vrijheid wordt bedreigd. De maatschappelijke orde waarnaar gestreefd moet worden dient, met andere woorden, een rechtsorde te zijn. Oftewel: de rechtsorde dient die kwaliteit te bezitten dat daarbinnen door het recht aan het individu een sfeer van vrijheid wordt geboden waarbin-

nen hij zichzelf tot ontplooiing kan brengen. Daarmee heeft het relationele rechtsbegrip van Foqué en 't Hart een duidelijk liberaal karakter. In de uitwerking blijkt echter niet slechts de vrijheid van de verdachte centraal te staan, en daarin ligt een duidelijk verschil met de rechtsopvatting van Peters. Volgens Foqué en 't Hart volgt uit de rechtssubjectiviteit in een democratische rechtsstaat, dat aan alle burgers die sfeer van vrijheid moet worden geboden. Daarom eist het recht dat ook de vrijheid gegarandeerd is van alle burgers die niet als verdachten in de strafrechtspleging worden betrokken. Het recht fungeert dus ten aanzien van slachtoffers van strafbare feiten als een instrument ter verzekering van hun vrijheid. Die twee zijden van het relationele rechtsbegrip, instrumentaliteit en rechtsbescherming, hangen onverbrekelijk samen en vloeien beide voort uit het rechtsbegrip dat in een democratische rechtsstaat behoort te worden gehanteerd. Als kritiek daarop zou kunnen worden aangevoerd dat instrumentaliteit, zo opgevat, in wezen niet veel anders is dan rechtsbescherming, maar dan gericht op slachtoffers van strafbare feiten. Een verschil is echter dat het recht op deze manier ten aanzien van slachtoffers een inspanning dient te leveren. Het recht legitimeert daardoor niet alleen het optreden tegen verdachten, maar het schept ook verplichtingen voor de strafvorderlijke autoriteiten. Uit de rechtsstaatgedachte kunnen op deze manier eisen worden afgeleid waaraan de strafrechtelijke rechtshandhaving dient te voldoen.[181]

2.8.2 De taak van het OM

De Wet op de rechterlijke organisatie bevatte in artikel 4 een omschrijving van de taak van het OM, dat volgens de wet was belast 'met de handhaving der wetten, met de vervolging van alle strafbare feiten en het doen uitvoeren van alle strafvonnissen'.[182] De zinsnede 'handhaving der wetten' hield oorspronkelijk in het voorlichten van de rechter over de toepasselijke wetsbepalingen en het instellen van rechtsmiddelen bij schending van de wet.[183] Het ging daarbij dus met name om de bevordering van een juiste toepassing van de wet door de rechtsprekende macht. Een duidelijk voorbeeld daarvan is te vinden in de taak van het parket bij de Hoge Raad om in conclusies voorlichting te geven over de betekenis van de wet,[184] een taak die door de plaatsing van het parket buiten de organisatie van het OM inmiddels aan die laatste is onttrokken. Het namens de rechtsorde reageren op een strafbaar feit door middel van vervolging werd niet begrepen onder de 'handhaving' zoals die

181 Daarover ook Mevis 1998, p. 3.
182 Deze omschrijving is nog steeds te vinden in art. 13 Wet militaire strafrechtspraak. In art. 9 van de Rijkswet openbare ministeries van Curaçao, van Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba zijn de oude en nieuwe taakomschrijving naast elkaar opgenomen.
183 Duisterwinkel 1965, p. 6; Duisterwinkel 1968, p. 205; De Pinto/De Pinto 1880, p. 46-47 ziet in deze taak vooral een algemene omschrijving van alle werkzaamheden van het OM.
184 Van Bemmelen 1957, p. 64.

in de oude taakomschrijving van het OM was opgenomen. Deze was immers apart opgenomen in de taakomschrijving van artikel 4 RO (oud).

Deze taakomschrijving werd ter discussie gesteld door onder andere 't Hart, die van mening was dat de taak zou moeten worden geformuleerd als 'handhaving van het recht'.[185] Hij baseerde zich daarbij onder meer op het argument dat in 1963 de cassatiegrond 'verkeerde toepassing of schending der wet' uit artikel 99 lid 1 RO was vervangen door 'schending van het recht'. Duisterwinkel heeft tegen dit voorstel voor een andere taakopvatting bezwaar gemaakt. Volgens hem brengt de omschrijving van de taak van het OM als 'de handhaving der wetten' juist tot uitdrukking dat de vervolgende overheid door het legaliteitsbeginsel (in de betekenis van *nulla poena sine lege*) aan de wet gebonden is.[186] Wanneer de overheid de handhaving van het recht als taak zou krijgen, zou de wet volgens Duisterwinkel haar beschermende karakter verliezen. Dat kan echter niet de bedoeling zijn geweest van 't Hart in zijn voorstel voor aanpassing van de formulering van de taak van het OM. Daaraan lag veeleer ten grondslag dat het OM in zijn taakuitoefening niet alleen beperkt was door de grenzen die de wet aan het strafrechtelijk optreden stellen, maar bovendien door de beperkingen die het recht daaraan stelt. De voorgestelde wijziging van de taakopvatting zou dus eerder meer dan minder beperkend uitwerken.

De Commissie-Donner, die adviseerde over de toekomst van het OM, signaleerde deze ruimere opvatting van de taak van het OM en sloot zich aan bij een bredere interpretatie van het begrip handhaving, waarbij de algemeen geïnterpreteerde handhavingstaak van artikel 4 RO concreet zou zijn uitgewerkt in de vervolgings- en executietaak.[187] In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket wordt in aansluiting op het standpunt van de commissie de kerntaak van het OM omschreven als 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde'.[188] Deze omschrijving van de taak van het OM is sinds de inwerkingtreding van de vernieuwde Wet op de rechterlijke organisatie[189] opgenomen in artikel 124 van die wet, die het OM 'belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en met andere bij de wet vastgestelde taken'.

De wettelijke bepaling waarin de taak van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde is opgenomen verleent geen bevoegdheden aan het OM, maar heeft een programmatisch karakter.[190] De vervolgingstaak valt daarmee in de nieuwe formulering onder het bredere begrip van rechtshandhaving.[191] De twee facetten van de voorlichting over de inhoud van het recht en het

185 't Hart 1976.
186 Duisterwinkel 1977, p. 123.
187 Donner 1994, p. 16.
188 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 392, nr. 3, p. 2.
189 Stb. 1999, 194.
190 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 392, nr. 3, p. 39.
191 't Hart 2001, p. 35.

reageren op schendingen daarvan door (rechts)personen, komen daarom samen in de vernieuwde taakomschrijving. Deze taak omvat zowel de strafrechtelijke reactie op en preventie van schendingen van de rechtsorde, als controle op de toepassing van het recht door de rechter. De nieuwe formulering van de taak van het OM omvat dus handhaving in ruime zin, waarbij niet alleen het behalen van wenselijke resultaten, maar ook de manier waarop die resultaten worden bereikt, van belang is.[192]

De verandering in de taakomschrijving van het OM die met de inwerkingtreding van de nieuwe wet RO is voltooid, is daarmee tweeledig. Aan de ene kant wordt de taakuitoefening van het OM georiënteerd op het recht, en niet uitsluitend op de wet. Aan de andere kant is het begrip van de term 'handhaving' veranderd. Dat hangt ook samen met het verwijderen van het parket bij de Hoge Raad uit de organisatie van het OM, hetgeen past in een ontwikkeling waarin het OM zich sterkere mate richt op het bevorderen van de naleving van het recht in de samenleving en het reageren op schendingen daarvan. Het bevorderen van de naleving van het recht door de rechter, waar de voorlichtingstaak in het oude begrip van 'handhaving der wetten' op was gebaseerd, is nog wel aanwezig, maar is minder geëxpliciteerd als kerntaak van het OM. De wijziging van de taakomschrijving in 'rechtshandhaving' die't Hart voorstond was met name geïnspireerd vanuit het eerste aspect: niet meer de wet, maar het recht moet leidend zijn bij de taakvervulling van het OM. De verschuiving van de gerichtheid van de handhaving, van werkzaamheid in de rechtspraak naar het bevorderen van naleving van het materiële strafrecht in de samenleving, valt in dat opzicht eerder als een neveneffect te karakteriseren. Dat werd door 't Hart weliswaar als wenselijk beschouwd, maar heeft niet voorop gestaan in zijn pleidooi voor een andere interpretatie van de taak van het OM.[193]

In verband met de taak van rechtshandhaving kan ook de 'magistratelijke houding' van het OM genoemd worden. Dat het OM de taak heeft het recht te handhaven, heeft als consequentie dat het daarbij ook ziet op de handhaving van de rechten van de verdachte. Rechtsbescherming is daarmee een integraal onderdeel van de taak van rechtshandhaving.[194] Door die opvatting van de taak van het OM staat het dan ook niet tegenover de verdachte, maar is het mede gericht op de verwezenlijking van diens rechten. Dat de verdediging zich alleen op die belangen hoeft te richten zorgt er voor dat er, ook ter terechtzitting, een verschil in het optreden van beide partijen is. Dat de taak van rechtshandhaving wordt opgevat als instrumenteel en rechtsbeschermend, leidt ertoe dat het OM zich in zijn taakuitoefening moet richten op alle betrokken belangen die rechtens te respecteren zijn.

192 't Hart 2001, p. 26.
193 Zie onder andere 't Hart 1976, p. 7-10.
194 Zie hierover uitgebreid Foqué & 't Hart 1990, 't Hart 1994a, 't Hart 2001.

2.9 DEELCONCLUSIE

Aan het eind van dit hoofdstuk wordt een antwoord geformuleerd op de eerste deelvraag, die luidde: wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafrecht in historisch perspectief? Het antwoord daarop omvat in ieder geval een beschrijvende component die aansluit bij de chronologisch te identificeren veranderingen die in het geldend recht te ontdekken zijn, wanneer onderzocht wordt welke ontwikkeling de omvang van de discretionaire ruimte in opsporing en vervolging in de loop des tijds heeft doorgemaakt. Daaraan is, zoals in de inleiding op dit hoofdstuk is vermeld, een hypothese gekoppeld die als kern heeft dat de omvang van deze discretionaire ruimte door de tijd heen groter is geworden.

Sinds de totstandkoming van nationale codificaties bestaan er wetboeken die als een uitputtende regeling van materieel strafrecht kunnen worden gezien. Een wettelijke verplichting om alle strafbare feiten te vervolgen wordt dan mogelijk. Wanneer, zoals in *common law* jurisdicties, strafbaarheid niet steeds op wettelijke delictsomschrijvingen is gebaseerd, ligt het ook niet voor de hand om de strafvorderlijke autoriteiten een verplichting tot vervolging op te leggen. Onder de landen die een omvattende codificatie van het materiële strafrecht tot stand hebben gebracht, zijn er die zo'n wettelijke vervolgingsverplichting hebben aanvaard; zij nemen het legaliteitsbeginsel als uitgangspunt. Andere landen gaan niet uit van een vervolgingsverplichting voor alle bewijsbare strafbare feiten, en huldigen het opportuniteitsbeginsel.

Deze keuze is in werkelijkheid nog maar een beginpunt. Het legaliteitsbeginsel blijkt zonder aanmerkelijke uitzonderingen een te grote werklast met zich mee te brengen voor de rechtshandhavingsinstanties, en het opportuniteitsbeginsel wordt ingekaderd in een uitgewerkt stelsel van controlemechanismen, om willekeur en rechtsongelijkheid tegen te gaan.[195] De vraag welke uitgangspunten gehanteerd moeten worden bij beslissingen omtrent opsporing en vervolging laat een heel scala van stelsels als mogelijkheid toe. Het legaliteitsbeginsel kan zeer rigide worden doorgevoerd, zoals in Italië gebeurd is, of kan worden afgezwakt met tal van uitzonderingen, zoals in Duitsland. Het opportuniteitsbeginsel kan terughoudend worden toegepast en daarmee fungeren als een manier om onbillijke strafrechtelijke reacties te voorkomen. Maar het kan ook ruim worden uitgelegd en een legitimatie bieden voor omvangrijke beleidsvrijheid ten aanzien van beslissingen omtrent opsporing en vervolging, en een basis vormen voor strafrechtelijke beleidsvorming.

Sinds de invoering van het OM in Nederland is de strafrechtelijke handhaving flexibel geweest, doordat het OM steeds de bevoegdheid heeft gehad om niet te vervolgen in gevallen waarin dat niet wenselijk was. Dit uitgangspunt werd in de strafrechtelijke literatuur ook vrij algemeen onderschreven.

195 Corstens/Borgers 2011, p. 36.

Hoewel onder het Wetboek van 1838 vaak nog rechtsingang moest worden verkregen, en de vervolgingsbeslissing dus, in ieder geval deels, door de rechter werd genomen, kwam er steeds meer ruimte voor de officier van justitie om op allerlei gronden niet te vervolgen, of transacties aan te bieden. Het legaliteitsbeginsel is nooit geldend recht geweest. Toen de Franse wetgeving in ons land werd ingevoerd, was het daaruit al verwijderd, vanwege de grote problemen die toepassing ervan met zich meebracht. Desondanks werd niet-vervolging als een uitzondering op de regel beschouwd. Aan het legaliteitsbeginsel kan dus wel een zekere invloed toegeschreven worden, hetgeen vooral te danken is aan de invloed die het Duitse recht heeft gehad ten tijde van de Nederlandse codificatie. Inmiddels is de strengheid van het Duitse stelsel overigens sterk verminderd: er zijn meer uitzonderingsgronden op de vervolgingsverplichting aanvaard, en die verplichting strekt zich bijvoorbeeld ook niet uit tot overtredingen.

In de ontwikkeling die het Nederlandse opportuniteitsbeginsel heeft doorgemaakt is een soort slingerbeweging te ontdekken. In de sterk versnipperde strafrechtelijke handhaving van de Republiek bestond een te grote vrijheid in het aanwenden van discretionaire bevoegdheden, ook voor eigen gewin. Hoewel in Nederland nooit een wettelijke vervolgingsplicht heeft gegolden, liet de negentiende-eeuwse wetgeving niet expliciet ruimte om bij de vervolgingsbeslissing met allerlei omstandigheden rekening te houden, en bij de opsporing van strafbare feiten nog veel minder. Desondanks werd er door velen vanuit gegaan dat het opportuniteitsbeginsel al gold voor de codificatie in het Wetboek van Strafvordering van 1926. Gedurende de negentiende eeuw bewoog de strafrechtelijke doctrine zich steeds verder van het legistische gedachtegoed vandaan, en het opportuniteitsbeginsel werd steeds nadrukkelijker als geldend recht beschouwd. Bij de vastlegging daarvan in de wet is er echter wel inspiratie gezocht bij het Duitse legaliteitsbeginsel. Hoewel in eerste instantie gekozen werd voor een vastlegging in de wet van legaliteitsbeginsel en opportuniteitsbeginsel naast elkaar, is uiteindelijk de wettelijke verplichting tot vervolging niet in de wet opgenomen en resteert de uitzonderingsbevoegdheid. Toch werd uitgegaan van de regel dat vervolging het uitgangspunt is, en dat daarvan slechts mag worden afgeweken wanneer dat in het algemeen belang is. Een vastlegging van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel was indertijd een brug te ver.

In de rechtsgeschiedenis is er dus geen duidelijke lijn te ontdekken, in de zin dat er sprake zou zijn van een ontwikkeling die begint met het legaliteitsbeginsel en zich geleidelijk beweegt in de richting van een steeds ruimere toepassing van het opportuniteitsbeginsel. De hypothese die ten grondslag lag aan dit hoofdstuk moet daarmee worden afgewezen. Eerder kan een slingerbeweging worden geconstateerd: aan het ene uiterste wordt grote waarde gehecht aan een strikte handhaving van het materiële strafrecht, en aan het andere uiterste wordt het materiële recht als bevoegdheidsverlenend, maar niet als richtinggevend beschouwd. Voor beide uitersten, en voor alle

mogelijke tussenposities, zijn argumenten van uiteenlopende aard aangedragen. Vragen van staatsrechtelijke aard spelen daarbij steeds een rol. Wanneer de strafwet als richtinggevend voor de handhaving wordt beschouwd, bijvoorbeeld vanwege de democratische legitimatie ervan, is er weinig noodzaak voor een controle op de algemene lijnen van het vervolgingsbeleid. Waarborgen rondom de concrete toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden blijven van belang. Wanneer er daarentegen geen sterke binding is tussen het vervolgingsbeleid en het materiële strafrecht, komt de democratische legitimatie van het vervolgingsbeleid minder sterk naar voren. Er ontstaat dan behoefte aan processuele oplossingen om de toepassing van het strafrecht aan de eisen van de democratische rechtsstaat te laten voldoen.

Dat er ook met de keuze voor het opportuniteitsbeginsel nog tal van uitwerkingen kunnen worden gekozen, blijkt hieruit, dat het opportuniteitsbeginsel op twee verschillende manieren kan worden geïnterpreteerd, negatief en positief. Met de term opportuniteitsbeginsel wordt een overkoepelende eigenschap aangeduid van zowel het uitgangspunt van de positieve interpretatie als van de negatieve interpretatie, namelijk dat het algemeen belang een rol kan spelen in beslissingen omtrent strafrechtelijke handhaving. Een strafvorderlijk stelsel dat een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel kent en een stelsel dat het legaliteitsbeginsel aanneemt, maar daar ruime uitzonderingen op toelaat, lijken in hun uitwerking echter sterk op elkaar. Een stelsel waarin de positieve interpretatie consequent is doorgevoerd, verschilt zowel van een stelsel met een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, als van een stelsel dat uitgaat van het legaliteitsbeginsel. Die laatste twee gaan immers beide uit van de regel dat bewijsbare strafbare feiten moeten worden vervolgd. Met de aanname van het legaliteitsbeginsel wordt die regel tot een wettelijke verplichting verheven. Daardoor moeten ook de uitzonderingen worden gecodificeerd, maar dat kan in principe ruimhartig gebeuren.

Het opportuniteitsbeginsel is op zichzelf een open begrip. Meer dan bij het legaliteitsbeginsel blijft er ruimte voor variatie in de juridische context van beslissingen omtrent opsporing en vervolging. Het geeft zeker enige structuur, maar het nodigt ook uit tot verdere precisering en invulling.[196] Daarom is het voor een goed begrip waarschijnlijk beter om deze drie verschillende uitgangspunten, het legaliteitsbeginsel, het negatief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel en het positief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel, als drie alternatieven te beschouwen. Er is dan niet zozeer sprake van een fundamentele scheidslijn tussen het legaliteitsbeginsel enerzijds en het opportuniteitsbeginsel, positief dan wel negatief geïnterpreteerd, anderzijds, of van een scheidslijn met aan de ene kant het positief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel en aan de andere kant het legaliteitsbeginsel en het negatief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel.[197]

---

196 Lensing & Mulder 1994, p. 6.
197 In die zin ook Melai/Groenhuijsen, aant. 5 op art. 167.

Nog sterkere differentiaties zouden goed kunnen passen bij een benadering van het opportuniteitsbeginsel in een periode waarin de legitimiteit van het strafrechtelijk optreden niet meer voortdurend ter discussie staat, of in ieder geval minder sterk dan in de justitiële crisis van het einde van het jaren zestig. Een meer gedifferentieerde interpretatie van het opportuniteitsbeginsel zou ook kunnen aansluiten bij een gewijzigde opvatting van de wijze waarop democratische invloed op de strafrechtelijke handhaving wordt uitgeoefend: niet uitsluitend via de controle op de uitvoerende macht, maar in toenemende mate door aanpassing van de strafwetgeving. De laatste jaren is immers een sterkere aanpassing van de materiële strafwetgeving, inclusief het sanctierecht, te bespeuren, en lijkt de parlementaire controle op het vervolgingsbeleid enigszins tanende. Dat geeft uitdrukking aan een sterkere behoefte aan sturing via de wetgeving, en maakt duidelijk dat het accent in de sturing van de strafrechtelijke handhaving niet meer op de beleidscontrole ligt.[198] De hiervoor als derde onderscheiden periode van ontwikkeling van de democratische rechtsstaat, met als kenmerk dat een belangrijk deel van de sturing door middel van overheidsbeleid plaatsvindt en de controle van de uitvoerende macht belangrijker is dan de wetgevingstaak, lijkt daarmee afgesloten te zijn.

Bij die stand van zaken ligt het niet voor de hand om bijvoorbeeld aan nieuw tot stand gekomen strafwetgeving elke sturende kracht te ontzeggen. Aan die sturing zal dan ook in de praktijk uitvoering moeten worden gegeven. Dat brengt met zich mee dat de strafwet bij de beoordeling van de opportuniteit van de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden wellicht een grotere rol zal moeten gaan spelen. Een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel zou aan die gedachte kunnen bijdragen.

Een interpretatie van het opportuniteitsbeginsel die aan die situatie het meest recht doet, is echter niet gebonden aan de categorische termen van positieve en negatieve interpretatie. Afhankelijk van de betreffende wetgeving, en de daarachter liggende sturingsgedachte, bestaat er dan veel of weinig discretionaire ruimte voor het OM in de handhaving. Met name wanneer in recente wetsgeschiedenis naar voren wordt gebracht dat wetgeving wordt ingezet ter bestrijding van maatschappelijke misstanden, en daarmee een sterk instrumenteel karakter heeft, zou een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel weerstand kunnen opwekken. Om de houdbaarheid van een aangepaste interpretatie te onderzoeken is het echter nodig meer in detail in te gaan op de verhoudingen binnen de staatsmachten. Met name de verhouding tussen OM, de Minister van Justitie en de wetgevende macht verdienen daarbij aandacht.

Aan deze verhoudingen wordt in hoofdstuk vier aandacht gegeven. Voordat daarbij kan worden stilgestaan is echter meer duidelijkheid nodig over de inhoud van beslissingen omtrent opsporing en vervolging. Daarom komt in het volgende hoofdstuk allereerst aan bod, welke gezichtspunten betrokken

198 Zie bijvoorbeeld Klip 2010; Groenhuijsen & Kooijmans 2010.

worden bij de invulling van het algemeen belang als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Daarna kan vervolgens de blik worden gericht op de institutionele en procedurele inbedding die het opportuniteitsbeginsel heeft gekregen.

3 Het algemeen belang en de effectiviteit van het Europese recht

3.1 Inleiding

Het strafrecht verleent de strafvorderlijke autoriteiten ruime bevoegdheden die zij in mogen zetten wanneer de daarvoor relevante materieel- en formeelrechtelijke voorwaarden zijn vervuld, en bij de toepassing waarvan hen een grote discretionaire ruimte toekomt vanwege de gelding van het opportuniteitsbeginsel. Dat deze autoriteiten in het kader van opsporing en vervolging een omvangrijke beleidsvrijheid bezitten ten aanzien van een ruime bevoegdhedencatalogus heeft een aantal gevolgen. Zij moeten immers beslissen hoe zij met deze bevoegdheden in de praktijk zullen omgaan, en met welke handelingen zij uitvoering geven aan de hen toegekende bevoegdheden. In het vorige hoofdstuk is al het een en ander naar voren gekomen over de redenen die gebruikt worden bij de beslissing of strafrechtelijke middelen worden ingezet. Daarbij is ook aandacht geweest voor het criterium dat de toepassing van het opportuniteitsbeginsel inhoudelijk beheerst: het algemeen belang. De rol die dat criterium kan spelen en de inhoud die daaraan gegeven kan worden, werden al enigszins belicht. In dit hoofdstuk staan ze pas centraal.

Dit hoofdstuk richt zich vooral op het begrip van het algemeen belang in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in Nederland, waarbij tevens aandacht is voor de beïnvloeding van het algemeen belang door het recht van de Europese Unie. Bij de Europese dimensie gaat het met name om het vereiste dat de lidstaten van de Europese Unie in hun nationale rechtsordes een effectieve handhaving verzekeren van het Europese recht. Bij het onderzoek naar de inhoud van het algemeen belang, mede in Europees perspectief bezien, is het streven in dit hoofdstuk niet zozeer om de verschillende gronden die gebruikt worden voor de invulling van het algemeen belang minutieus in kaart te brengen. Er wordt naar gestreefd om een theoretisch doordacht begrip van het algemeen belang te verkrijgen. De nadruk ligt dus op het systematisch onderzoeken van het concept van het algemeen belang als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel en het verkrijgen van een bevredigende theorie daarvan. Daarmee wordt getracht antwoord te geven op de deelvraag die in dit hoofdstuk aan de orde is: wat is de betekenis van het algemeen belang als grondslag voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, in het licht van het Europese vereiste van effectiviteit?

Bij het onderzoeken van het criterium van het algemeen belang speelt onder meer een rol dat de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel niet steeds hetzelfde is geweest, zoals in het vorige hoofdstuk bleek. Voor de betekenis van het algemeen belang maakt het verschil of er een positieve of een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt gehanteerd. Wanneer het opportuniteitsbeginsel negatief geïnterpreteerd wordt fungeert het algemeen belang 'slechts' als uitzonderingsgrond, terwijl het in een positieve interpretatie zover moet zijn uitgewerkt dat de inzet van het strafrecht daarop volledig kan worden gegrond. Zo begrepen vervult het algemeen belang in deze twee interpretaties dus een tegengestelde rol. Dat heeft onvermijdelijk gevolgen voor de invulling ervan.

Sterker dan in het vorige hoofdstuk is er hier een rol weggelegd voor het Europese recht, dat in ieder geval deels in verband moet worden gebracht met de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. In een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, waarin het algemeen belang als uitzonderingsgrond fungeert, is het bijvoorbeeld de vraag of een reden om te seponeren zoals 'onvoldoende nationaal belang' nog wel mag worden gehanteerd wanneer belangen van andere Europese landen of van de Europese Unie zelf meespelen. Wanneer het opportuniteitsbeginsel positief wordt geïnterpreteerd, en het algemeen belang het strafrechtelijk optreden moet sturen, is relevant in hoeverre het belang van de effectieve handhaving van Europees recht moet meewegen in de bepaling van wat het algemeen belang vereist. Welke interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt gehanteerd, is dus relevant voor de beantwoording van de vraag welke invloed het Europese recht heeft op de betekenis van het algemeen belang.

Zoals ook het geval was bij het vorige hoofdstuk, ligt het accent vooral op het analyseren en verklaren van een bepaald aspect van het opportuniteitsbeginsel. Ten aanzien van de inhoud van het algemeen belang en de Europeesrechtelijke invloed daarop wordt vooral gebruik gemaakt van theorieën omtrent de rechtvaardiging en het doel van het straffen. Utilitaristische en retributivistische theorieën kunnen, al dan niet gecombineerd in enigerlei verenigingstheorie, als analytisch hulpmiddel worden gebruikt om inzicht te krijgen in de redenen die ten grondslag liggen aan strafvorderlijke beslissingen. Inzicht daarin kan echter ook richtinggevende werking hebben: deze theorieën zijn ook maatstaven voor het handelen, en dienen niet alleen ter verklaring achteraf, maar bezitten ook een richtinggevend karakter.

Dat het algemeen belang tegen een straf- of moraaltheoretische achtergrond kan worden geplaatst, hangt samen met het beschouwen van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel als een handelingspraktijk: daarbij gaat het immers om de beslissing over daadwerkelijk ingrijpen in de samenleving als geheel en mensenlevens in het bijzonder, en deze theorieën pretenderen gezichtspunten te bevatten die daarvoor richtinggevend kunnen zijn. Het algemeen belang vormt in dat verband een leidraad voor de daadwerkelijke

toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden. Autoriteiten die zijn belast met opsporing en vervolging dienen voortdurend te beslissen over het aanwenden van de hun toegekende bevoegdheden. Daarmee is het algemeen belang als beoordelingsmaatstaf in ieder geval normatief geladen, waarbij soms zelfs de normatieve inhoud juridisch is vastgelegd, bijvoorbeeld wegens de juridische dimensie van het te bespreken Europeesrechtelijke effectiviteitsbegrip.[1] Dat wil overigens niet zeggen dat daarmee een fundamenteel onderscheid wordt aangebracht tussen morele en juridische beslissingen, althans niet ten aanzien van de wijze waarop die beslissingen worden genomen. Deze beslissingen vertonen dusdanig veel overeenkomsten in inhoud en structuur dat het juridische en het morele niet strikt gescheiden kunnen worden. In zoverre ligt er aan dit onderzoek geen streng rechtspositivistisch uitgangspunt ten grondslag.

Normatieve keuzes worden gemaakt in het licht van relevante gezichtspunten, die moeten worden geïdentificeerd voordat een beslissing kan worden genomen. Dat er gekozen moet worden welke gezichtspunten in ogenschouw worden genomen bij de beslissing omtrent het algemeen belang, en dat er normatieve uitgangspunten bestaan die bij het nemen daarvan meewegen, betekent dat er twee dimensies te herkennen zijn in het begrip algemeen belang. Die dimensies worden hieronder aangeduid als catalogisch en axiologisch, respectievelijk gericht op het ordenen van redenen in het proces van besluitvorming en het waarderen daarvan. Hoe die twee dimensies zich tot elkaar verhouden en op welke wijze ze kunnen bijdragen aan een beter begrip van het algemeen belang is het onderwerp van paragraaf 3.2. Ook daarbij wordt teruggegrepen op het werk van MacCormick, zoals aangekondigd in het inleidende hoofdstuk. In dit hoofdstuk betreft het vooral *Practical Reason in Law and Morality*, waaraan inspiratie ontleend is.[2] Deze twee dimensies vormen vervolgens de rode draad van dit hoofdstuk.

Daarna volgt in paragraaf 3.3 een weergave van het algemeen belang zoals dat in de praktische toepassing van het opportuniteitsbeginsel gestalte heeft gekregen, als een begrip dat verband houdt met die normatieve theorieën over de rechtvaardiging en het doel van straffen, en dat daarin plaats biedt aan retributivistische en utilitaristische elementen. Vanuit dat begrip kan worden geanalyseerd hoe op grond van het algemeen belang te nemen beslissingen worden gerechtvaardigd. Dit sluit ook aan bij de manier waarop het algemeen belang gebruikt wordt als richtinggevende beoordelingsmaatstaf bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten. In deze paragraaf blijkt dat op vier manieren naar voren te komen. Uit de door het OM gehanteerde catalogus van redenen om niet tot vervolging over te gaan, de sepotgronden, uit de door het OM vastgestelde strafvorderlijke beleidsregels, uit de jurisprudentie van de gerechtshoven in zaken waarin beklag tegen niet-vervolging is ingesteld,

1 In paragraaf 3.4.
2 MacCormick 2008.

en uit gezichtspunten die in de strafrechtelijke literatuur naar voren worden gebracht als redengevend voor beslissingen omtrent opsporing en vervolging.

Na deze paragrafen, die vooral gericht zijn op de Nederlandse context, komt de Europese invalshoek naar voren in paragraaf 3.4. Daarin worden de eisen geanalyseerd die het Hof van Justitie stelt aan de gelijkwaardige en effectieve nationale behandeling van overtredingen van Europees recht. Volgens het Hof volgt uit de eis van loyale handhaving van het Unierecht, die in artikel 4 lid 3 VEU is opgenomen, dat de lidstaten overtredingen van het Europese recht met doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties moeten tegengaan, en dienen ze daartegen op te treden op een manier die gelijkwaardig is aan het optreden tegen vergelijkbare overtredingen van nationaal recht. Vooruitblikkend kan deze eis van effectiviteit worden gekenschetst als een rechtsnorm met een utilitaristisch karakter. Ten aanzien van geharmoniseerde beleidsterreinen geldt daarom een Europese handhavingsnorm die mogelijk afwijkt van de beoordelingsmaatstaf van het algemeen belang zoals die in de Nederlandse context ontwikkeld is.

In paragraaf 3.5 komt het perspectief van gedogen als bestuurlijke handelingspraktijk naar voren, en de grenzen die daaraan in het bestuursrecht worden gesteld. Daarbij wordt het contrast gezocht met de strafrechtelijke beschouwingen. Dat houdt in dat nadrukkelijk aandacht wordt gegeven aan de opvallende tegenhanger van het bestuurlijk gedogen: de beginselplicht tot handhaving. Deze is in de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State onder omstandigheden aanvaard, met name in het omgevingsrecht. Ook wordt stilgestaan bij de toepassing van het criterium van het algemeen belang in de bestuursrechtelijke context van de vernietiging van bestuursbesluiten. Deze paragraaf is met name van belang omdat uit het bestaan van de beginselplicht tot handhaving blijkt dat het Nederlandse publiekrecht een alternatief bezit dat inspiratie kan bieden voor een andere interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, wanneer de Europese effectiviteitseisen zo moeten worden uitgelegd dat ze inhoudelijke randvoorwaarden stellen aan strafrechtelijk optreden.

Tot slot worden in paragraaf 3.6 conclusies getrokken, waarbij wordt getracht een bevredigend antwoord op de in dit hoofdstuk centraal staande deelvraag te geven.

3.2 Een theoretisch perspectief op het algemeen belang

3.2.1 Een catalogische en een axiologische dimensie

In deze paragraaf worden enkele theoretische uitgangspunten uitgewerkt die verhelderend kunnen werken bij de verdere behandeling van het algemeen belang, zoals dat als inhoudelijke leidraad bij de toepassing van het opportuniteitsbeginsel moet worden begrepen. Het algemeen belang zoals dat fungeert

in de context van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, kan volgens mij het beste worden geanalyseerd door in dat algemeen belang twee dimensies te herkennen. Deze zijn in de inleidende paragraaf aangeduid als een catalogische en een axiologische dimensie. Met die twee dimensies is een beslismodel bedoeld waarin ten eerste het algemeen belang met zich meebrengt dat de functionarissen en instituties die belast zijn met strafvorderlijke beslissingen en beleidsvoering, identificeren welke verschillende gezichtspunten en belangen relevant zijn voor de te nemen beslissing of het te voeren beleid. Daarmee ordenen zij welke redenen mee kunnen spelen bij de strafvorderlijke beslissing of beleidsvorming die zij uitvoeren, en welke daarvoor irrelevant zijn. Ten tweede beslissen zij met behulp van de aldus geïdentificeerde gezichtspunten en belangen tot welk concreet strafrechtelijk ingrijpen de beraadslaging over die belangen behoort te leiden, of welk beleid in dat licht is aangewezen. Daarbij laten ze zich leiden door normatieve uitgangspunten over de rechtvaardiging en het doel van de aanwending van het strafrecht.

Deze catalogische en axiologische dimensies veronderstellen het maken van keuzes tussen verschillende mogelijke handelingen. Beslissers hebben redenen om te handelen zoals ze doen, en kunnen dat ook toelichten. Inzicht daarin kan leiden tot het hanteren van soortgelijke redenen wanneer deze overtuigend blijken te zijn in een bepaalde situatie: die beslissingen kunnen dus steeds vanuit zowel een analyserend als vanuit een richtinggevend perspectief worden bezien. Dat roept ook de vraag op hoe deze beslissingen en de redenen die daaraan ten grondslag liggen moeten worden begrepen. Daartoe zal in deze paragraaf enige theoretische verdieping worden gezocht, met name om te beoordelen of aan deze twee dimensies theoretische grondslag verleend kan worden. Dat is uiteraard van belang om te weten of dat theoretische kader geschikt is om te dienen als hulpmiddel voor een nadere beschouwing van het algemeen belang. Zoals in de inleidende paragraaf is aangegeven zal daarvoor in het bijzonder aansluiting worden gezocht bij MacCormicks *Practical Reason in Law and Morality*.[3] Dit werk is niet geheel verschoond gebleven van kritiek, maar is in het algemeen met waardering ontvangen. Bovendien is de één[4] kritischer dan de ander.[5] Dat neemt niet weg dat de aansluiting die hier bij MacCormick gezocht wordt enigszins eenzijdig is. Zolang dit onder ogen wordt gezien hoeft het echter geen obstakel te vormen, te meer omdat door deze keuze ook verband blijft bestaan met MacCormicks overige werk, en dat biedt het voordeel van methodologische helderheid.

3 MacCormick 2008.
4 Spaak 2009.
5 Bertea 2009.

3.2.2 Redenen om te handelen

MacCormicks theorie neemt als vertrekpunt dat elk mens zijn eigen redenen heeft om te handelen zoals hij doet, en in zoverre zijn de motieven die hij of zij daarvoor heeft puur een persoonlijke eigenaardigheid. Wanneer we die redenen kennen geeft ons dat informatie over die persoon en kan het verklaren waarom diegene op een bepaalde manier heeft gehandeld. Maar dat wil niet zeggen dat die reden dan ook redengevend kan zijn voor een toekomstige handeling en de beslissing kan sturen omtrent nog te maken keuzes. Om daaraan richting te kunnen geven is het nodig dat er redenen bestaan die rechtvaardigen dat de beslissing om op een bepaalde manier te handelen mag worden genomen. Het onderzoek naar de vraag welke redenen geschikt zijn om te gebruiken in een beslissing vraagt een kritisch-rationele benadering, die geen genoegen neemt met slechts een enkele verklaring van het handelen als voortspruitend uit een toevallige persoonlijke motivatie.[6]

In deze kritisch-rationele benadering draait het om de universaliseerbaarheid van redenen om te handelen. Een reden kan slechts gelden als rechtvaardiging van een handeling wanneer deze voor eenieder als goede reden kan worden aangemerkt. Hoewel deze beoordeling door MacCormick als objectief wordt aangemerkt, bevat hij ook een interpersoonlijk element: of redenen om te handelen inderdaad als universeel geldend kunnen worden gezien, is mede afhankelijk van een onderzoek naar de particuliere omstandigheden van degene die zich in de betreffende beslissituatie bevindt. De vraag die daarbij gesteld moet worden is, of eenieder in die specifieke situatie zich op gelijke wijze zou gedragen. Daarvoor zijn volgens MacCormick interesse en empathie noodzakelijk, die zowel door het aangaan en onderhouden van persoonlijke relaties als door bijvoorbeeld de kennisneming van literatuur kunnen worden bevorderd.[7]

Deze kritisch-rationele benadering van redenen die aan het handelen ten grondslag dienen te liggen valt volgens MacCormick te verdedigen, hoewel vanuit verschillende wetenschappelijke disciplines het idee van rationeel handelen is ondermijnd. Dat geldt bijvoorbeeld voor wetenschappelijk onderzoek dat op de één of andere manier een behavioristisch uitgangspunt omarmt. De stelling die vanuit dat type onderzoek wordt betrokken, dat veel van het menselijk handelen een toevallig karakter draagt en in ieder geval niet duidelijk blijk geeft van voorafgaande rationele besluitvorming, kan volgens MacCormick worden weersproken door te wijzen op grootschalige menselijke ondernemingen die gedurende lange tijd volgens een geregeld patroon worden uitgevoerd en tot een resultaat worden gebracht. Deze geven geen blijk van een overgeleverd zijn aan particularistische grillen. Het kenmerkende aan menselijke besluitvorming omtrent het handelen zou juist zijn dat onbewuste

6 MacCormick 2008, p. 7.
7 MacCormick 2008, p. 8-9.

voorkeuren, wanneer men zich daarvan bewust wordt, expliciet kunnen worden gemaakt en kunnen worden betrokken bij een beredeneerde keuze.[8]

Redenen die op deze manier kunnen meewegen bij een kritisch-rationele benadering zijn volgens MacCormick in te delen in drie typen. Bij het eerste type gaat het om redenen die de beslisser zelf betreffen, bij het tweede type om redenen die een ander betreffen en bij het derde type om redenen die de gemeenschap betreffen. Deze indeling in drie typen onderscheidt deze redenen daarmee in hun gerichtheid. Een ander onderscheid maakt MacCormick in de inhoud van redenen om te handelen. Redenen kunnen volgens hem twee verschillende vormen van inhoud hebben: een materiële en een ideële inhoud. De redenen dienen te worden betrokken in kritisch-rationele besluitvorming, voordat een beslissing wordt genomen over de wijze waarop zal worden gehandeld. Na de beslissing zal deze bovendien nog moeten worden geïmplementeerd. Kenmerkend daarbij is dat beslissingen, zeker wanneer die relatief veelomvattende consequenties hebben, niet onafhankelijk van hun context kunnen worden uitgevoerd. De uitvoering kan zich over een lange periode uitstrekken, in afwisseling met andere activiteiten en daarmee soms moeten concurreren. Het uitvoeren daarvan vergt kortom een integraal *plan of life*.[9]

In het nemen van een beslissing spelen deze verschillende typen redenen, met de verschillende inhoud waarop ze betrekking kunnen hebben, een rol. Redenen die de beslisser zelf betreffen, die anderen betreffen, en die de gemeenschap als geheel betreffen, dienen prudent te worden beoordeeld en gewaardeerd. Dat is vooral van belang wanneer redenen die een ander betreffen concurreren met redenen die de beslisser zelf betreffen: wanneer in die situatie aan de verschillende redenen een juiste waardering gegeven wordt kan men spreken van een moreel verantwoorde beslissing.[10] Daarbij zijn volgens MacCormick veel mensen geneigd de redenen die henzelf betreffen te overwaarderen, waardoor de essentie van moreel verantwoord handelen lijkt te liggen in het adequaat verdisconteren van de relevante redenen die anderen betreffen. Dat neemt niet weg dat een te rigoureuze onderwaardering van de redenen die gerelateerd zijn aan de beslisser zelf, niet gevergd wordt in het kader van een kritisch-rationele beoordeling van redenen om te handelen.

Een ander aspect dat van belang is bij de kritisch-rationele beoordeling van redenen om te handelen, is dat bepaalde handelingen uitgesloten zijn. Of handelingen dat zijn of niet, is afhankelijk van hun context in een normatieve orde: sommige handelingen zijn aangemerkt als niet toegestaan, en staan daarmee niet open voor overweging als te verkiezen handeling. Over handelingen die niet uitgesloten zijn kan men in vrijheid beslissen, met kritisch-rationele beoordeling van zichzelf, een ander en de gemeenschap betreffende redenen

8 MacCormick 2008, p. 10-12.
9 MacCormick 2008, p. 12-15.
10 MacCormick 2008, p. 16-17.

die materiële of ideële inhoud bezitten.[11] In dat verband verwijst MacCormick naar drie beginselen die door Stair worden gebruikt om het denken over deze redenen om te handelen te structureren. Stair gebruikt daarvoor de begrippen *obedience, freedom* en *engagement.* Daarmee bedoelt hij dat mensen allereerst verplicht zijn om de op hen rustende plichten te gehoorzamen. Voor zover zij daarmee niet in strijd komen, zijn zij verder vrij om te handelen. Die vrijheid kunnen ze echter weer verliezen door zich contractueel te binden, waarmee ze zijn onderworpen aan de verplichtingen die zij in vrijheid zijn aangegaan.[12]

De beoordeling van redenen om te handelen vindt volgens MacCormick niet plaats volgens een afwegingsproces, waarin aan de verschillende redenen een relatief gewicht wordt toegekend en via rekenkundige processen wordt afgewogen welke handeling de voorkeur dient te krijgen. Zo'n afwegingsproces sluit niet goed aan op de wijze waarop beslissers omgaan met situaties waarin zij zich geplaatst zien. Dat wil niet zeggen dat zij zich geen betrouwbaar beeld dienen te vormen van de verschillende redenen die hun keuze dienen te informeren, maar alleen dat de keuze die gemaakt wordt niet zozeer uit een afweging van die redenen voortvloeit, als wel dat die wordt beïnvloed door een geheel aan waarden die behoren tot de overtuiging van degene die de relevante redenen beoordeelt. MacCormick omschrijft dat standpunt als volgt: 'Taking all the quantified or quantifiable features of the choice-situation into account, one finally makes a qualitative decision guided by some commitment to preferred values of private life or of public life.'[13] Wat doorslaggevend is in de kritisch-rationeel geïnformeerde keuze is daarmee niet het relatieve gewicht van de geïdentificeerde redenen, relevant voor het handelen, maar hun betekenis in het licht van de normatieve overtuiging die degene die daarover moet beslissen er met betrekking tot het private of publieke leven op nahoudt. Dat roept onvermijdelijk een vervolgvraag op: welke normatieve overtuiging dient er te worden gehanteerd, of kan daarover niets worden gezegd?

Deze theorie met betrekking tot het handelen en de wijze waarop daarover moet worden besloten, lijkt overigens primair toegesneden op private beslissers, maar is daartoe zeker niet beperkt. Ook overheden hanteren immers normatieve uitgangspunten voor hun handelen, en zelfs ondernemingen gaan steeds vaker over tot het expliciteren van de waarden die zij als leidraad gebruiken bij hun bedrijfsvoering. Ook bij het voeren van overheidsbeleid dient volgens MacCormick allereerst een inventarisatie gemaakt te worden van de verschillende mogelijke gevolgen van een bepaald voorgenomen optreden, waarna daarin een keuze dient te worden gemaakt die gebaseerd is op een normatief ingekleurd ideaal dat de betreffende overheidsorganisatie nastreeft.

11 MacCormick 2008, p. 47-49.
12 MacCormick 2008, p. 105-107.
13 MacCormick 2008, p. 46.

Een dergelijke benadering is mogelijk complexer dan in eenvoudige situaties waarin private personen beslissingen nemen, maar het verschil is gradueel, niet principieel. De overheidsorganisatie die geregeld belangrijke beslissingen moet nemen over de toepassing van zijn bevoegdheden doet er volgens MacCormick goed aan om de waarden die zij door middel van haar optreden nastreeft, te expliciteren, zodat dat optreden ook kan worden beoordeeld op de mate waarin het erin slaagt de verwezenlijking van de achterliggende waarden dichterbij te brengen.[14]

3.2.3 Een normatieve maatstaf

Het standpunt van MacCormick houdt in dat het mogelijk is om op een rationele manier over het handelen na te denken, en dat dat denken op zo'n manier kan worden gestructureerd dat daaruit ook een praktisch bruikbare methode valt af te leiden. Die methode kent als eerste stap, zoals hiervoor uiteengezet, een inventarisatie van de relevante redenen die men kan hebben om op een bepaalde wijze te handelen. Daarbij worden de genoemde drie typen redenen onderscheiden, die bovendien in hun inhoud materieel of ideëel kunnen zijn. Wanneer die inventarisatie heeft plaatsgevonden, wordt het relevant welke kwalitatieve keuze gemaakt wordt op grond van een geheel aan waarden dat men tot leidraad voor het handelen wenst te nemen.

Wanneer het over private beslissers gaat, die in vrijheid over hun handelen kunnen beraadslagen, zijn die normatieve uitgangspunten tot op grote hoogte particularistisch. Men dient voor zichzelf te besluiten op grond van welk normatief kader men in de keuzes ten aanzien van het eigen handelen wil worden geleid. In zoverre gaat het bij private beslissers over een autonome moraal als invulling van deze normatieve uitgangspunten. Dat is anders bij beslissers die niet in de positie zijn om zelfstandig een normatief kader op te stellen dat als waardencatalogus hun handelen kan informeren. Wanneer bijvoorbeeld een ambtenaar beslissingen neemt in het kader van zijn taakuitoefening, dient hij daarbij te handelen conform de waarden die de overheidsorganisatie waartoe hij behoort onderschrijft. Dat betekent niet dat de wijze van beslissen en de structuur waarbinnen die beslissing genomen wordt wezenlijk verschillend is, maar wel dat de inhoud van de normatieve uitgangspunten die daarbij worden gehanteerd niet noodzakelijkerwijs door de beslisser zelf is ontwikkeld. Daardoor is er dan ook geen sprake van morele autonomie bij degene die voor de uiteindelijke beslissing verantwoordelijk is: die heeft plaatsgevonden in relatieve heteronomie ten opzichte van de normatieve uitgangspunten die aan hem extern zijn.[15]

---

14 MacCormick 2008, p. 43-46.
15 MacCormick 2008, p. 92.

MacCormick erkent dat morele autonomie ten grondslag ligt aan de normatieve uitgangspunten die als leidraad voor het handelen worden gebruikt, waardoor diversiteit in morele standpunten onontkoombaar is.[16] Desondanks heeft hij zelf een sterke voorkeur voor een bepaald type moraliteit, waarbij hij het niet heeft over de morele inhoud van die normatieve uitgangspunten, maar over de meta-ethiek die gebruikt wordt bij het tot stand brengen ervan. Deze meta-ethiek bestaat bij MacCormick uit een combinatie van de Kantiaanse categorische imperatief en de theorie van Adam Smith over *moral sentiments*. Die combinatie levert volgens MacCormick een meta-ethiek op waarin het risico van willekeur en onbeslisbaarheid in morele kwesties, dat op de loer ligt vanwege de morele autonomie van elke beslisser, ondervangen wordt, vanwege de plaats die daarin is ingeruimd voor wezenlijke menselijke emoties en voorkeuren die voortvloeien uit de menselijke natuur en de omgeving waarin menselijke samenlevingen functioneren. Het emotionele karakter van de menselijke natuur, zoals door Adam Smith ten grondslag gelegd aan zijn theorie over *moral sentiments*, moet tot uitdrukking kunnen komen in de wijze waarop menselijke beraadslaging over het handelen plaatsvindt. Vanwege de overeenkomstigheid van de menselijke natuur voor alle beslissers, betekent dat dat morele autonomie niet meebrengt dat grenzeloze verschillen in morele keuzes vaak en onoplosbaar zullen voortbestaan.

MacCormick brengt Smiths theorie in verband met een aangepaste versie van de eerste formulering van Kants categorische imperatief. Terwijl de eerste formulering van Kant vereist dat men moet handelen volgens een maxime waarvan men kan willen dat deze een universele wet wordt, heeft MacCormick in zijn versie de gerichtheid op de universele wet vervangen door het concrete oordeel. Dat sluit volgens hem beter aan bij de wijze waarop beslissers hun morele standpunten tot uitdrukking laten komen in het handelen. Daarbij dient dat concrete oordeel over wat in een bepaald geval het beste is om te doen, te zijn gebaseerd op een onpartijdige beoordeling van de gevoelens van alle betrokkenen. Daarin is de verbinding te zien tussen de categorische imperatief en de *moral sentiments*. De 'Smithiaanse categorische imperatief' is volgens MacCormick samen te vatten in twee samenhangende uitspraken:

> 'Enter as fully as you can into the feelings of everyone directly involved in or affected by an incident or relationship, and impartially form a maxim of judgment about what is right that all could accept if they were committed to maintaining mutual beliefs setting a common standard of approval and disapproval among themselves', en vervolgens: 'Act in accordance with that impartial judgment of what it is right to do in respect of the given incident or relationship'.[17]

16 MacCormick 2008, p. 94.
17 MacCormick 2008, p. 97-98.

3.2.4 Morele en juridische beslissingen en de rol van het strafrecht

MacCormicks standpunt dat de 'Smithiaanse categorische imperatief' een goede maatstaf is voor het nemen van beslissingen over het handelen houdt onder meer in dat die structuur voorafgaat aan de structuur van juridische beslissingen. Omdat de Smithiaanse categorische imperatief uitgaat van de erkenning dat wezenlijke menselijke behoeften funderend behoren te zijn in een metaethische theorie, valt het positieve recht te zien als een uitwerking van moraliteit. Mensen zijn in deze theorie immers gebruikers van normen, die moreel of juridisch van aard kunnen zijn. Door de uitoefening van de menselijke eigenschap van het normgebruik zijn zij vanuit het hanteren van morele normen, en het institutionaliseren daarvan, tot de ontwikkeling gekomen van een institutionele normatieve orde. Binnen die institutionele structuren is het namelijk mogelijk om uitdrukking te geven aan normatieve idealen, en om de naleving daarvan te maximaliseren, en dat is de reden om de gebruikte normen te institutionaliseren. Positief recht is daardoor een gevolg van menselijk normgebruik, en morele besluitvorming gaat dus aan rechtsvorming vooraf.[18]

Een manier waarop samenlevingen hun morele oordelen hebben geïnstitutionaliseerd is door de schending van bepaalde normen te bestraffen. Daartoe zijn institutionele systemen gecreëerd waarbinnen besloten wordt over de bestraffing van de overtreding van die materiële normen: strafrechtelijke systemen zoals die in veel samenlevingen zijn opgericht, waarin die institutionalisering meestal heeft plaatsgevonden in de context van de staat. Normen van materieel strafrecht vormen zo een geïnstitutionaliseerde neerslag van normatieve idealen die in de samenleving tot op zekere hoogte worden gedeeld of waarvoor dat in ieder geval op enig moment heeft gegolden. Dat achterliggende normatieve ideaal valt volgens MacCormick samen te vatten met een kerndoelstelling, die daardoor kan worden geacht in de betekenis van het geldende materiële strafrecht tot uitdrukking te zijn gekomen. Deze kerndoelstelling van het positieve strafrecht hoort volgens MacCormick te zijn, dat het in de samenleving de basisvoorwaarden voor een *civil society* verzekert. Dat houdt in dat een situatie moet worden gehandhaafd van onderling afzien van gewelddadigheden en andere onwelkome manieren van indringen in de levens van anderen, kortom van *civility*. Daarvoor is een bepaald niveau van onderling vertrouwen noodzakelijk, zodat het niet nodig is om voortdurend gewapend te zijn en voorbereid op onvoorziene aanvallen. De overheid is onmisbaar om deze basisvoorwaarden voor een fatsoenlijke samenleving te verzekeren of althans te bevorderen, en het strafrecht is een instrument waarmee de overheid deze basisvoorwaarden tracht te verwezenlijken.[19] Deze instrumentaliteit van het strafrecht heeft volgens MacCormick de functie dat het de voorwaarden

18 MacCormick 2008, p. 129.
19 MacCormick 2008, p. 123-125; MacCormick 2007b, p. 207, 221.

schept voor een vrije samenleving. Het maken van inbreuken op vrijheden door middel van strafrechtelijk ingrijpen is daarom gerechtvaardigd wanneer door dat ingrijpen inbreuken op vrijheden van anderen worden voorkomen. In termen van Stairs drieslag *obedience, freedom* en *engagement*: volgens MacCormick kan in een maatschappij slechts in vrijheid worden vormgegeven aan morele autonomie, wanneer aan de basale verplichtingen, die worden gehandhaafd door middel van het strafrecht, tot op grote hoogte door allen wordt voldaan.[20]

Oppervlakkig gezien lijkt deze theorie over de rechtvaardiging van het strafrecht veel op de theorie van Foqué en 't Hart over instrumentaliteit en rechtsbescherming. In MacCormicks visie fungeert het strafrecht immers ook als voorwaardenscheppend instrument voor een samenleving waarin de deelnemers in vrijheid vorm kunnen geven aan hun morele autonomie. De instrumentaliteit van het strafrecht betekent volgens Foqué en 't Hart dat het recht een maatschappelijke orde moet garanderen waarbinnen door het recht beschermde vrijheid mogelijk is.[21] Zij koppelen dat beschermende begrip van instrumentaliteit echter aan de voorwaarde dat het recht in die maatschappelijke orde aan de menselijke persoon het statuut van rechtssubject verleent. Omdat dat idee van rechtssubjectiviteit een contrafaktisch karakter bezit, kan volgens Foqué en 't Hart de maatschappelijke orde die dat rechtssubject dient te beschermen niet zonder meer worden geïdentificeerd met 'één feitelijke, dominant geworden en daardoor disciplinerende werkelijkheidsvoorstelling', maar moet in die orde ruimte worden geboden voor andere mogelijke werkelijkheidsvoorstellingen.[22] Dat zogenaamde tweede niveau van rechtsbescherming is een garantie tegen verstening van strafrechtelijke normenstelsels, en houdt de materiële inhoud van het recht open.[23]

In dit opzicht wordt een verschil zichtbaar met de theorie van MacCormick. Deze benadert de instrumentaliteit van het strafrecht veel minder relativerend dan Foqué en 't Hart, die in hun theorie aan instrumentaliteit in wezen ook een machtskritische inhoud toekennen. MacCormick hanteert als invulling van de taak van het strafrecht een veel inhoudelijker begrip van instrumentaliteit, waarbij hij bepaalde basisvoorwaarden voor een *civil society*, zoals het uitbannen van geweld en het beveiligen van bezit, erkent als essentiële randvoorwaarden voor een goed functionerende maatschappij, waaraan het strafrecht een onontbeerlijke bijdrage levert. De kenmerkende openheid die Foqué en 't Hart aan de instrumentaliteit verlenen, ontbreekt daarbij. Wanneer men die oriëntatie van de strafrechtelijke instrumentaliteit op de voorwaarden van *civility* aanvaardt, betekent dat aan de ene kant dat de kern van de door het strafrecht beschermde normen een minder flexibele aard wordt toegedicht dan

20 MacCormick 2008, p. 125.
21 't Hart 1994a, p. 217.
22 Foqué & 't Hart 1990, p. 389-390.
23 't Hart 1994a, p. 262-265.

wanneer strafrechtelijke normen principieel open en onderbepaald worden gehouden. Daardoor kan de mogelijkheid van verzet tegen de geldende materiële normen worden bemoeilijkt. Aan de andere kant betekent het erkennen van een zekere onveranderlijkheid in de kern van strafrechtelijke normen wel, dat in die normen een gemene deler en daarmee een helderder handhavingsopdracht valt te herkennen voor de strafvorderlijke autoriteiten. De hoofdtaak voor het strafrecht en voor de inzet daarvan is in die opvatting het garanderen van de basisvoorwaarden voor een *civil society.*

Wanneer die taak als normatief ideaal van het strafrecht wordt erkend, is het ook mogelijk om in beslissingsprocessen aan dat ideaal uitvoering te geven. Daarbij kan gebruik gemaakt worden van de hiervoor geïdentificeerde catalogische en axiologische dimensies, waarmee op een geproceduraliseerde wijze uitdrukking kan worden gegeven aan de Smithiaanse categorische imperatief. Om te onderzoeken op welke wijze strafvorderlijke autoriteiten daaraan uitvoering kunnen geven in hun beslissingen omtrent opsporing en vervolging, gebruik ik de hiervoor geïntroduceerde twee dimensies, gecomplementeerd met MacCormicks Smithiaanse categorische imperatief. In de catalogische dimensie dient dan een zorgvuldige en onpartijdige inventarisatie plaats te vinden van de gevoelens van alle betrokkenen bij een strafbaar feit. Daarbij dient uiteraard de verdachte zelf betrokken te worden en het slachtoffer of de nabestaanden wanneer die er zijn, maar ook de betrokken en potentieel betrokken overheidsorganisaties, evenals de samenleving als geheel voor zover daarin over het betreffende feit gevoelens zijn ontwikkeld.

Geïnformeerd door de op die manier geïnventariseerde gevoelens kan vervolgens een keuze worden gemaakt voor een bepaalde handeling, waarbij het waarborgen van de basisvoorwaarden voor een *civil society* als leidend kan worden erkend in de axiologische dimensie. Die basisvoorwaarden reflecteren de gezamenlijke overtuiging van de deelnemers aan de samenleving. Die kwalitatieve benadering leidt tot een normatieve keuze voor een bepaalde handeling in het licht van de geïdentificeerde relevante gevoelens, wat kan betekenen dat voor de inzet van strafvorderlijke middelen wordt gekozen of dat die inzet achterwege wordt gelaten, met daartussenin alle mogelijkheden die het strafvorderlijke instrumentarium biedt. Dit theoretische model hoeft uiteraard niet noodzakelijkerwijs een getrouwe weergave te zijn van de praktijk van strafrechtelijke rechtshandhaving, maar kan ook worden gezien als een middel tot kritische reflectie daarop. Het is bijvoorbeeld zeer de vraag of de oriëntatie op het waarborgen van de basisvoorwaarden voor een *civil society* breed wordt gedeeld als de meest fundamentele waarde van strafrechtelijke rechtshandhaving. De redenen waarom strafvorderlijke autoriteiten overgaan tot de inzet van strafvorderlijke middelen kunnen sterk verschillen. Dat lijkt een aanwijzing voor het ontbreken van een gedeelde waardencatalogus, maar of dat werkelijk zo is zal nader moeten worden onderzocht. En zelfs al zou dat zo zijn, dan nog is het de vraag hoe ernstig dat is, en of het wel mogelijk is om een volledig gedeelde waardencatalogus te benoemen en daaraan in

de praktijk toepassing te geven. Het door een beslissende autoriteit vaststellen van wat in het algemeen belang wordt geacht zal altijd een subjectief element blijven bevatten.[24] Wellicht is het beter om dat te erkennen dan om te pretenderen dat een uniform begrip van het algemeen belang haalbaar en wenselijk is. In de volgende paragraaf wordt daarom getracht een overzicht te geven van beslissingen omtrent het algemeen belang zoals die uit de (beleids)praktijk naar voren komen, van de verschillende manieren waarop over het concept van het algemeen belang in het strafrecht wordt nagedacht, en hoe dat inhoudelijk sturing geeft aan beslissingen omtrent de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden. Steeds is daarbij van belang welke gezichtspunten als relevant worden geïdentificeerd, en op welke manier er waarden-geladen uitgangspunten een rol spelen bij concrete beslissingen.

3.3 Toepassing van het algemeen belang in het strafrecht

3.3.1 Redenen omtrent opsporing en vervolging

De wet verleent het OM de bevoegdheid van vervolging af te zien (ook) op gronden aan het algemeen belang ontleend (artikel 167 lid 2 en 242 lid 2 Sv). Dezelfde term wordt gebruikt in de beklagprocedure, waarin het Gerechtshof een bevel tot vervolging achterwege kan laten op gronden aan het algemeen belang ontleend (artikel 12i lid 2 Sv). Deze term wordt in de wet niet verder ingevuld: uit de aanvaarding van het opportuniteitsbeginsel vloeit voort dat de waardering van het algemeen belang geen taak is van de wetgever, maar van de met opsporing en vervolging belaste instanties. In deze paragraaf staat centraal wat dit algemeen belang in de stafrechtelijke handhavingspraktijk inhoudt.

Bij beslissingen omtrent strafrechtelijke handhaving kan het algemeen belang twee verschillende verschijningsvormen aannemen. Dit volgt uit het onderscheid tussen negatieve en positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. In een negatieve interpretatie fungeert het algemeen belang als grond om strafrechtelijke handhaving achterwege te laten, terwijl in een positieve interpretatie het algemeen belang geldt als noodzakelijke voorwaarde om tot de inzet van het strafrecht over te gaan. Deze spiegelbeeldige rollen zijn te herkennen in de uitwerking die het algemeen belang in de strafrechtelijke handhaving heeft gekregen.

Desondanks is de ruimte die de wet laat zeer groot. Hoe wordt deze ruimte in de praktijk nu verder ingevuld? Bij een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel gebeurt dat door allerlei omstandigheden aan te merken als redenen om een uitzondering te maken op de regel dat overtredingen van de strafwet moeten worden vervolgd. Deze redenen om niet te vervolgen, maar

24 MacCormick 1978, p. 112.

te seponeren worden door het OM als sepotgronden aangeduid, gecategoriseerd, en geadministreerd. De lijsten die het OM heeft opgesteld kunnen mede dienen voor een statistische analyse van de gebruikte sepotgronden, waardoor een beeld verkregen kan worden van het relatieve belang van de verschillende redenen. Verder geven de toelichtingen bij de verschillende sepotgronden een beeld van de inhoud die het OM aan het concept van het algemeen belang toeschrijft.

Wanneer een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt aanvaard, fungeert het algemeen belang niet als uitzonderingsgrond, maar juist als voorwaarde voor vervolging. Het krijgt daarmee ook een andere invulling. Omdat bij deze interpretatie veel afhangt van het opportuniteitsoordeel, wordt daaraan in de literatuur een uitgewerkte theoretische basis ten grondslag gelegd. Het algemeen belang valt in die visie samen met de taak van het OM: bij een positieve interpretatie neemt het taakcriterium de rol van richtinggevend element voor de rechtshandhaving over van het materiële strafrecht. Als abstract concept is die taak al aan de orde geweest in het vorige hoofdstuk.[25] Het OM geeft daaraan een meer concrete invulling door in beleidsinstrumenten op te nemen in welke gevallen het de inzet van het strafrecht geboden acht, en in welke gevallen niet.

3.3.2 Redenen voor niet-vervolging: de sepotgronden

Op welke gronden door het OM wordt besloten wat de meest adequate strafrechtelijke reactie is, blijkt onder andere uit de rubricering van sepots in sepotgronden.[26] Die rubricering geeft althans een indruk van de belangen die in concrete gevallen meespelen bij de vervolgingsbeslissing, en die blijkbaar van zodanig gewicht kunnen zijn dat vervolging niet opportuun is. De lijst van sepotgronden geeft echter alleen een indicatie van redenen waarom niet tot vervolging wordt overgegaan, niet van redenen waarom wel zou moeten worden vervolgd. Daarom past dit instrument vooral bij een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Deze beperkingen in aanmerking genomen is er echter voldoende reden om deze sepotgronden nader te beschouwen.

Onvoorwaardelijke sepots worden gerubriceerd in de hoofdcategorieën technische sepots en beleidssepots. Alleen het beleidssepot wordt geacht gebaseerd te zijn op overwegingen omtrent het algemeen belang. Voor een technisch sepot wordt gekozen wanneer een veroordeling onhaalbaar lijkt. Soms is een technisch sepot echter een vermomd beleidssepot, wanneer een feit wordt 'weggeseponeerd'.[27] Het onderscheid tussen beleidssepots en tech-

25 Paragraaf 2.8.
26 Daarover uitgebreid onder andere Corstens & Tak 1982, p. 104-116. Zie over het sepotbeleid verder Teijl 2004.
27 Van Dijck 2003, p. 242-245.

nische sepots is daarom minder eenduidig dan het op het eerste gezicht lijkt. Ook een beslissing om in een voorlopig nog niet bewijsbare zaak, niet actief op zoek te gaan naar meer bewijsmateriaal, wanneer dat wel mogelijk zou zijn, is een beleidsbeslissing, maar daarop volgt wel een technisch sepot wegens gebrek aan bewijs.[28] In beginsel vallen technische sepots buiten de reikwijdte van dit onderzoek, met de kanttekening dat technische en beleidssepots niet strikt kunnen worden gescheiden.

In 1976 werd op het ministerie van Justitie blijkbaar de behoefte gevoeld om redenen voor niet-vervolging te categoriseren, want op 25 oktober van dat jaar stelde de Minister van Justitie bij beschikking een werkgroep 'Rubricering sepotgronden' in. Deze werkgroep stond onder leiding van W.H. Overbeek, en publiceerde in 1978 een rapport.[29] Van dit rapport werd vervolgens een uittreksel gemaakt, dat als 'werkmap rubricering sepotgronden' in 1979 werd uitgegeven.[30] Het Ministerie van Justitie gaf in 1983 een handleiding uit ter vervanging van deze werkmap.[31] Het is moeilijk te achterhalen, maar mogelijk is er in 1986 door het Ministerie een nieuwe versie uitgegeven.[32] Deze documenten betroffen alle categoriseringen van de verschillende in de praktijk door de leden van het OM gehanteerde redenen om geen vervolging in te stellen, waarbij het initiatief tot de inventarisatie dus uitging van het Ministerie van Justitie.

Het initiatief werd later overgenomen door het OM. Op 26 september 1999 stelde het College van Procureurs-generaal een Instructie sepotgronden vast, die in werking trad op 15 juli van dat jaar.[33] De Handleiding rubricering sepotgronden verviel hiermee. Op 6 augustus 2007 stelde het College van Procureurs-generaal een Aanwijzing gebruik sepotgronden vast, die op 1 februari 2008 in werking trad en waarmee de Instructie sepotgronden verviel.[34] Door het College werd een gewijzigde versie van deze aanwijzing vastgesteld op 15 december 2008, in werking tredend op 1 februari 2009,[35] op 4 december 2012 gevolgd door weer een gewijzigde versie, die in werking trad op 1 januari 2013.[36]

Sinds 1 februari 2008 is daarmee een opvallende wijziging in de juridische status van de sepotgronden opgetreden, vanwege het verschil tussen de beleidsdocumenten van de instructie en de aanwijzing. Instructies die door het OM worden uitgevaardigd zijn voor intern gebruik en binden de leden

28 Over de verhouding tussen technische sepots en beleidssepots wordt verder ingegaan in paragraaf 4.2.4.
29 Werkgroep 'Rubricering sepotgronden' 1978.
30 Werkmap rubricering sepotgronden 1979.
31 Handleiding rubricering sepotgronden 1983.
32 Rubricering sepotgronden 1986.
33 Registratienummer 1999I006.
34 Registratienummer 2007A012, *Stcrt.* 2008, nr. 19.
35 Registratienummer 2008A029, *Stcrt.* 2009, nr. 795.
36 Registratienummer 2009A016g, *Stcrt.* 2012, nr. 26859.

van het OM, maar worden niet gepubliceerd. Aanwijzingen binden de leden van het OM ook, en worden tevens gepubliceerd. Dat de sepotgronden en de toelichting daarop inmiddels worden gepubliceerd in aanwijzingen, betekent dat ze gelden als recht in de zin van artikel 79 RO, en dat ze in rechte kunnen worden ingeroepen wanneer daarop gerechtvaardigd is vertrouwd. De vraag is wel hoe dat vertrouwen in de context van de Aanwijzing sepotgronden precies moet worden gezien. Wellicht is het mogelijk dat een verdachte van een strafbaar feit zich beroept op schending van het vertrouwensbeginsel, omdat hij van mening is dat er een sepotgrond van toepassing is. Daarbij zal hij ongetwijfeld geholpen zijn als in de toelichting bij een sepotgrond redenen worden genoemd of categorieën van zaken worden omschreven die aansluiten bij de zaak in kwestie.

Elke sepotgrond heeft in het systeem van de aanwijzing een nummer gekregen, waarbij de nummers onder de twintig gereserveerd zijn voor gronden voor een technisch sepot en die daarboven voor gronden voor een beleidssepot. Verder zijn de beleidssepots in meerdere categorieën onderverdeeld, waarvan de nummers steeds beginnen met een veelvoud van tien.

Technische sepots worden onderverdeeld in negen sepotgronden, namelijk 'ten onrechte als verdachte vermeld' (sepotcode 01), 'onvoldoende bewijs' (02), 'niet ontvankelijk' (03), 'burgerlijke rechter niet bevoegd' (04), 'feit niet strafbaar' (05), 'dader niet strafbaar' (06), 'onrechtmatig verkregen bewijs' (07), 'bestuurlijke boete: strafrechter niet bevoegd' (08) en 'rechtmatige geweldsaanwending (politie)ambtenaar' (09). Deze gronden voor technische sepots, die negatieve eindbeslissingen zijn over de haalbaarheid van de vervolging, geven duidelijk weer dat in de beslissingen over de haalbaarheid van de vervolging geanticipeerd wordt op het oordeel van de rechter, indien de zaak vervolgd zou worden.[37] Het beslissingsschema van artikel 348 en 350 Sv dat de strafrechter gebruikt, klinkt door in de verschillende gronden waarop een technisch sepot kan zijn gebaseerd. De grond 'ten onrechte als verdachte vermeld' biedt ruimte voor een negatief oordeel over de eerste hoofdvraag van artikel 350 Sv, maar kan misschien ook aangemerkt worden als een oordeel over de geldigheid van de dagvaarding. De grond 'onrechtmatig verkregen bewijs' is eerder een anticipatie op mogelijke bewijsuitsluiting krachtens artikel 359a Sv, waarmee, afhankelijk van de sanctie op de onrechtmatigheid, op verschillende onderdelen van het beslissingsmodel geanticipeerd wordt. Deze gronden voor een technisch sepot zijn overigens ook voor een groot deel terug te vinden in de gronden die moeten worden opgenomen in de kennisgeving van niet verdere vervolging (artikel 247 Sv). In dit artikel wordt gesproken van de volgende gronden: onbevoegdheid van de rechtbank (artikel 247 onder a Sv), vereniging met een strafzaak bij een andere rechtbank (b), niet-ontvankelijkheid van het OM (c), niet-strafbaarheid van het feit of van de verdachte (d) en

37 Corstens 1974, p. 23; Corstens/Borgers 2011, p. 525; Van Dijck 2003, p. 245-249.

onvoldoende aanwijzingen van schuld (e). Deze opsomming is niet uitputtend, als de kennisgeving van niet verdere vervolging niet op één van de genoemde gronden gebaseerd is hoeft er geen te worden vermeld.[38]

De laatste twee gronden voor een technisch sepot, met codes 08 en 09, zijn vrij recent opgenomen in de aanwijzing. De grond 'bestuurlijke boete: strafrechter niet bevoegd' dient daarbij om, in gevallen waarin een feit bestuursrechtelijk wordt afgedaan en strafrechtelijke handhaving wettelijk is voorbehouden tot bijvoorbeeld gevallen van recidive, een sepot te baseren op de onbevoegdheid van de strafrechter. De sepotgrond 'rechtmatige geweldsaanwending (politie)ambtenaar' is volgens het OM opgenomen omdat het een specifieke categorie zaken betreft. Op zich zouden deze zaken, waarbij gehandeld is binnen de wettelijke kaders, bijvoorbeeld van de Ambtsinstructie, ook geseponeerd kunnen worden met als reden 'feit niet strafbaar'. Het OM heeft er echter voor gekozen om een aparte grond daarvoor op te nemen, wellicht om dergelijke zaken apart te administreren zodat ze in de vorming van beleid beter zichtbaar zijn.

De beleidssepots worden door het OM niet alleen ingedeeld in gronden, maar deze gronden worden bovendien gegroepeerd in categorieën. Daarbij wordt onder meer onderscheid gemaakt naar de manier waarop opvolging gegeven wordt aan een sepot. Het gaat dan om de overdracht van de zaak aan andere instanties, zoals aan een militaire instantie, aan justitie in het buitenland of bijvoorbeeld aan de Inspectie voor de gezondheidszorg. Een ander onderscheid in sepots betreft de modaliteit ervan. Daarbij gaat het slechts om beleidssepots, want technische sepots zijn altijd onvoorwaardelijk: de overheid heeft daarbij immers erkend dat er geen wettelijke mogelijkheden zijn om strafvorderlijk ingrijpen op te baseren. Het OM onderscheidt vier verschillende modaliteiten van beleidssepots. Het betreft ten eerste onvoorwaardelijke sepots zonder kennisgeving, ten tweede onvoorwaardelijke sepots met schriftelijke waarschuwing, ten derde onvoorwaardelijke sepots met mondelinge waarschuwing ten parkette en ten vierde voorwaardelijke sepots.[39]

Inhoudelijk worden de beleidssepots onderverdeeld in zeven categorieën. De eerste categorie, waarvan de sepotgronden genummerd zijn vanaf twintig, betreft 'gronden samenhangende met maatregelen genomen of nog te nemen door anderen dan de officier van justitie'. De gronden die hieronder vallen verwijzen naar justitiële of bestuurlijke beslissingen. Onder de eerste grond, 'ander dan strafrechtelijk ingrijpen prevaleert' (code 20), worden sepots geadministreerd die gebaseerd zijn op de overweging dat ingrijpen van bestuurlijke of semi-strafrechtelijke aard vanwege billijkheid of doelmatigheid in het concrete geval prevaleert boven strafvervolging. Het kan daarbij gaan om

38 Zie ook de vraag van het Kamerlid Van Oven naar aanleiding van een geseponeerde moordzaak: *Aanhangsel Handelingen II* 2000/01, nr. 695.

39 Aanwijzing gebruik sepotgronden, *Stcrt.* 2012, nr. 26859, p. 3-4.

ingrijpen dat al heeft plaatsgevonden, of dat nog verwacht wordt. Onder deze eerste categorie beleidssepots vallen ook de gronden die strafvervolging onwenselijk doen zijn vanwege de omstandigheid dat een bepaalde (jeugd-) maatregel is of wordt uitgevoerd: 'civielrechtelijke jeugdmaatregel' (code 21), 'strafrechtelijke jeugdmaatregel' (code 22) en 'T.B.S.' (code 23).

De tweede categorie is getiteld 'gronden samenhangende met de algemene rechtsorde'. De eerste sepotgrond die daaronder valt, 'landsbelang' (code 30), wordt toegelicht met de woorden: 'staatsveiligheid, ontzien van buitenlandse betrekkingen, voorkomen van ongewenste maatschappelijke onrust'. Onder deze sepotgrond kunnen dus sepots worden geadministreerd waartoe is besloten om redenen die samenhangen met de rechtstreekse belangen van de staat zelf. De tweede sepotgrond in deze categorie is getiteld 'wetswijziging' (code 31), die als volgt wordt toegelicht: 'in verband met te verwachten wetswijziging op grond van wijziging van inzicht in strafbaarheid of strafwaardigheid'. Deze sepotgrond geeft daarmee de mogelijkheid te anticiperen op decriminalisering, maar is niet nodig om voltooide wetswijzigingen te verwerken: wanneer de strafbaarheid immers al is ontvallen aan een bepaalde overtreding, kan een technisch sepot volgen vanwege de reden dat het feit niet strafbaar is, waarbij de sepotgrond met code 05 wordt gebruikt. De derde en laatste sepotgrond in deze categorie betreft 'onvoldoende nationaal belang' (code 32). Deze grond wordt toegelicht met verschillende gezichtspunten: 'voorkeur wordt gegeven aan berechting in het buitenland; de verdachte is uitgezet dan wel uitgeleverd; de verdachte verblijft in het buitenland en is niet bereikbaar, dan wel de kosten van vervolging wegen niet op tegen het te beschermen belang.' Bij deze sepotgrond gaat het dus met name om de band tussen de Nederlandse rechtsorde en de verdachte in kwestie.

De derde categorie betreft 'gronden samenhangende met het gepleegde feit'. Het gaat daarbij om sepotgronden die kunnen worden gebruikt wanneer geen strafvervolging wordt ingezet omdat dat 'onevenredig zwaar' zou zijn in verhouding tot datgene dat heeft plaatsgevonden, of dat vervolging 'onbillijk of ondoelmatig wordt geacht'. Concreet gaat het om de volgende sepotgronden. De eerste grond is getiteld 'gering feit' (code 40), waarbij de toelichting luidt: 'het gebeurde is een zo geringe inbreuk op de rechtsorde of heeft zo weinig schade veroorzaakt, dat een strafvervolging terzake het strafbare feit waaronder het is te brengen onevenredig zwaar zou zijn in verhouding tot wat heeft plaatsgevonden'. Er is een andere sepotgrond voor het geval dat het gepleegde feit op zich wel ernstig genoeg is om strafvervolging in te stellen, maar de bijdrage van de verdachte daaraan niet erg groot is. Het betreft sepotgrond 'gering aandeel in feit' (code 41), die wordt toegelicht met de volgende woorden: 'het feit, door samenwerking van meer dan één persoon gepleegd, is op zich zelf wel ernstig genoeg voor een strafvervolging maar het aandeel van de verdachte daarin is zo gering, dat een strafvervolging van hem onevenredig zwaar zou zijn'. In aanvulling op deze gronden is er een sepotgrond opgenomen voor de situatie dat het gepleegde delict op zich wel strafwaardig is, maar

dat een beroep op een strafuitsluitingsgrond een grensgeval zou zijn: 'geringe strafwaardigheid van het feit' (code 42). De toelichting hierop luidt: 'hoewel aan de formele eisen van een strafbaar feit is voldaan en een rechtvaardigingsgrond of schulduitsluitingsgrond (overmacht, noodweer e.d.) in strikte zin ontbreekt, is het gebeurde ten aanzien van een strafuitsluitingsgrond een zodanig randgeval dat een strafvervolging onevenredig zwaar zou zijn'. Vervolgens is er een sepotgrond 'oud feit' opgenomen (code 43), die wordt toegelicht met de woorden: 'het belang van strafrechtelijk ingrijpen is te gering geworden in verband met de lange tijd die is verstreken na het plegen van het feit, hoewel dit nog niet verjaard is, of de 'redelijke termijn' van artikel 6 EVRM is verstreken; vervolging kan daarom onbillijk of ondoelmatig worden geacht'. Ten slotte is er in deze categorie een grond opgenomen waaronder sepots kunnen worden geadministreerd die zijn gebaseerd op de omstandigheid dat het feit wordt gekenmerkt door ideologisch geladen conflicten of maatschappelijke belangentegenstellingen: 'maatschappelijk belangenconflict' (code 44). Deze grond wordt als volgt verduidelijkt: 'hoewel formeel strafbaar, is het feit een uitvloeisel van een sociaal economisch of politiek conflict met een ideologische achtergrond dat zich moeilijk leent tot incidentele strafrechtelijke beoordeling en beïnvloeding; het is daarbij niet van zodanige ernst, dat strafvervolging desondanks geboden zou zijn als bijv. ernstige geweldsdaden; gedacht is aan bedrijfsbezettingen, kraken van woningen, alternatieve hulp aan minderjarigen e.d.'.

De vierde categorie heeft geen betrekking op het feit zelf, maar bevat 'gronden samenhangend met de persoon van de verdachte'. Hieronder vallen allerlei persoonlijke situaties en persoonskenmerken die een reden kunnen zijn voor het OM om het instellen van strafvervolging achterwege te laten. Het gaat daarbij allereerst om 'leeftijd' (code 50), waarbij is opgemerkt: 'hoewel strafvervolging op grond van de leeftijd wel mogelijk is, wordt in verband met de jeugdige of gevorderde leeftijd vervolging niet doelmatig of te zwaar geacht'. Een volgende, meer met de persoonlijke omstandigheden dan met persoonskenmerken samenhangende grond betreft 'recente bestraffing' (code 51). Hierover wordt gezegd: 'in verband met een recente strafoplegging (inclusief strafbeschikking), transactie, waarschuwing ten parkette of schriftelijke waarschuwing wordt een nieuwe strafvervolging overbodig geacht, omdat het feit, was het eerder bekend geweest, in die strafrechtelijke reactie zou zijn meegenomen (vgl. art 63 Sr)'. Een soortgelijke gerichtheid spreekt uit de sepotgrond 'door feit of gevolgen getroffen' (code 52). Op welke manier de verdachte door het feit of de gevolgen daarvan getroffen kan worden komt tot uitdrukking in de opsomming die in de toelichting wordt gegeven: 'door eigen letsel; door letsel of verlies van naasten; in zijn maatschappelijke positie of in de verhouding tot zijn naaste omgeving; door ernstige financiële schade, rechtstreeks uit het feit voortvloeiend of door verplichte schadevergoeding; door een reactie van de overheid op het gepleegde feit, welke reactie voldoende representatief, te zwaar of minder juist blijkt te zijn geweest, bijv. inverzeke-

ringstelling, hard politieoptreden of onjuiste formaliteiten'. Meer op de persoon van de verdachte zelf gericht is de sepotgrond 'gezondheidstoestand' (code 53). Volgens de toelichting heeft deze betrekking op 'tijdelijke of permanente, zowel geestelijke als lichamelijke toestand van verdachte'. De persoonlijke omstandigheden van de verdachte en het mogelijk in gevaar brengen van zijn resocialisatie zijn het onderwerp van de sepotgrond 'reclasseringsbelang' (code 54). De toelichting geeft aan dat voor deze grond kan worden gekozen wanneer 'strafrechtelijk ingrijpen (...) hulpverlening door reclassering, kinderbescherming, dan wel andere instantie, [zou] doorkruisen'. Een daarmee samenhangende reden om niet tot vervolging over te gaan is neergelegd in de sepotgrond 'gewijzigde omstandigheden' (code 55). Deze heeft blijkens de toelichting betrekking op 'verbeterd levensgedrag van verdachte; dan wel omstandigheden die tot het delict hebben geleid of die tot recidive zouden kunnen leiden, bestaan niet meer of zijn in belangrijke mate gewijzigd'. Verder is het nog mogelijk dat persoonlijke omstandigheden van de verdachte het bezwaarlijk maken om hem te vervolgen: 'verdachte onvindbaar' (code 56). Deze wordt als volgt toegelicht: 'ondanks naspeuringen blijkt de verdachte niet te vinden, vervolging lijkt daarom weinig zin te hebben'. Ten slotte zijn er nog twee sepotgronden, 'corporatie wordt vervolgd' (code 57) en 'leidinggevende wordt vervolgd' (code 58) die beide niet zijn toegelicht in de Aanwijzing. Uit het onderling verband blijkt wel dat deze bedoeld zijn voor de situatie dat het OM kan kiezen of het een rechtspersoon vervolgt, of de feitelijk leidinggever aan het door de rechtspersoon gepleegde feit. Deze sepotgronden geven voor beide keuzes de mogelijkheid om een motivering te geven waarom de zaak tegen de andere verdachte is geseponeerd.

De vijfde categorie betreft 'gronden samenhangende met de verhouding tussen verdachte en benadeelde'. Daarbij gaat het allereerst om de sepotgrond 'verhouding tot de benadeelde geregeld' (code 70). De uitleg hierbij is helder: 'het conflict is door verzoening of schadevergoeding zodanig opgelost, dat vervolging geen zin meer heeft'. Een ander aspect van de verhouding met de benadeelde komt naar voren in de sepotgrond 'medeschuld van de benadeelde' (code 71). Daarbij luidt de toelichting als volgt: 'benadeelde heeft het feit uitgelokt of verdachte getergd of het hem zeer gemakkelijk gemaakt'. Deze twee sepotgronden over de verhouding tussen de verdachte en de benadeelde worden aangevuld met een grond waar soortgelijke gevallen onder worden gebracht: 'vervolging in strijd met belang van benadeelde' (code 72). De toelichting maakt duidelijk dat het hier om een restcategorie gaat: 'hoewel niet een geval als genoemd in de voorgaande twee gronden (70-71) aanwezig is, brengt de benadeelde te respecteren redenen naar voren om geen vervolging in te stellen, vreest moeilijkheden, wil liever niet in de openbaarheid komen; er is niet een meer algemeen belang dat om vervolging vraagt'. Daarnaast is in deze categorie een grond opgenomen voor gevallen waarin geseponeerd wordt vanwege de 'beperkte kring' (code 73) waarin het feit is gepleegd. Deze grond wordt als volgt van een toelichting voorzien: 'het feit heeft zich in zo

beperkte kring afgespeeld – gezin, buren, e.d. – dat, in verband met de mate van ernst van het feit, onvoldoende gemeenschapsbelang aanwezig lijkt om een strafvervolging te rechtvaardigen'. De laatste sepotgrond in deze categorie betreft gevallen waarin aan de belangen van de benadeelde beter via een andere dan strafrechtelijke weg kan worden tegemoet gekomen: 'civiel en administratief recht' (code 74). De toelichting hierbij is tamelijk uitvoerig: 'er is wel formeel een strafbaar feit te construeren – zoals verduistering, onttrekken aan beslag, zaakbeschadiging – maar het gemeenschapsbelang is zeer gering en de aan de benadeelde toegebrachte schade lijkt beter langs civielrechtelijke of administratiefrechtelijke weg te kunnen worden geregeld; er is geen reden tot overheidsingrijpen; partijen kunnen hun conflict beter onderling gerechtelijk uitvechten'.

De zesde categorie sepotgronden is enigszins afwijkend van de voorgaande, omdat het hierin gaat om gronden die uitsluitend van toepassing zijn wanneer de executie van een strafbeschikking beëindigd wordt. Er is dan al overgegaan tot vervolging, namelijk door het uitvaardigen van een strafbeschikking, maar wanneer de executie daarvan niet voltooid kan worden, bestaat er de mogelijkheid om niet tot dagvaarden over te gaan, en daarmee de zaak toch te seponeren. Voor die gevallen zijn aparte sepotgronden opgesteld, die voor een groot deel inhoudelijk overeenkomen met de sepotgronden die in de voorgaande categorieën zijn opgenomen. Wat de technische sepots betreft gaat het om slechts één grond: 'beëindiging executie strafbeschikking: niet ontvankelijk', die kan worden gebruikt om sepots te administreren van zaken waarin het recht op vervolging is verjaard sinds de oplegging van de strafbeschikking, en die dus nadat de executie van de strafbeschikking niet is voltooid, desondanks niet kunnen worden vervolgd. De overige sepotgronden die in deze categorie zijn opgenomen betreffen beleidssepots. Het gaat daarbij vooral om gronden die ook buiten deze specifieke context voorkomen: 'civielrechtelijke jeugdmaatregel', 'strafrechtelijke jeugdmaatregel', 'T.B.S.', 'wetswijziging', 'onvoldoende nationaal belang', 'oud feit', 'leeftijd', 'recente bestraffing', 'door feit of gevolgen getroffen', 'gezondheidstoestand', 'reclasseringsbelang', 'gewijzigde omstandigheden' en 'verdachte onvindbaar'. Daarbij is nog één aanvullende grond opgenomen: 'beëindiging executie strafbeschikking: gijzeling toegepast' (code 98). Deze grond wordt als volgt toegelicht: 'in deze gevallen wordt afgezien van het dagvaarden omdat de bestrafte reeds gegijzeld is geweest terzake de hem bij strafbeschikking opgelegde geldboete'.

Opvallend is wel dat enkele van de sepotgronden niet in deze laatste categorie voorkomen, alsof het niet goed denkbaar is dat die toepassing zouden kunnen vinden in gevallen waarin na het niet voltooien van de executie van de strafbeschikking om enige reden niet tot dagvaarden zou worden overgegaan. Een voorbeeld daarvan is de sepotgrond 'landsbelang', waarvan de verwachting blijkbaar is dat een dergelijke reden zich niet voordoet in zaken waarin oorspronkelijk een strafbeschikking is uitgevaardigd. Daarnaast is opvallend dat géén van de redenen uit de categorie van de gronden samenhan-

gende met de verhouding tussen de verdachte en de benadeelde terugkomen. Daarentegen zijn alle gronden die samenhangen met de persoon van de verdachte ook in dit verband opgenomen. En van de gronden die samenhangen met het gepleegde feit is alleen de grond 'oud feit' beschikbaar. Die verschillen zijn uiteraard wel verklaarbaar: persoonlijke omstandigheden kunnen zich dusdanig ontwikkelen dat er sinds de uitvaardiging van de strafbeschikking een situatie is ontstaan dat de mislukte executie van de strafbeschikking niet meer hoeft te worden gevolgd door een strafvervolging. En wanneer het gepleegde feit blijkbaar ernstig genoeg was om het uitvaardigen van een strafbeschikking te rechtvaardigen, hoeft daarover geen hernieuwde beraadslaging plaats te vinden wanneer de executie daarvan mislukt; het feit wordt dan blijkbaar geacht ook ernstig genoeg te zijn om een strafvervolging te rechtvaardigen. Ook de verhouding met de benadeelde zal weinig veranderd zijn in de periode sinds de uitvaardiging van de strafbeschikking.

Als zevende en laatste categorie is er nog één grond opgenomen, maar dat betreft een administratief sepot (code 99) waarvoor gekozen kan worden wanneer een zaak dubbel in het administratiesysteem van het OM is ingeboekt. Daarbij gaat het dus niet om een beleidssepot in eigenlijke zin.

Deze sepotgronden geven in ieder geval enig inzicht in de inhoud van het beleid dat door het Openbaar Ministerie wordt gevoerd, althans voor zover daar op landelijk niveau over nagedacht wordt. Lokale en regionale verschillen in het beleid kunnen niet uit de catalogus van sepotgronden naar voren komen.[40] Verder zou dit instrument van de sepotgronden, wanneer zorgvuldig wordt geregistreerd hoeveel zaken onder welke grond worden geseponeerd, een middel kunnen zijn om het opsporingsbeleid zodanig aan te passen dat bepaalde typen zaken die structureel in een beleidssepot eindigen, al in de opsporingsfase aan het strafrechtelijke systeem worden onttrokken.[41]

Inhoudelijk gezien komt er een gemengd beeld uit de sepotgronden naar voren. Functioneel gezien passen ze met name bij een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, omdat ze uitzonderingsgronden vormen die kunnen worden gebruikt wanneer, in afwijking van de regel, niet tot vervolging wordt overgegaan. Wanneer het materiële strafrecht dusdanig is ingericht dat gedragingen die een strafbaar feit opleveren in beginsel voldoende strafwaardig zijn om vervolging te rechtvaardigen, zouden de sepotgronden beperkt kunnen blijven tot uitzonderingsgronden die met name met persoonlijke omstandigheden samenhangen, of althans niet rechtstreeks zijn verbonden met de ernst van het feit. In een dergelijke situatie is aan een correctie door middel van sepotgronden immers minder behoefte. De inhoud van de sepotgronden zoals hierboven weergegeven reflecteert een zodanige situatie echter niet. Daarin zijn namelijk wel verschillende gronden opgenomen die samenhan-

40 Corstens/Borgers 2011, p. 528.
41 Corstens/Borgers 2011, p. 529.

gen met de persoon van de verdachte en de persoonlijke omstandigheden van andere bij het strafbare feit betrokken personen, maar daarnaast bevat de verzameling sepotgronden een aanzienlijk aantal gronden die met het feit samenhangen. Deze worden gebruikt om strafzaken te seponeren waarbij onvoldoende sprake is van een strafwaardig gedraging. Daarom kan ook niet worden gesteld dat de sepotgronden enkel de mogelijkheid bieden om niet tot vervolging over te gaan in gevallen waarin dat niet doelmatig wordt geacht.

3.3.3 Redenen voor vervolging in beleidsregels van het OM

Spiegelbeeldig aan de sepotgronden geven aanwijzingen en richtlijnen voor strafvordering aan welke redenen het OM hanteert voor het afdoen van strafbare feiten. Er is echter wel een duidelijk verschil: de sepotgronden geven een opsomming van redenen die men kan gebruiken om een beslissing tot niet-vervolgen te administreren, maar ze hebben geen verplichtend karakter. Dat geldt althans zolang de rechter nog niet uit de Aanwijzing gebruik sepotgronden afleidt dat een verdachte gerechtvaardigd vertrouwen kon ontlenen aan de overeenkomst van zijn zaak met de omschrijving van een sepotgrond. Het strafvorderingsbeleid heeft dat bindende karakter wel. Dat komt tot uitdrukking in de keuzes die in de aanwijzingen en richtlijnen van het Openbaar Ministerie worden aangegeven wanneer de daarin genoemde voorwaarden aanwezig zijn. Daarmee zijn deze beleidsinstrumenten sterk gericht op de kenmerken van het strafbare feit, de omstandigheden waaronder dat zich heeft voorgedaan en de ernst van het feit, zoals dat naar voren komt uit een vergelijking met bepaalde in de instrumenten aangewezen factoren.

Hier is ook een duidelijke tegenstelling in vergelijking met de sepotgronden. Deze pasten vooral in een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. De richtlijnen en aanwijzingen van het OM geven echter een methode om te beslissen waarom wél tot de inzet van bepaalde strafrechtelijke instrumenten moet worden overgegaan. Dat lijkt goed samen te gaan met een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. De in de beleidsregels gespecifieerde factoren geven immers een antwoord op de vraag waarom er tot de inzet van strafrechtelijke middelen moet worden overgegaan, of bieden tenminste een leidraad voor de beslissing die moet worden bereikt. De praktische toepassing van de beleidsregels wordt tot op grote hoogte bepaald door het gebruik van het computerprogramma BOS/Polaris. Welke beslissing het OM in een zaak uiteindelijk neemt, is daarmee sterk afhankelijk van de inhoud van de gebruikte factoren, mede omdat de geautomatiseerde besluitvorming niet uitnodigt tot een zelfstandige afweging van de kant van de beslisser. Dat kan ertoe leiden dat relevante gezichtspunten die niet adequaat kunnen worden opgenomen in een geautomatiseerd beslissysteem, onderbelicht raken. Of deze werkwijze geheel verenigbaar is met de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, zal daarom nog moeten worden bezien.

Niet alleen het beslissen over de inzet van strafrechtelijke middelen en de modaliteit daarvan is een onderwerp van het beleid, maar ook de te vorderen straf is daarin opgenomen. Door middel van het Kader voor strafvordering[42] wordt door het OM een geüniformeerd beleid nagestreefd, zodat voor vergelijkbare delicten 'ongeacht plaats of beoordelaar, vergelijkbare straffen worden gevorderd'. Dat hoofddoel van geüniformeerde strafvordering wordt vergezeld van het doel van de richtlijnen om 'een beredeneerde indicatie van de modaliteit en strafmaat te geven bij de beoordeling van strafbare feiten'. Daarbij wordt overigens wel erkend, en er expliciet op gewezen, dat er een algemene bevoegdheid bestaat om af te wijken van de uitkomst die wordt voorgeschreven door de beleidsregels van het OM. Die uniformering wordt dus wel bevorderd door het strafvorderingsbeleid, maar niet strikt doorgevoerd. Het Kader voor strafvordering bevat de systematiek van het strafvorderingsbeleid, aan de hand waarvan in een strafzaak allereerst per feit het aantal 'strafpunten' wordt berekend, met toepassing van verschillende beoordelingsfactoren.

In die beoordelingssystematiek moet eerst het 'basisdelict' worden vastgesteld, waartoe in de richtlijnen voor strafvordering omschrijvingen zijn opgenomen. Aan dat basisdelict is een aantal 'basispunten' toegekend, die het uitgangspunt vormen van de berekening van het aantal strafpunten dat aan het feit moet worden verbonden. Wanneer aan een feit die basispunten zijn toegekend, zijn er zes categorieën van beoordelingsfactoren die bepalen wat het uiteindelijke aantal strafpunten bedraagt. De eerste categorie daarvan betreft de 'basisfactoren'. Daarbij gaat het om 'concreet aanwijsbare omstandigheden die, ongeacht het basisdelict, altijd even sterk strafverzwarend moeten worden geacht'. Deze basisfactoren zijn ook in de richtlijn opgenomen en verhogen het aantal strafpunten met een geheel aantal. De tweede categorie beoordelingsfactoren betreft 'delictspecifieke factoren'. Hierbij gaat het om omstandigheden die leiden tot een percentuele verhoging van het aantal strafpunten (waarbij de verhoging ook met inachtneming van de basisfactoren plaatsvindt). Bij deze delictspecifieke factoren gaat het bijvoorbeeld om de relatie tussen de verdachte en het slachtoffer, om de discriminatoire aard van het delict of de samenhang met een evenement. Ook de omstandigheid dat er sprake was van medeplegen kan op deze manier tot een percentuele verhoging van het aantal strafpunten leiden. De derde categorie beoordelingsfactoren betreft 'wettelijke factoren'. Dit zijn beoordelingsfactoren die zijn gebaseerd op 'algemene wetsartikelen', die in beginsel van toepassing zijn op alle delicten. De omstandigheden waarop deze beoordelingsfactoren zijn gebaseerd zijn daarom terug te vinden in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht, zoals de poging en de medeplichtigheid. Wanneer een dergelijke omstandigheid aanwezig is, leidt dat tot een percentuele verhoging of verlaging van het aantal strafpunten. Het betreft daarbij overigens niet altijd wettelijke strafverzwarende of strafverminderende omstandigheden, want uitlokking

42 Aanwijzing Kader voor strafvordering, *Stcrt.* 2012, 26824.

en doen plegen worden hier ook onder begrepen. De vierde categorie beoordelingsfactoren betreft de recidiveregeling, die wordt gezien als een verwerking van een kenmerk van de persoon van de verdachte. De mate van recidive leidt tot de verhoging van het aantal strafpunten met een bepaald percentage, waarbij de berekening plaatsvindt over het aantal strafpunten dat als resultaat van de basispunten, basisfactoren en de eerder genoemde beoordelingsfactoren verkregen is. Die regel geldt overigens bij elke percentuele verhoging in dit beslissingsschema. De vijfde categorie beoordelingsfactoren betreft de draagkracht van de verdachte. Daarvoor geldt dat het Kader voor strafvordering als uitgangspunt neemt dat de draagkracht van rechtspersonen eenvoudiger is vast te stellen dan de draagkracht van natuurlijke personen. Daarom is voor economische en milieudelicten, die vaak door rechtspersonen gepleegd worden, een beoordelingsfactor opgenomen die een gebrekkige draagkracht vertaalt in een lager aantal strafpunten. Voor natuurlijke personen is er geen draagkrachtregeling in het beleid opgenomen, maar wijst het Kader op de algemene afwijkingsbevoegdheid van de beleidsregels, die gebruikt kan worden om in concrete gevallen bij weinig draagkrachtige natuurlijke personen voor een andere afdoening te kiezen dan op grond van het aantal strafpunten is aangewezen. De zesde en laatste categorie heeft betrekking op mogelijk te bieden maatwerk, waarbij het aantal strafpunten niet wordt veranderd, maar wel een andere afdoeningsmodaliteit gekozen kan worden, een reclasseringsrapportage aangevraagd, of dat de beoordelaar wordt aangewezen om te overleggen met de officier van justitie.

Wanneer de strafpunten per feit zijn berekend, worden deze opgeteld zodat een totaal aantal strafpunten wordt verkregen, waarmee vervolgens wordt bepaald voor welke sanctie moet worden gekozen. Bij die bepaling worden sanctiepunten bepaald door aan de strafpunten een afnemend grensnut toe te kennen: een toename van het aantal strafpunten leidt tot een steeds geringere toename van het aantal sanctiepunten. Het aantal sanctiepunten is vervolgens bepalend voor de sanctie die als nastrevenswaardig wordt gezien: tot en met 20 sanctiepunten dient bij strafbeschikkingen een geldboete te worden opgelegd of anders een geldtransactie te worden aangeboden. Tussen de 20 en 30 sanctiepunten is het afhankelijk van de aard van het delict en de omstandigheden van de verdachte of er een geldboete of geldtransactie volgt, of dat er een taakstraf door het OM wordt opgelegd. Tussen de 30 en 90 sanctiepunten dient er door het OM een taakstraf te worden opgelegd. Tussen de 90 en 120 sanctiepunten dient er gedagvaard te worden en daarbij een taakstraf te worden geëist. Boven de 120 sanctiepunten dient er gedagvaard te worden en een gevangenisstraf te worden geëist.

Dit kader geeft daarmee een vrijwel uitsluitend op de kenmerken van het strafbare feit gerichte beoordeling van het algemeen belang. Deze kenmerken worden geacht een goede inschatting te kunnen geven van de ernst van het feit, die daarmee redengevend is voor de beslissing om voor een bepaalde vorm van afdoening te kiezen. Persoonlijke omstandigheden kunnen niet of

nauwelijks in deze beleidsinstrumenten worden opgenomen, omdat ze te zeer afhankelijk zijn van het concrete geval. Wellicht is het ook niet goed mogelijk om daar een kwantitatieve methode bij te gebruiken zoals in het Kader voor Strafvordering gehanteerd wordt. Voor een verwerking in de vervolgingsbeslissing van persoonlijke omstandigheden zijn de sepotgronden een meer geschikt instrument. Het strafvorderingsbeleid van het OM geeft door zijn gerichtheid op de ernst van het feit met name uitdrukking aan de notie van proportionaliteit van straffen: er wordt daarmee een verhouding gezocht tussen de strafrechtelijke reactie van de overheid en de concrete kenmerken van het strafbare feit. In zoverre kan gezegd worden dat daaraan een retributivistisch uitgangspunt ten grondslag ligt.

3.3.4 Beslissingen over beklag tegen niet-vervolging

Een andere manier waarop het algemeen belang in de praktijk wordt toegepast, is in de rechtspraak van de gerechtshoven in zaken waarin belanghebbenden beklag hebben ingediend tegen niet-vervolging. Volgens sommigen is dit één van de belangrijkste kenbronnen van de inhoud van het algemeen belang.[43] Uit deze beklagzaken kan, door de aard van de procedure, vooral naar voren komen hoe de standpunten van slachtoffers of andere belanghebbenden meewegen bij de bepaling van het algemeen belang. Maar waarschijnlijk worden ook andere redenen die voor of tegen vervolging pleiten betrokken in de beoordeling. Daarom is het interessant om te zien welke inhoud er in deze procedures door de gerechtshoven aan het algemeen belang wordt gegeven. Ook bij het beklag geldt, dat de haalbaarheid van de strafzaak een component van de beslissing vormt. Veel beklagzaken worden afgewezen vanwege het, naar het oordeel van het Gerechtshof, ontbreken van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wellicht is het in het algemeen belang om van de strafrechter een uitspraak te verkrijgen over aansprakelijkheid, maar zonder aanwijzingen daarvan zal het Hof toch geen bevel tot vervolging geven, of zoals Jörg, Kelk en Klip het verwoorden onder verwijzing naar de Herculesramp: 'Zo kan opportuun zijn dat de onafhankelijke strafrechter zich zou buigen over de vraag of bij de hulpverlening bij een neergestort luchtmachtvliegtuig onzorgvuldig was opgetreden. Het publieke belang dat zo'n punt in een openbare terechtzitting besproken kan worden concurreert dan wel met het belang van individuen om niet daaraan opgeofferd te worden. M.a.w.: er moet een zekere mate van individuele verwijtbaarheid (dus bewijs van schuld) zijn voordat een vervolging zal kunnen worden bevolen.'[44]

Wanneer het Gerechtshof niet tot het oordeel komt dat het beklag moet worden afgewezen vanwege het niet haalbaar zijn van een veroordeling, kan

43 Corstens & Tak 1982, p. 102.
44 Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 265.

het toekomen aan een inschatting van het algemeen belang. Vanwege de aard van de procedure kan het zijn dat de beoordeling daarvan tot op grote hoogte gericht is op de belangen van de rechtstreeks belanghebbende die beklag tegen niet-vervolging heeft ingesteld. Daardoor kan spanning optreden met de grondslag voor de beslissing, omdat de wettelijke voorwaarde van het algemeen belang veel meer kan omvatten dan het concrete belang van de belanghebbende. Deze spanning zal zich uiteraard sterker voordoen bij de belanghebbende die de procedure vooral vanuit zijn eigen perspectief bekijkt, maar kan zich ook bij het Gerechtshof voordoen wanneer de beslissing te zeer wordt gezien als een afweging tussen de belangen van de belanghebbende bij vervolging en de belangen van de verdachte bij niet-vervolging. In dat verband moet wel worden opgemerkt dat door rechtspersonen die als rechtstreeks belanghebbende kunnen optreden omdat zij een bepaald maatschappelijk doel nastreven dat relevant is in het licht van het betreffende feit waarvan vervolging wordt verlangd, veel sterker een algemeen belang wordt nagestreefd en de vernauwing van de belangentegenstelling zich minder duidelijk zal voordoen.

Soms gaat het bij een procedure inzake beklag tegen niet-vervolging om spraakmakende zaken die veel publiciteit genereren. Een treffend voorbeeld uit de laatste jaren betreft de procedure waarin de vervolging van Geert Wilders werd bevolen.[45] Uiteindelijk beval het Hof de vervolging vanwege het algemeen belang van rechtszekerheid dat gediend zou zijn met een uitspraak van de strafrechter over de strafbaarheid van de uitlatingen die het onderwerp waren van het beklag (overweging 13). Het overwoog echter ook dat het maatschappelijk ontoelaatbaar is dat in het publieke debat door een politicus wordt aangezet tot haat en discriminatie, waardoor de ene bevolkingsgroep tegen de andere kan worden opgezet. Daartegen zou de overheid duidelijk stelling moeten nemen, vooral wanneer daarbij vergelijkingen met het nazisme zijn gebruikt.

In sommige uitspraken van de Gerechtshoven in beklagzaken wordt uitdrukkelijk gerefereerd aan bepaalde strafdoelen die al dan niet gediend kunnen zijn met het instellen van een vervolging en het eventueel verkrijgen van een veroordeling. Dat was bijvoorbeeld het geval bij een beklag tegen de niet-vervolging van Diergaarde Blijdorp na de ontsnapping van gorilla Bokito.[46] Daarbij zou er geen noodzaak zijn tot vergelding en de generale en speciale preventie zouden niet zijn gediend met een vervolging. Soms wordt het juist voorgesteld alsof er geen opportuniteitskeuze mag worden gemaakt, maar altijd moet worden vervolgd wanneer een bepaald delict bewezen kan worden. Dat was bijvoorbeeld het geval bij een opmerkelijke uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch naar aanleiding van een beklag tegen het niet vervolgen van meineed.[47] Een dergelijke uitspraak is wel uitzonderlijk. In veel

45 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *NJ* 2009, 191 m.nt. Y. Buruma.
46 Hof 's-Gravenhage 4 maart 2008, *LJN* BC5641.
47 Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2000, *NJ* 2000, 322.

gevallen strandt een beklag op de haalbaarheid van de strafzaak, maar wanneer het Hof toekomt aan een beoordeling van de opportuniteit is daarin vaak wel te herkennen welke inhoudelijke gezichtspunten tot de beslissing hebben geleid. Deze geven vaak blijk van een oriëntatie op de doelen en rechtvaardiging van het straffen.[48]

3.3.5 Standpunten over het algemeen belang uit de academische literatuur

In de voorgaande paragrafen is op drie manieren getracht te inventariseren wat de inhoud van het algemeen belang is, althans hoe die uit de praktijk van de strafrechtelijke handhaving naar voren komt. Dat beeld is vooral gebaseerd op beleidsdocumenten van het OM en jurisprudentie van de gerechtshoven. Ook in de strafrechtelijke literatuur zijn opvattingen geuit en categorieën voorgesteld met betrekking tot de inhoud van het algemeen belang, als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Hieronder worden deze belicht om vervolgens te kunnen bezien in hoeverre deze opvattingen overeenkomen met het beeld dat de strafrechtspraktijk geeft.

De reden waarom de officier van justitie de vrijheid moet hebben om tegen sommige strafbare feiten geen strafvervolging in te stellen, is volgens sommige deelnemers aan het academische debat onder andere gelegen in de behoefte om in concrete situaties de maatschappelijke vrede te bewaren.[49] Het stichten van die vrede in de samenleving wordt nagestreefd door het recht in te passen in een zorgvuldig beleid, waardoor de taakuitoefening van het OM behalve rechtvaardig ook vredestichtend is. Dit resultaat zou het OM kunnen bereiken door een afgewogen inzet van het strafrecht, door te vervolgen, te seponeren, of zaken op andere manieren af te doen.[50] Een dergelijke interpretatie past in een functionele benadering van het algemeen belang als grondslag onder het opportuniteitsbeginsel. Corstens/Borgers heeft het in dat verband over de zin van strafvervolging met het oog op een behoorlijk functionerende rechtsorde. Strafbaarstelling in abstracto garandeert in hun ogen niet dat strafrechtelijk ingrijpen in concreto, dat gebaseerd is op die strafbaarstelling, tot bevredigende resultaten leidt. Oplossing van conflicten zou vaak tot betere resultaten kunnen leiden wanneer dat via civielrechtelijke of bestuursrechtelijke weg wordt nagestreefd, dan wanneer het strafrecht daarvoor wordt ingezet.[51] Een belangrijk gezichtspunt daarbij is, dat er steeds een publiek belang gediend moet zijn met vervolging, dat niet de particuliere belangen van het slachtoffer de doorslag mogen geven, en dat de aanwending van strafvorderlijke bevoegd-

48 Zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 17 oktober 2007, *NbSr* 2007, 423 en Hof 's-Hertogenbosch 4 augustus 2009, *LJN* BJ7520.
49 Bijv. De Bosch Kemper 1838-1840, p. 43.
50 Van Veen 1968.
51 Corstens/Borgers 2011, p. 35.

heden steeds binnen de grenzen moet blijven die de beginselen van een goede procesorde aangeven.[52] In een dergelijke functionele visie is het bewaren van de maatschappelijke vrede, op grotere of kleinere schaal, het belangrijkste argument dat gebruikt kan worden bij vervolgingsbeslissingen, en dat dus de inhoud van het algemeen belang bepaalt. Dergelijke argumenten hebben ook een rol gespeeld in de totstandkoming van het huidige artikel 167 Sv. Ook andere gezichtspunten zijn daarin naar voren gekomen. Die argumenten zullen hier niet worden herhaald, maar kunnen worden gevonden in paragraaf 2.6.

De afgewogen inzet van strafrechtelijke middelen, gericht op het beheersen van maatschappelijke effecten van criminaliteit, kan ook doorwerken in de opsporing. Over het politiesepot schrijft Tak, dat het 'zeer wel past in het kader van een strafrechtspleging die niet beoogt alle opgespoorde strafbare feiten te bestraffen, doch slechts ten doel heeft het plegen van strafbare feiten binnen voor de maatschappij aanvaardbare grenzen te houden.'[53] Dat doel kan, in die optiek, zowel worden nagestreefd in de opsporing van strafbare feiten, als in de vervolging daarvan. Het beleid dat het OM voert met betrekking tot de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, dient in het verlengde daarvan niet alleen om in concrete zaken tot een passende oplossing te komen, maar ook om brede maatschappelijke effecten na te streven. Daartoe zal het OM zich in zijn beleidsvorming richten op die zaken waarvan de strafrechtelijke handhaving maatschappelijk gezien gewenst wordt geacht.[54] Het beleid omtrent opsporing en vervolging wordt daarom, in samenspraak tussen het OM en de politie in het kader van het driehoeksoverleg, afgestemd op datgene dat vanuit maatschappelijk oogpunt voorrang moet verdienen.[55]

Het opportuniteitsbeginsel kan aan het bereiken van dat doel meewerken doordat het de mogelijkheid biedt van het selecteren van zaken en het verdelen van capaciteit. De beperkte middelen kunnen worden ingezet met het oog op de effecten daarvan op de bij de strafrechtspleging concreet betrokkenen, en breder, op de maatschappij in het algemeen. Dat is althans een mogelijke invulling van het algemeen belang, die zich sterk richt op de functie die het strafrecht kan vervullen teneinde maatschappelijke doelen te bereiken, waarbij soms sterker de nadruk ligt op het responderen op maatschappelijke ontwikkelingen,[56] en soms meer op het rekening houden met de capaciteit van de opsporings- en vervolgingsinstanties. De vraag is daarbij wel steeds in hoeverre ervoor mag worden gekozen om bepaalde delicten of categorieën daarvan stelselmatig niet op te sporen en te vervolgen, omdat de kostbare capaciteit van de opsporings- en vervolgingsautoriteiten daarvoor niet zou moeten

52 Corstens/Borgers 2011, p. 526-527.
53 Tak 1973c, p. 13. Zie ook Corstens & Tak 1982, p. 93-94.
54 Corstens/Borgers 2011, p. 528.
55 Enschedé/Bosch 2008, p. 50; Corstens & Tak 1982, p. 8-9, 13, 91; Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 263-264; Corstens/Borgers 2011, p. 223-224.
56 Bijvoorbeeld Corstens & Tak 1982, p. 9-10, 98; Corstens/Borgers 2011, p. 220.

worden ingezet. Volgens Corstens/Borgers zouden capaciteitskeuzen niet zover mogen gaan, dat het OM stelselmatig de vervolging van een bepaalde categorie strafbare feiten achterwege laat.[57]

Een andere invulling van het algemeen belang tracht de redenen die gehanteerd worden bij beslissingen omtrent opsporing en, met name, vervolging, te beschouwen als inhoudelijk ongeveer gelijk aan de redenen die rechters in de straftoemeting gebruiken. Daarbij gaat het dan meestal om redenen die worden gecategoriseerd met gebruikmaking van het onderscheid tussen absolute en relatieve straftheorieën. Dat onderscheid is gebaseerd op een verschil in oriëntatie. Waar absolute straftheorieën vooral een antwoord proberen te geven op de vraag naar de rechtvaardiging voor het straffen, en dit antwoord zoeken in de door het delict teweeggebrachte aantasting van de rechtsorde, proberen relatieve straftheorieën een antwoord te geven op de vraag naar de doelen die met de straf kunnen worden bereikt. Bij de absolute straftheorieën is een wezenlijk element dat door een strafbaar feit een 'deuk in de rechtsorde', een 'maatschappelijke minustoestand', ook wel een 'objectief betreurenswaardig tekort' is ontstaan. In absolute theorieën staat daarom de vergelding centraal: door het opleggen van straf wordt de door het strafbare feit veroorzaakte situatie vereffend. Proportionaliteit is een belangrijk kenmerk van de vergelding, omdat de rechtsorde moet worden hersteld door een evenredige straf: die moet niet te zwaar, maar ook niet te licht zijn in vergelijking met het gepleegde feit. In absolute straftheorieën fungeert de vergelding als eis: het is imperatief dat het strafbare feit wordt vergolden. Daarom laten deze theorieën weinig tot geen ruimte om op grond van bijzondere omstandigheden van het opleggen van straf, en dus van opsporing en vervolging, af te zien.

Relatieve straftheorieën oriënteren zich op het doel dat met de oplegging van straf kan worden bereikt. De voornaamste doelen die in deze theorieën worden nagestreefd zijn allereerst generale preventie, waarmee het ontmoedigen van het plegen van strafbare feiten wordt nagestreefd als maatschappelijk effect van het opleggen van straf aan de concrete dader. Een tweede strafdoel betreft de speciale preventie, waarmee wordt beoogd de dader te weerhouden van het opnieuw plegen van strafbare feiten, of meer concreet van het herhalen van het specifieke delict waarvoor hij is veroordeeld. Een belangrijk aspect in dat verband is het resocialiseren en verbeteren van zijn persoonlijke situatie en leefomstandigheden door middel van de bemoeienis van de reclassering. De onschadelijkmaking kan worden gezien als een derde doel dat past in relatieve straftheorieën, en dat in het verlengde van de speciale preventie ligt: door het opleggen van bijvoorbeeld een vrijheidsstraf wordt het de veroordeelde onmogelijk gemaakt een nieuw delict te plegen. Normbevestiging ten slotte

57 Corstens/Borgers 2011, p. 527. Minder genuanceerd was het standpunt van Corstens & Tak 1982, p. 15-16.

kan ook een doel zijn van de strafoplegging om daarmee aan de concrete dader en aan de maatschappij in het algemeen duidelijk te maken dat de gedragingen waarvoor de veroordeelde bestraft wordt, in de samenleving niet aanvaardbaar zijn en dat overtreding van de geschonden norm niet wordt getolereerd.

Bepaalde standpunten die in de literatuur worden ingenomen met betrekking tot de inhoud van het algemeen belang en de redenen die het OM hanteert bij de beslissing omtrent vervolging, refereren tamelijk expliciet aan deze theorieën over de rechtvaardiging en het doel van het straffen. Zo hield Gewin er een strafrechtsdoctrine op na, waarin de overheid het recht, maar ook de plicht tot straffen heeft gekregen.[58] De overheid behoort volgens hem ook te straffen, als bijvoorbeeld bij een gepleegde diefstal binnen de familie, een klachtdelict, het gestolene is teruggegeven, en het familiebelang door strafrechtelijke veroordeling geschaad zou worden. Dat er geen maatschappelijk belang bij strafrechtelijk optreden bestaat is dan niet relevant omdat er wordt gestraft 'quia peccatum est'.[59] In een dergelijke puur retributivistische straftheorie bestaat er in feite geen mogelijkheid om het opportuniteitsbeginsel toe te passen. Hetzelfde geldt voor de theorie van de psychologische dwang van Von Feuerbach, die weliswaar op de generale preventie was gestoeld, maar desondanks weinig ruimte liet voor het achterwege laten van strafrechtelijk ingrijpen, omdat anders het maatschappelijk effect van de afschrikking niet zou worden bereikt. Deze theorie is volgens sommigen dan ook onverenigbaar met het opportuniteitsbeginsel.[60] Een milder standpunt, waarin echter wel duidelijk retributivistische elementen zijn te herkennen, is de overtuiging dat wanneer een strafbaar feit zich heeft voorgedaan en dat feit tenminste kan worden aangemerkt als van enige ernst, dat daarmee op zich al voldoende reden is gegeven om vervolging in te stellen.[61] Wanneer het strafbare feit een klassiek delict als doodslag betreft kan de handhaving plaatsvinden op basis van een in maatschappelijke zin breed gedeelde overtuiging over de legitimiteit van de handhaving, vanwege het gegeven dat een schending heeft plaatsgevonden van 'zaken die de mens zeer na staan'.[62] Dergelijke overwegingen, die teruggrijpen op het beschouwen van strafbehoefte als een natuurlijk gegeven, kunnen volgens sommigen ook beter niet genegeerd worden. Steeds moet wel worden gevraagd of strafrechtelijk optreden ook bepaalde doeleinden naderbij brengt.[63]

58 Gewin 1913, p. 43.
59 Gewin 1913, p. 332-333.
60 Strijards 1992, p. 36.
61 Mevis 2009, p. 406-407.
62 Corstens/Borgers 2011, p. 221.
63 Corstens/Borgers 2011, p. 220.

Zodra wordt erkend dat een bepaalde gedraging weliswaar strafbaar is, maar dat dit onvoldoende reden is om vervolging in te stellen, wordt de mogelijkheid opengelaten om andere gezichtspunten mee te laten wegen bij de vervolgingsbeslissing dan alleen diegene die in verband staan met de ernst van het feit en de omstandigheden waaronder dat is begaan.[64] Deze kunnen vrij algemeen zijn gericht op het bevorderen van een humane strafrechtspleging: wanneer de humaniteit van het strafrecht als centrale waarde wordt gezien, is het opportuniteitsbeginsel een goed instrument om aan die waarde uitdrukking te geven, doordat het de mogelijkheid biedt rekening te houden met individuele belangen.[65] Vanuit dat oogpunt betekent het betrekken van individuele belangen bij concrete beslissingen op grond van het opportuniteitsbeginsel, dat kan worden vermeden dat rigide regelnaleving leidt tot onrechtvaardige resultaten.[66] Een dergelijke op humaniteit georiënteerde theorie, benadrukt de persoonlijke belangen die gemoeid zijn met beslissingen omtrent opsporing en vervolging, en waarschuwt eveneens voor een te sterke gerichtheid op vergelding: het algemeen belang is niet gediend met het vervolgen van futiliteiten.[67]

3.3.6 Analyse van de standpunten in de literatuur

Wanneer het perspectief wordt gebruikt dat redenen om in bepaalde gevallen wel of niet te vervolgen, samenhangen met theorieën over doel en rechtvaardiging van het straffen in meer algemene zin, wordt het verschil tussen vervolging en straftoemeting onderbelicht. Dat is een eerste opmerking die moet worden gemaakt wanneer de bijdragen uit de academische literatuur over de inhoud van het algemeen belang worden geanalyseerd. Omdat het instellen van vervolging een andere rechtshandeling is dan het bestraffen, kunnen er ook heel andere redenen zijn om al dan niet tot vervolging over te gaan, dan om al dan niet tot bestraffing te komen. Dat kunnen bijvoorbeeld redenen zijn die samenhangen met de strafprocedure zelf. Zo kan het instellen van vervolging gerechtvaardigd worden door te wijzen op het belang dat in het openbaar recht wordt gesproken, of op het belang dat de rechter uitspraak doet over de strafbaarheid van een gedraging.[68] In de straftoemeting speelt dat argument geen rol. Een gelijkschakeling van het algemeen belang met de inhoud van verschillende straftheorieën is dus niet geheel overtuigend. Desondanks is dat een manier van uitleg van het algemeen belang die door velen wordt gehanteerd. Daar is ook niet veel mee mis, wanneer die straftheorieën worden

64 Corstens & Tak 1982, p. 83.
65 Kelk 2005, p. 7.
66 Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 263.
67 Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 20.
68 Bijvoorbeeld in Rb Rotterdam 12 februari 1980, *NJ* 1980, 326.

gezien als een uitdrukking van een algemenere moraaltheorie. Dat de substantiële argumenten daarin worden herleid tot retributivistische en utilitaristische theorieën, en dat daardoor onderbelicht wordt welke andere, meer institutionele argumenten redengevend kunnen zijn, is in de onderbouwing van juridische beslissingen geen uitzondering. Wellicht is het ook niet noodzakelijk deze institutionele redenen tot op grote hoogte in de discussie te betrekken, maar het lijkt me wel verstandig deze beperking tot retributivistische en utilitaristische redenen te signaleren.[69]

Wanneer vervolgens meer inhoudelijk naar de bijdragen in de literatuur wordt gekeken, kunnen deze in verband worden gebracht met de 'Smithiaanse categorische imperatief' zoals die hiervoor in paragraaf 3.2 is geïntroduceerd. Het doel daarvan is niet om te zien of de conceptualiseringen die in de literatuur naar voren worden gebracht daar wel mee stroken, want dat is vast niet onverkort het geval. Deze Smithiaanse categorische imperatief biedt echter een interessant en voldoende gesubstantieerd 'tegenover', waar ook de beschouwing van daar niet geheel mee verenigbare standpunten van kan profiteren. Wanneer een dergelijke theorie wordt gehanteerd, en gebruik wordt gemaakt van de eerder onderscheiden catalogische en axiologische dimensies, is het niet goed mogelijk om de vraag naar de inhoud van het algemeen belang te scheiden van de vraag hoe dat algemeen belang moet worden vastgesteld. Dit zijn niet twee sterk gescheiden stappen in een algoritmisch proces, maar twee op elkaar betrokken dimensies. Met betrekking tot de vraag hoe het algemeen belang moet worden vastgesteld, bestaat traditioneel het beeld van de vervolgingsbeslissing, dat de officier van justitie daarbij verschillende belangen in ogenschouw neemt en die tegen elkaar afweegt. Dat beeld heeft twee aspecten: ten eerste wordt het algemeen belang gezien als resultante van deelbelangen van betrokkenen, en ten tweede kan het algemeen belang worden vastgesteld door die deelbelangen tegen elkaar af te wegen. De benadering waarvoor hier is gekozen leidt echter tot een andere theorie over de inhoud en toepassing van het algemeen belang. In deze benadering draait het er in de eerste, hiervoor als catalogisch aangeduide, dimensie om, dat de voor de beslissing relevante gezichtspunten worden geïdentificeerd. In zoverre is er wel een overeenkomst met het klassieke beeld van de belangenafweging. De tweede, axiologische dimensie is echter verschillend, en behelst geen afweging van de betrokken belangen, maar een keuze voor een bepaalde handeling in het licht van het gehanteerde geheel aan waarden en overtuigingen van de beslisser.

Velen zijn het erover eens dat het, wat betreft de catalogische dimensie en de afbakening van relevante belangen en gezichtspunten daarin, in ieder geval uitgesloten is dat de private belangen van de beslisser daar bij mogen mee-

69 Vergelijk MacCormick 2005, p. 117, verwijzend naar Summers 1978 die een overeenkomstige beperking aanbrengt.

spelen.[70] Belangrijker is dat het algemeen belang mogelijkheden biedt om strafrechtelijke handhaving af te stemmen op lokale en regionale omstandigheden. Daardoor kan het strafrecht gericht worden ingezet, bijvoorbeeld met het oog op plaatselijk voorkomende criminaliteit. Terwijl enerzijds strikt individuele omstandigheden kunnen leiden tot het afzien van vervolging, is het ook relevant welke uitwerking een vervolging, of het afzien daarvan, kan hebben voor een groter deel van de samenleving. De term algemeen belang suggereert dat belangen van een groter deel van de maatschappij per definitie meer gewicht in de schaal leggen dan individuele belangen. Die catalogische dimensie is dus belangrijk voor de verhoudingen tussen individuele, lokale, regionale, nationale en Europese belangen.

Wat betreft de axiologische dimensie, waarmee bedoeld is dat de keuze voor een bepaalde strafrechtelijke reactie of het geheel achterwege laten daarvan, geleid wordt door opvattingen met betrekking tot de rechtvaardiging en het doel van de strafrechtelijke reactie, bestaan zoals gezegd grofweg twee mogelijkheden. De eerste betreft een retributivistische redenering, waarin de rechtvaardiging van het strafrechtelijk optreden wordt gezocht in de schending van de rechtsorde die is veroorzaakt door het plegen van het strafbare feit. De tweede is een utilitaristische redenering, waarin het doel dat met het strafrechtelijk optreden kan worden bereikt bepalend is. Een punt van discussie is nog, of bij het laatste type ook overwegingen van doelmatigheid een plaats hebben. Volgens sommigen is dat inderdaad het geval, en gaat het dan dus om het inzetten van strafrechtelijke capaciteit waar die inzet het meeste effect kan sorteren.

In sommige gevallen is het duidelijk welke redenering wordt gevolgd, bijvoorbeeld wanneer de verdachte lijdt aan een dodelijke ziekte: vervolging kan dan achterwege blijven, omdat een eventuele straf waarschijnlijk niet ten uitvoer gelegd kan worden. Dat is typisch een doelmatigheidsargument. In andere gevallen leiden retributivistische en utilitaristische argumenten tot verschillende uitkomsten, zoals voor de opsporing van fietsen zonder verlichting. Elk geval daarvan vormt zo'n geringe inbreuk op de rechtsorde dat strafrechtelijk optreden niet erg voor de hand ligt. Omdat de verkeersveiligheid echter in gevaar zou komen wanneer er nooit zou worden opgetreden tegen fietsers zonder licht, houdt de politie op gezette tijden steekproeven. Een afweging tussen de ernst van de betreffende gedragingen en het belang van de verkeersveiligheid leidt in dat geval tot een nauwkeurig afgewogen opsporingsbeleid.

Dat het algemeen belang suggereert, dat belangen van grotere groepen meer gewicht in de schaal leggen, wordt genuanceerd door deze axiologische dimensie. Uiteindelijk is de vaststelling van het algemeen belang een beslissing over welke van de geïdentificeerde belangen als doorslaggevend moet worden aangemerkt. Een dergelijke beslissing is echter moeilijk te bereiken wanneer

70 Bijvoorbeeld Mevis 2009, p. 126-127.

het vervolgingsbeleid wordt verwerkt in geautomatiseerde beslissingssystemen, zoals BOS/Polaris. Dan wordt de wijze waarop een strafbaar feit in het systeem is gekwalificeerd belangrijker voor de daaraan te verbinden strafrechtelijke reactie dan de concrete ernst van de gedraging, of de mogelijkheden om bestraffing nog enigszins zinvol te laten zijn.

De verscheidenheid aan redenen die worden gehanteerd bij de vaststelling van het algemeen belang kan ook worden geanalyseerd aan de hand van het onderscheid tussen een negatieve en een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Wanneer het opportuniteitsbeginsel negatief wordt geïnterpreteerd, beschouwen we het algemeen belang als een verzameling van redenen om bij wijze van uitzondering geen vervolging in te stellen. In dat licht bezien kunnen deze redenen zeer ver uiteenlopen. Het kan gaan om redenen met een echt algemene, verstrekkende inhoud, bijvoorbeeld wanneer het voortbestaan van de Nederlandse staat in gevaar zou komen als een vervolging wordt ingesteld waardoor staatsgeheimen in de openbaarheid komen. Of wanneer een zaak, die op zich bewijsbaar is, wordt geseponeerd om een constitutionele crisis te voorkomen, zoals het geval was bij de Lockheed-affaire. Maar niet alle redenen die meewegen bij de bepaling van het algemeen belang hebben zo'n grote reikwijdte. Aan de andere kant van het spectrum staan persoonlijke omstandigheden van de directe betrokkenen bij een strafbaar feit. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat het slachtoffer geen belang heeft bij een vervolging omdat de verdachte de schade vergoed heeft. Ook kan het voorkomen dat een slachtoffer geen vervolging wenst omdat het afleggen van een getuigenverklaring een grote psychologische belasting betekent. Omstandigheden aan de kant van de verdachte kunnen ook meewegen, zoals zijn justitiële documentatie, zijn bereidheid tot het volgen van bijvoorbeeld een alcoholcursus, of de omstandigheid dat hij 'in de media al veroordeeld is'.

Wanneer aan een negatief geïnterpreteerd opportuniteitsbeginsel wordt gedacht, lijken de redenen die samen het algemeen belang opmaken vooral te zijn georiënteerd op het doel van de te verkiezen afdoening. De ernst van het feit verdwijnt meer naar de achtergrond en belangrijker is of, en welke, preventieve doelstellingen kunnen worden behaald. Daarbij kan een vergelijking worden gemaakt met stelsels die een legaliteitsbeginsel hanteren: wanneer op opportuniteitsgronden een uitzondering kan worden gemaakt op de vervolgingsverplichting, liggen de gronden voor die uitzondering vrijwel steeds op het terrein van de preventie.[71]

Wanneer het opportuniteitsbeginsel op een positieve manier wordt geïnterpreteerd fungeert het algemeen belang niet meer als grond om bij wijze van uitzondering vervolging achterwege te laten, maar als noodzakelijke voorwaarde voor strafrechtelijk ingrijpen. In deze interpretatie speelt het algemeen belang een veel belangrijker rol, omdat elke inzet van strafrechtelijke middelen

71 Lensing & Mulder 1994, p. 154.

daarop gebaseerd moet zijn. Volgens 't Hart, de voornaamste voorstander van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, dient het algemeen belang te kunnen worden gereconstrueerd als een manier om een rechtsorde in stand te houden die voldoet aan de eis van rechtsstatelijke legitimatie. Daarin dient het recht steeds een dusdanige openheid te bezitten dat burgers zich in de maatschappij in vrijheid kunnen ontplooien, zonder dat het strafvorderlijke beleid automatisch de door de overheid gewenste maatschappelijke ordening nastreeft. Naast de mogelijkheid om het strafrechtelijk optreden te oriënteren op de maatschappelijke zin die daaraan ten grondslag ligt, geeft het positief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel ook de mogelijkheid om capaciteitsoverwegingen te betrekken in de bepaling van het algemeen belang. De inzet van het strafrecht kan dan ook het algemeen belang van een geloofwaardige strafrechtelijke handhaving dienen, en daarmee bijdragen aan vergelding en algemene preventie.[72] In een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel bevat het algemeen belang dus, in sterkere mate dan bij een negatieve interpretatie, elementen die meer zijn gericht op de rechtvaardiging van het strafrechtelijk optreden dan op het doel dat daarmee kan worden bereikt. Met andere woorden: bij een verschuiving van een negatieve naar een positieve interpretatie wordt het algemeen belang meer retributivistisch gekleurd.

In de praktijk is de opdracht om in elke afzonderlijke zaak vast te stellen wat het algemeen belang vereist te veel gevraagd. Een belangrijke manier waarop concreet aan het positief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel invulling wordt gegeven, is door het vaststellen van een landelijk geldend vervolgingsbeleid in richtlijnen en aanwijzingen, afkomstig van het College van Procureurs-Generaal. Dat gecentraliseerde strafvorderingsbeleid is een invulling van de taak van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde die artikel 124 RO aan het OM opdraagt. Met dat beleid wordt tevens invulling gegeven aan het algemeen belang als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Doordat de beleidsuitgangspunten in concrete beslissingen doorwerken door middel van geautomatiseerde beslissingssystemen, wordt een hoge mate van coherentie verkregen, of, kritischer uitgedrukt: het afwijken van de uitkomst van het beslisprogramma vergt een dusdanig zelfstandige opstelling, dat daartoe zelden zal worden overgegaan. Dat geldt zeker wanneer de beslisprogramma's niet door officieren van justitie, maar door parketsecretarissen worden doorlopen. Ondanks het bestaan van een algemene bevoegdheid tot afwijking van de beleidsregels, die zeker wanneer daartoe ten voordele van de verdachte wordt overgegaan, ook in rechte geen moeilijkheden kan veroorzaken, wordt in de praktijk tamelijk onkritisch aan de uitkomsten van het beslisprogramma doorwerking gegeven. Voor zover de ontwikkeling van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel mede was geïnspireerd door een ideaal van niet-automatische strafrechtstoepassing, is de praktijk van

72 Lensing & Mulder 1994, p. 157.

de strafrechtelijke handhaving door deze werkwijze met geautomatiseerde beslissystemen van dat ideaal ver verwijderd geraakt.[73] Als de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt gezien als een uitgangspunt dat vereist dat een beslissing altijd wordt genomen met de concrete omstandigheden van het geval in het oog, dan valt er misschien nog iets te zeggen voor deze geautomatiseerde besluitvorming, zij het dat daardoor ook de concrete persoonlijke omstandigheden van de verdachte en andere betrokkenen onderbelicht blijven bij het nemen van de concrete beslissing, en deze tamelijk sterk is georiënteerd op de ernst van het feit. Een meer normatief gekleurde achtergrond van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel leidt echter wel tot de conclusie dat het hanteren van geautomatiseerde beslisprogramma's moeilijk te verenigen is met het ideaal van een niet-automatische strafrechtstoepassing. Die constatering vormt een teleurstellend contrast met de voor sommigen ooit veelbelovende keuze voor de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.

Na deze analyses van de wijze waarop het algemeen belang inhoudelijk de toepassing van het opportuniteitsbeginsel beïnvloedt, is het tijd voor een confrontatie van dit algemeen belang met een externe factor. Deze wordt in dit onderzoek gevormd door het recht van de Europese Unie. In de volgende paragraaf staat een element daarvan centraal, namelijk het Europeesrechtelijke vereiste dat de lidstaten van de Europese Unie het Europese recht handhaven op een wijze die doeltreffend, evenredig en afschrikkend is. Bovendien dient de reactie van de lidstaten op overtredingen van het Europese recht gelijkwaardig te zijn aan de inspanningen die zij verrichten ten aanzien van vergelijkbare overtredingen van nationaal recht. In dit onderzoek vormen deze vereisten een uitdaging voor de inhoudelijke bepaling van het algemeen belang, zowel vanuit een dimensie waarin relevante gezichtspunten worden gecatalogiseerd, als vanuit een dimensie waarin deze gezichtspunten worden gewaardeerd.

3.4 Effectieve handhaving van Europees recht

3.4.1 Getrapte handhaving

In de paragraaf hiervoor is aan de orde geweest welke betekenis het algemeen belang heeft als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in de Nederlandse strafrechtelijke handhaving. In de inleiding werd al gesignaleerd dat één van de belangrijkste spanningen tussen het Europese recht en het opportuniteitsbeginsel te zien is in de invloed die de Europese eis van effectiviteit heeft voor beslissingen omtrent opsporing en vervolging. Volgens

73 Voor soortgelijke kritiek, maar dan vooral vanuit het gezichtspunt dat de strafrechtspleging in individuele gevallen gestalte moet krijgen, zie Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 264.

het Hof van Justitie dienen de lidstaten het Europese recht effectief te handhaven. Het is de vraag hoe die eis zich verhoudt tot de bepaling van het algemeen belang, en daarom ga ik daar hieronder op in.

De Europese rechtsorde is gegrond op de nationale rechtsordes, maar vormt een eigen communautaire orde, waarvan het recht rechtstreeks werkt in de rechtsordes van de lidstaten[74] en voorrang heeft op het nationale recht.[75] Vanuit de autonomiegedachte van het Europese recht is die rechtsorde als het ware zelfreferentieel gerechtvaardigd: omdat de Europese rechtsorde wordt aangemerkt als autonoom ten opzichte van de lidstaten kan het niet anders dan dat het Europese recht voorrang heeft en rechtstreeks werkt.[76] Het Europese recht moet ook worden geïmplementeerd door omzetting in de wetgeving van de lidstaten, toepassing in nationale gerechtelijke procedures en, indien nodig, actieve handhaving.[77] Het resultaat van die doorwerking van het Europese recht in de nationale rechtsordes kan zijn dat sommige besluiten of handelingen de lidstaten niet zijn toegestaan, vanwege bijvoorbeeld de vrijheden die de Europese Unie haar burgers garandeert, terwijl de lidstaten tot andere handelingen juist verplicht zijn, om de doelstellingen van de Unie te kunnen verwezenlijken. Deze effecten staan ook wel bekend als negatieve en positieve integratie.[78] Volgens Barents leidt de steeds verdergaande integratie op deze manier tot de ontwikkeling van een veelomvattende 'Europese ruimte', waaruit logischerwijs zou voortvloeien dat die ruimte ook het straf(proces)recht als onderwerp van bemoeienis heeft.[79] Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is de bemoeienis van de EU met het strafrecht sterk toegenomen. De justitiële samenwerking in strafzaken, die voorheen in titel VI van het EU-Verdrag, de zogenoemde derde pijler, werd geregeld, is inmiddels bevorderd tot een gewoon Europees beleidsterrein. Een groter wordende invloed op het strafrecht ligt daarmee in de lijn der verwachting.

Handhaving van het Europese recht is een bevoegdheid die de Gemeenschap en de lidstaten delen.[80] Het Europese rechtssysteem heeft geen of weinig dwingende handhavingsbevoegdheden die inbreuk maken op vrijheden van burgers, voor dergelijke handhaving vertrouwt het op de instituties van de lidstaten.[81] Er zijn daarom verschillende methoden waarmee de gedragsvoorschriften die de EU haar burgers oplegt kunnen worden gehandhaafd,

---

74 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (Van Gend en Loos)
75 HvJ EG 3 juni 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1194 (Costa/ENEL).
76 MacCormick 2005, p. 109.
77 Curtin & Mortelmans 1994, p. 423-466.
78 Zie voor de uitwerking van positieve en negatieve integratie op het strafrecht Corstens & Pradel 2003, p. 479-557; Sevenster 1992, p. 39; Guldenmund, Harding & Sherlock 1995 en bijv. de conclusie van A-G Mazák voor HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, *Jur.* 2007, p. I-9097, punt 74-76 (Commissie/Raad).
79 Barents 2006, p. 360-363.
80 Swart 1996, p. 1.
81 MacCormick 2005, p. 229.

mede afhankelijk van hoe ingrijpend de handhaving moet zijn. Bij sommige methoden staat handhaving door de lidstaten voorop, bij andere juist handhaving op het niveau van de Gemeenschap. Er kan onderscheid worden gemaakt tussen de directe en indirecte methode, ook wel communautaire en nationale methode genoemd, met als derde methode een mengvorm daarvan. De communautaire methode houdt in dat de Europese Commissie zelf onderzoek doet en sancties oplegt.[82] Vóór inwerkingtreding van Verordening 1/2003 werd het mededingingsrecht op deze wijze gehandhaafd.[83] Vanwege de grote inzet van mankracht en middelen die de communautaire methode vereist, wordt voor de meeste beleidsterreinen de nationale methode gehanteerd. In beginsel laat deze methode de lidstaten alle vrijheid om te bepalen welke sancties op overtredingen van het Europese recht worden gesteld, en welke procedures worden gebruikt om te reageren op deze overtredingen.[84] Deze vrijheid kan worden gezien als een element van nationale procedurele autonomie, op grond waarvan lidstaten zelf mogen beslissen op welke wijze het communautaire recht in de nationale rechtspleging wordt toegepast. Hieraan wordt echter de voorwaarde gesteld dat de regelingen voldoen aan het assimilatiebeginsel, dat wil zeggen dat de toepasselijke procesregels niet ongunstiger mogen uitpakken voor het Europese recht dan voor het nationale recht.[85]

De communautaire en de nationale handhaving lijken steeds meer naar elkaar toe te groeien. Er ontstaat dan een model waarbij in Europese rechtsinstrumenten bepalingen worden opgenomen over sancties op overtredingen. De lidstaten leggen deze vervolgens bij daadwerkelijke inbreuken aan overtreders op, binnen de op Europees niveau bepaalde randvoorwaarden. Aan de ene kant hebben de nationale autoriteiten in de handhaving van het mededingingsrecht, door samenwerking met de Commissie, een grotere rol gekregen. Aan de andere kant is de autonomie van de lidstaten sterk ingeperkt ten opzichte van de nationale methode, vanwege zorgen over de loyaliteit van de lidstaten en, daaruit voortvloeiend, over de effectiviteit van de handhaving.[86] Binnen deze structuur van gemengde handhaving is het in de eerste plaats de vraag welke verplichtingen de lidstaten jegens de Unie hebben, maar ook tot waar hun handhavingsbevoegdheid zich uitstrekt, als zij de door de EU gegarandeerde vrijheden niet willen doorkruisen.

82 Swart 1996, p. 3.
83 Steenbergen & Van der Woude 2004.
84 Harding 1996, p. 23.
85 HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (Rewe); HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (Comet).
86 Harding 1996, p. 30-35.

3.4.2 Doeltreffend, evenredig, afschrikkend en gelijkwaardig

Het strafrecht behoorde niet tot de uitdrukkelijk toegekende bevoegdheden van de Europese Gemeenschap, maar zoals hierboven al bleek betekende dat niet dat het onder het EG-verdrag niet mogelijk zou moeten zijn om strafrechtelijke harmonisatie te bewerkstelligen. Voor dit onderzoek gaat de meest relevante invloed uit van de jurisprudentie van het Hof van Justitie over artikel 4 lid 3 VEU, voorheen artikel 10 EG. Dit verplicht de lidstaten om alle maatregelen te nemen die geschikt zijn om de nakoming te verzekeren van hun verplichtingen op grond van primair of secundair Unierecht.[87] Tevens dienen de lidstaten zich te onthouden van alle maatregelen die de doelstellingen van de Verdragen in gevaar kunnen brengen. In het arrest *Amsterdam Bulb*[88] stelde het Hof dat dit artikel de 'lid-staten vrijlaat te kiezen welke maatregelen passen, de keuze van sancties – ook strafrechtelijke – daaronder begrepen' (r.o. 32). In het bekende arrest *Griekse maïs*[89] ging het Hof verder, en oordeelde dat een lidstaat onder omstandigheden op grond van artikel 10 EG (oud) verplicht is om een straf- of tuchtrechtelijke vervolging in te stellen als reactie op de schending van het Gemeenschapsrecht. Deze eis van 'Gemeenschapstrouw' werd door het Hof geconstrueerd, omdat het Gemeenschapsrecht zelf geen sanctiebepalingen bevatte en ook niet verwees naar bepalingen van nationale aard (r.o. 23). Artikel 10 EG (oud) bevatte daarmee volgens het Hof de eis, dat op schendingen van het Gemeenschapsrecht door de autoriteiten van de lidstaten moet worden gereageerd onder formele en materiële voorwaarden die overeenkomen met de manier waarop vergelijkbare overtredingen van nationaal recht worden bestraft. In ieder geval moet de bestraffing die volgt effectief, evenredig (ofwel proportioneel) en afschrikkend zijn (r.o. 24). De autoriteiten moeten even energiek optreden als wanneer het schendingen van het nationale recht zou betreffen (r.o. 25).

Deze voorwaarden zijn in een reeks uitspraken bevestigd.[90] Enkele arresten werken de eisen uit *Griekse maïs* nadrukkelijk verder uit. In het arrest *Spaanse aardbeien*[91] oordeelde het Hof over de weinig voortvarende houding van de

87 Hierover Van Kempen 2006, p. 89-94; Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 25-31.

88 HvJ EG 2 februari 1977, zaak 50/76, *Jur.* 1977, p. 137 (*Amsterdam Bulb*).

89 HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Commissie/Griekenland).

90 o.a. HvJ EG 10 juli 1990, zaak 326/88, *Jur.* 1990, p. I-2911 (Hansen); HvJ EG 2 oktober 1991, zaak C-7/90, *Jur.* 1991, p. I-4371 (Vandevenne); HvJ EG 8 juni 1994, zaken C-382/92 en C-383/92, *Jur.* 1994, p. I-2435 en I-2479 (beide Commissie/Verenigd Koninkrijk); HvJ EG 26 oktober 1995, zaak C-36/94, *Jur.* 1995, p. I-3573 (Siesse); HvJ EG 12 september 1996, gevoegde zaken C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 en C-157/95, *Jur.* 1996, p. I-4345 (Gallotti e.a.); HvJ EG 27 februari 1997, zaak C-177/95, *Jur.* 1997, p. I-1111 (Ebony Maritime); HvJ EG 7 december 2000, zaak C-213/99, *Jur.* 2000, p. I-11083 (De Andrade); HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-354/99, *Jur.* I-7657 (Commissie/Ierland); HvJ EG 8 september 2005, zaak C-40/04, *Jur.* 2005, p. I-7755 (Yonemoto).

91 HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *Jur.* 1997, p. I-6959 (Commissie/Frankrijk).

Franse autoriteiten ten opzichte van een ernstige belemmering van het vrije verkeer van goederen: Franse boeren vernietigden op grote schaal aardbeien die uit Spanje waren geïmporteerd. Het Hof stelde dat de overheden van de lidstaten, mede op grond van de Gemeenschapstrouw, verplicht zijn om maatregelen te treffen tegen belemmeringen van het vrije verkeer waarvan de oorzaak buiten de sfeer van de overheid ligt (r.o. 24-32). Lidstaten hebben weliswaar een beoordelingsmarge met betrekking tot de keus van de maatregelen, maar het Hof toetst of de genomen maatregelen geschikt zijn om het vrije verkeer te garanderen (r.o. 33-35). De Franse politie was zeer terughoudend in het voorkomen van en reageren op de ordeverstoringen, en slechts een gering aantal verdachten werd vervolgd. Deze maatregelen oordeelde het Hof ontoereikend om het vrij verkeer van goederen te verzekeren (r.o. 52-53). Bovendien werd het argument dat harder optreden tot escalatie zou hebben geleid verworpen: 'Vrees voor binnenlandse moeilijkheden kan immers geen rechtvaardiging zijn voor een Lid-Staat om het gemeenschapsrecht niet correct toe te passen' (r.o. 55). Alleen wanneer het optreden de openbare orde zodanig zou verstoren dat die met de beschikbare middelen niet kan worden hersteld, mogen maatregelen achterwege blijven (r.o. 56). Het Hof oordeelde dat Frankrijk, 'door niet alle noodzakelijke adequate maatregelen te nemen om te verhinderen dat acties van particulieren het vrije verkeer van groenten en fruit belemmerden, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 30 EG-Verdrag in samenhang met artikel 5 van het Verdrag [nu artikel 4 lid 3 VEU, WG] en krachtens de gemeenschappelijke marktordeningen voor landbouwproducten' (r.o. 66). In tegenstelling tot in het arrest *Griekse maïs* wordt niet vermeld welke acties hadden moeten worden ondernomen. Dat kan echter wel worden afgeleid uit de feiten. Een inzet van de politie ter voorkoming van ongeregeldheden en bescherming van de buitenlandse producten was in casu geboden, net als het instellen van strafvervolging en het opleggen van meer dan nominale straffen, zodat potentiële daders zouden worden afgeschrikt en daarmee het handelsverkeer zou worden beschermd.

In een andere zaak tegen Frankrijk werden deze eisen herhaald. Frankrijk was eerder veroordeeld wegens het onvoldoende controleren van de visserij, waarbij het Hof had gesteld dat onder omstandigheden lidstaten verplicht zijn tot inspectie en vervolging van overtredingen.[92] De Commissie was van oordeel dat aan dit arrest onvoldoende uitvoering werd gegeven en bracht de zaak voor het Hof in een procedure op grond van artikel 228 EG-Verdrag (oud). In zijn arrest[93] stelt het Hof het volgende: 'De verplichting van de lidstaten om erop toe te zien dat overtredingen van de communautaire regeling effectief, evenredig en afschrikkend worden bestraft, is op het gebied van de visserij van levensbelang. Zouden de bevoegde autoriteiten van een lidstaat namelijk stelselmatig afzien van vervolging van degenen die dergelijke overtre-

92 HvJ EG 11 juni 1991, zaak 64/88, *Jur.* 1991, p. I-2727 (Commissie/Frankrijk).
93 HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263 (Commissie/Frankrijk).

dingen begaan, dan zouden zowel de instandhouding en het beheer van de visbestanden als de eenvormige toepassing van het gemeenschappelijk visserijbeleid in gevaar komen' (r.o. 69). In dit geval waren slechts enkele vissers vervolgd. Bovendien kregen zij geldboetes opgelegd die minder dan 750 euro bedroegen en automatisch werden kwijtgescholden. Dergelijke boetes zijn volgens het hof onvoldoende afschrikkend (r.o. 72). Frankrijk is daarmee de verplichtingen die in het eerdere arrest waren opgelegd niet nagekomen. In dit arrest werd met name getoetst of er effectieve, evenredige en afschrikkende sancties werden opgelegd; het assimilatiebeginsel kwam niet aan bod. Kern van de eisen die aan handhaving worden gesteld is dat er 'voor degenen die de visserij of aanverwante activiteiten verrichten, een ernstig risico [moet] zijn dat zij in geval van overtreding van de regels van het gemeenschappelijk visserijbeleid zullen worden betrapt en passende sancties opgelegd zullen krijgen' (r.o. 37).

Het Hof stelt in deze jurisprudentie twee eisen aan de getrapte handhaving van het Europese recht.[94] In de eerste plaats het assimilatiebeginsel: alle autoriteiten van de lidstaten,[95] dus ook het OM, zijn verplicht communautaire voorschriften even energiek te handhaven als overeenkomstige bepalingen van nationaal recht. In de tweede plaats moeten nationale sancties effectief, proportioneel en afschrikkend zijn.[96] Dat kan met zich meebrengen dat slechts door het opleggen van strafrechtelijke sancties aan de verplichtingen onder artikel 4 lid 3 VEU kan worden voldaan.[97] Maar deze eisen richten zich niet alleen tot de rechter of tot een toepasser van administratieve sancties, maar ook tot andere, met toezicht en handhaving belaste autoriteiten. Met name uit de arresten van het Hof van Justitie tegen terughoudend optreden van de Franse autoriteiten, zowel in *Spaanse aardbeien* als in *Commissie/Frankrijk,* blijkt dat de effectiviteitseisen randvoorwaarden stellen aan het strafvorderlijk of administratiefrechtelijk optreden van de handhavingsautoriteiten. Deze materiële en formele vereisten leggen met name een ondergrens aan nationale handhaving, maar het proportionaliteitsbeginsel geeft ook een bovengrens aan: opgelegde sancties mogen niet onevenredig zwaar zijn. Hierin zijn de positieve en negatieve effecten van integratie te ontdekken: Europese integratie stelt minimum- en maximumeisen aan de lidstaten.[98] Daarmee is de vraag nog

94 Zie ook De Hert, Paepe & Griffioen 2006.

95 HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann), r.o. 26.

96 Behalve het proportionaliteitsvereiste zijn deze voorwaarden voor wat betreft de bescherming van de financiële belangen van de EU gecodificeerd in art. 325 VWEU. De eis van proportionaliteit is wel terug te vinden in art. 49 lid 3 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (*PbEG* 2000, C 364/01).

97 Zie bijv. HvJ EG 8 juli 1998, zaak C-186/98, *Jur.* 1999, p. I-4883 (Nunes en De Matos), r.o. 14.

98 Voor wat betreft de negatieve effecten zie onder andere HvJ EG 11 november 1981, zaak 203/80, *Jur.* 1981, p. 2595 (Casati); HvJ EG 19 juni 1998, zaak C-226/97, *Jur.* 1998, p. 3711 (Lemmens); HvJ EG 19 januari 1999, zaak C-348/96, *Jur.* 1999, p. 11 (Donatella Calfa); HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Jur.* 2007, p. 1891 (Placanica, Palazzese en Sorricchio).

niet beantwoord, welke beperkingen deze jurisprudentie stelt aan een concrete beslissing omtrent de instelling van vervolging en de omvang daarvan.

Het Hof van Justitie heeft op dit punt een opmerkelijke vervolgstap gezet. Dat gebeurde in antwoord op een prejudiciële vraag van het Bundesgerichtshof in een zaak waarin een Vietnamese staatsburger in Duitsland was veroordeeld voor mensensmokkel.[99] Hij had georganiseerd dat meerdere personen met de Vietnamese nationaliteit het Schengengebied zouden kunnen betreden met behulp van een Zweeds of Hongaars arbeidsvisum. Dat visum verkregen zij omdat de verlenende autoriteiten werd voorgespiegeld dat zij in die landen arbeid zouden gaan verrichten, maar in werkelijkheid vertrokken zij zodra het visum was verleend naar Duitsland. De Duitse rechter vroeg aan het Hof van Justitie of de Europese visumregels zó moeten worden uitgelegd dat de nationale strafrechter mag veroordelen voor het illegaal binnensmokkelen van vreemdelingen onafhankelijk van de vraag of het visum al nietig is verklaard of niet. Het Hof antwoordde dat het lidstaten vrijstaat om in zulke gevallen een veroordeling uit te spreken en dat het niet nodig is dat het visum daaraan voorafgaand nietig is verklaard.

Belangrijker dan dat oordeel is een overweging ten overvloede, waarin het Hof verwijst naar de richtlijn en het kaderbesluit over hulpverlening bij illegale binnenkomst, doortocht en verblijf.[100] Beide instrumenten bevatten bepalingen die de lidstaten verplichten in hun wetgeving doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties mogelijk te maken tegen personen die anderen behulpzaam zijn bij (kort gezegd) illegaal verblijf. Het Hof interpreteert deze bepalingen echter in die zin, dat daarin ook een verplichting tot het instellen van vervolging besloten ligt. De lidstaten zouden verplicht zijn om daadwerkelijk doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties op te leggen aan personen die een inbreuk plegen die valt onder de reikwijdte van de richtlijn en het kaderbesluit. Die sancties zouden bovendien van strafrechtelijke aard moeten zijn. Het Hof voegt daaraan toe: 'Dit geldt in het bijzonder voor mensensmokkelaars.'[101] Het is de vraag wat die toevoeging betekent. Uit de daaraan voorafgaande overwegingen van het Hof komt een categorische vervolgingsverplichting naar voren, maar die toevoeging lijkt erop te duiden dat onderscheid mag worden gemaakt naar bijvoorbeeld de ernst van de inbreuk. Die ernst kan eventueel worden afgeleid aan de hand van de onderlinge verhouding van de strafmaxima die in het relevante harmonisatie-instrument zijn voorzien. Daarnaast kan een belangrijke rol zijn weggelegd voor

99 HvJ EU 10 april 2012, zaak C-83/12, n.n.g. (Vo).

100 Richtlijn 2002/90/EG van de Raad van 28 november 2002 tot omschrijving van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, *PbEG* 2002, L 328/17 en Kaderbesluit 2002/946/JBZ van de Raad van 28 november 2002 tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van hulpverlening bij illegale binnenkomst, illegale doortocht en illegaal verblijf, *PbEG* 2002, L 328/1.

101 Rechtsoverweging 45 van het arrest.

de mate waarin de betreffende gedraging de doeltreffendheid van het EU-beleid in gevaar brengt.

Uit deze zaak en uit eerdere jurisprudentie van het Hof blijkt wel dat de eis van effectiviteit strafrechtelijke inspanningen vergt van de lidstaten. Het lijkt me echter niet verantwoord om daaruit absolute vervolgingsverplichtingen af te leiden. Een eerste argument daarvoor is afkomstig uit de bewoordingen van de uitspraak, met name de overweging van het Hof dat de verplichting voor de lidstaten om op te treden in het bijzonder geldt ten aanzien van mensensmokkelaars. Wanneer op de lidstaten een categorische vervolgingsverplichting zou rusten, zou die overweging immers zinloos zijn. Daaraan kan nog een argument worden toegevoegd, vanuit de betekenis van het effectiviteitsvereiste. Het gelijkwaardigheidsbeginsel is op zichzelf al zeer relatief: de lidstaten moeten zorgen voor een beschermingsniveau dat gelijkwaardig is aan de bescherming van nationaal recht. De eis van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties, die op de lidstaten rust, kent die relativiteit niet: deze verplicht tot inspanningen die, onafhankelijk van overig nationaal beleid, op hun merites kunnen worden beoordeeld. Het zijn inhoudelijke maatstaven, die niet relatief van aard zijn zoals de gelijkwaardigheid, maar een bepaald minimumniveau van handhavingsinspanningen verlangen. Een dergelijke betekenis van het effectiviteitsvereiste komt echter niet neer op een categorische verplichting voor de lidstaten, maar op een verplichting om er voor te zorgen dat de handhavingsinspanningen aan de genoemde inhoudelijke minimumvereisten voldoen.

Deze minimumvereisten worden in het arrest niet uitsluitend afgeleid uit het bestaan van strafrechtelijke harmonisatieinstrumenten op het gebied van illegale binnenkomst, doortocht en verblijf. Het Hof wijst erop dat de lidstaten verplicht zijn om het nuttig effect van Uniebepalingen volledig te waarborgen, en zonodig dienen door de nationale gerechtelijke instanties 'praktisch concordante oplossingen' te worden gezocht met betrekking tot normen waarvan de toepassing de doeltreffendheid of coherentie van de Unieregeling in gevaar kan brengen.[102] Deze overweging lijkt erop te wijzen dat het Hof de mogelijkheid openhoudt om ook tot een vervolgingsverplichting te concluderen wanneer er geen strafrechtelijk harmonisatieinstrument is aangenomen, maar de betreffende materie wel in het Unierecht is geregeld en bovendien op nationaal niveau strafrechtelijke maatregelen zijn getroffen, waartoe de lidstaat in dat geval dus onverplicht is overgegaan. Zonder een dergelijke nationale strafrechtelijke regeling zal het Hof niet tot een vervolgingsverplichting kunnen concluderen wegens schending van het legaliteitsbeginsel als algemeen beginsel van Unierecht. Omdat de noodzaak van effectieve strafrechtelijke handhaving van Unierecht in het verleden het Hof al heeft doen oordelen dat daardoor een harmonisatiebevoegdheid voor de Europese Gemeenschap in het leven

102 Rechtsoverweging 46 van het arrest.

werd geroepen,[103] lijkt het me niet te ver gezocht om ook een vervolgingsverplichting te kunnen verwachten voor de situatie dat een lidstaat strafbepalingen heeft aangenomen om een Unieregeling te implementeren waarin dergelijke sancties niet dwingend zijn voorgeschreven.

3.4.3 De inhoud van de evenredigheid

Een element van die vereisten verdient nog een opmerking: het is niet helemaal duidelijk welke betekenis de evenredigheid in strafrechtelijke context zal verkrijgen. Strafrechtjuristen zijn geneigd bij evenredigheid of proportionaliteit allereerst te denken aan het zogenaamde negatief-retributivistische principe: de strafrechtelijke reactie mag niet zwaarder zijn dan gerechtvaardigd is op grond van de ernst van de gedraging.[104] Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie komt een minder eenduidig beeld naar voren van de eisen die de evenredigheid, als belangrijk algemeen beginsel van Unierecht, aan sancties zou stellen. Aan de ene kant bestaan er voorbeelden in de jurisprudentie van het Hof waaruit blijkt dat de opgelegde sanctie evenredig moet zijn met de aard en de ernst van de inbreuk, die aan de hand van diverse omstandigheden kunnen worden beoordeeld.[105] Aan de andere kant volgt uit de evenredigheid dat de reactie van de overheid op een inbreuk voldoende streng moet zijn om het doel van de overtreden norm te bereiken en daarmee de handhaving van het Unierecht te verzekeren.[106] Het uitgangspunt van evenredigheid behoudt in het Europese recht voorlopig een duidelijk tweezijdig karakter: de sanctie moet voldoende zwaar zijn om de doelstellingen van het Europese beleid te bereiken, maar mag niet strenger zijn dan noodzakelijk.[107] Deze inhoud van de evenredigheid correspondeert met het in de vorige paragraaf gemaakte onderscheid tussen retributivistische en utilitaristische theorieën: beide zijn in deze omschrijving van een soort verenigingstheorie terug te vinden.

Die inhoudelijke eis dat lidstaten doeltreffende, afschrikkende en evenredige sancties dienen op te leggen, en Europees recht net zo voortvarend moeten handhaven als nationaal recht, heeft rechtstreekse betekenis voor de inhoud van het algemeen belang. Deze begrippen van het effectiviteitsvereiste zijn immers te vergelijken met theorieën over de rechtvaardiging en het doel van

---

103 HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/01, *Jur.* 2005, p. I-7879 (Commissie/Raad).

104 Dat is waarschijnlijk ook de betekenis die de proportionaliteit in art. 49 lid 3 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie bezit.

105 HvJ EG 21 juni 1979, 240/78, Jur. 1979, p. 2137 (Atalanta). Het Hof verwijst in recente jurisprudentie ook naar EHRM 27 september 2011, zaak 43509/08 (Menarini/Italië).

106 HvJ EG 12 oktober 1995, zaak C-104/94, Jur. 1995, p. I-2983 (Cereol Italia). Zie ook Kapteyn e.a. 2003, p. 470.

107 Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Bot voor HvJ EU 22 november 2012, zaak C-89/11, n.n.g. (E.ON).

strafrechtelijk ingrijpen. Zij vormen daarmee het normatieve kader waarmee het algemeen belang kan worden ingevuld in gevallen waarin lidstaten een Europeesrechtelijke norm moeten handhaven. Een op het eerste gezicht overeenkomstig uitgangspunt van de effectiviteitsleer met retributivistische theorieën is te vinden in het vereiste van evenredigheid. Dat behelst volgens het Hof zowel een minimum- als een maximumvereiste, maar in de gebruikelijke straftheorie wordt met proportionaliteit meestal slechts geduid op de eis dat de zwaarte van de straf niet uitgaat boven de ernst van de overtreding. Wanneer de eis van effectieve handhaving van Europees recht dus dient te worden verwerkt in het algemeen belang, kan dit element van proportionaliteit tot een verzwaring van de strafrechtelijke reactie aanleiding geven.

De vorige paragraaf nam de praktijk van de strafrechtelijke handhaving als uitgangspunt voor de inhoudelijke betekenis van het algemeen belang. Uit de onderhavige paragraaf komt naar voren dat het Europese recht aan dat algemeen belang randvoorwaarden stelt, waarbij het zelfs aanspraak maakt op effectieve handhaving. Een dergelijke aanspraak laat zich moeilijk rijmen met het begrip van het algemeen belang zoals dat in het strafrecht wordt gehanteerd. Maar zulke aanspraken spelen in Nederland in de bestuursrechtelijke handhaving wel een rol. Wanneer aan de Europese eisen van effectiviteit daarom in het Nederlandse strafrecht een adequate invulling dient te worden gegeven, is het misschien goed om ter inspiratie te onderzoeken op welke manier het bestuursrecht die handhavingsaanspraken verwerkt. Dat kan bovendien een indicatie zijn dat het Nederlandse publiekrecht niet geheel vijandig staat tegenover het concept van handhavingsaanspraken. Daarom is in de volgende paragraaf getracht een beeld te schetsen van de beginselplicht tot handhaving zoals die in het Nederlandse bestuursrecht is ontwikkeld.[108]

3.5 Bestuurlijk gedogen en de beginselplicht tot handhaving

3.5.1 Discretionaire vrijheid als uitgangspunt

Bestuursorganen hebben in diverse wetten de bevoegdheid gekregen, om bij overtreding van wettelijke bepalingen bestuursdwang toe te passen, teneinde naleving te bevorderen. Krachtens artikel 5:32 Awb hebben bestuursorganen, steeds wanneer zij bestuursdwang mogen toepassen, ook de keuze om een

108 Er is hier niet voor gekozen om een vergelijking met het burgerlijk recht te maken, omdat het bestuursrecht nauwer verbonden is met het recht van de Europese Unie, zodat een bruikbare vergelijking gemaakt kan worden. Zie over het burgerlijk recht en de mogelijkheden daarin om het algemeen belang te dienen, en onvoldoende dringende private belangen buiten de rechtspleging te houden onder andere Van Baars 1971, Dommering 1982, Loth 2000, p. 46 en Van Boom 2009.

last onder dwangsom op te leggen. De wet spreekt over het bestuursorgaan dat bestuursdwang 'kan' toepassen of een last onder dwangsom 'kan' opleggen, hetgeen de Hoge Raad er in het arrest Westerschouwense duinpolder toe bracht om te overwegen 'dat het aan het beleid van de gemeente is overgelaten in hoeverre en op welke wijze zij tegen overtredingen wil optreden; dat zij bij de afweging van de in aanmerking komende belangen in beginsel vrij is naar eigen inzicht de rangorde dier belangen te bepalen en overeenkomstig dat inzicht te beslissen, behoudens voor zover zij in redelijkheid niet tot dat inzicht kon komen of, uitgaande van dat inzicht, in redelijkheid niet kon optreden zoals zij heeft gedaan'.[109] De beleidsvrijheid die bestuursorganen bij het uitoefenen van de handhavingsbevoegdheid volgens deze uitleg hebben, is slechts onderworpen aan marginale rechterlijke toetsing op redelijkheid. Zulke rechtspraak is ook bij de Raad van State terug te vinden. De Afdeling Rechtspraak stelde voorop dat bestuursdwang een bevoegdheid is, en geen verplichting. De constatering dat er in strijd met een wettelijk voorschrift is gehandeld, betekent nog niet dat het gebruik van de handhavingsbevoegdheid redelijk is.[110] Tot 1990 overwoog de Afdeling: 'Dit brengt met zich dat de belangen die met de uitoefening van bestuursdwang worden gediend, moeten worden afgewogen tegen de daartegenover staande belangen van de betrokkenen'.[111] Het uitgangspunt is daarmee duidelijk: bestuursorganen hebben een wettelijke handhavingsbevoegdheid, waarbij zij door alle relevante belangen tegen elkaar af te wegen moeten bepalen of ze die daadwerkelijk uitoefenen. De rechter is slechts bevoegd om die belangenafweging op redelijkheid te beoordelen.

Deze jurisprudentie geeft ruimte aan bestuursorganen om, na een belangenafweging, bepaalde overtredingen te gedogen, waarbij onder gedogen kan worden verstaan 'het niet optreden tegen overtreding van rechtsregels door een orgaan dat tot zodanig optreden in beginsel juridisch bevoegd en feitelijk in staat is'.[112] Over de vraag onder welke omstandigheden bestuurlijk gedogen rechtmatig is, is een omvangrijke jurisprudentie ontstaan, mede doordat gedoogbeslissingen als beschikkingen zijn aangemerkt en als zodanig vatbaar zijn voor rechterlijke toetsing.[113] Het gedogen kwam in de jaren negentig van de vorige eeuw sterk onder druk te staan. Dat uitte zich onder andere in de kabinetsnota *Grenzen aan gedogen*: 'Naast de plicht voor de burger normen na te leven, staat de plicht voor de overheid bij niet-naleving van wettelijke normen handhavingsmiddelen in te zetten. Alleen in uitzonderingsgevallen kan gedogen aanvaardbaar of zelfs geboden zijn.'[114]

---

109 HR 12 maart 1971, *NJ* 1971, 265 m.nt. W.F. Prins.
110 ARRvS 29 augustus 1978, *Gst*. 6528, 5.
111 ARRvS 25 september 1990, *AB* 1991, 460 m.nt. P.J.J. van Buuren (Van der Zande/Deventer).
112 Michiels 1991, p. 35.
113 Jurgens 1996, p. 86 e.v.
114 *Kamerstukken II* 1996-97, 25 085, nr. 2, p. 35.

3.5.2 Schorsing en vernietiging van besluiten

In het bestuursrecht is niet alleen het concept van het gedogen bekend, maar is ook de term 'algemeen belang' expliciet terug te vinden. Eén van de belangrijkste gevallen daarvan is te vinden in artikel 10:35 van de Awb, dat de gronden geeft voor de vernietiging van besluiten van een bestuursorgaan door een ander bestuursorgaan. Dit artikel luidt: 'Vernietiging kan alleen geschieden wegens strijd met het recht of het algemeen belang.' De eerste van deze gronden betreft de onrechtmatigheid van besluiten, de tweede in beginsel alle denkbare beleidsgronden. Toch worden weinig besluiten vernietigd: de bevoegdheid wordt gezien als een *ultimum remedium*, die alleen mag worden toegepast als er geen enkele andere weg meer openligt.[115]

Voor vernietiging door de Kroon op grond van het algemeen belang komen volgens het geldende beleidskader die gevallen in aanmerking, 'waarin het duidelijk is dat de Kroon door zich afzijdig te houden zou berusten in de krenking van belangen die ver uitgaan boven die, welke een provinciaal of gemeentelijk bestuursorgaan met zijn besluit beoogt te dienen.'[116] Het beleidskader vult dat criterium nader in door te wijzen op drie categorieën van redenen die onder het begrip 'algemeen belang' geschaard kunnen worden. De eerste categorie betreft gevallen waarin een decentraal bestuursorgaan een bevoegdheid claimt die impliciet aan een hoger orgaan is toevertrouwd; de tweede categorie betreft gevallen waarin een decentrale overheid een bevoegdheid uitoefent op een manier waardoor een aan een hoger orgaan toevertrouwd belang wordt doorkruist; de derde categorie betreft gevallen waarin een decentraal orgaan een bevoegdheid uitoefent op een wijze die indruist tegen het belang van de burger.[117] Een uitputtende onderverdeling zou niet mogen worden gemaakt, omdat de eigen beoordelingsruimte van de Kroon tevens een restcategorie omvat, waardoor een vernietigingsbesluit sterk zal worden bepaald door 'de omstandigheden van het geval'.[118]

Het beleidskader stelt op deze manier bij de invulling van het algemeen belang de hiërarchische relaties tussen de verschillende staatsorganen voorop. Een hoger orgaan kan immers worden geacht een meer algemeen belang te dienen dan een lager bestuursorgaan. Er is ook oog voor de individuele belangen van de burgers, maar die spelen slechts een rol voor zover ze een aanzienlijke groep burgers betreffen. Centraal staat dus de omvang van de groep waarvan de belangen in het geding zijn: wanneer een grote groep burgers in hun belangen wordt getroffen, of wanneer een hoger orgaan, dat geacht wordt een algemener belang te dienen, zijn belangen doorkruist ziet,

115 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 510-511; Beleidskader spontane vernietiging, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 6.
116 Beleidskader spontane vernietiging, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 9
117 Beleidskader spontane vernietiging, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 9-10.
118 Beleidskader spontane vernietiging, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 10.

kan de Kroon het betreffende besluit op grond van het algemeen belang vernietigen.

Het beleidskader beroept zich bij de uitleg van het begrip 'algemeen belang' onder meer op het commentaar 'De gemeentewet en haar toepassing'. Dat gaat echter van een andere interpretatie uit. Het sluit aan bij de omschrijving van Van Poelje, die het begrip 'algemeen belang' omschreef als 'elk meerwaardig belang, dat naar het oordeel van het orgaan dat tot schorsing of vernietiging overgaat, van hogere orde is dan het belang, hetwelk door het te vernietigen besluit gediend werd'.[119] Overigens was Van Poelje van mening dat het begrip 'algemeen belang' in de context van het vernietigingsrecht een duidelijk afwijkende inhoud heeft dan wanneer het in andere administratiefrechtelijke contexten gebruikt wordt.[120] Volgens het commentaar gaat het bij het algemeen belang in de eerste plaats om het afwegen van belangen die bij het te nemen besluit in het geding zijn. Een belang dat 'hoger' wordt geacht kan dan worden aangemerkt als 'het algemeen belang' en gelden als grond voor schorsing of vernietiging van een besluit van een bestuursorgaan. Of een belang 'hoger' of 'lager' is, hangt niet per definitie af 'van de vraag op welk staatsrechtelijk niveau het orgaan zich bevindt dat zich er sterk voor maakt'. Het algemeen belang zou daarentegen een subjectief oordeel zijn van de Kroon, een discretionaire bevoegdheid. De uitoefening daarvan zal echter de toets aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur door de bestuursrechter moeten kunnen doorstaan.[121] Als gevolg van die toetsingsmogelijkheid lijkt de vaststelling van het algemeen belang in deze context enigszins te worden ingekleurd door de inhoud van die beginselen.

De hierboven aangehaalde preadviezen van Van Poelje en Polak over het begrip 'algemeen belang' in het bestuursrecht wijzen op de belangrijke toepassing ervan in het vernietigingsrecht, maar geven tevens een fundamentele beschouwing van de verschillende opvattingen die over de inhoud van het algemeen belang bestaan. Van Poelje stelt dat er drie onderscheiden interpretaties zijn van de inhoud van het algemeen belang. De eerste opvatting probeert het algemeen belang gelijk te stellen met het doel van de staat en met het geschreven of ongeschreven recht. De tweede opvatting stelt het algemeen belang op één lijn met doelmatigheid, en in de derde opvatting wordt het algemeen belang gezien als het belang van het geheel tegenover dat van de delen.[122]

3.5.3 De opkomst van de beginselplicht tot handhaving

119 Van Poelje & Polak 1950, p. 28.
120 Van Poelje & Polak 1950, p. 5-13.
121 Versteden/Kortmann, aant. 3.1 op art. 268 Gemeentewet.
122 Zie bijvoorbeeld ook Michiels 2004, p. 99-100, die het algemeen belang als 'bovenpersoonlijk' aanduidt.

De afwijzing van het bestuurlijk gedogen heeft gevolgen gehad voor de jurisprudentie van de Raad van State. De Afdeling (Bestuurs)rechtspraak heeft zich in steeds duidelijker bewoordingen op het standpunt gesteld, dat belanghebbenden aanspraak kunnen maken op handhaving, en dat slechts in uitzonderingsgevallen kan worden afgezien van handhavend optreden.[123] In de termen van Van Poelje en Polak lijkt daarmee vooral te worden aangesloten bij de visie dat het algemeen belang overeenkomt met het doel van de staat en het geschreven of ongeschreven recht. Wanneer een onrechtmatigheid is begaan, waarbij overigens vooral moet worden gedacht aan de context van het omgevingsrecht, geeft dat, redenerend aan de hand van de beginselplicht tot handhaving, een aanspraak op handhaving van degene die belanghebbend is bij het herstel van de onrechtmatige toestand. Onrechtmatigheid en handhavingsaanspraak zijn daarin dus sterk aan elkaar verbonden.

In de zaak Lisse overwoog de Afdeling dat 'in een geval als dit, waarin is gebouwd zonder vergunning en die activiteit niet kan worden gelegaliseerd, burgemeester en wethouders niet slechts bevoegd zijn om daartegen met bestuursdwang op te treden, maar ook in beginsel – behoudens eventuele bijzondere omstandigheden – daartoe gehouden zijn, aangezien de (algemene) belangen die worden gediend met de handhaving van wettelijke voorschriften en met het voorkomen van ongewenste precedentwerking dit vorderen'.[124] De Afdeling hanteerde deze en ongeveer gelijkluidende overwegingen in het milieurecht en het ruimtelijke ordeningsrecht, waarbij het steeds ging om het toepassen van herstelsancties door een bestuursorgaan. De bij handhaving gediende belangen leggen meer gewicht in de schaal, wanneer belanghebbenden bezwaar maken tegen het uitblijven van handhavend optreden door het bestuursorgaan, dan wanneer het bestuursorgaan uit eigen beweging tot handhaving wil overgaan.[125]

Door commentatoren wordt dit uitgangspunt aangeduid als de 'beginselplicht tot handhaving'. Volgens sommigen zou de Afdeling trachten om bestuursorganen het belang van handhaving in te prenten, maar is daarbij geen sprake van een inhoudelijk 'hardere' lijn dan in de jurisprudentie die expliciet een discretionaire handhavingsbevoegdheid als uitgangspunt nam.[126] De 'beginselplicht' zou niet meer zijn dan een uitwerking van het rechtszekerheidsbeginsel, en geen strikte handhavingsverplichting.[127] Anderen stellen zich zelfs op het standpunt dat de jurisprudentie in het geheel niet gewijzigd is, en dat bestuursorganen nog steeds beleidsvrijheid hebben, maar dat handhaving moet plaatsvinden binnen de kaders van de wetgeving en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Er bestaat namelijk weinig onenigheid over

123 ARRvS 13 juli 1986, *AB* 1987, 249 m.nt. P.J.J. van Buuren (Garage Simpelveld).
124 ABRvS 2 februari 1998, *AB* 1998, 181 m.nt. F.C.M.A. Michiels.
125 Albers 2004, p. 233-243.
126 Michiels 2000, en in diens annotatie onder ABRvS 2 februari 1998, *AB* 1998, 181.
127 Lam 2004.

de beleidsvrijheid die bestuursorganen in het toezicht hebben, en een beginselplicht tot handhaving zou hiermee moeilijk te verenigen zijn. Volgens Vermeer zou de beleidsvrijheid van bestuursorganen in de handhaving veel beter gedifferentieerd kunnen worden naar het belang van het onderliggende wettelijke voorschrift.[128] Daar kan tegenin worden gebracht dat de beginselplicht kan worden afgeleid uit het algemene rechtsstatelijke uitgangspunt dat tegen overtreding van wettelijke voorschriften moet worden opgetreden. Die voorschriften moeten immers worden nageleefd, en aan bestuursorganen komt de bevoegdheid toe die naleving te bevorderen.[129]

3.5.4 Een nieuwe formulering en precisering

De Afdeling Bestuursrechtspraak ging er in 2004 toe over om in alle zaken in het milieurecht en het ruimtelijke ordeningsrecht dezelfde formulering te bezigen. In de zaak van de illegale dakopbouw te Haarlem overwoog de Afdeling: 'Gelet op het algemeen belang dat gediend is met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel van deze bevoegdheid gebruik moeten maken. Slechts onder bijzondere omstandigheden mag van het bestuursorgaan worden gevergd, dit niet te doen. Dit kan zich voordoen indien concreet uitzicht op legalisatie bestaat. Voorts kan handhavend optreden zodanig onevenredig zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien.'[130]

Met deze overweging stelt de Afdeling mijn inziens volkomen duidelijk dat, wanneer een wettelijk voorschrift is overtreden, bestuursorganen in de regel hun handhavingsbevoegdheid moeten gebruiken. Wat wel opvalt, is dat de Afdeling die regel afleidt uit het algemeen belang: omdat dat algemeen belang gediend is met handhaving, zal in de regel moeten worden gehandhaafd. Met deze jurisprudentie wordt niet per se afbreuk gedaan aan het discretionaire karakter van de handhavingsbevoegdheid, maar wordt het gewicht van het handhavingsbelang vooropgesteld. Daardoor moeten de belangen die aanleiding zouden kunnen zijn om te gedogen, bijzonder dringend zijn. Door de Afdeling worden twee belangrijke uitzonderingsgronden gegeven. De ene is, dat het bestuursorgaan niet hoeft op te treden wanneer er een concreet uitzicht bestaat op legalisatie van de bestaande situatie. Wanneer bijvoorbeeld alsnog een bouwvergunning kan worden verleend voor een in strijd met het bestemmingsplan gebouwd object, kan er tijdelijk worden

128 Vermeer 2001.
129 Albers 2004, p. 243.
130 ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004, 293 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Illegale dakopbouw Haarlem), ro. 2.2.

gedoogd. Het uitzicht op legalisatie zal wel voldoende concreet moeten zijn, met andere woorden: alleen de intentie om een bestemmingsplan te wijzigen zodat de overtreding wordt gelegaliseerd, zal onvoldoende zijn. De andere uitzondering is, dat optreden achterwege mag blijven als dat onevenredig zou zijn ten opzichte van de te handhaven belangen. Daarbij kan men bijvoorbeeld denken aan geringe normoverschrijdingen.

Al met al lijkt bij deze uniforme formulering van de beginselplicht tot handhaving de uiteindelijke uitkomst geen aanscherping te zijn van de oudere rechtspraak. Duidelijk is wel dat het handhavingsbelang bijna altijd zwaarder weegt dan het belang van de overtreder, en een beroep op één van de uitzonderingsgronden slaagt slechts in buitengewone situaties.[131] Er is wel een nuanceverschil te vinden tussen de nieuwe formulering die de Afdeling gebruikt, en de oude jurisprudentie. In de Lisse-zaak gold nog dat bestuursorganen 'in beginsel gehouden zijn om met bestuursdwang op te treden', maar in de zaak van de illegale dakopbouw te Haarlem luidt de formulering dat het bestuursorgaan van de handhavingsbevoegdheid 'in de regel gebruik zal moeten maken'. Op grond daarvan komt Polak tot de conclusie dat er wellicht eerder sprake is van een vergroting van de beleidsruimte, zij het gering, dan van een verkleining. Ook wanneer een concreet uitzicht op legalisatie ontbreekt, biedt de onevenredigheid immers nog een ontsnappingsroute voor het bestuur, wanneer dat niet wil handhaven.[132]

Deze nieuwe formulering van de beginselplicht is in een uitspraak van de Raad van State in 2011 verder gepreciseerd.[133] De Raad herhaalde de algemene overwegingen dat het bestuursorgaan in beginsel gebruik moet maken van zijn bevoegdheden tot handhavend optreden, omdat het algemeen belang daarmee gediend is, en dat daarvan slechts kan worden afgezien onder bijzondere omstandigheden: wanneer er concreet zicht op legalisatie bestaat, en wanneer het opleggen van een last onder dwangsom onevenredig zou zijn in verhouding tot de belangen die daarmee gediend zijn. Na de opmerking dat het algemeen belang in de regel dwingt tot optreden, werd echter nog een opmerking ingevoegd: 'In gevallen waarin het bestuursorgaan in dat kader redelijk te achten beleid voert, bijvoorbeeld inhoudend dat het bestuursorgaan de overtreder in bepaalde gevallen eerst waarschuwt en gelegenheid biedt tot herstel voordat het een handhavingsbesluit voorbereidt, dient het zich echter in beginsel aan dit beleid te houden.' Met deze verdere precisering lijkt er een nog sterker argument voorhanden om de beginselplicht tot handhaving niet als een grote aanscherping van de voorgaande jurisprudentie te zien. Doordat de Raad van State hierin de binding aan het vertrouwensbeginsel erkent wordt de handhavingsverplichting van het bestuur genuanceerd, althans

131 Albers 2005.
132 Polak 2005.
133 ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011, 307 m.nt. F.R. Vermeer, *JB* 2011, 261 m.nt. C.L.G.F.H. Albers.

wordt het bestuur gedwongen tot een terughoudend optreden wanneer het zelf heeft gekozen voor het voeren van een dergelijke beleidslijn. De beginselplicht dwingt dus niet tot optreden in gevallen waarin burgers mochten vertrouwen op een redelijk beleid dat iets anders voorschrijft dan onmiddellijk handhavend optreden. In zoverre wordt met deze precisering de rechtspositie van de burger die aanspraak maakt op handhaving door het bestuur, wanneer een onrechtmatige toestand door een derde in het leven is geroepen, minder sterk.

3.5.5 Kanttekeningen bij de beginselplicht

De jurisprudentie over de beginselplicht tot handhaving geeft aanleiding tot enkele kanttekeningen. Een veel gestelde vraag is of deze jurisprudentie belanghebbenden niet te veel invloed geeft op de handhaving. Een overtreding komt immers vaak aan het licht doordat een belanghebbende het bestuur daarop wijst. Om ervoor te zorgen dat de invloed van derden op de bestuurlijke handhaving niet te groot wordt, is er wel voor gepleit om een relativiteitseis te stellen: belanghebbenden zouden alleen moeten worden beschermd tegen de niet-handhaving van wettelijke voorschriften die hun eigen belangen beogen te beschermen.[134] Daar kan tegenin worden gebracht dat in het omgevingsrecht het algemeen belang en de belangen van belanghebbenden vaak samenvallen, waardoor een relativiteitsvereiste weinig toevoegt.[135]

Een 'harde lijn' in de jurisprudentie over het gebruiken van de handhavingsbevoegdheid door bestuursorganen heeft nog een ander nadeel. Het verdoezelt dat in de praktijk in zeer veel gevallen niet handhavend wordt opgetreden, om verschillende redenen. Het betreffende bestuursorgaan kan onwetend zijn van een overtreding, en belanghebbenden die dat wel zijn, zijn niet altijd geneigd zich over de niet-handhaving te beklagen. Ook wanneer een bestuursorgaan wel kennis heeft van een overtreding, kan het om allerlei redenen niet van zins zijn op te treden. Tot die redenen kunnen heel goed capaciteitsoverwegingen behoren: het wordt in het algemeen niet wenselijk geacht dat bestuursorganen al hun mankracht inzetten ter handhaving van de geldende regelgeving. Het bezwaar daartegen kan zijn, dat door het stellen van prioriteiten in de handhaving het gezag van de overheid afneemt. Dat gezag staat echter ook onder druk wanneer een pretentie van volledige handhaving niet wordt waargemaakt.[136] Desondanks kan een plicht tot handhaving nuttig zijn. Wanneer bestuursorganen niet de beleidsruimte hebben om overtredingen door de vingers te zien, zullen burgers er niet op speculeren dat het bestuursorgaan zich wel schappelijk op zal stellen. Een beginselplicht

134 Bakker & Bastein 2004.
135 Albers 2004, p. 241.
136 Polak 2005, p. 206-207.

tot handhaving kan dus een afschrikkend effect hebben. Daar staat tegenover dat het gedogen van overtredingen onder bepaalde omstandigheden de achterliggende belangen juist beter kan dienen dan het handhaven van het wettelijk voorschrift. De balans lijkt echter door te slaan in het voordeel van de beginselplicht tot handhaving.[137] Daarbij gaat het volgens de jurisprudentie niet zozeer om een verplichting tot handhaving op grond van het feit dat een wettelijk voorschrift is overtreden, maar om een verplichting om bij de invulling van de discretionaire handhavingsbevoegdheid het algemeen belang dat met handhaving is gediend voorop te stellen, en slechts in uitzonderlijke gevallen uitzonderingsgronden de doorslag te laten geven.

3.5.6 Beginselplicht en opportuniteitsbeginsel vergeleken

Uit de vorige paragrafen is naar voren gekomen dat de inhoud van het algemeen belang, zoals dat geldt als grondslag voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, wordt beïnvloed door Europeesrechtelijke handhavingsaanspraken. Het is goed om ook de manier waarop in het Nederlandse bestuursrecht met dergelijke handhavingsaanspraken wordt omgegaan, in verband te brengen met de strafrechtelijke context. Wanneer uit die vergelijking blijkt dat de strafrechtelijke en bestuursrechtelijke situatie substantieel verschillen, is het wellicht niet goed mogelijk om inspiratie op te doen uit het bestuursrecht ter aanpassing van de strafrechtelijke regeling van het opportuniteitsbeginsel en het algemeen belang. Wanneer de verschillen daarentegen te overbruggen zijn, kunnen misschien interessante gezichtspunten worden ontleend aan de bestuursrechtelijke beginselplicht tot handhaving om daarmee in het strafrecht aan de Europese effectiviteitsaanspraken tegemoet te komen.

Wanneer het opportuniteitsbeginsel als uitgangspunt van het strafrechtelijk beleid positief wordt geïnterpreteerd, en in het bestuursrecht gesproken wordt van een 'beginselplicht tot handhaving', lijken het strafrecht en het bestuursrecht verschillende uitgangspunten te hanteren. In een historisch perspectief vallen echter enkele dingen op. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat ten aanzien van het bestuursrecht als beginpositie is genomen, wat door de Hoge Raad in het arrest Westerschouwense duinpolder werd neergelegd: het bestuur heeft de vrijheid om al dan niet handhavend op te treden, en dat optreden kan door de rechter slechts worden getoetst op zijn verenigbaarheid met redelijkheid. In het strafrecht aanvaardde het OM in dezelfde periode de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, terwijl de wetgever het opportuniteitsbeginsel in zijn negatieve interpretatie had gecodificeerd. In het begin van de jaren zeventig kan dus gesproken worden van een vergelijkbare uitgangssituatie. Zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht wordt er op

137 Suurmond & Van Velthoven 2006.

dat moment van uitgegaan dat het enkele feit dat een wettelijk voorschrift is overtreden, nog niet tot handhavend optreden noopt, maar dat daaraan een belangenafweging vooraf moet gaan. De gelijkenis tussen beide rechtsgebieden in dit opzicht is nog vergroot, toen de strafrechter het optreden van het OM ging toetsen aan de beginselen van een goede procesorde, en daarbij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur naar een strafrechtelijke context overbracht. De bestuurlijke en strafvorderlijke autoriteiten hebben de vrijheid om tot handhaving over te gaan, en zij kunnen slechts besluiten tot handhaving na een afweging van alle relevante belangen. Die beslissing kan vervolgens marginaal worden getoetst door de rechter, in het bestuursrecht op redelijkheid,[138] in het strafrecht op verenigbaarheid met de beginselen van een goede procesorde.

De zogenaamde 'tekorten in de handhaving' hebben echter hun invloed gehad op zowel de strafrechtelijke als de bestuursrechtelijke uitgangspunten. In het strafrecht is de vraag naar een intensievere handhaving opgevangen door daaraan uitdrukking te geven in beleidsvorming, om langs die weg een adequaat niveau van rechtshandhaving te bevorderen. Met die oplossing is het niet nodig om de onderliggende positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel los te laten, omdat de minimumeisen aan strafrechtelijke handhaving als invulling van het algemeen belang kunnen gelden. In het bestuursrecht is langs jurisprudentiële weg het algemeen belang dat met handhaving gediend is vooropgesteld. Ook daar geldt dat de handhavingsbevoegdheid nog steeds als een discretionaire bevoegdheid kan worden gezien, zij het dat de belangenafweging die invulling geeft aan die bevoegdheid al is voorgestructureerd: het handhavingsbelang heeft een prioritaire positie gekregen in de besluitvorming. Deze positie wordt wel genuanceerd door zelfbinding van bestuursorganen aan redelijk handhavingsbeleid.[139]

Op grond hiervan kunnen aanzienlijke overeenkomsten worden geconstateerd tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. Daarvoor moet de normering van de handhaving worden gezien als onderverdeeld in twee onderscheiden stappen. De eerste stap is dat er een discretionaire bevoegdheid tot handhaving bestaat. De tweede stap is de invulling van die bevoegdheid door een afweging van de verschillende bij handhaving betrokken belangen. In die eerste stap is er tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhavingsbevoegdheden een verschil te ontdekken. Hoewel in het bestuursrecht kan worden gesproken van een discretionaire bevoegdheid, wordt daaraan niet de lading gegeven zoals die in de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel ligt besloten. Als de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt onderschreven, neemt het strafrechtelijke stelsel

138 Zie bijvoorbeeld Rb Rotterdam 15 juli 2002, *JB* 2002, 289 m.nt. C.L.G.F.H. Aalbers.

139 Waarbij wel van belang is dat bestuurlijk gedogen niet tot het vertrouwen kan leiden dat de betrokkene niet strafrechtelijk zal worden vervolgd: HR 9 april 2002, *NJ* 2002, 535 m.nt. Y. Buruma.

de keuze tot niet-handhaving als vertrekpunt, waarvan in uitzonderingsgevallen kan worden afgeweken. De discretionaire ruimte van bestuursorganen heeft geen voorkeursuitkomst. Uit de jurisprudentie volgt weliswaar dat handhaven de regel moet zijn, maar dat is eerder een verplichte inkleuring van de belangenafweging van de tweede stap, dan een beperking van de beleidsruimte in de eerste stap. Dat geldt te meer nu redelijk handhavingsbeleid een terughoudende opstelling van het bestuursorgaan kan legitimeren.

Het belangrijkste verschil dat blijft bestaan kan daarom in de tweede stap worden geplaatst, en dat houdt in dat de bestuursrechter het algemeen belang dat met handhaving is gediend, vooropzet. Weliswaar geldt een vertrouwensbeginsel wanneer terughoudend beleid is gevormd, maar daarnaast blijven de uitzonderingsgronden van concreet zicht op legalisatie en de onevenredigheid van het optreden bestaan. In het strafrecht is zo'n algemene vooropstelling van het belang van de handhaving niet aanwezig. Dat verschil kan zijn veroorzaakt doordat in het strafrechtelijk beleid geen dominante rol is weggelegd voor de rechter, die zich er immers toe beperkt te toetsen of de beginselen van een goede procesorde niet zijn geschonden. Ook kan in zaken waarin beklag tegen niet-vervolging is ingediend het algemene vervolgingsbeleid niet ter discussie worden gesteld. Daardoor kan de strafrechter moeilijk een uitspraak doen over de vraag of in zijn algemeenheid gezegd kan worden dat strafrechtelijke handhaving het algemeen belang dient. Overigens zou dat standpunt zich ook moeilijk laten verenigen met de klassieke notie van het *ultimum remedium*-karakter van het strafrecht, voor zover dat tenminste in de strafrechtspleging nog wordt aangehangen. Misschien zou in een punitief handhavingssysteem als het strafrecht, het algemeen belang minder voorop moeten staan dan bij de toepassing van reparatoire sancties zoals in het milieurecht en het ruimtelijke ordeningsrecht, wat de belangrijkste terreinen zijn waarop de bestuursrechtelijke beginselplicht tot handhaving zich manifesteert. Een ander argument, dat in het strafrecht een ruime beleidsvrijheid werkbaar is vanwege de sterke centralisering bij het OM, die zich in die mate niet in het bestuursrecht voordoet, is steeds minder overtuigend, nu die centrale sturing van de strafrechtelijke handhaving door versnippering van instanties en overleggen aan kracht afneemt. Ook de steeds belangrijker wordende positie van het slachtoffer in het strafrecht zou kunnen leiden tot de vooropstelling van het algemeen belang. Dat algemeen belang kan daardoor meer prioriteit geven aan de belangen van het slachtoffer, en misschien ook minder aan de belangen van de verdachte. Het slachtoffer krijgt dan een positie die vergelijkbaar is met die van de belanghebbende bij de bestuurlijke handhaving, en kan aanspraak maken op strafrechtelijk ingrijpen. Of dat wenselijk is, is een tweede vraag, maar dit zou een mogelijke uitkomst kunnen zijn van de vergelijking tussen het opportuniteitsbeginsel en de beginselplicht tot handhaving.

De vergelijking die hier met de bestuursrechtelijke beginselplicht tot handhaving is gemaakt, levert daarmee wel enige mogelijkheden op tot aanpassing van het opportuniteitsbeginsel als grondslag onder de strafrechtelijke rechts-

handhaving. Het opportuniteitsbeginsel zou, in conformiteit met de beginselplicht tot handhaving, een minder sterke voorkeur voor een niet-punitieve uitkomst kunnen krijgen, waardoor aan het slachtoffer een enigszins prioritaire positie wordt gegeven van waaruit hij zijn handhavingsaanspraken te gelde zou kunnen maken in een strafrechtelijke context.

3.6 DEELCONCLUSIE

Wat is de betekenis van het algemeen belang als grondslag voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, in het licht van het Europese vereiste van effectiviteit? Dat was de deelvraag die in dit hoofdstuk aan de orde is gekomen. Met het analytische hulpmiddel van de catalogische en axiologische dimensies, die in het algemeen belang te herkennen zijn, kan op die vraag een antwoord worden gegeven.

In ieder geval is duidelijk dat bij de invulling van het algemeen belang niet mag worden voorbijgegaan aan de gerechtvaardigde belangen van de Europese Unie. Wat de bescherming van de financiële belangen van de Unie betreft is dat zelfs expliciet in de Verdragen opgenomen. Bij de afbakening van welke belangen en gezichtspunten kunnen meewegen als invulling van het algemeen belang mag daarom niet halt worden gehouden bij de landsgrenzen. Centralisering en automatisering van het vervolgingsbeleid door het Nederlandse OM zijn in dat licht problematisch, omdat in de beleidsvorming door het OM noodzakelijkerwijs de nadruk ligt op nationale belangen, en afwijking daarvan wordt bemoeilijkt. Beslissingen over de afbakening van belangen die mee dienen te wegen in het vervolgingsbeleid zouden daarom in grotere mate in handen van individuele beslissers moeten liggen, in plaats van vooraf te zijn vastgelegd in nationale beleidsinstrumenten. Een verwerking van gezichtspunten die Europese belangen verdisconteren in het Nederlandse vervolgingsbeleid zou enige verbetering kunnen brengen, maar zal geen volledige oplossing kunnen bieden. Zolang dat beleid in de Nederlandse context gecentraliseerd tot stand komt, zal per definitie de opneming van externe belangen minder voor de hand liggen.

De verwerking van verschillende belangen en gezichtspunten in concrete beslissingen en in het algemene strafvorderingsbeleid moet ook inhoudelijk afgestemd worden op het vereiste van effectiviteit. Dat behelst een verplichting tot een normatieve keuze, waaraan de doelmatigheid van het Uniebeleid minimumeisen stelt. Dat klinkt sterk door in het vereiste dat de gekozen sancties doeltreffend en afschrikkend moeten zijn. De voorwaarde van evenredigheid lijkt, wanneer deze gezien wordt als een begrenzing van retributie, de bestraffing te limiteren aan de ernst van de overtreding. In de opvatting van het Hof van Justitie ligt in die evenredigheid echter minstens zo sterk besloten dat de opgelegde sancties voldoende zwaar moet zijn om de doelstellingen van het Uniebeleid te verwezenlijken. Daarmee zijn de vereisten van

doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikkendheid vrijwel uitsluitend utilitaristisch.

Op grond daarvan zouden er bij de handhaving van het strafrecht meer mogelijkheden moeten zijn voor beslissers om, buiten de voorgeprogrammeerde antwoorden om, andere dan nationale handhavingsbelangen te laten meewegen. Dat geldt voor Europese, maar ook voor lokale en individuele belangen, zeker wanneer deze geen verband houden met de ernst van de overtreding. Wanneer voor een strafzaak de effectiviteit van het Europese recht relevant is, legt die een zodanig gewicht in de schaal dat voor een terughoudend strafrechtelijk optreden nog maar weinig mogelijkheden bestaan.

4 Het opportuniteitsbeginsel in zijn institutionele en procedurele context

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk lag de nadruk op de inhoud van het algemeen belang zoals dat fungeert als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, in zijn negatieve dan wel in zijn positieve interpretatie. Beide interpretaties zijn gericht op de beslissingen die door de officier van justitie te nemen zijn na het opsporingsonderzoek, en die neergelegd zijn in artikel 167 en 242 Sv. In dit hoofdstuk staat de inbedding van het sepot centraal en wordt de blik verbreed naar andere rechtsfiguren die met het opportuniteitsbeginsel samenhangen. Dat uitgangspunt houdt immers verband met veel meer dan alleen het sepot zoals dat in deze twee artikelen is vastgelegd. Ik zal kijken naar wat er dan zoal uit het opportuniteitsbeginsel kan worden afgeleid, hoe dat in het strafprocesrecht zijn beslag krijgt, en op welke manier het recht van de Europese Unie daarvoor relevant is. Onverbrekelijk daarmee verbonden is de vraag, hoe de uitoefening van die bevoegdheden in goede banen wordt geleid. Deze punten komen tot uitdrukking in de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat: wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in zijn procedurele en institutionele context binnen de geëuropeaniseerde democratische rechtsorde?

Hoe groter de beleidsvrijheid die individuele functionarissen, of een organisatie zoals het OM, toekomt, hoe meer noodzaak bestaat om de invulling van die beleidsvrijheid aan nadere controle te onderwerpen. Rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel is dan ook een uitgebreid stelsel van controlemogelijkheden gegroeid. Hoe dat stelsel idealiter ingericht zou moeten zijn is mede afhankelijk van de opvatting die men over het opportuniteitsbeginsel heeft. Omdat het opportuniteitsbeginsel in een negatieve interpretatie de strafrechtelijke rechtshandhaving sterk aan de strafwet bindt, is er in die interpretatie minder behoefte aan bijsturing dan wanneer men een positieve interpretatie hanteert, en zo de deur voor beleidsvorming wijd open zet.

Twee aspecten van het opportuniteitsbeginsel staan daarom in dit hoofdstuk centraal. Het eerste betreft de uitbreiding van de reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel naar andere beslissingen dan de vervolgingsbeslissing. Het tweede betreft de inrichting van het stelsel van *checks and balances* rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, en de actoren die daarin een rol spelen. Beide aspecten worden geconfronteerd met Europese invloed. Daarbij zijn enige beperkingen aangebracht, waarbij ik ernaar gestreefd heb om de belangrijkste

Europeesrechtelijke elementen in de bespreking te betrekken en de minder voor de hand liggende weg te laten. In dit hoofdstuk komen enkele thema's aan bod die de procedurele en institutionele inbedding van het opportuniteitsbeginsel betreffen, en daarin wordt zoveel mogelijk getracht deze thema's in verband te brengen met het recht van de Europese Unie.

Van belang is dat de twee aspecten die in dit hoofdstuk aan de orde zijn, van de strafvorderlijke bevoegdheden en de controlemogelijkheden op de uitoefening daarvan, kunnen worden gezien als een institutionalisering van de normen van het materiële strafrecht. Dat volgt uit de keuze voor MacCormicks institutionele rechtstheorie, die is georiënteerd op materieelrechtelijke normen en waarin het procesrecht wordt gezien als een manier om het materiële recht in een dusdanige structuur op te nemen dat daaraan ook uitdrukking gegeven wordt. Daartoe is de handhaving van materieelrechtelijke normen opgedragen aan bepaalde functionarissen, en ingebed in een procesrechtelijke structuur, die afhankelijk van de waarde die aan die normen wordt toegekend kan veranderen. Deze materieelrechtelijke normen zijn daarmee onderhevig aan een voortdurend proces waarin de institutionele en procedurele context van die normen verandert.[1]

Dat een dergelijk proces van institutionalisering en deïnstitutionalisering plaatsvindt, betekent in het kader van dit onderzoek ook dat de processuele en institutionele inbedding van het opportuniteitsbeginsel zoals die in het geldende recht zijn beslag heeft gekregen niet als eindstation hoeft te worden gezien. Welke bevoegdheden uit het opportuniteitsbeginsel worden afgeleid, en hoe de uitoefening van die bevoegdheden wordt gecontroleerd, staat daarom ook niet voor altijd vast. Dat neemt niet weg dat in het geheel aan discretionaire bevoegdheden omtrent opsporing en vervolging, en in het samenstel van controlemechanismen dat daaromheen bestaat, een zekere coherentie kan worden nagestreefd. Als we ervan uitgaan dat die coherentie belangrijk is, dient in ieder geval te worden onderzocht in hoeverre daarvan sprake is. Daarvoor is het, in het licht van de vraagstelling van dit onderzoek, met name interessant om te zien welke veranderingen in de procedurele en institutionele inbedding van het opportuniteitsbeginsel hun oorsprong hebben in het recht van de Europese Unie. Er is daarom ook niet gestreefd naar volledigheid in de bespreking van relevante bevoegdheden en van het stelsel van controlemechanismen rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Daarvoor zij verwezen naar elders.[2]

Teneinde de deelvraag te beantwoorden die in dit hoofdstuk aan de orde is, geef ik allereerst in paragraaf 4.2 een beschouwing over de toegenomen reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel als zodanig, en het daardoor veranderde karakter van het beginsel. Daarbij wordt nog niet expliciet de Europese dimensie gezocht. Vervolgens sta ik stil bij enkele specifieke categorieën van

1 MacCormick 2007b, p. 21-37.
2 Corstens/Borgers 2011, met name p. 525-557.

bevoegdheden die worden afgeleid uit het opportuniteitsbeginsel, of daarmee nauw samenhangen. In paragraaf 4.3 betreft dat de bevoegdheid van de officier van justitie om de inhoud van de tenlastelegging te bepalen en daarmee de omvang van het strafgeding in te perken. Naar aanleiding daarvan wordt kort beschouwd wat voor die bevoegdheid de gevolgen zijn van de effectiviteitsvereisten die in het vorige hoofdstuk naar voren kwamen, en wordt vooruitgeblikt naar bevoegdheden van het Europees OM terzake. In paragraaf 4.4 gaat het over mogelijkheden voor buitengerechtelijke afdoening, waarbij discussie bestaat over de relatie tussen die mogelijkheden en het opportuniteitsbeginsel. Ook ten aanzien van deze bevoegdheden wordt beknopt stilgestaan bij de bevoegdheden die door het Europees OM kunnen worden aangewend, in dit geval dus in het kader van de buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten.

Na deze bevoegdheden komen de controlemogelijkheden aan bod. Als eerste wordt in paragraaf 4.5 aandacht besteed aan de mogelijkheden voor slachtoffers om de toepassing van het opportuniteitsbeginsel te beïnvloeden, die mede onder invloed van Europese regelgeving zijn verruimd. Paragraaf 4.6 handelt vervolgens over de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in de opsporing, waarin het politiesepot een belangrijke rol speelt. Wat betreft deze toepassing wordt de verbinding gezocht met de manier waarop het opsporingsbeleid wordt beïnvloed door de Europese Unie. Daarna worden in paragraaf 4.7 enkele mogelijkheden besproken waarmee via de rechter invloed kan worden uitgeoefend op beslissingen omtrent opsporing en vervolging. Paragraaf 4.8 behandelt ten slotte de mogelijkheden voor interne controle op de taakuitoefening van het OM en de bevoegdheden van de minister van Justitie terzake. Deze worden in verband gebracht met een Europeesrechtelijke aanvulling op het stelsel van *checks and balances*, namelijk de aanwijzingsbevoegdheden in twee gevallen: bij meineed voor het Hof van Justitie van de EU en bij schending van geheimen in het kader van het Euratom-Verdrag. Tot slot worden enige conclusies getrokken. Wat de introductie van het Europees OM betekent voor de controle op de taakuitoefening van het OM binnen het OM zelf en door de minister van Justitie komt niet in dit hoofdstuk, maar pas in het volgende hoofdstuk aan de orde.

4.2 Reikwijdte en karakter van het opportuniteitsbeginsel

4.2.1 Vervolging, vervolgingsbeslissing en vervolgingsmonopolie

Voor een goed begrip van de reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel in zijn institutionele en procedurele context, moet worden benadrukt dat het beginsel in het voorgaande vrijwel uitsluitend is behandeld in het licht van de beslissing omtrent vervolging, zoals die wordt genomen door de officier van justitie. In die hoedanigheid klinkt het opportuniteitsbeginsel door in de vervolgings-

beslissing van de artikelen 167 en 242 Sv. Zoals eerder al aan de orde is gesteld is de officier van justitie volgens een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel bevoegd in een haalbare strafzaak vervolging bij wijze van uitzondering op grond van het algemeen belang achterwege te laten, terwijl in een positieve interpretatie van hem juist bij elke vervolgingsbeslissing een toetsing aan het algemeen belang wordt verwacht. Deze theorieën over de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel sluiten nauw aan bij de beslissing omtrent vervolging in concrete strafzaken, hoewel in een positieve interpretatie het opportuniteitsbeginsel, als een meer fundamenteel uitgangspunt, een ruimere toepassing kan krijgen dan in een negatieve interpretatie, waar het als uitzonderingsgrond een beperkte betekenis heeft. Een uitbreiding van de reikwijdte van het opportuniteitsbeginsel in die zin dat het ook andere bevoegdheden bestrijkt dan de vervolgingsbevoegdheid, ligt dan ook meer voor de hand in een positieve interpretatie. Wanneer die interpretatie wordt aanvaard, wordt voor de invulling van concrete beslissingen teruggevallen op beleidsinstrumenten, omdat anders een onevenredig zware belasting van het OM het gevolg zou zijn, en het gevaar voor willekeur op de loer ligt. Evenals in het vorige hoofdstuk het geval was, leiden deze verschillende interpretaties van het opportuniteitsbeginsel tot verschillende uitkomsten. Daarbij betreft het hier de inrichting van de institutionele en procedurele context rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Op de verschillen tussen beide interpretaties wordt daarom bij de bespreking van de verschillende onderdelen teruggekomen. Eerst dienen enige opmerkingen gemaakt te worden over de bevoegdheidsverdeling ten aanzien van de vervolging en de beslissingen omtrent vervolging.

De competentieverdeling ten aanzien van de vervolging is in aanleg erg eenvoudig: alleen het OM mag als eisende partij optreden voor de strafrechter. Daarom kon er in ongeclausuleerde termen gesproken worden over een vervolgingsmonopolie. Het vervolgingsbegrip is echter gecompliceerd geworden. Na de invoering van de Wet OM-afdoening wordt immers niet alleen het vervolgen voor de rechter, maar ook het uitvaardigen van een strafbeschikking aangemerkt als een daad van vervolging. In de klassieke opvatting van het vervolgingsbegrip is er sprake van een daad van vervolging wanneer er door het OM of door een rechter een formele daad is verricht teneinde in de fase voorafgaand aan de tenuitvoerlegging tot een uitvoerbare rechterlijke uitspraak te komen. Het doen van een transactieaanbod valt in die visie niet te classificeren als een daad van vervolging,[3] maar een strafbeschikking is dat blijkens de wet wel, ondanks het feit dat er met het uitvaardigen van een dergelijke strafbeschikking niet wordt gestreefd naar een rechterlijke uitspraak. Bij deze stand van zaken beschikt het OM niet meer over een alleenrecht op het instellen van strafvervolging, want ook ambtenaren van de belastingdienst of bij AMvB

3 HR 19 november 1991, *NJ* 1992, 265 m.nt. ThWvV.

aangewezen opsporingsambtenaren of instanties zijn bevoegd om strafbeschikkingen uit te vaardigen. Zelfs bestuursorganen kunnen strafbeschikkingen uitvaardigen. In dat geval wordt er dus vervolging ingesteld door ambtenaren die geen opsporingsbevoegdheid bezitten. Een kanttekening daarbij is, dat het uitvaardigen van strafbeschikkingen door dergelijke functionarissen wel dient te gebeuren onder verantwoordelijkheid van het OM, want het College van procureurs-generaal kan richtlijnen vaststellen die bij de uitvaardiging van bestuurlijke strafbeschikkingen moeten worden nageleefd (artikel 257ba Sv). Men heeft er blijkbaar om redenen van doelmatigheid voor gekozen om daden van vervolging tevens te laten verrichten door anderen dan functionarissen van het OM. Om deze reden zou er niet meer gesproken moeten worden van een vervolgingsmonopolie van het OM. Een marktaandeel, hoe groot ook, kan immers niet worden gelijkgesteld met een alleenrecht. Datzelfde geldt, in nog sterkere mate, voor de beslissing die omtrent het instellen van vervolging wordt genomen.

Ook uit het feit dat het voor opsporingsambtenaren mogelijk is geweest zelfstandig dagvaardingen uit te schrijven, en daarmee dus daden van vervolging te plegen, blijkt dat het alleenrecht van het OM om te vervolgen niet absoluut is.[4] Er bestaat daarnaast nog een uitzondering op de regel dat slechts het OM personen voor de strafrechter daagt. Vervolging voor ambtsmisdrijven van bewindslieden en volksvertegenwoordigers geschiedt door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad (artikel 111 lid 2 onder a RO). Deze verdachten hebben recht op een forum privilegiatum in verband met hun bijzondere staatsrechtelijke positie: de Hoge Raad neemt in eerste en enige instantie kennis van hun strafzaak (artikel 119 Gw; artikel 484 Sv). De Procureur-Generaal is sinds de reorganisatie geen onderdeel meer van het OM, maar neemt de taken en bevoegdheden van het OM waar als hij deze personen vervolgt (artikel 111 lid 3 RO). De P-G heeft in die gevallen de leiding over het proces, en kan de bijstand van het OM verzoeken (artikel 123 RO), maar hij neemt niet de beslissing tot vervolging. De last tot vervolging wordt door de Tweede Kamer of de regering aan de Procureur-Generaal gegeven (artikel 4 Wet ministeriële verantwoordelijkheid), die verplicht is aan die last onmiddellijk gevolg te geven (artikel 483 lid 3 Sv).[5]

Door het parket bij de Hoge Raad buiten het OM te plaatsen wordt voorkomen dat de Minister van Justitie een aanwijzing geeft om een zaak tegen een bewindspersoon te seponeren.[6] De Minister heeft immers geen aanwijzingsbevoegdheid jegens de Procureur-Generaal, zodat deze onafhankelijk kan opereren in dergelijke gevoelige zaken. Overigens heeft de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, hoewel hij niet meer tot het OM behoort, een toezichthoudende rol op de taakuitoefening van het OM (artikel 122 RO). Verder

4 Zie paragraaf 4.6.
5 Zie ook Melai/Groenhuijsen, aant. 8.4 op art. 167.
6 Minkenhof/Reijntjes 2009, p. 49.

blijkt de herkomst van het parket bij de Hoge Raad ook nog daaruit dat bij het instellen van cassatie in het belang der wet toepassing wordt gegeven aan het opportuniteitsbeginsel, dat vanouds met het OM wordt geassocieerd.[7]

Op een vergelijkbare manier is het OM in de vervolging van fiscale delicten afhankelijk van beslissingen van de belastingdienst.[8] Als geen inverzekeringstelling of voorlopige hechtenis is toegepast, of tegen de wil van de bewoner een woning is binnengetreden, kan de belastingdienst oordelen over de wenselijkheid van strafvervolging en afhankelijk daarvan proces-verbaal insturen naar het OM (artikel 80 lid 2 AWR). Dat verplicht de officier van justitie niet tot vervolging, want het proces-verbaal kan ook worden geretourneerd om door de belastingdienst zelf te worden afgedaan (artikel 80 lid 3 AWR). Wanneer de belastingdienst er voor kiest om een proces-verbaal niet bij het OM in te sturen, is het instellen van vervolging voor een officier van justitie onmogelijk. Een officier van justitie kan ook het insturen van een proces-verbaal waarvan hij weet dat het bestaat of moet bestaan, niet vorderen, omdat hij geen gezag heeft over de opsporing door de belastingdienst. Hier betreft het echter slechts een negatieve controle door de belastingdienst op de beslissing om vervolging in te stellen: het niet-insturen maakt dat onmogelijk, maar het wel insturen verplicht het OM er niet toe om te vervolgen. Wanneer de procedures voor de beslissing van de fiscale autoriteiten over het al dan niet insturen van een dossier naar het OM worden omzeild, kan dat waarschijnlijk nooit leiden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM.[9] Die sanctie is zeker niet van toepassing in de gevallen waarin al een daad van vervolging is verricht, omdat dan door de fiscale autoriteiten niet het opportuniteitsbeginsel mag worden toegepast (artikel 80 lid 2 AWR).[10] Wanneer een dossier wel wordt ingezonden, heeft het OM het laatste woord met betrekking tot de vervolging, en wanneer het daartoe beslist voert het die vervolging zelf uit. Deze rolverdeling tussen de fiscale autoriteiten en het OM heeft als achtergrond dat niet het vervolgingsmonopolie van het OM wordt doorbroken, maar dat de instanties die met de handhaving van het belastingrecht zijn belast bij de beslissingen die zij nemen het opportuniteitsbeginsel kunnen toepassen.[11] Het OM kan door de zittingsrechter ook verantwoordelijk worden gehouden voor onrechtmatigheden, ook al zijn die in de opsporingsfase door de fiscale autoriteiten verricht. Een voorbeeld daarvan is het optreden van onredelijke vertraging in het onderzoek.[12]

7 Hoge Raad der Nederlanden 2010, p. 91.
8 Zie ook Melai/Groenhuijsen, aant. 8.6 op art. 167.
9 HR 24 november 1987, *NJ* 1988, 617.
10 Zie Rb Breda 9 augustus 1984, *NJ* 1985, 62 en HR 15 september 1986, *NJ* 1987, 304.
11 Zie de conclusie voor HR 15 september 1986, *NJ* 1987, 304 en de noot van Van Veen onder HR 9 juni 1987, *NJ* 1988, 583.
12 Rb Rotterdam 29 maart 1983, *NJ* 1983, 540 m.nt. ThWvV.

Het OM heeft daarmee in Nederland een bijna-monopolie op het brengen van verdachten voor de strafrechter. De beslissing over het instellen van vervolging is echter niet het alleenrecht van het OM. Naast de hiervoor genoemde, vormen politieke en rechterlijke controlemogelijkheden de belangrijkste inperkingen van de beleidsvrijheid van het OM. Zo kan de minister van Justitie met een aanwijzing in de zin van artikel 127 RO vervolging bevelen, net als het Gerechtshof dat ex. artikel 12i Sv kan. Mede uit die twee controlemogelijkheden is een stelsel van *checks and balances* rondom de vervolgingsbeslissing opgebouwd. Dat stelsel laat zien dat met de aanvaarding van het opportuniteitsbeginsel, in combinatie met een monopolie op de uitvoering van de vervolging, het wenselijk werd geacht dat er een mogelijkheid tot controle zou bestaan op de beslissing over het instellen van vervolging. Het OM zou wel een vervolgingsmonopolie mogen bezitten, maar in ieder geval geen vervolgingsbeslissingsmonopolie. Het is daarom goed om onderscheid te maken tussen twee competentieverdelingen: ten aanzien van beslissing over het instellen van vervolging, en ten aanzien van het uitvoeren van de vervolging.

Inperkingen van de beslissingsmogelijkheden vormen daarom geen inbreuk op het vervolgingsmonopolie. Het is immers nog steeds het OM dat verdachten voor de rechter brengt. Dat de beslissingsruimte om dat te doen minder ruim is of soms geheel afwezig, wil slechts zeggen dat daarmee de beslissingscompetentie, en daarmee de uitoefening van het opportuniteitsbeginsel, anders is verdeeld. Alleen bij de vervolging van bewindslieden en volksvertegenwoordigers is dat anders, evenals bij de niet door de officier van justitie uitgevaardigde strafbeschikking, omdat die ook is aangemerkt als daad van vervolging.

4.2.2 Het afleiden van mindere uit meerdere bevoegdheden

Een ander probleem met betrekking tot de betekenis van het opportuniteitsbeginsel voor de aard en omvang van strafvorderlijke bevoegdheden, betreft de manier waarop deze bevoegdheden zelf kunnen worden geïnterpreteerd. Omdat het OM belast is met de vervolging van strafbare feiten, maar tevens bevoegd is om deze vervolging achterwege te laten, zou daaruit kunnen worden afgeleid dat het OM ook een bevoegdheid heeft om verdachten weliswaar de strafrechtelijke procedure te laten verlaten, maar dit te doen onder bepaalde voorwaarden. Daarnaast wordt uit het bestaan van het sepot ook afgeleid dat het OM mag kiezen voor een beperkte omvang van de vervolging, die tot uitdrukking komt in een beperking van de tenlastelegging tot een deel van het maximaal haalbare. Deze manieren om strafvorderlijke rechtsfiguren af te leiden uit de algemene mogelijkheid om vervolging achterwege te laten worden wel gebaseerd op de redenering dat de meerdere bevoegdheid de mindere impliceert. Veel stemmen in de strafrechtelijke literatuur onderschrijven deze redenering dat wie tot het meerdere bevoegd is, ook tot het mindere

bevoegd is,[13] een argumentatiemethode die ook wel bekend staat als het *argumentum a maiori ad minus.*[14] Op deze wijze kunnen verschillende bevoegdheden geconstrueerd worden uit de algemene mogelijkheid tot seponeren van de artikelen 167 en 242 Sv.

Er zijn echter twee bezwaren te maken tegen deze redenering. Het eerste bezwaar wijst op de verschillende uitkomsten van deze redenering wanneer een positieve dan wel een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt gehuldigd. In het pleidooi van Moons voor erkenning van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel komt de redenering namelijk wat vreemd voor, omdat in zijn visie de cruciale bevoegdheid die aan het OM wordt toegekend niet de bevoegdheid is om te seponeren terwijl in de regel moet worden vervolgd, maar juist de bevoegdheid om te kiezen óf er wel vervolgd wordt. Moons maakt bij zijn redenering, dat uit de meerdere bevoegdheid de mindere voortvloeit, namelijk gebruik van een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, terwijl hij in beginsel een voorstander van de positieve interpretatie is.[15] Een zelfde constructie is te vinden bij Tak.[16] De positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel werpt echter een ander licht op de redenering dat wie tot het meerdere bevoegd is, dat ook tot het mindere is: de bevoegdheid om vervolging in te stellen zou dan tevens de bevoegdheid omvatten tot voorwaardelijke niet-vervolging. Dat geldt overigens niet voor de voorwaardelijke niet-verdere vervolging, omdat die wettelijk geregeld was in artikel 244 lid 3 Sv (oud). De relatie tussen die bevoegdheden komt minder overtuigend over dan wanneer men bij een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel de bevoegdheid om voorwaardelijk te seponeren afleidt uit de bevoegdheid om onvoorwaardelijk te seponeren.

Dat deze redenering niet volledig kan overtuigen kan ook de achtergrond zijn geweest van de opvatting van Corstens en Tak, dat deze redenering op zich wel een toelaatbare rechtsgrondslag oplevert voor de voorwaardelijke niet-vervolging, maar dat beter een analoge toepassing van de voorwaardelijke niet-verdere vervolging als grondslag gekozen kan worden, in plaats van de voorwaardelijke niet-vervolging uit het onvoorwaardelijk sepot af te leiden.[17] Wanneer er discussie bestaat over de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, en die discussie nog niet duidelijk in het voordeel van één van beide kampen is beslecht,[18] is het wellicht beter om geen gebruik te maken van de redenering dat uit meerdere bevoegdheden mindere bevoegdheden kunnen worden afgeleid. Zonder een expliciete verantwoording dat men een positieve dan wel negatieve interpretatie als uitgangspunt neemt, is dat in ieder geval

13 Noyon 1926, p. 276; Moons 1969, p. 487-488; Corstens 1974, p. 24; Corstens & Tak 1982, p. 98-100.
14 MacCormick 2005, p. 18.
15 Moons 1969, p. 487.
16 Tak 1973c, p. 11.
17 Corstens & Tak 1982, p. 98-99.
18 Zie met name paragraaf 2.7.

niet overtuigend, omdat deze interpretaties tot een verschillend oordeel leiden omtrent de bruikbaarheid van de redenering.

Een tweede bezwaar tegen deze redenering is geïnspireerd op het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sv. Het is immers de vraag of het legaliteitsbeginsel niet gebiedt, dat een bevoegdheid zoals die tot voorwaardelijke niet-vervolging, slechts wordt uitgeoefend wanneer daar een expliciete wettelijke grondslag voor is. Inmiddels is die grondslag in artikel 167 lid 2 Sv gecreëerd, maar dat is jarenlang anders geweest. Voor de bevoegdheid om de tenlastelegging te beperken tot een minder ernstig verwijt dan maximaal haalbaar zou zijn, bestaat nog steeds geen uitdrukkelijke wettelijke grondslag. Is dat problematisch in het licht van het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel? Corstens is van mening dat de voeging ad informandum een formele wettelijke grondslag vereist, omdat het een daad van vervolging betreft, en het Wetboek van Strafvordering slechts strafvorderlijke afdoening via tenlastelegging, bewezenverklaring en strafbaarverklaring kent.[19] Wanneer echter voor een niet al te strikte benadering van het legaliteitsbeginsel wordt gekozen, is een opvatting mogelijk waarin slechts een wettelijke grondslag vereist is voor beslissingen die individuele burgers rechtstreeks raken. Een dergelijke opvatting laat ruimte voor aanvullende buitenwettelijke rechtsbescherming.[20] De vraag is echter hoe duidelijk die begrenzing is. Wanneer het legaliteitsbeginsel zo wordt geïnterpreteerd dat de uitvoerende en de rechterlijke macht geen nieuwe bevoegdheden mogen creëren die inbreuk maken op rechten en vrijheden van burgers, dan wordt onvermijdelijk een mate van ingrijpendheid geïntroduceerd, die steeds als richtsnoer zal moeten dienen bij de beoordeling van specifieke bevoegdheden.[21] Tegen een buitenwettelijke voorziening als de voorwaardelijke niet-vervolging bestaat dan wellicht geen bezwaar, omdat daarvoor een consensuele grondslag voorhanden is waarvan de mate van ingrijpendheid beperkt is. Vanuit een standpunt dat niet per se legistisch is, maar waarin wel een nauwere binding aan de wet als wenselijk wordt gezien, is dat waarschijnlijk niet overtuigend.[22]

Uit de keuze voor het driesporenmodel die gemaakt is door de onderzoeksgroep Strafvordering 2001, volgt dat buitengerechtelijke afdoening in het algemeen niet meer door iedereen wordt gezien als een afgeleide, consensuele variant van het klassieke model van tenlastelegging en berechting. Dat hangt waarschijnlijk daarmee samen dat het in het strafprocesrecht niet meer uitsluitend om de verdachte gaat, maar steeds meer ook de belangen van het slachtoffer gediend moeten worden, onrechtmatigheden in het vooronderzoek moeten worden behandeld en de betekenis van het proces voor de samenleving van belang is. Vanwege het ontbreken van een richtinggevend kader voor het

19 Corstens 1987, p. 96.
20 De Jong 1985a, p. 7-8.
21 Cleiren 1992, p. 32-33.
22 Soeteman 1994, p. 72-73.

strafprocesrecht kan het stelsel van strafvordering niet worden ontwikkeld aan de hand van redeneringen die de traditionele oriëntatie op de verdachte als uitgangspunt nemen, en moet vaker worden gekozen voor een wettelijke regeling, omdat slechts daardoor legitieme rechtsontwikkeling kan plaatsvinden. Voor een aantal rechtsfiguren die samenhangen met het opportuniteitsbeginsel is die ontwikkeling duidelijk waar te nemen. Zo is er een wettelijke grondslag in het leven geroepen voor de voorwaardelijke niet-vervolging in artikel 167 lid 2 Sv. Daarbij is het overigens onduidelijk of die keuze samenhangt met het schrappen van de voorwaardelijke niet-verdere vervolging van artikel 244 lid 3 Sv, of dat dat laatste op een vergissing van de wetgever berust.[23] Ook is inmiddels een wettelijke basis gecreëerd voor het politiesepot, in artikel 152 lid 2 Sv. Het scheppen van deze wettelijke grondslagen voor bevoegdheden die op zichzelf niet de rechtspositie van de verdachte negatief beïnvloeden is ook wenselijk vanuit de overtuiging dat het strafproces ook de rechtspositie van slachtoffers zorgvuldig zou moeten regelen. Een legaliteitsbeginsel dat meer eisen stelt aan de wettelijke verankering van inbreuken op vrijheden, dan aan de verankering van rechten van verdachten, ligt dan niet meer voor de hand. En wanneer een dergelijke opvatting van het legaliteitsbeginsel wordt aangehangen, zullen rechtsfiguren die erop neer komen dat wordt afgezien van het toepassen van strafvorderlijke bevoegdheden, een expliciete wettelijke grondslag behoeven.

4.2.3 Consensualiteit en onderhandelen

Hiervoor is aan de orde geweest dat het mogelijk is om op grond van het opportuniteitsbeginsel andere strafvorderlijke bevoegdheden te construeren. Een specifiek voorbeeld waar verder op kan worden ingegaan, is de mogelijkheid om te onderhandelen met betrokkenen over de inzet van de verschillende strafvorderlijke middelen waarover het OM kan beslissen. Die onderhandelingen kunnen plaatsvinden met een getuige die te kennen geeft alleen te willen verklaren als het OM in zijn eigen strafzaak een gunstiger benadering kiest, of met een verdachte die bereid is een bekennende verklaring af te leggen onder de voorwaarde dat het OM zich ervoor zal inzetten dat de opgelegde vrijheidsstraf in een bepaalde inrichting zal worden ten uitvoer gelegd.

Onderhandelingen kunnen betrekking hebben op de aard en inhoud van de verdenking, die de grondslag van de vervolging zal vormen, op de wijze van afdoening die zal worden gekozen, of op de hoogte en aard van de straf die zal worden geëist.[24] Tegenover wat het OM daarin kan bieden, staat dat de verdachte kan toezeggen een bepaalde proceshouding aan te nemen door bijvoorbeeld te bekennen of een bepaald verweer achterwege te laten. Hij kan

23 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 177, nr. 3, p. 17-18.
24 Simmelink 2004, p. 229-230.

ook aanbieden de schade van de benadeelde te vergoeden of een belastende verklaring in een andere zaak af te leggen of daar informatie voor te leveren.

Andere vormen van overleg zijn ook mogelijk: in het driehoeksoverleg wordt door de officier van justitie en de burgemeester overlegd met de verantwoordelijke over een regionale eenheid van de politie, over de uitoefening van hun gezag over de opsporing en de handhaving van de openbare orde (artikel 13 Politiewet 2012). De bevoegdheid tot het voeren van die onderhandeling en overleg en het aangaan van bindende afspraken in een dergelijke context, vormt een bevoegdheid op metaniveau: de bevoegdheid van een hogere orde, om in overleg of onderhandeling te treden over de toepassing van bevoegdheden van een lagere orde. Die bevoegdheid is wettelijk vastgelegd; zou buiten die bevoegdheid om ook kunnen worden onderhandeld wanneer daarvoor een beroep wordt gedaan op de beleidsvrijheid die het opportuniteitsbeginsel biedt?

Het lijkt me dat de ruimte daarvoor beperkt is. Wanneer in de wet een bevoegdheid is neergelegd om door middel van overleg tot overeenstemming te komen over de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden, zijn daar steeds bepaalde voorwaarden aan verbonden en is daaraan invulling gegeven in een bepaalde structuur. Het kan dan niet de bedoeling zijn dat in plaats van gebruik te maken van die voorhanden zijnde structuren die een expliciete wettelijke grondslag hebben, een parallelle structuur wordt opgericht die is gebaseerd op een algemene werking van het opportuniteitsbeginsel. De wettelijke regeling kan beter zo mogelijk als uitputtend worden beschouwd, waardoor een eventuele aanvullende werking van het opportuniteitsbeginsel niet de bedoelde kanalisering van de bevoegdheidsuitoefening van de strafvorderlijke overheid kan doorkruisen.

4.2.4 De vervolgingsbeslissing en de componenten daarvan

De bevoegdheid om ten aanzien van een verdachte of niet-verdachte burger bepaalde strafvorderlijke middelen toe te passen is niet alleen onderworpen aan een toetsing aan het algemeen belang. Dat zou volstrekt in strijd zijn met de eisen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid en daarmee met het legaliteitsbeginsel. Zo is de inzet van de meeste dwangmiddelen in die zin begrensd dat ze alleen mogen worden toegepast tegen een verdachte, dat wil zeggen tegen iemand waartegen een op feiten en omstandigheden gebaseerd redelijk vermoeden is gerezen dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit (artikel 27 Sv). Om tot vervolging over te kunnen gaan geldt een zwaarder criterium dan de verdenking: in het algemeen wordt aangenomen dat de officier van justitie alleen mag vervolgen als hij ervan overtuigd is dat op grond van het beslissingsmodel van de artikelen 348 en 350 Sv de rechter tot een veroordeling zal komen. Met andere woorden: het instellen van vervolging is alleen toegestaan wanneer er een haalbare zaak voorligt, wat meer inhoudt

dan dat er ernstige bezwaren bestaan. Onder die haalbaarheid vallen niet alleen omstandigheden die het strafbare feit rechtstreeks betreffen, maar ook de afwezigheid van allerlei vervolgingsbeletselen. De haalbaarheid van een veroordeling zal overigens vooropstaan en niet zozeer de straftoemeting; de anticipatie van een rechterlijk pardon in plaats van strafoplegging zal niet snel tot de conclusie leiden dat er geen sprake is van een haalbare zaak.

Men spreekt wel van twee componenten waaruit de vervolgingsbeslissing is opgebouwd: een haalbaarheidscomponent en een opportuniteitscomponent. Daarmee samenhangend worden twee typen beslissingen onderscheiden die de vervolging beëindigen: technische sepots en beleidssepots, die respectievelijk verband houden met de onmogelijkheid van een veroordeling door de strafrechter en met de onwenselijkheid daarvan wegens ontbreken van een algemeen belang.[25] Een onvoorwaardelijk beleidssepot heeft als gevolg dat er voorlopig geen strafzaak komt. Wanneer er alleen informeel is geseponeerd, zonder mededeling aan de verdachte, kan de strafzaak zonder nadere formaliteiten worden voortgezet. Maar ook een kennisgeving van niet of niet verdere vervolging hoeft geen afstel te betekenen, als zich nieuwe bezwaren voordoen. Wanneer bijvoorbeeld nieuw bewijsmateriaal bekend zou worden kan alsnog tot vervolging, of tot een andere vorm van afdoening, worden overgegaan.

Het onderscheid tussen de haalbaarheids- en opportuniteitscomponent dient enigszins te worden genuanceerd.[26] Een technisch sepot is niet puur een gevolg van de inhoud van het dossier. Of er voldoende bewijs aanwezig is, hangt immers af van de opsporingsinspanningen die zijn gepleegd. Deze zijn afhankelijk van de inzet van opsporingsambtenaren en de prioriteiten die, mede door het OM, voor de opsporing zijn gesteld. Ook kan een strafbaar feit met een technisch sepot worden afgedaan door het te kwalificeren als een delict, waarvoor het dossier onvoldoende bewijsmateriaal bevat om een veroordeling te kunnen verwachten. Als veroordeling voor een lichter feit wel haalbaar zou zijn geweest, is dit 'wegseponeren' een beleidskeuze, en geen onvermijdbaar gevolg van het opsporingsonderzoek.

In andere gevallen zal de officier van justitie de verdachte juist wel willen dagvaarden, terwijl er naar zijn mening wellicht geen haalbare zaak voorligt. Dat kan het geval zijn wanneer hij een uitspraak van de rechter wil uitlokken over een bepaalde wetsbepaling waarvan de betekenis onduidelijk is. Ook kan het nodig zijn om duidelijkheid te verkrijgen over de interpretatie van delictsomschrijvingen of strafuitsluitingsgronden, om te weten te komen welk vervolgingsbeleid in de toekomst zal moeten worden aangehouden. Over de geoorloofdheid van deze gang van zaken bestaat verschil van mening. Sommigen menen dat het vervolgen van een niet-haalbare zaak in geen enkel geval geoorloofd is. Melai heeft bijvoorbeeld betoogd dat het strafproces geen zuiveringsproces mag worden, en dat het OM zich daarom moet onthouden van

25 Zie uitgebreider over deze sepotgronden paragraaf 3.3.2.
26 Lensing & Mulder 1994, p. 155; Melai/Groenhuijsen, aant. 6 op art. 167.

het instellen van strafvervolging wanneer er geen redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit bestaat.[27] Corstens wijst erop, dat het Wetboek van 1838 strafvordering slechts toestond in de gevallen, bij de wet voorzien. Dat die bepaling in het Wetboek van 1926 niet is opgenomen, betekent volgens hem niet dat de wetgever heeft willen toestaan dat niet-strafbare gedragingen worden vervolgd.[28] Aan de andere kant is het instellen van strafvervolging soms noodzakelijk om maatschappelijke onrust te beteugelen of het verwijt te ontlopen dat een bepaalde zaak in de doofpot wordt gestopt. De bezwaarschriftprocedure biedt daarom ook aan de verdachte een mogelijkheid om zich tegen een dergelijke vervolging teweer te stellen.[29] Die laatste opvatting lijkt goed te passen in een opvatting van het strafproces die sterker de nadruk legt op een contradictoire gedingstructuur, zoals vooropgesteld in de rapporten van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001.

Deze opmerkingen over de twee componenten van haalbaarheid en opportuniteit liggen beide op het terrein van de concrete zaak, en zijn dan ook vooral relevant voor de manier waarop allerlei concrete strafvorderlijke bevoegdheden moeten worden uitgeoefend. In onderling verband geven deze zicht op de betekenis van het opportuniteitsbeginsel als uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht. Ten aanzien van het opportuniteitsbeginsel in zijn eigenlijke betekenis als rechtsbeginsel, is het onderscheid tussen de componenten van haalbaarheid en opportuniteit echter ook van belang. Daarbij verwijzen die componenten naar de algemene materieel- en formeelrechtelijke voorwaarden voor een strafrechtelijke veroordeling. De haalbaarheidscomponent beslaat immers de klassieke voorwaarden voor strafbaarheid, zoals die procedureel tot uitdrukking komen in artikel 350 Sv, en de vragen van artikel 348 Sv naar de geldigheid van de dagvaarding, de rechterlijke bevoegdheid, de ontvankelijkheid van het OM en de, in de praktijk nogal onbelangrijke, schorsing van de vervolging. De opportuniteitscomponent heeft in dat rechterlijk beslissingsmodel geen volledig corresponderende plaats, omdat de strafrechter niet de opportuniteit van de vervolging als zodanig toetst. Delen van de opportuniteitscomponent vallen echter wel onder rechterlijke controle. Eén daarvan betreft de toetsing van de vervolgingsbeslissing aan beginselen van een goede procesorde, waarbij eventuele rechterlijke sanctionering procedureel gekoppeld is aan de ontvankelijkheid van het OM. Een andere controle is gelegen in de straftoemeting: de strafrechter kan middels een rechterlijk pardon de straf geheel achterwege laten, of zodanig laag vaststellen dat daaruit een opvatting omtrent de opportuniteit van de strafzaak naar voren komt die afwijkt van het oordeel van de officier van justitie. Tot op zekere hoogte kan de strafrechter het ontbreken van een algemeen belang bij bestraffing laten meewegen in de interpretatie

27 Melai 1973c.
28 Corstens/Borgers 2011, p. 15.
29 Corstens 1974, p. 34-37.

van de delictsomschrijving en de bepaling van de wederrechtelijkheid. De mogelijkheden daartoe zijn echter niet erg ruim.[30]

Belangrijke aspecten van de opportuniteitscomponent vallen dus buiten het bereik van de strafrechter; hoogstens wordt een marginale toetsing door de zittingsrechter uitgevoerd op basis van de beginselen van een goede procesorde. Daarmee voegt de opportuniteitscomponent iets toe aan het juridische kader waarbinnen de vervolgingsbeslissing moet worden genomen, ten opzichte van het juridische kader dat de rechter gebruikt voor zijn beslissingen. In een negatieve interpretatie komt die toevoeging niet zo duidelijk naar voren als in een positieve interpretatie. In dat laatste geval moet, voordat tot vervolging kan worden overgegaan, immers zowel de haalbaarheid als de opportuniteit worden beoordeeld. In algemene termen gesproken kan het opportuniteitsbeginsel in zijn betekenis als beginsel, wanneer het positief wordt geïnterpreteerd, dus worden gezien als de bron van een toevoeging aan de algemene voorwaarden voor strafbaarheid. Deze gecombineerde voorwaarden van haalbaarheid en opportuniteit zouden de algemene voorwaarden voor strafrechtelijk ingrijpen genoemd kunnen worden. Die voorwaarden omvatten in deze opvatting cumulatief de haalbaarheid en de opportuniteit. 't Hart heeft in zijn uitleg van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel gesteld dat het strafrechtelijk optreden steeds gegrond moet zijn op legaliteit en opportuniteit.[31] In sommige publicaties onderscheidde hij overigens een derde voorwaarde: die van prioriteit, waarin het belang van het strafrechtelijk optreden in relatie tot de beschikbare capaciteit van het strafrechtelijk apparaat was opgenomen.[32] Met die noodzakelijke voorwaarden is de vervolgingsbeslissing, wanneer een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt aangehangen, dus onderworpen aan méér voorwaarden dan de beslissingen die de strafrechter volgens artikel 348 en 350 Sv dient te nemen.

Een poging om een deel van de opportuniteitscomponent op te nemen in de algemene voorwaarden voor strafbaarheid, en dus ook in de haalbaarheidscomponent, is te vinden bij Vrij, in zijn voorstel om subsocialiteit als derde element van het strafbare feit te erkennen.[33] Op die wijze zouden belangrijke onderdelen van de opportuniteit in het materiële recht betrokken raken en dus ter beoordeling aan de rechter komen te staan. Over dit voorstel volgt meer in paragraaf 6.8.

30 Zie daarover meer in het bijzonder paragraaf 6.9.
31 't Hart 1976, p. 11-15.
32 't Hart 1994a, p. 129-130.
33 Vrij 1948.

4.3 Bepaling van de omvang van de vervolging

4.3.1 Het opportuniteitsbeginsel en de keuze van de tenlastelegging

Een specifiek thema waar de betekenis van het opportuniteitsbeginsel voor het strafprocesrecht zich laat voelen, is de vaststelling van de tenlastelegging. Het Nederlandse strafprocesrecht gaat daarbij uit van een duidelijke taakverdeling tussen de rechter en de officier van justitie: de laatste heeft als taak de tenlastelegging op te stellen en bepaalt daarmee de omvang van de strafvervolging. De rechter neemt op grond van die tenlastelegging zijn beslissing.[34] Daarmee wordt de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechterlijke macht bevorderd.[35] De Hoge Raad duidt dit uitgangspunt in de *Klare Taal*-arresten aan als het 'beschuldigingsbeginsel'.[36] Die rolverdeling tussen beide procesdeelnemers wordt, onder andere, zichtbaar gemaakt door de bepaling dat de officier van justitie niet aan dezelfde tafel plaats mag nemen als de rechters (artikel 268 lid 3 Sv). Deze functieverdeling tussen rechter en officier van justitie baant de weg voor een strikt grondslagstelsel: wanneer de rollen van beide procesdeelnemers sterk worden gescheiden, komt aan de rechter geen enkele bevoegdheid toe met betrekking tot de bepaling van de inhoud van de tenlastelegging, en dient hij zich te beperken tot een beoordeling van de zaak aan de hand van de door het OM opgestelde tekst. Wanneer de rechter zich daarnaast zou uitlaten over de inhoud van de tenlastelegging zou hem het verwijt kunnen worden gemaakt dat hij de taakuitoefening van de officier van justitie doorkruist.

Hoewel de grondslagleer in het Nederlandse recht niet als uitzonderlijk streng kan worden beschouwd, moet deze leer wel worden bezien in het verband van twee andere uitgangspunten. Het ene betreft het vervolgingsmonopolie, waarvoor hierboven al aandacht is geweest. Het andere uitgangspunt betreft het in dit onderzoek centraal staande opportuniteitsbeginsel, dat in het kader van de vaststelling van de tenlastelegging in beginsel zó kan worden uitgelegd, dat het OM niet alleen vrij is om te besluiten vervolging al dan niet voorwaardelijk achterwege te laten, maar ook om bij het instellen van de vervolging deze te beperken tot een bepaalde omvang.[37] Dat wil zeggen dat het opportuniteitsbeginsel het mogelijk maakt dat de bevoegdheid bestaat om een selectie te maken uit meerdere strafbare feiten, maar ook dat de tenlastelegging op een bepaalde, minder zware strafbepaling mag worden toegesneden dan de maximaal haalbare. In het Nederlandse strafprocesrecht worden deze bevoegdheden ook daadwerkelijk uit het opportuniteitsbeginsel

34 Cleiren 2001, p. 27-28.
35 Knigge 1994, p. 111.
36 HR 27 juni 1995, *NJ* 1996, 126 en HR 27 juni 1995, *NJ* 1996, 127 m.nt. MSG onder het tweede arrest.
37 Zie reeds Moons 1969, p. 487-488.

afgeleid, zonder dat daarvoor een expliciete wettelijke grondslag bestaat. In dat opzicht bestaat er een duidelijk verschil met de hiervoor benoemde rechtsfiguren van het voorwaardelijk sepot en het politiesepot, die inmiddels een expliciete wettelijke grondslag hebben gekregen. Wanneer er omstandigheden zijn op grond waarvan het tenlastegelegde zou kunnen worden gekwalificeerd onder een geprivilegieerde strafbepaling, moeten die omstandigheden naar Nederlands recht wel aan de rechter worden meegedeeld.

De bevoegdheid om voor een deel van het feitencomplex niet te vervolgen, gecombineerd met de binding van de rechter aan de tenlastelegging, maakt dat het OM de macht heeft het onderwerp van het strafproces te bepalen: hij is *dominus litis*.[38] Het andere uitgangspunt dat hierbij van belang is, het vervolgingsmonopolie, vrijwaart het OM van de inmenging van andere actoren in de uitoefening van het vervolgingsrecht, zodat het haalbaar is om een rationeel, democratisch gelegitimeerd vervolgingsbeleid te voeren waarbij ook de omvang van de beschuldiging onderwerp van beleidskeuzes kan zijn. Daarnaast biedt het grondslagstelsel rechtsbescherming, doordat de verdachte zekerheid heeft over datgene waarvoor hij zich zal moeten verantwoorden.[39] De taak om een tenlastelegging op te stellen vereist volgens MacCormick overigens een omvangrijke kennis van de bepalingen van het materiële strafrecht, omdat het anders onmogelijk is te kiezen uit de vele manieren om strafrechtelijke aansprakelijkheid op te baseren, en uit de vele strafbare feiten die zich aan het OM voordoen. Een keuze voor een bepaalde tenlastelegging kan worden gemaakt op grond van de overtuiging dat er voldoende bewijs is voor de veroordeling en kwalificatie van een bepaalde gedraging onder een materieelrechtelijke norm.[40]

De mogelijkheid om de tenlastelegging te beperken kan vanuit beide interpretaties van het opportuniteitsbeginsel verschillend worden gewaardeerd. Waar vervolging voor de rechter in een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel de regel is, is het in de positieve interpretatie slechts één van de mogelijkheden waartoe op grond van het algemeen belang in een concrete zaak kan worden besloten. Strafvervolging hoeft in die laatste interpretatie niet te worden ingesteld voor het maximaal haalbare, maar kan ook worden beperkt in omvang, door bijvoorbeeld een strafverzwarende omstandigheid of één van meerdere gepleegde delicten niet ten laste te leggen. Wanneer het op grond van een afweging van belangen beter lijkt om wel te dagvaarden, maar een minder zware beschuldiging te uiten dan op grond van de feiten en het materiële recht mogelijk zou zijn, staat deze weg open. Wat echter tenlastegelegd wordt, zal hoe dan ook op straffe van vrijspraak dienen te

38 Zie ook Melai/Groenhuijsen, aant. 15 op art. 167.
39 Knigge 1994, p. 111. Zie ook De Jong 1981, p. 281; Boksem 1996, p. 135-144 en Harteveld 2001, p. 179-194.
40 MacCormick 1994, p. 46-47.

worden bewezen.[41] In een negatieve interpretatie is vervolging voor het maximaal haalbare veel sterker een voor de hand liggende keuze, en zou beperking van de tenlastelegging eerder een uitzondering vormen.

Het OM is ook niet verplicht om de belangen van slachtoffers bij vervolging een doorslaggevend gewicht toe te kennen. Wanneer een verdachte kan worden gedagvaard voor een aantal strafbare feiten waar meerdere slachtoffers bij zijn betrokken, staat het het OM vrij om daar een keuze in te maken.[42] De strafbare feiten die niet in de tenlastelegging worden opgenomen kunnen dan eventueel ad informandum gevoegd worden. Het slachtoffer van een ad informandum gevoegd feit is tegenwoordig ook in staat om zich als rechtsreeks benadeelde te voegen en zijn schade vergoed te krijgen (artikel 361 lid 2 Sv).[43]

4.3.2 De grondslagleer

Uit de rolverdeling tussen rechter en officier van justitie vloeit voort dat, omdat het tot de functie van het OM behoort om de tenlastelegging op te stellen, de rechter in beginsel aan de inhoud van deze beschuldiging gebonden is. Hij mag geen inbreuk maken op de functies van het vervolgende orgaan door de tenlastelegging te wijzigen, en is niet bevoegd om de grondslag van de tenlastelegging te verruimen, en te veroordelen voor meer dan is tenlastegelegd. Weliswaar bepaalt de wet dat de rechtbank beraadslaagt op de grondslag van de tenlastelegging, en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting (artikel 348 en 350 Sv), maar daarbij is vooral de tenlastelegging van belang. Die grondslagleer geldt daarom niet alleen voor de beantwoording van de hoofdvragen van artikel 350 Sv, maar ook voor de voorvragen van artikel 348 Sv, waaronder de vraag naar de ontvankelijkheid van het OM.[44] Ook de bevoegdheid van de rechter moet worden beoordeeld aan de hand van de tenlastelegging, en niet op grond van anderszins gebleken omstandigheden.[45]

De rechter zal zijn bevoegdheid dus moeten bepalen aan de hand van hetgeen ten laste is gelegd, niet aan de hand van het feitelijk gebeurde. Uitzondering hierop is mogelijk als het gaat om de bevoegdheidsverdeling tussen de commune strafrechter en de militaire. Binding aan de grondslag van de tenlastelegging hoeft nog niet met zich mee te brengen dat, als de rechter in het onderzoek van de zaak kennis krijgt van omstandigheden die een zwaarder

41 HR 21 oktober 1969, *NJ* 1970, 126 m.nt. W.F. Prins. Vgl. MacCormick 1994, p. 41-52.
42 Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 1991, *NJ* 1991, 733.
43 Daarover ook Langemeijer 2010, p. 56-57.
44 HR 30 januari 1933, *NJ* 1933, 588 en 591 m.nt. T. Desondanks heeft ook wel eens een rechtbank zich bevoegd verklaard die daarvoor geen aanknopingspunten in de tenlastelegging of het onderzoek ter zitting aanwezig vond: Rb Middelburg 27 november 1992, *NJ* 1993, 345.
45 HR 20 juni 1950, *NJ* 1950, 614 m.nt. BVAR; HR 23 november 1954, *NJ* 1955, 32 m.nt. WP.

verwijt rechtvaardigen, hij dit niet in zijn straftoemeting zou mogen meewegen, mits die maar binnen het maximum van het tenlastegelegde feit blijft.

De mogelijkheden voor het OM om de tenlastelegging op een specifieke delictsomschrijving toe te snijden zijn echter niet onbeperkt. Als er een geprivilegieerde specialis van toepassing is zal het OM die moeten kiezen, en niet de generalis. Als hij anders zou doen, zou hij de expliciete bedoeling van de wetgever om de specifieke omstandigheden van dat delict minder strafwaardig te achten immers doorkruisen. Daarnaast zijn de gebruikelijke controlemechanismen van toepassing. Zo is bij het Gerechtshof beklag tegen niet-vervolging mogelijk, als een rechtstreeks belanghebbende van mening is dat de tenlastelegging op een ander delict had moeten worden toegesneden.[46]

4.3.3 Relevantie van de Europese dimensie

Wat is nu de betekenis van het Europese recht ten aanzien van de vrijheid voor het OM om te kiezen voor een bepaalde tenlastelegging en daarmee de inhoud van de vervolging vast te stellen? Twee punten vallen daarbij op: relevant kan ten eerste zijn wat het Europese recht van de lidstaten vereist in termen van effectiviteit van de handhaving, en ten tweede in hoeverre het Europees OM in de vervolgingsbeslissing de vrijheid heeft om te kiezen voor een beperkte opstelling van de tenlastelegging.

Zoals in het vorige hoofdstuk naar voren is gekomen, moet het Europese recht effectief, proportioneel en afschrikkend worden gehandhaafd, en moet tegen overtredingen van Europese regelgeving even energiek worden opgetreden als tegen overtredingen van het nationale recht. Deze eisen behelzen geen legaliteitsbeginsel wat betreft strafrechtelijke vervolging, maar vestigen resultaats- en inspanningsverplichtingen *sui generis*, die verdisconteerd moeten worden in elke vervolgingsbeslissing waarbij Europeesrechtelijke aspecten een rol spelen. Zo kunnen de Europese eisen aan nationale handhaving bijvoorbeeld leiden tot vervolging voor een ander feitencomplex dan wanneer een puur nationale belangenafweging zou hebben plaatsgevonden. De eis dat de sanctie voldoende effectief, proportioneel en afschrikkend moet zijn, beperkt ook de beschikbare wijzen van afdoening. Zo zal er niet voor mogen worden gekozen om een bepaalde gedraging als overtreding te vervolgen, wanneer vervolging voor de misdrijfvariant haalbaar is, en bovendien de inbreuk te ernstig is om met een lage geldboete te bestraffen. Dat kan het geval zijn als er vrij beperkte sancties op die overtredingsvariant zijn gesteld. De op te leggen sanctie zal in dat geval een te weinig afschrikkende werking hebben en de effectieve uitvoering van het Unierecht onvoldoende ondersteunen. De eisen die het Hof van Justitie aan nationale handhaving stelt beperken dus ook de

46 HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 714 m.nt. Sch.

vrijheid bij het vaststellen van de omvang van de vervolging. De waarheidsvinding door de rechter wordt daardoor direct beïnvloed: hij zal zich moeten uitspreken over een feitencomplex waarvan de omvang tot stand gekomen is onder invloed van Europeesrechtelijke eisen. Dat wil niet zeggen, dat er in een procedure met Europeesrechtelijke aspecten maar één juiste uitkomst is. Het is ook mogelijk dat lidstaten de vrijheid hebben te kiezen tussen de vervolging voor een opzetvariant en een overtredingsvariant.[47]

In het door de Commissie gepresenteerde Groenboek over de mogelijke invoering van een Europees OM, stelt zij dat het legaliteitsbeginsel zou moeten gelden, omdat de bescherming van de financiële belangen van de EU een uniforme en dus verplichte vervolging vereist.[48] Wel zouden er uitzonderingen moeten komen, waaronder de mogelijkheid 'een bepaalde persoon slechts te vervolgen ten aanzien van een toereikend gedeelte van de tenlastelegging.'[49] Hier blijkt de bevoegdheid om de omvang van de vervolging te beperken tot een deel van het maximaal haalbare, van de strikte gelding van het legaliteitsbeginsel te worden uitgezonderd. Daarbij denkt de Commissie aan het geval dat voldoende bewijs voorhanden is om een veroordelend vonnis te verkrijgen en in redelijkheid gedacht kan worden dat verdere opsporingen geen ingrijpende wijziging van het eindvonnis ten gevolge zullen hebben. Die uitzonderingsbevoegdheid blijkt in het Groenboek dus zeer marginaal te zijn.

Het voorstel voor een verordening voor de oprichting van het Europees OM[50] gaat ook uit van het legaliteitsbeginsel.[51] Wat bij de inrichting van het Europees OM de keuze voor de tenlastelegging extra gevoelig maakt, is het feit dat het Europees OM volgens artikel 86 VWEU in beginsel uitsluitend bevoegd kan worden gemaakt voor strafbare feiten die de financiële belangen van de EU schaden. Slechts door middel van een unanieme beslissing in de Raad kan deze bevoegdheid worden uitgebreid. In eerste instantie heeft de Commissie er dan ook voor gekozen om bij het voorstel voor de oprichting van het Europees OM nog niet te proberen de materiële bevoegdheid uit te breiden tot andere strafbare feiten. In de praktijk kan de beperking tot feiten die de financiële belangen van de Unie schaden nog wel eens lastig uitpakken, en dat heeft de Commissie geïnspireerd om een regeling voor te stellen die

47 Zoals bijvoorbeeld wordt toegestaan in art. 1 lid 2 sub a van de Verordening betreffende de maatregelen die moeten worden genomen ten aanzien van bepaalde begunstigden van uit het Europees Oriëntatie- en Garantiefonds voor de Landbouw, afdeling Garantie, gefinancierde verrichtingen: Verordening (EG) nr. 1469/95 (*PbEG* 1995, L 145/1). Zie hierover uitgebreid Gil Ibáñez 1999, p. 211-225.

48 Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie, COM(2001) 715 def., p. 54.

49 Groenboek, p. 55.

50 Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, COM(2013) 534.

51 Zie overweging 20 en artikel 27 van het voorstel.

het Europees OM de mogelijkheid geeft om ook misdrijven die verband houden met een strafbaar feit dat wel onder zijn bevoegdheid valt te behandelen, na daarover overleg met de nationale autoriteiten te hebben gevoerd.[52]

Volgens de Commissie betekent de vermelding in artikel 86 VWEU van de taak van vervolging in ieder geval dat het Europees OM bevoegd is om een beslissing te nemen over de dagvaarding.[53] Deze beslissing is nader ingevuld door de gedelegeerde Europese officier van justitie te belasten met de taak van het opstellen van een voorlopige versie van de dagvaarding, nadat het opsporingsonderzoek is afgerond, en deze in te sturen naar de Europese officier van justitie. Deze dagvaarding kan dan, hoewel de tekst van het Commissievoorstel daar niet expliciet over is, door de Europese officier van justitie nog worden aangepast en ofwel worden teruggezonden aan de gedelegeerde Europese officier van justitie of door de centrale Europese officier van justitie zelf worden gebruikt om voor de nationale rechtbank een vervolging in te stellen. Gezien het feit dat in het voorstel de bevoegdheid voor de Europese officier van justitie om een strafzaak te seponeren slechts mogelijk is in gevallen waarin bewijsproblemen bestaan of andere vervolgingsbeletselen, en wanneer het gaat om een bagateldelict,[54] zal het ervoor moeten worden gehouden dat de Europese officier van justitie slechts bevoegd is om de tenlastelegging te beperken op een dusdanige wijze dat daarin een gedeelte van het feitencomplex niet wordt opgenomen waarvoor een veroordeling niet haalbaar lijkt of dat een bagatel betreft. Alle andere feiten zullen moeten worden opgenomen in de tenlastelegging.

4.4 BUITENGERECHTELIJKE AFDOENING

4.4.1 Voorwaardelijk sepot, transactie en strafbeschikking

Tussen de uitersten van vervolging voor het maximaal haalbare en een onvoorwaardelijk sepot zijn tal van andere afdoeningsmodaliteiten mogelijk. Deze mogelijkheden van afdoening hebben niet altijd een wettelijke basis, en één van de vragen daarbij is in hoeverre het opportuniteitsbeginsel kan dienen als legitimatie voor deze modaliteiten. Hierboven is gesteld dat geen gebruik gemaakt zou moeten worden van de redenering dat uit de meerdere bevoegdheid de mindere kan worden afgeleid. In plaats daarvan kan beter een zelfstandige wettelijke grondslag worden gecreëerd.

Het voorwaardelijk sepot is de oudste vorm van buitengerechtelijke afdoening,[55] ontstaan uit de behoefte aan een beëindiging van strafzaken die het

52 Zie overweging 22 en artikel 13 van het voorstel
53 Overweging 30 en artikel 4 lid 3 van het voorstel.
54 Artikel 28 van de voorgestelde verordening.
55 Melai/Groenhuijsen, aant. 17.1 op art. 167.

midden houdt tussen vervolging en onvoorwaardelijk sepot. Het biedt mogelijkheden tot gedragsbeïnvloeding die door de andere afdoeningsmodaliteiten niet in die mate kunnen worden bereikt. In zoverre is het voorwaardelijk sepot een duidelijk product van de moderne richting in het strafrecht. Het is niet nodig dat de verdachte verzoekt om een voorwaardelijk sepot, het mag ook direct door het OM worden opgelegd. De voorwaarden die hierbij worden opgelegd komen grotendeels overeen met de voorwaarden die worden opgelegd bij een voorwaardelijke veroordeling. Voorwaarden moeten zien op de levenswijze en het gedrag van de verdachte en mogen niet zijn staatkundige en godsdienstige vrijheid beperken, maar de algemene voorwaarde dat de verdachte geen strafbare feiten mag begaan hoeft niet per se gesteld te worden. De voorwaarden mogen niet leiden tot een informele wijze van strafoplegging, omdat het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr dat verbiedt. Ook mag door een voorwaardelijk sepot niet een wettelijke regeling voor oplegging van maatregelen worden omzeild. Het is dus onmogelijk om een taakstraf, de opneming in een inrichting, de waarborgsom en dergelijke als voorwaarden op te nemen. Er is geen mogelijkheid om de naleving van voorwaarden te verzekeren, anders dan door te dagvaarden. Bovendien staat bij niet-nakoming de weg naar de rechter alleen open met betrekking tot het feit waarvoor tot voorwaardelijk sepot was gekomen.[56]

De transactie is al vroeg bij wet geregeld, maar in vrij bescheiden vorm. De verdachte kon oorspronkelijk het recht tot strafvordering van het OM afkopen door de maximale geldboete te voldoen die op het gepleegde feit was gesteld. Met een dergelijke submissie werd wel degelijk leedtoevoeging beoogd, maar werd ook de mogelijkheid geschapen om een openbare terechtzitting te vermijden. Bovendien bespaart deze vorm van afdoening de rechtspleging veel middelen, niet alleen omdat er kosten van terechtzittingen worden uitgespaard, maar ook omdat de financiële opbrengst van transacties de maximaal haalbare is van een gang naar de rechter. De reikwijdte van de transactie werd in belangrijke mate vergroot door de mogelijkheid voor het OM om vast te stellen onder welke condities er kon worden getransigeerd. Het recht tot strafvordering van het OM vervalt van rechtswege als de verdachte vrijwillig aan de gestelde voorwaarde, de betaling van een geldsom, voldoet. Snel ontstond de behoefte om meer voorwaarden te kunnen stellen, zoals schadevergoeding aan het slachtoffer. Transacties werden vooral geschikt gevonden om economische en vermogenscriminaliteit af te doen. In de WED en het commune strafrecht werden de mogelijkheden om te transigeren verruimd, zodat meer voorwaarden konden worden gesteld en bij zwaardere misdrijven, tot misdrijven waarop zes jaar gevangenisstraf is gesteld, transacties konden worden aangeboden.[57]

---

56 Melai/Groenhuijsen, aant. 17 op art. 167.
57 Melai/Groenhuijsen, aant. 18 op art. 167.

Recent is aan dit scala van buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten de strafbeschikking toegevoegd, die het OM de bevoegdheid geeft om zaken zelfstandig met een boete of taakstraf af te doen. Alleen wanneer de verdachte zich tegen de straf verzet wordt een rechter bij de zaak betrokken. De strafbeschikking wordt, hoewel het een vorm van buitengerechtelijke afdoening is, als een daad van vervolging aangemerkt. De officier van justitie voert bewijs aan, kwalificeert dat en komt tot een vaststelling van schuld. Tegen het uitvaardigen van een strafbeschikking is beklag mogelijk bij het Gerechtshof. Met deze afdoeningsmodaliteit wordt de driedeling tussen vervolging, buitengerechtelijke afdoening en onvoorwaardelijk sepot aanmerkelijk minder helder.

4.4.2 De voeging ad informandum

Wanneer een verdachte meerdere delicten heeft begaan kan een strafvervolging voor al die feiten een grote hoeveelheid werk veroorzaken voor zowel het OM als de rechterlijke macht en de verdediging. Zeker wanneer ingewikkelde tenlasteleggingen worden uitgebracht als gevolg van de complexiteit van de gepleegde feiten of van het materiële strafrecht, zou het wenselijk zijn het strafproces te richten op één of enkele feiten en de rest van de feiten, die een minder ernstig verwijt inhouden of moeilijker bewijsbaar zijn, achterwege te laten. Daarop zou een onvoorwaardelijk sepot kunnen worden volgen, maar het is ook mogelijk ze toch ter kennis van de rechter te brengen, door ze ad informandum bij het dossier te voegen. Met ad informandum gevoegde zaken mag de rechter in zijn strafoplegging rekening houden, zij het dat de straf niet uit mag gaan boven het maximum dat op de bewezen feiten gesteld is. De straf is daarmee formeel gegrond op het bewezenverklaarde feit, maar is materieel mede tot stand gekomen doordat de rechter kennis heeft gekregen van andere feiten die door de verdachte zijn begaan.

Om tot voeging ad informandum over te kunnen gaan moet wel voldaan zijn aan de eis van haalbaarheid van een veroordeling. Het OM mag geen feiten ad informandum voegen waarvan het zelf niet overtuigd is dat de rechter daarvoor zou veroordelen, als ze op de gebruikelijke manier voor de rechter zouden worden gebracht. De rechter beoordeelt de ad informandum gevoegde feiten ook niet volledig, maar volstaat met een summiere kennisname. Bovendien moet er door de verdachte een bekentenis zijn afgelegd. Als hij ter terechtzitting de ad informandum gevoegde feiten ontkent, kan het OM voor die feiten alsnog een vervolging instellen zonder daarin niet-ontvankelijk te worden verklaard.[58]

58 HR 15 juni 1982, *NJ* 1983, 216.

4.4.3 Buitengerechtelijke afdoening door het Europees OM

In de Nederlandse praktijk van buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten is sterk de invloed van het opportuniteitsbeginsel te herkennen. Dat uitgangspunt heeft steeds geleid tot het ontwikkelen van nieuwe afdoeningsmodaliteiten, zo bood het de grondslag voor de ontwikkeling van de transactie en het voorwaardelijk sepot. Zodra een vorm van afdoening niet meer gebaseerd is op wilsovereenstemming van de betrokken verdachte en de strafvorderlijke overheid die afziet van de inzet van zijn bevoegdheden, kan echter niet meer vertrouwd worden op het opportuniteitsbeginsel en is een expliciete wettelijke grondslag noodzakelijk, zoals bij de strafbeschikking.

Wanneer niet het opportuniteitsbeginsel als uitgangspunt wordt genomen, maar het legaliteitsbeginsel, is de mogelijkheid om afdoeningsmodaliteiten te ontwikkelen vanuit de algemene discretionaire bevoegdheid natuurlijk uitgesloten. Dat is het geval bij enkele stukken ter voorbereiding van de oprichting van het Europees OM, zoals het Corpus Juris. Dat bevat ook mogelijkheden voor buitengerechtelijke afdoening, maar deze zijn niet hetzelfde als de Nederlandse transactie: door met het Europees OM te transigeren bekent een verdachte dat hij schuld heeft aan het strafbare feit.[59] Daartegen werden wel bezwaren ingebracht vanuit Nederlands perspectief, maar die leidden niet tot een andere invulling van de transactiebevoegdheid.[60]

In het Groenboek dat op de Corpus Juris-studie volgde stelde de Commissie zich op het standpunt dat het Europees OM aan een legaliteitsbeginsel moet worden gebonden, maar daarop zouden wel uitzonderingen mogelijk moeten zijn. Daarbij sloot de Commissie zich aan bij de rapporten van het Corpus Juris-project. Eén van de uitzonderingsgronden betreft de transactie, die echter slechts mogelijk zou moeten zijn bij fraude met bescheiden bedragen.[61]

In het Commissievoorstel voor een verordening ter oprichting van het Europees OM[62] is ook een mogelijkheid voor transactie opgenomen (in artikel 29). Deze mogelijkheid wordt door de Commissie gerechtvaardigd geacht voor gevallen waarin een strafzaak niet wordt geseponeerd vanwege gebrek aan bewijs, of omdat het een bagateldelict betreft, maar waarin er ook onvoldoende redenen zijn om over te gaan tot het instellen van vervolging. Het aanbieden van een transactie aan de verdachte zou in dergelijke gevallen mogelijk moeten zijn wanneer dat in het belang van een goede rechtsbedeling is.[63] De regels voor het transigeren worden slechts gedeeltelijk in de verordening opgenomen, en zouden moeten worden uitgewerkt in administratieve

59 Vervaele & Klip 2001, p. 637-678, p. 666, 671-672.
60 Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001, dl. I, p. 322-324.
61 Groenboek, p. 54-55.
62 Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, COM(2013) 534.
63 Zie het voorstel, overweging 31.

regelgeving, door het Europees OM zelf op te stellen. Opmerkelijk is in ieder geval wel, dat de ontwerpverordening overweegt dat het voldoen aan een transactie niet in de weg staat aan het later opgelegd krijgen van een administratieve sanctie, mits deze niet punitief van aard is.[64] Volgens de ontwerpverordening is het slechts mogelijk om over te gaan tot een transactie wanneer alle schade door de verdachte is gecompenseerd. De enige transactievoorwaarde bestaat uit het betalen van een geldsom, bij voldoening waarvan het recht tot strafvordering komt te vervallen. Relevante strafvorderlijke autoriteiten worden door het Europees OM op de hoogte gesteld van de gevallen waarin getransigeerd is, en de uitoefening van de transactiebevoegdheid is niet onderworpen aan rechterlijke controle.

De vormgeving van de transactiebevoegdheid in de ontwerpverordening laat daarmee aanzienlijk meer ruimte aan de Europese officier van justitie dan de regeling uit het Groenboek. Er is in het voorstel van de Commissie geen duidelijk maximumbedrag opgenomen van de fraude waarvoor getransigeerd mag worden. Zeker het feit dat het voor bagateldelicten al mogelijk is om te seponeren, en de transactiebevoegdheid die feiten nog aanvult, geeft aan dat het niet uitsluitend om geringe bedragen zal gaan. Een en ander zal nog wel moeten worden geregeld in aanvullende regelgeving; de transactieregeling in de ontwerpverordening is nog erg summier en het is daarom beter om voorlopig voorzichtige conclusies te trekken.

4.5 GEHARMONISEERDE SLACHTOFFERRECHTEN

4.5.1 Slachtoffers in het strafproces en de invloed van de Europese Unie

Lange tijd was het uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht dat het slachtoffer een beperkte rol zou moeten hebben in het strafproces. De relatie tussen de pleger van het strafbare feit en het slachtoffer daarvan, zou vooral aan de orde moeten worden gesteld in de civiele procedure, terwijl in de strafprocedure het OM namens de rechtsorde optreedt, en niet de belangen van slachtoffers nastreeft. De rol van het slachtoffer in het strafrecht werd beperkt tot onder andere het doen van aangifte van een strafbaar feit dat jegens hem gepleegd was, het optreden als getuige ter zitting en het als belanghebbende doen van beklag tegen niet-vervolging.

De meeste invloed was voor het slachtoffer weggelegd in het vooronderzoek. Op de gebeurtenissen tijdens de terechtzitting kon hij weinig invloed uitoefenen, tenzij hij als getuige een substantiële rol in de waarheidsvinding had, en ter zitting werd ondervraagd. Zijn eigen belangen kwamen daarbij echter niet altijd nadrukkelijk naar voren. De daaraan voorafgaande beslissing omtrent vervolging kon hij echter beïnvloeden. Een aantal delicten is immers

64 Overweging 31 van het voorstel.

slechts vervolgbaar wanneer er een klacht is ingediend door het slachtoffer. Hij kan dan, door het niet indienen van een klacht, vervolging tegenhouden, ook als het strafbare feit langs andere wegen ter kennis komt van de politie. Wanneer een klachtvereiste ontbreekt, zal echter door het OM met de gerechtvaardigde belangen van het slachtoffer rekening moeten worden gehouden. Overigens is bij enkele zedendelicten het klachtvereiste inmiddels afgeschaft, en vervangen door een bepaling die het OM opdraagt het slachtoffer in de gelegenheid te stellen zijn mening omtrent vervolging kenbaar te maken (artikel 167a Sv). Ten slotte heeft het slachtoffer een wapen in handen wanneer zijns inziens het OM onterecht niet tot vervolging overgaat: het slachtoffer kan dan als rechtstreeks belanghebbende beklag instellen bij het gerechtshof (artikel 12 Sv).

In 2001 kwam een wijziging tot stand in de regeling van waarborgen rondom de vervolgingsbeslissing.[65] Deze wetswijziging versterkte de plicht van politie en justitie om slachtoffers te informeren over beslissingen omtrent de afdoening van strafbare feiten waarbij zij zijn betrokken. Ook de mogelijkheden voor beklag tegen een beslissing tot niet-vervolging werden door deze wet verruimd.

Buruma heeft nog tamelijk recent het standpunt vertolkt dat het slachtoffer slechts een bescheiden rol in het strafproces zou moeten hebben. In zijn oratie verdedigt hij de stelling, dat de aandacht van de strafrechter niet door allerlei bijkomende zaken moet worden afgeleid. Tot deze bijkomende zaken rekent hij onder andere het slachtoffer en diens belangen.[66] De felle reactie van Groenhuijsen hierop[67] illustreert dat de klassieke onderbedeling van het slachtoffer in de strafrechtelijke theorie in hoog tempo aan aanhang verliest. Sinds de jaren tachtig is er een gestage ontwikkeling gaande van versterking van de positie van het slachtoffer in het strafrecht.[68] Deze houdt onder meer in, dat er gestreefd werd naar de introductie van bemiddeling als alternatief voor het strafproces.[69] Ook wordt een verandering van de rol van het slachtoffer op de terechtzitting wenselijk geacht. In het algemeen doet de gedachte opgeld dat in het strafproces tegemoet moet worden gekomen aan belangen van meer betrokkenen dan alleen de verdachte en het OM. 't Hart heeft deze verschuiving theoretisch onderbouwd door het begrip rechtsbescherming zo uit te leggen, dat het niet alleen bescherming van verdachten tegen de overheid, maar ook bescherming van (potentiële) slachtoffers tegen criminaliteit in ging houden.[70] Tot op zekere hoogte, in ieder geval voor zover slachtoffers

65 Wet van 1 november 2001 tot wijziging van de regelingen betreffende de waarborgen rond de vervolging, *Stb.* 2001, 531.
66 Buruma 1996.
67 Groenhuijsen 1997.
68 Onder meer onder invloed van het proefschrift van Groenhuijsen: Groenhuijsen 1985.
69 Daarover bijvoorbeeld Wiewel e.a. 1993 en meer recent Blad 2010, Weijers 2012, Zalm 2012 en Tak 2013.
70 Onder andere in 't Hart 1994b, p. 37.

ook als getuige in het strafproces optreden, worden hun belangen ook door het EVRM beschermd.[71]

Het kaderbesluit slachtofferzorg[72] is in 2001 aangenomen als één van de eerste instrumenten onder de Derde Pijler van de EU zoals die door het Verdrag van Amsterdam was gewijzigd. Het is het eerste bindende internationale instrument dat betrekking heeft op de status van slachtoffers in het strafproces. In eerste instantie was de regering van mening dat Nederland al voldeed aan de bepalingen van dit kaderbesluit, en dat aanpassing van wet- en regelgeving niet nodig zou zijn. De bestaande regelingen voor slachtoffers, die voor een groot deel zijn neergelegd in het slachtofferbeleid van het Openbaar Ministerie, maar die ook steeds meer in het Wetboek van Strafvordering zijn opgenomen, zouden volstaan. De Europese Commissie beoordeelde in 2004 de implementatie van dit kaderbesluit in de lidstaten van de EU, waarbij zij zich zeer kritisch uitsprak over de behaalde resultaten. De Nederlandse regering diende daarop, mede onder invloed van de uitkomsten van het onderzoeksproject Strafvordering 2001, een wetsvoorstel in dat de positie van het slachtoffer in het Wetboek van Strafvordering verregaand moet vastleggen.

In de discussies die over implementatie van het kaderbesluit slachtofferzorg werden gevoerd kwam geregeld de kwestie aan de orde, of kon worden volstaan met omzetting in richtlijnen en aanwijzingen van het Openbaar Ministerie, of dat moest worden overgegaan tot aanvulling van de wettelijke bepalingen met betrekking tot de positie van het slachtoffer in het strafproces. Voor dat laatste zouden verschillende redenen kunnen bestaan, maar het zou tot gevolg hebben dat het OM niet langer vrij is om regels vast te stellen over dit onderwerp. Een substantieel onderwerp wordt dan onttrokken aan de beleidsvorming van het OM, ten gunste van de wetgever. Of dat een inperking van het opportuniteitsbeginsel inhoudt is moeilijk te zeggen. Dat hangt er immers van af, of het slachtofferbeleid kan worden gezien als een uitvoering van de beleidsvrijheid inzake beslissingen omtrent opsporing en vervolging. Nu deze beleidsregels vooral procedurele bescherming bieden aan het slachtoffer lijkt de conclusie dat het opportuniteitsbeginsel hier in het geding is, niet voor de hand te liggen. Slachtoffers verkrijgen immers geen betekenisvolle bevoegdheden ten aanzien van de vervolgingsbeslissing. Misschien zijn er enkele rechten voor slachtoffers die op dit vlak wel enige betekenis hebben voor het opportuniteitsbeginsel, maar in hoofdzaak blijven de beslissingen omtrent opsporing en vervolging een zaak voor het OM, inclusief het verdisconteren van de belangen van het slachtoffer in die beslissingen. De vraag, of Europese implementatieverplichtingen leiden tot een verschuiving in de rolverdeling tussen wetgever en OM in de rechtsvorming inzake slachtofferrech-

71 EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92, *NJ* 1996, 741 m.nt. G. Knigge (Doorson/Nederland).
72 Kaderbesluit nr. 2001/220/JBZ van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure (*PbEG* 2001, L 82/1).

ten, is elders al behandeld en blijft hier daarom buiten beschouwing.[73] Wel wordt de aandacht nog gericht op de betekenis van enkele slachtofferrechten in het licht van het opportuniteitsbeginsel.

Het kaderbesluit is in 2012 vervangen door een richtlijn.[74] Ook op grond van deze richtlijn heeft het slachtoffer niet het recht om over de vervolging te beslissen, zodat het vervolgingsmonopolie van het OM niet wordt doorbroken. Wel zijn de lidstaten verplicht om, overeenkomstig de rol die het nationale recht aan het slachtoffer toekent bij de beslissing tot vervolging, deze beslissing aan een rechterlijke autoriteit ter toetsing voor te leggen (artikel 11 van de richtlijn). Omdat het slachtoffer ook op de hoogte moet worden gehouden van alle relevante beslissingen die er in de strafprocedure worden genomen (artikel 6), heeft hij met deze toetsingsmogelijkheid een effectief middel om in te zetten tegen hem niet welgevallige beslissingen. Op zich verruimt de richtlijn de wettelijke mogelijkheden voor het slachtoffer om de vervolgingsbeslissing te beïnvloeden dus niet, maar de lidstaten zijn wel verplicht om hun systemen zo in te richten dat slachtoffers van die rechten ook effectief gebruik kunnen maken. Een wetsvoorstel voor de implementatie van de richtlijn is overigens nog niet gepubliceerd. Uiterlijk moet de richtlijn op 16 november 2015 in het nationale recht zijn omgezet.

4.5.2 Slachtofferbeleid en wetgeving

De in de wet opgenomen bepalingen ten aanzien van slachtoffers van strafbare feiten worden aangevuld in het beleid dat het Openbaar Ministerie voert. Door dit beleid worden de bevoegdheden die het Wetboek van Strafvordering aan het OM toekent nader ingevuld. Het slachtofferbeleid kan voor een deel worden gezien als invulling van de vervolgingsbevoegdheid, tenminste voor zover daarin wordt vastgelegd in welke mate en onder welke voorwaarden bij beslissingen omtrent vervolging met belangen van slachtoffers rekening moet worden gehouden. Voor een groot deel komt de inhoud van het slachtofferbeleid echter neer op minder rechtstreeks daarmee samenhangende regelingen. De richtlijnen voor slachtofferzorg hebben vrijwel steeds drie belangrijke aandachtsgebieden op het oog. Er worden instructienormen in vastgelegd om een correcte bejegening van slachtoffers te verzekeren, om slachtoffers van relevante informatie te voorzien, en om schadevergoeding door daders aan slachtoffers te bevorderen.

---

73 Geelhoed 2009, Geelhoed 2010c en Geelhoed 2010d.

74 Richtlijn 2012/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ, *PbEU* 2012, L 315/57.

Deze regels zijn neergelegd in verschillende documenten. De eerste richtlijnen werden in 1986 ingevoerd en hadden uitsluitend betrekking op slachtoffers van zedendelicten.[75] Na voorbereidend werk door de Werkgroep justitieel beleid en slachtoffer, onder voorzitterschap van F.A. Vaillant,[76] werd in 1987 een volgende richtlijn vastgesteld met een breder toepassingsbereik.[77] De groeiende belangstelling voor slachtoffers leidde ertoe dat een commissie werd ingesteld om onderzoek te doen naar de versterking van de positie van slachtoffers in het strafproces. Deze Commissie-Terwee publiceerde in 1988 haar rapport.[78] Het wetsvoorstel dat vervolgens werd ingediend, bouwde sterk voort op het rapport van de commissie, en hield met name in dat er een nieuwe afdeling aan het Wetboek van Strafvordering zou worden toegevoegd op grond waarvan het slachtoffer het recht zou krijgen zich als benadeelde partij te voegen in het strafproces.[79] Dit leidde tot de Wet-Terwee[80] die werd vergezeld door een nieuwe richtlijn slachtofferzorg.[81] Vooral de schadevergoeding werd op deze manier uitgewerkt in de wet, omringd met enkele bepalingen ten aanzien van informatieverstrekking, zodat de nieuwe schadevergoedingsregeling in de praktijk kon werken. In het OM-beleid werden verder vooral regelingen getroffen inzake informatieverstrekking en een correcte bejegening, naast enkele details omtrent de uitvoering van de schadevergoeding.[82] Specifieke bepalingen werden vastgelegd met betrekking tot de zorg aan slachtoffers van bepaalde typen van misdrijven, zoals mensenhandel[83] en zedendelicten.

De onderzoekers van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 kwamen tot verstrekkende keuzes met betrekking tot de rechten van slachtoffers in het strafproces. Het slachtoffer zou op grond van zijn bijzondere betrokkenheid bij het strafbare feit een eigen, wettelijk verankerde positie moeten krijgen, waardoor zijn belangen voldoende in het strafproces verdisconteerd kunnen worden.[84] Dit zou voortvloeien uit de opvatting dat het strafproces tot doel heeft te bevorderen dat de overheidsreactie op een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit 'in alle opzichten adequaat is'.[85] De verankering van de positie

75 Conclusies en aanbevelingen voor de bejegening van slachtoffers van zedenmisdrijven, *Stcrt*. 1986, 33. Deze richtlijnen worden wel de Richtlijnen De Beaufort genoemd.
76 Vaillant 1984; Vaillant 1985.
77 Richtlijnen aan politie en Openbaar Ministerie t.a.v. uitbreiding slachtofferbeleid, *Stcrt*. 1987, 64.
78 Terwee-van Hilten 1988.
79 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 345, nr. 2.
80 Wet van 23 december 1992, *Stb*. 1993, 29.
81 Richtlijn slachtofferzorg bij landelijke inwerkingtreding Wet-Terwee, *Stcrt*. 1995, nr. 65.
82 Tegenwoordig vooral in de Aanwijzing slachtofferzorg d.d. 13 april 2004, *Stcrt*. 2004, 80, registratienummer 2004A004.
83 Aanwijzing mensenhandel d.d. 17 november 2008, *Stcrt*. 2008, 253, registratienummer 2008A022.
84 Groenhuijsen & Knigge 2001b, p. 27, 37-39, 46-48.
85 Groenhuijsen & Knigge 2001b, p. 16.

van het slachtoffer in beleidsregels werd afgewezen, omdat subjectieve rechten van slachtoffers niet als verplichtingen voor politie en justitie zouden moeten worden omschreven: 'De erkenning van het slachtoffer als een direct betrokkene in het strafgeding, met een eigen procespositie en met belangen waarmee in de procedure rekening moet worden gehouden, brengt met zich mee dat diens rechten zonder de omweg van verplichtingen opgelegd aan anderen in de regelgeving herkenbaar moeten zijn.'[86] De wettelijke regeling waarvoor door Strafvordering 2001 wordt gekozen, zou moeten worden gezien als een beginselverklaring, waarvan de symbolische betekenis niet mag worden onderschat en die de interpretatie van het gehele wetboek zal beïnvloeden.[87]

Toch hoeven niet alle voor de positie van het slachtoffer relevante bepalingen bij wet te worden vastgelegd. In eerste instantie werd het vrij strenge standpunt ingenomen, dat vastlegging in beleidsregels nog slechts mogelijk zou zijn voor het recht op respect en een begripvolle bejegening, omdat dat recht een duidelijke instructienorm behelst.[88] Later werd als criterium genomen dat slachtofferrechten die de positie van de verdachte ten opzichte van de overheid raken uitdrukkelijk in de wet zouden moeten worden vastgelegd, evenals rechten die inbreuk maken op rechten van derden of van de verdachte, ook als diens positie ten opzichte van de overheid niet wordt geraakt.[89] De uitwerking van die rechten zou overigens betrekkelijk globaal kunnen blijven in gevallen waar de uiteindelijke beslissing genomen wordt door de rechter of een andere autoriteit, en er voldoende garanties zijn voor een zorgvuldige belangenafweging in concreto.[90]

Na de invoering van de Wet-Terwee ging de versterking van de rechten van slachtoffers door, zowel in het Wetboek van Strafvordering als in daarop gebaseerde beleidsregels. In 2001 kwam een wijziging tot stand in de regeling van waarborgen rondom de vervolgingsbeslissing.[91] Deze wetswijziging versterkte de informatieplichten voor politie en justitie jegens het slachtoffer bij beslissingen omtrent de afdoening van strafbare feiten. Ook de mogelijkheden voor beklag tegen een beslissing tot niet-vervolging werden door deze wet verruimd. Een andere ontwikkeling betrof de slachtofferverklaring. De eerste stap daarbij was dat in verschillende arrondissementen pilots werden uitgevoerd, waarbij door de rechtbank een vooraf op schrift gestelde verklaring van het slachtoffer werd voorgelezen, waarin dat slachtoffer uiteen zette welke gevolgen hij of zij van het misdrijf had ondervonden. Deze schriftelijke slacht-

86 Groenhuijsen & Knigge 2001b, p. 46. Deze formulering komt ook terug in een door M.S. Groenhuijsen geschreven paragraaf op p. 249 van het deelrapport van A.L.J. van Strien: Van Strien 2001, p. 233-274.

87 Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 67-68.

88 Groenhuijsen & Knigge 2001b, p. 38; Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 68.

89 Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 68; Groenhuijsen & Kwakman 2002, p. 830-832.

90 Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 68-69.

91 Wet van 1 november 2001 tot wijziging van de regelingen betreffende de waarborgen rond de vervolging, *Stb.* 2001, 531.

offerverklaringen werden vervolgens in het landelijke beleid aanvaard. Rond dezelfde tijd initieerde het Kamerlid Dittrich een wetsvoorstel tot introductie van een verdergaande vorm van het *victim impact statement*, namelijk een recht voor het slachtoffer om ter terechtzitting zelf de gevolgen van het misdrijf uiteen te zetten.[92] Dit voorstel werd aangenomen en het Wetboek van Strafvordering werd dienovereenkomstig uitgebreid met bepalingen die dit recht van het slachtoffer een plaats geven in het strafproces.[93] Het Openbaar Ministerie stelde een richtlijn vast voor de toepassing van schriftelijke slachtofferverklaringen en het spreekrecht ter terechtzitting.[94] Verder verdient nog vermelding, dat het slachtoffer door het OM in de gelegenheid moet worden gesteld om onder omstandigheden een tweede beoordeling van een opsporingsonderzoek aan te vragen.[95] In alle fasen van het strafproces – opsporing, vervolging en berechting – is op deze manier de rechtspositie van het slachtoffer verstevigd.

4.5.3 Slachtofferzorg in het Europese beleid

De introductie van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid door de inwerkintreding van het Verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999, vormde voor de instellingen van de EU aanleiding om te bezien of de positie van het slachtoffer in het strafproces kon worden verbeterd. De Commissie en de Raad voor Justitie en Binnenlandse Zaken stelden te Wenen een actieplan vast over de totstandkoming van die nieuwe ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.[96] In dat actieplan werd gesteld dat er, in aanvulling op de procedurele waarborgen van het EVRM, regels zouden moeten worden opgesteld ten aanzien van slachtoffers van strafbare feiten, vooral met betrekking tot schadevergoeding.[97]

De Commissie liet een eigen mededeling uitgaan, waarin zij het standpunt innam dat de positie van slachtoffers breder zou moeten worden geregeld dan

92 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 632, nr. 2.
93 Wet van 21 juli 2004 tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Strafvordering (invoering van het spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden), *Stb*. 2004, 382.
94 Aanwijzing spreekrecht en schriftelijke slachtofferverklaring d.d. 7 december 2004, *Stcrt*. 2004, 248, registratienummer 2004A013.
95 Aanwijzing review (tweede beoordeling) d.d. 11 december 2006, *Stcrt*. 2006, 251, registratienummer 2006A019.
96 Actieplan van de Raad en de Commissie over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd, aangenomen op 3 december 1998, *PbEG* 1999, C 19/1.
97 Actieplan, p. 5 en 15.

alleen ten aanzien van schadevergoeding.[98] Omdat volgens de Commissie de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid vereist dat alle Europese burgers aanspraak moeten kunnen maken op doeltreffende rechtsbescherming, en toegang tot de rechter moeten hebben, en omdat de rechten van slachtoffers 'al te lang verwaarloosd' zijn, zouden er op Europees niveau maatregelen moeten worden genomen om die rechten uit te breiden. De Commissie dacht daarbij aan meer dan alleen schadevergoeding: misdaadpreventie in het algemeen, rechtsbijstand, informatieverstrekking en diverse rechten voor het slachtoffer binnen het strafproces zelf. Bij dit alles had zij vooral het oog op EU-burgers die in een andere EU-lidstaat dan waar ze wonen slachtoffer worden van een misdrijf, en daardoor geconfronteerd worden met allerlei moeilijkheden van procedurele en praktische aard.

Op de Europese top die in 1999 in Tampere werd gehouden, werd door de Europese Raad gesproken over de invulling van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Refererend aan de mededeling van de Commissie stelde het voorzitterschap in de conclusies van de top, dat er minimumnormen voor de bescherming van slachtoffers zouden moeten worden opgesteld, in het bijzonder wat betreft de toegang tot de rechter en de mogelijkheden voor schadevergoeding. Daarnaast zouden nationale programma's voor de financiering van slachtofferhulp moeten worden uitgebreid.[99]

Het kaderbesluit slachtofferzorg is één van de eerste besluiten die op grond van de door het Verdrag van Amsterdam gewijzigde bepalingen in de Derde Pijler van de EU tot stand is gekomen. Het initiatief voor het kaderbesluit was afkomstig van toenmalig voorzitter Portugal.[100] Het voorkomen van secundaire victimisatie werd als uitgangspunt van het kaderbesluit genomen, en specifieke nadruk lag daarbij op de omstandigheid dat EU-burgers die in het buitenland slachtoffer worden van strafbare feiten slechter af zijn. Het doel van het kaderbesluit was om slachtoffers van strafbare feiten in de hele EU een hoog beschermingsniveau te bieden. Om dit doel te bereiken werd het middel ingezet van de onderlinge aanpassing van wet- en regelgeving.

De inhoudelijke bepalingen van het kaderbesluit regelen veel van de belangrijkste aspecten van de positie van het slachtoffer in het strafproces. Vooraf gaan in artikel 1 enkele definitiekwesties, waarvan op zich al enige harmoniserende werking uitgaat. Artikel 2 verplicht lidstaten slachtoffers met respect te bejegenen en kwetsbare slachtoffers bijzondere bescherming te bieden. Artikel 8 bouwt deze bescherming van kwetsbare slachtoffers verder

98 Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité. Slachtoffers van misdrijven in de Europese Unie. Reflecties over normen en maatregelen. COM(1999) 349 def.

99 Conclusies van het voorzitterschap, punt 32.

100 Initiatief van de Portugese Republiek voor een kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 2000, C 243/4.

uit, door bijvoorbeeld te bepalen dat lidstaten praktische maatregelen moeten nemen, zoals de inrichting van aparte wachtkamers voor verdachten en slachtoffers in gerechtsgebouwen. Ook artikel 15 verplicht de lidstaten tot dit soort praktische oplossingen. Op grond van artikel 3 moeten de lidstaten het slachtoffer de gelegenheid geven gehoord te worden en bewijselementen aan te dragen. Ook hier worden kwetsbaren beschermd: slachtoffers mogen niet vaker dan noodzakelijk worden gehoord. Artikel 4 waarborgt vervolgens het recht op informatie, zowel ten aanzien van de verplichtingen die de autoriteiten hebben om het slachtoffer te voorzien van algemene informatie ten aanzien van zijn rechten, als van de verplichting hem op de hoogte te stellen van voor hem relevante informatie ten aanzien van het eigenlijke proces, en van de invrijheidstelling van veroordeelden. Het slachtoffer moet echter altijd het recht hebben om gevrijwaard te blijven van informatie omtrent het proces en het vrijkomen van de veroordeelde. De artikelen 5, 6 en 7 zijn erop gericht de deelname van slachtoffers aan het proces te faciliteren. Deze bepalen respectievelijk dat lidstaten moeten zorgen voor goede communicatie met het slachtoffer, vooral gericht op tolkenbijstand, dat het slachtoffer recht heeft op rechtsbijstand, en gemaakte kosten vergoed kan krijgen. Artikel 9 regelt vervolgens het belangrijke recht zich in de strafprocedure te mogen voegen met een vordering tot schadevergoeding. Lidstaten zijn verder volgens artikel 10 verplicht om bemiddeling in strafzaken te bevorderen, maar dit wordt niet erg uitgewerkt. Voortvloeiend uit de internationale oriëntatie van het kaderbesluit zijn er nog verplichtingen opgenomen met betrekking tot slachtoffers uit andere lidstaten (artikel 11), en met betrekking tot internationale samenwerking in netwerken van organisaties voor slachtofferhulp of netwerken die aan het gerechtelijk systeem zijn gekoppeld (artikel 12). Ten slotte zijn er bepalingen ten aanzien van de inrichting en werkwijze van organisaties voor slachtofferhulp (artikel 13) en ten aanzien van de beroepsopleiding van personen die in de strafprocedure of anderszins met slachtoffers in contact staan (artikel 14).

Het aangenomen kaderbesluit wijkt in enkele opzichten af van het ontwerp. Het bepaalt bijvoorbeeld dat de lidstaten niet verplicht zijn 'slachtoffers een behandeling te garanderen die gelijkwaardig is aan die van de procespartijen'.[101] Ook ligt er in de overwegingen en de inhoud van de bepalingen een duidelijk accent op de rol van organisaties voor slachtofferhulp.[102]

4.5.4 Implementatie in de Wet versterking positie slachtoffers

Mede vanwege de evaluatie door de Europese Commissie van de implementatie van het kaderbesluit slachtofferzorg, maar ook vanwege de aanbevelingen

101 Overweging 9 van de preambule.
102 Overwegingen 10-12 van de preambule en art. 13.

van het onderzoeksproject Strafvordering 2001, stelde de Minister van Justitie in 2004 een conceptwetsvoorstel op met vrij fundamentele wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering, dat uiteindelijk leidde tot de Wet versterking positie slachtoffers in het strafproces.[103] Of alle bepalingen van het kaderbesluit volledig zijn geïmplementeerd is nog niet duidelijk, maar het lijkt er op dat de Nederlandse omzetting terughoudend is.[104]

De wet sluit aan bij een algemene keuze die is gemaakt om het Wetboek van Strafvordering zo te wijzigen dat de posities van de verschillende procesdeelnemers beter worden vastgelegd. De wet heeft Titel IIIA in twee afdelingen gesplitst, waarvan de eerste is getiteld 'rechten van het slachtoffer' en de tweede 'schadevergoeding'. De tweede afdeling bevat daarmee de voornaamste elementen die de voeging regelen. De eerste afdeling betreft meer in het algemeen de positie van het slachtoffer. Bepalingen over bijstand (artikel 51c Sv) en kennisneming van processtukken (artikel 51b Sv), die al in de wet waren opgenomen in het kader van de voeging, worden nu naar de eerste, meer algemene afdeling overgebracht. Wijzigingen die enige discussie hebben losgemaakt zijn de bij amendement ingevoegde bijwoningsplicht van de ouders of voogd van de verdachte (artikel 496 Sv), en de nog enigszins beperkte regeling waarbij de Staat de schadevergoeding die de dader aan het slachtoffer moet betalen kan voorschieten (artikel 36f Sv). Verder zijn opgenomen, en daarmee deels uit de beleidssfeer gehaald, bepalingen over een correcte bejegening, informatieplichten en het recht om te verzoeken dat documenten aan het dossier worden toegevoegd (delen van artikel 51a en 51b Sv).

Opvallend is wel dat tussen beide nieuwe afdelingen van Titel IIIA een verschil blijft bestaan. De bepalingen van de eerste afdeling zijn van toepassing op 'het slachtoffer', dat wordt gedefinieerd als 'degene die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden', waarmee rechtspersonen worden gelijkgesteld. De tweede afdeling laat tot de voeging toe 'degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit'. De definities zijn niet gelijkluidend, en de groepen die eronder vallen lopen nog sterker uiteen door de verschillende manieren waarop nabestaanden daaronder kunnen worden begrepen (artikel 51d, 51e lid 2 en 3, en 51f Sv). Met de uiteenlopende definities wordt in ieder geval beoogd om verzekeraars niet de mogelijkheid te geven zich te voegen in het strafproces teneinde schadevergoeding te verkrijgen.

Deze wetswijziging zal tot op grote hoogte ook voldoende zijn als implementatie van de Richtlijn slachtofferzorg van 2012, maar helemaal zeker is dat niet. Wat betreft de rechten van het slachtoffer op grond van artikel 11 van de richtlijn, dus met betrekking tot de rechterlijke toetsing van de beslis-

---

103 Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Stb.* 2010, 1.

104 Zie daarover bijvoorbeeld Van Schijndel 2006.

sing tot niet-vervolging, lijkt het Nederlandse recht geen aanpassing te behoeven. De procedure van beklag tegen niet-vervolging kan daartoe als voldoende worden gezien. In ieder geval is het belanghebbendebegrip dat daarvoor wordt gebruikt ruim genoeg om alle slachtoffers van strafbare feiten onder te vatten. Met betrekking tot het doen van beklag tegen een transactie maakt artikel 11 lid 5 van de richtlijn wetgevend optreden voor Nederland overbodig. Wanneer het slachtoffer op grond van de richtlijn wel het recht zou moeten hebben beklag in te dienen tegen het aangaan van een transactie, zou wetgevend optreden wel noodzakelijk zijn. Bij inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening is artikel 12k Sv namelijk aangepast aan de introductie van de strafbeschikking, zonder dat een overgangsregeling is getroffen om het beklag tegen de transactie nog tot de wettelijke mogelijkheden te laten behoren. Sindsdien bestaat geen wettelijk recht meer om beklag in te dienen tegen het transigeren door het OM. Als het slachtoffer dat recht in de richtlijn zou zijn toegekend, zou aanvulling van artikel 12k Sv nodig zijn geweest.

4.5.5 Non-punishment in Europese regelgeving

Een andere kwestie betreft de vraag of er een speciale voorziening dient te zijn voor slachtoffers van strafbare feiten die zelf ook delicten hebben gepleegd. Enkele Europese wetgevingsinstrumenten verplichten de lidstaten van de Europese Unie om tegelijk met de daarin vervatte strafbaarstellingen ook voor een regeling te zorgen, waardoor slachtoffers van die delicten niet vervolgd hoeven te worden als ze van andere strafbare feiten worden verdacht. In artikel 7 van de Richtlijn mensenhandel[105] is dat als volgt omschreven: 'De lidstaten voorzien, in overeenstemming met de grondbeginselen van hun rechtsstelsel, in de mogelijkheid dat slachtoffers van mensenhandel niet worden vervolgd en bestraft wegens gedwongen betrokkenheid bij criminele activiteiten die een rechtstreeks gevolg is van een van de in artikel 2 bedoelde, jegens hen gepleegde handelingen.' Voorbeelden van criminele activiteiten waarbij slachtoffers van mensenhandel betrokken kunnen zijn omvatten het gebruik van valse documenten en strafbare feiten in de zin van de prostitutie- of immigratiewetgeving.[106] Daarbij zou dienen te gelden, volgens de overweging, dat zij tot het plegen van die strafbare feiten gedwongen zijn als rechtstreeks gevolg van het feit dat zij slachtoffer zijn van mensenhandel. De richtlijn geeft ook expliciet aan wat de bedoeling is van deze regeling: 'de mensenrechten van de slachtoffers te beschermen, verder slachtofferschap te voorkomen en hen aan te moedigen als getuige tegen de daders op te treden in de strafproce-

105 Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad, *PbEU* 2011, L 101/1.

106 Zie overweging 7 van de richtlijn.

dure.' Uit deze overweging blijkt de bestrijding van mensenhandel volgens de richtlijn vooral gerechtvaardigd wordt vanwege de inbreuk die op de mensenrechten van de slachtoffer wordt gemaakt. Het doel van de regeling kent echter ook zijn grenzen, want de overweging bevat ook een opmerking over beperkingen van de niet-vervolging van slachtoffers: 'Deze bescherming belet niet dat zij kunnen worden vervolgd of gestraft voor delicten die zij opzettelijk hebben begaan of waaraan zij opzettelijk hebben deelgenomen.' Wanneer die opmerking wordt bezien tegen de achtergrond van de uitleg van het opzet in het Nederlandse strafrecht, is de reikwijdte ervan niet erg groot. Het opzettelijk plegen van een misdrijf, zoals het bezitten van een vervalst paspoort, is immers niet moeilijk te bewijzen. In die gevallen geldt de non-punishment clausule niet, en hoeft er geen voorziening te zijn die het mogelijk maakt dat slachtoffers van mensenhandel niet worden vervolgd. Dat zou betekenen dat de richtlijnverplichting om niet-vervolging mogelijk te maken weinig omvang heeft. Wanneer het opzet minder ruim zou moeten worden uitgelegd, wordt de beschermingsomvang groter. Dat neemt niet weg dat ook dan het opportuniteitsbeginsel in de mogelijkheden voorziet om slachtoffer van mensenhandel niet te vervolgen. De implementatie van deze bepaling uit de richtlijn zal dan voor Nederland ook weinig gevolgen hebben.

Iets soortgelijks geldt ten aanzien van de Richtlijn ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie.[107] Deze richtlijn bepaalt in artikel 14: 'De lidstaten nemen, in overeenstemming met de grondbeginselen van hun rechtsorde, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de bevoegde nationale autoriteiten gerechtigd zijn kindslachtoffers van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting niet te vervolgen of te bestraffen wegens gedwongen betrokkenheid bij criminele activiteiten, wanneer deze betrokkenheid rechtstreeks voortvloeit uit het feit dat ze slachtoffer zijn van een van de in artikel 4, leden 2, 3, 5 en 6 en in artikel 5, lid 6, bedoelde handelingen.' Volgens de overwegingen bij deze richtlijn heeft deze bepaling voornamelijk als doel om secundaire victimisatie te voorkomen. Deze bepaling is bovendien in de richtlijn opgenomen omdat er lidstaten zijn waar prostitutie of het verschijnen in pornografisch materiaal strafbaar is, en daarom werd het nodig geacht te bepalen dat, wanneer een slachtoffer daartoe gedwongen is, het mogelijk moet zijn om het slachtoffer niet te vervolgen.[108]

Slachtoffers spelen dus duidelijk een rol in de Europese activiteiten op het gebied van het strafrecht. Deze gaan echter niet zover dat slachtoffers het recht zouden krijgen om te mogen beslissen over het instellen van vervolging. Desondanks neemt de mate waarin slachtoffers de vervolgingsbeslissing

107 Richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad, *PbEU* 2011, L 335/1.

108 Zie overweging 24 van de richtlijn.

kunnen beïnvloeden wel toe, maar dat is niet alleen de invloed van het recht van de Europese Unie. Ook in de Nederlandse context wordt steeds meer belang gehecht aan een sterke positie van slachtoffers in het strafproces. Voorlopig is daarin echter geen duidelijke inbreuk op het opportuniteitsbeginsel te herkennen, hoewel de belangen van slachtoffers wel een voorkeursbehandeling dienen te krijgen bij de beslissing tot welke afdoening dient te worden gekomen. Deels verkrijgt het opportuniteitsbeginsel als gevolg van het Europese recht ook een sterkere positie, doordat lidstaten verplicht zijn om de mogelijkheden te hebben vervolging achterwege te laten wanneer slachtoffers van strafbare feiten als mensenhandel zelf ook verdachte zijn van een ander feit.

4.6 Het opportuniteitsbeginsel in de opsporing

4.6.1 Het driehoeksoverleg en andere handhavingsinstanties

Een vorm van onderhandeling vindt plaats tussen de bij de rechtshandhaving betrokken instanties, zoals in het driehoeksoverleg. Daarin kunnen afspraken worden gemaakt tussen OM, burgemeester en politie (op lokaal niveau) over welke prioriteiten worden gesteld bij de handhaving van de openbare orde en de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Onderdeel van de resultaten van dit overleg kan zijn dat tegen bepaalde overtredingen niet zal worden opgetreden. Op die manier wordt bijvoorbeeld gemeentelijk gedoogbeleid inzake coffeeshops vastgesteld.

Uit de taak van het OM wordt afgeleid dat het handhavend optreden van de overheid niet steeds kan worden gezien als handhaving van de rechtsorde, maar ook als handhaving van de maatschappelijke of openbare orde. Rechtshandhaving en openbare ordehandhaving zijn institutioneel gescheiden. Het duidelijkst komt dat naar voren in de tweeledigheid van de politietaak en de daarmee samenhangende gezagsverhoudingen over de politie. Voor zover de politie optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak staat zij onder het gezag van de burgemeester, en voor zover zij optreedt ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde staat zij onder het gezag van de officier van justitie (artikel 11 en 12 Politiewet 2012). Het gezag over de politie wordt dus van twee zijden uitgeoefend, afhankelijk van welke taak het betreft. Uiteindelijk berust de politieke verantwoordelijkheid voor het optreden van de politie bij de Minister van Veiligheid en Justitie.

De verdeling van het gezag over de politie loopt echter niet parallel met de beheersstructuur: voor het beheer heeft de Minister van Veiligheid en Justitie met de inwerkingtreding van de Politiewet 2012 een belangrijke rol verkregen. In het overlegstelsel dat in de Politiewet is neergelegd voor de vaststelling van beleidsplannen, begrotingen en dergelijke, is voorzien in de inbreng van het College van procureurs-generaal en de regioburgemeesters,

maar de Minister van Veiligheid en Justitie is degene die uiteindelijk het landelijke beleid vaststelt (artikel 18 Politiewet 2012).

De gezagsstructuur maakt de aansturing van de politie een ingewikkelde zaak. Wanneer het OM meer prioriteit wenst te geven aan de opsporing van bepaalde strafbare feiten, kan dat gevolgen hebben voor de capaciteit van het politieorgaan wat betreft de handhaving van de openbare orde. Een vergroting van de capaciteit is een beheerszaak, en ligt niet in handen van de strafvorderlijke autoriteiten. Vanwege de tweeledige gezagsstructuur bestaan er geregulleerde overleggen tussen diegenen die dat gezag moeten uitoefenen. Op lokaal niveau wordt het driehoeksoverleg gevormd door de officier van justitie, de burgemeester en het hoofd van het desbetreffende territoriale onderdeel van de politie waar de gemeente onder valt (artikel 13 Politiewet 2012). In dat driehoeksoverleg kunnen afspraken worden gemaakt over lokale prioriteiten en criminaliteitsbestrijding (artikel 13 lid 4 Politiewet 2012). Het driehoeksoverleg heeft als zodanig zelf geen zeggenschap, maar het functioneert als overlegorgaan om het beleid van de verschillende gezagsdragers onderling af te stemmen.

Wat is nu de samenhang van dit driehoeksoverleg met het opportuniteitsbeginsel? Het moge duidelijk zijn, dat het OM niet in staat zou zijn om afspraken te maken over lokale prioriteiten en over de intensiteit van criminaliteitsbestrijding wanneer het niet zou kunnen beschikken over beleidsvrijheid omtrent de uitoefening van zijn taken inzake opsporing en vervolging. Het opportuniteitsbeginsel verleent in het Nederlandse recht een dusdanig omvangrijke beleidsvrijheid dat het OM in staat is om met aanzienlijke speelruimte deel te nemen aan het lokale driehoeksoverleg. Het OM kan daarbij komen tot een omzetting van het abstracte concept van het algemeen belang in concrete lokale prioriteiten. De mate waarin het driehoeksoverleg noodzakelijk is om toepassing te geven aan het opportuniteitsbeginsel, is enigszins afhankelijk van het belang dat wordt gehecht aan het incorporeren van capaciteitsoverwegingen in het algemeen belang. Wanneer dat nadrukkelijk vooropstaat, is het onoverkomelijk om afspraken te maken over de inzet van middelen en menskracht, om de vastgestelde lokale prioriteiten ook daadwerkelijk in de opsporingspraktijk naar voren te laten komen. Als capaciteitsoverwegingen echter niet worden geacht onderdeel uit te maken van het algemeen belang, dan is het minder duidelijk dat daar afspraken over moeten worden gemaakt met de verantwoordelijken over het beheer van de politie.

Een andere betekenis van het driehoeksoverleg voor het opportuniteitsbeginsel ligt in de verhouding tussen de openbare ordehandhaving en de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. In veel gevallen zal de uitvoering van deze taken niet strikt te scheiden zijn. Dat is mede veroorzaakt doordat een omvangrijk aantal strafbaarstellingen gericht is op het handhaven van de openbare orde, waardoor daarbij de inzet van strafrechtelijke middelen mogelijk is. Deze delicten, deels opgenomen in titel V van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht en verder voornamelijk in Algemene Plaatselij-

ke Verordeningen, nemen merkbaar in aantal toe. Wat betreft het Wetboek van Strafrecht kan daarvoor gewezen worden op artikel 134a, 138a, 141a en 142a, die alle tamelijk recent zijn ingevoerd en nogal ruim omschreven gedragingen strafbaar stellen die verband houden met de openbare orde, althans dat blijkens de rubricering in het Wetboek pretenderen te doen.[109] Dat geldt misschien nog wel sterker voor veel delicten die in APV's zijn opgenomen, zoals samenscholingsverboden, alcoholverboden, en verboden om zich hinderlijk te gedragen, op het gras te lopen en dergelijke. Deze strafbaarstellingen zijn in hoge mate gericht op de voorkoming van maatschappelijk ongewenste gedragingen, waardoor een verband bestaat met de bestuurlijke handhaving van de openbare orde. Deze strafbaarstellingen geven de politie een belangrijke mogelijkheid om in problematische situaties en bij grootschalige ordeverstoringen in haar optreden niet beperkt te zijn tot het bestuursrechtelijke instrumentarium. In veel gevallen is er een concrete keuze om strafrechtelijke bevoegdheden in te zetten, waar ook bestuursrechtelijk kan worden opgetreden ter handhaving van de openbare orde. Dit gegeven van overlappende bevoegdheden noopt eveneens tot een zorgvuldige afstemming in het driehoeksoverleg, bijvoorbeeld voorafgaand aan grote evenementen of bij te verwachten onlusten. Het opportuniteitsbeginsel geeft daarbij de mogelijkheid tot een flexibele inzet van strafrechtelijke bevoegdheden, waardoor het mogelijk is om voorafgaand afspraken te maken en ook om tijdens daadwerkelijk optreden te kiezen voor een bestuursrechtelijk dan wel strafrechtelijk handhavingsstelsel.

4.6.2 De wettelijke structuur van de opsporing

Het Wetboek van Strafvordering geeft weinig aanleiding om te denken dat er ruimte bestaat voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel buiten de vervolgingsbeslissing. In de praktijk is echter het automatisme van het legaliteitsbeginsel in de fase van de opsporing net zo onmogelijk en onwenselijk als in de vervolgingsfase. In hoeverre biedt het opportuniteitsbeginsel een theoretische onderbouwing voor de praktijk dat de officier van justitie niet van alle opgespoorde strafbare feiten in kennis wordt gesteld? Welke ruimte biedt het om een rationeel opsporingsbeleid te voeren?

De wet wijst als eindverantwoordelijke voor de opsporing het College van procureurs-generaal aan, dat daartoe bevelen kan geven aan de hoofden van de parketten (artikel 140 Sv). Specifiek belast met opsporing zijn de officieren van justitie, de politieambtenaren en, voor bepaalde gevallen, militairen van de Marechaussee (artikel 141 Sv). Daarnaast kunnen nog buitengewone opsporingsambtenaren worden aangewezen (artikel 142 Sv). Omdat de opsporing vrijwel zonder uitzondering door politieambtenaren wordt uitgevoerd, maar uiteindelijk gericht is op bestraffing, moeten opgespoorde strafbare feiten

109 Daarover Ten Voorde 2012.

worden voorgelegd aan de officier van justitie, die kan beslissen om al dan niet vervolging in te stellen. De officier is daarom het hoofd van de opsporing in zijn arrondissement, en hij kan bevelen geven aan de overige met opsporing belaste personen (artikel 148 en 159 Sv). Tot voor kort verplichtte de wet alle opsporingsambtenaren ten spoedigste proces-verbaal op te maken van opgespoorde strafbare feiten en van verrichte opsporingshandelingen (artikel 152 Sv oud).[110] De opgemaakte processen-verbaal moeten direct, of indirect via een hulpofficier van justitie, bij de officier van justitie terechtkomen (artikel 156 Sv). Bovendien is de officier van justitie wettelijk gehouden een opsporingsonderzoek of zonodig een gerechtelijk vooronderzoek te openen, wanneer hij kennis krijgt van een strafbaar feit (artikel 149 Sv). Pas na afronding van het opsporingsonderzoek (artikel 167 Sv) of het gerechtelijk vooronderzoek (artikel 242 Sv) bestaat er een wettelijke mogelijkheid voor het OM om te kiezen voor het beëindigen van de procedure.

Deze wettelijke structuur geeft nog blijk van een legaliteitsbeginsel wat betreft de opsporingsfase. Dat hier in de praktijk al lange tijd sterk van wordt afgeweken hoeft geen verbazing te wekken: de parketten zouden niet erg gelukkig zijn als alle strafbare feiten geverbaliseerd en alle processen-verbaal ingestuurd zouden worden.[111] Capaciteitsgebrek is daarmee een belangrijke factor die meespeelt in de beslissing om al in de opsporingsfase strafrechtelijk ingrijpen achterwege te laten. Ook andere belangen kunnen echter een rol spelen. In 1948 beschrijft Minister van Justitie Van Maarseveen in een circulaire het politiesepot inzake verkeersovertredingen al als gegrond op de bevoegdheid van het OM om niet te vervolgen, 'waaronder begrepen de bevoegdheid om aan opsporingsambtenaren te vergunnen van bepaalde door hen geconstateerde strafbare feiten geen proces-verbaal op te maken.'[112]

Grofweg zijn er drie mogelijke vormen van het 'politiesepot' te onderscheiden. Ten eerste kan een opsporingsambtenaar, na een strafbaar feit geconstateerd te hebben, een reactie geheel achterwege laten of althans anders optreden dan door een proces-verbaal op te maken. Ten tweede kan, nadat een strafbaar feit is geconstateerd en aangifte is opgenomen, besloten worden geen verder opsporingsonderzoek te doen. Ten derde kan een summier opsporingsonderzoek naar aanleiding van een opgenomen aangifte worden beëindigd met een sepotproces-verbaal dat ter kennisneming aan het OM wordt gezonden.[113]

In het Wetboek van Strafvordering is één opsporingsbevoegdheid opgenomen die op zo'n manier is geformuleerd dat het verplicht is om deze bevoegd-

110 Gewijzigd bij de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, *Stb.* 2011, nr. 601.

111 Moons 1969, p. 486; Suyver 1976, p. 31.

112 Van Maarseveen 1948, p. 95.

113 Van der Molen-Maesen 1984, p. 1. Van Rijn is van mening dat alleen deze laatste vorm door de beugel kan: Van Rijn 1983.

heid uit te oefenen wanneer de daarvoor relevante voorwaarden zijn vervuld. Dit betreft het verbod op doorlaten van artikel 126ff Sv.

4.6.3 Het Broodjeswinkel-arrest

In het Broodjeswinkel-arrest[114] stond een politiesepot centraal dat door omkoping tot stand gekomen was. Van de twee agenten die op die omkoping hadden aangestuurd, stond één als verdachte in deze zaak terecht. De aanleiding tot het arrest was als volgt. De beide politieambtenaren constateerden dat in een broodjeszaak op vrijdag broodjes met vlees werden verkocht, wat krachtens de Beschikking Broodjeswinkels 1946 niet was toegestaan, en wensten de eigenaar te spreken. In dat gesprek werd de eigenaar onder druk gezet doordat hem duidelijk werd gemaakt dat desnoods de gehele inventaris in beslag zou worden genomen. Nadat één van beide agenten zich verwijderd had deed de eigenaar de verdachte het aanbod aan beiden een kruik oude klare te overhandigen. Dit aanbod werd door de verdachte afgewezen, maar het daaropvolgende aanbod om beiden 100 gulden ter hand te stellen niet. De agenten namen het geld aan en maakten geen proces-verbaal op. De agent werd vervolgd voor overtreding van artikel 363 Sr, maar stelde in cassatie dat niet uit artikel 152 Sv volgt 'dat het nalaten door een opsporingsambtenaar van het maken van proces-verbaal van een door hem opgespoord strafbaar feit ook in gevallen van betrekkelijk geringe betekenis als het onderhavige een handelen vervat in strijd met de plicht van die ambtenaar' (middel 2). Daarnaast werd in het derde en vierde middel betoogd dat het handelen van de eigenaar van de broodjeszaak geen strafbaar feit opleverde, of dat dat in ieder geval niet uit de bewijsmiddelen kon blijken, en dat de verdachte daarom niet in strijd handelde met zijn verbaliseringsplicht. Advocaat-generaal Langemeijer wees een rechtsplicht voor opsporingsambtenaren om ten allen tijde proces-verbaal op te maken af. Ze moeten zich richten naar wat het gebruikelijke oordeel van het OM over soortgelijke feiten is, of zoals dat redelijkerwijs valt te verwachten. Als het OM een bestendige gedragslijn heeft ontwikkeld om niet te vervolgen in een bepaalde categorie van zaken, dan zijn opsporingsambtenaren bevoegd om niet te verbaliseren. Volgens Langemeijer heeft de opsporingsambtenaar hiermee niet de bevoegdheid 'naar eigen oordeel een zeker opportuniteitsbeginsel toe te passen', maar slechts de bevoegdheid een gebruik toe te passen, een gewoonterecht.[115] In casu was er wel degelijk sprake van een gedragslijn op grond waarvan vervolging te verwachten was, zodat de verdachte verbalisering niet achterwege mocht laten. Het betrof geen feit dat naar de subjectieve overtuiging van de opsporingsambtenaar uit zijn aard

114 HR 31 januari 1950, *NJ* 1950, 668.
115 Aldus Pompe in zijn noot onder het arrest.

in aanmerking kwam om gepardonneerd te worden, zodat er een objectieve rechtsplicht bestond om proces-verbaal op te maken.

De Hoge Raad volgt een vergelijkbare redenering als de advocaat-generaal. Als overweging bij de gezamenlijk besproken derde en vierde middelen stelt hij dat bij de verdachte ten aanzien van de eigenaar van de broodjeszaak een verdenking gerezen was 'en mitsdien *de een strafbaar feit betreffende voorwaarde* voor de krachtens art. 152 Sv. op hem rustende verplichting, ten spoedigste proces-verbaal op te maken van hetgeen door hem tot opsporing van dat feit was verricht en bevonden, geenszins ontbrak en inzover voor hem toen die verplichting bestond, ongeacht of later een rechter zou beslissen of zou kunnen beslissen, dat werkelijk een strafbaar feit begaan was'. Volgens annotator Pompe duidt het gecursiveerde gedeelte erop dat er meer dan één voorwaarde voor de verplichting van artikel 152 Sv is, namelijk niet alleen de verdenking, maar ook een oordeel over de wenselijkheid van verbalisering.[116] Dit lijkt moeilijk uit de bewoordingen van de Hoge Raad af te leiden, die spreekt over 'de voorwaarde voor de verplichting van art. 152 Sv.', en niet over 'een voorwaarde'. Dat de Hoge Raad met deze overweging het bestaan van meerdere voorwaarden, met name een voorwaarde van opportuniteit, voor het bestaan van een verbaliseringsplicht bedoelt is onwaarschijnlijk. Dat is anders met de overwegingen omtrent het tweede middel, waarin de Hoge Raad stelt dat de agent, omdat 'de door [de opsporingsambtenaren] geconstateerde vermoedelijk gepleegde overtreding naar den normalen loop van zaken ingevolge de door hen krachtens opdracht gevolgde gedragslijn aanleiding gaf tot het opmaken van proces-verbaal en/of treffen van andere wettelijke maatregelen, (…) overeenkomstig den regel (…) in zijn voormelde bediening gehouden was wegens voormelde geconstateerde vermoedelijk gepleegde overtreding wettelijke maatregelen te treffen.' Het nalaten daarvan was strijdig met de plicht van de opsporingsambtenaar.

De belangrijkste vraag is waar in deze overweging 'de regel' naar verwijst. Doelt de Hoge Raad daarmee op de regel van artikel 152 Sv, dat opsporingsambtenaren verplicht zijn proces-verbaal op te maken, dan staat hij achter de gelding van het legaliteitsbeginsel voor de opsporing. Dat hij in dit verband 'zijn bediening' noemt kan hiervoor een aanwijzing zijn. Verwijst de Hoge Raad echter naar de 'bestendige gedragslijn' die door de politie in opdracht van de officier van justitie wordt gevolgd, dan is er ruimte voor de gelding van het opportuniteitsbeginsel. In dat geval zijn opsporingsambtenaren bevoegd te beslissen of de gevolgde bestendige gedragslijn aanleiding geeft tot het verbaliseren van een bepaalde zaak of niet. Dan is het toegestaan om van tevoren de keuze te maken om bepaalde zaken niet te (laten) verbaliseren. Deze uitleg verdient waarschijnlijk de voorkeur; de Hoge Raad had anders immers kunnen volstaan met het constateren van een eenvoudige schending

116 De Doelder & 't Hart 1976 volgen Pompe ook hierin.

van artikel 152 Sv. Bovendien wijkt hij op deze manier subtiel af van de lijn van de advocaat-generaal, die gesteld had dat de opsporingsambtenaar zich naar het te verwachten oordeel van de officier van justitie moet richten. De Hoge Raad gaat minder ver: de officier van justitie moet een beleidskeuze maken en opdracht geven die in de opsporingspraktijk ten uitvoer te brengen. Opsporingsambtenaren zijn hieraan dan gebonden. De Hoge Raad benadrukt dat de rechtsplicht van artikel 152 Sv in casu voor de opsporingsambtenaren bestond, omdat de normale gang van zaken, volgens de gedragslijn die zij in opdracht van de officier van justitie volgden, met zich meebracht dat procesverbaal moest worden opgemaakt. Daarmee geeft de Hoge Raad impliciet zijn goedkeuring aan het politiesepot, wanneer dat gebaseerd is op een bestendige gedragslijn die in opdracht van de officier van justitie wordt gevolgd.

Annotator Pompe is van mening dat de conclusie van de advocaat-generaal en het arrest van de Hoge Raad op een belangrijk punt verschillen. Langemeijer zou voorwaarden hebben geformuleerd op grond waarvan verbalisering achterwege mag worden gelaten, de Hoge Raad juist voorwaarden op grond waarvan verbalisering verplicht is. De Hoge Raad zou daarmee niet van een algemene verplichting tot verbaliseren uitgaan, de advocaat-generaal juist wel. Volgens Pompe zou de opvatting van de Hoge Raad de voorkeur verdienen, omdat er nu eenmaal talloze overtredingen worden begaan die maar beter niet in het strafrechtelijke systeem kunnen worden betrokken, maar waarbij met een waarschuwing kan worden volstaan. Deze tegenstelling tussen de opvattingen van de Hoge Raad en A-G Langemeijer wordt door veel auteurs bestreden. Zowel Hoge Raad als A-G zouden een verbaliseringsplicht voorop stellen, en verschillen alleen in de manier waarop daarvan afgeweken mag worden.[117] De Doelder en 't Hart menen dat de Hoge Raad zich helemaal niet over de benadering van Langemeijer uitlaat, en ook niet expliciet een maatstaf geeft voor het achterwege laten van verbalisering.[118]

Van der Burg stelt dat de Hoge Raad in dit arrest de vrijheid die hij de opsporingsambtenaar verleent, in tegenstelling tot de advocaat-generaal, niet baseert op het opportuniteitsbeginsel bij de vervolging.[119] Deze stelling lijkt mij onjuist. De beslissingsvrijheid van de opsporingsambtenaar wordt door beide afgeleid van het opportuniteitsbeginsel, maar op een verschillende manier. Langemeijer verleent de opsporingsambtenaar de ruimte zelf in te schatten tot welk opportuniteitsoordeel de officier zal komen, de Hoge Raad legt de verantwoordelijkheid bij de officier, die op basis van zijn belangenafweging gedragslijnen kan aangeven waarlangs de opsporing moet plaatsvinden.[120] Van der Burg baseert zijn standpunt op een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. In zijn interpretatie is het zelfstandig hanteren

117 Peijster 1964, p. 100; Suyver 1976, p. 47.
118 De Doelder & 't Hart 1976, p. 208-209.
119 Van der Burg 1961, p. 85.
120 Suyver 1976, p. 47.

van het opportuniteitsbeginsel door opsporingsambtenaren vrijwel onmogelijk, en hij geeft de voorkeur aan een door de officier van justitie gestuurde gedragslijn.[121] Het kan zijn dat hij hiermee bedoelt dat het opportuniteitsbeginsel door de officier van justitie zowel inzake vervolging als inzake opsporing wordt gehanteerd, en dat de Hoge Raad in het arrest over de laatste functie spreekt, zoals ook annotator Pompe schrijft, maar helder blijkt dat niet. In ieder geval wordt het standpunt van Van der Burg onhoudbaar bij een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Dan moet immers het strafrechtelijk optreden steeds vanuit het algemeen belang worden beargumenteerd, op grond waarvan criteria voor wél vervolgen moeten worden opgesteld.[122]

4.6.4 Mandaat of zelfstandige bevoegdheid

Het politiesepot, dat dus is ontwikkeld op basis van een jurisprudentieel geaccepteerd gewoonterecht, is sinds 1 januari 2013 neergelegd in artikel 152 Sv.[123] Daarvoor gingen al geruime tijd stemmen op dat het wenselijk was om het gewoonterecht van het politiesepot te codificeren.[124] Omdat de wettelijke regeling geen inhoudelijke criteria kent waarmee de mogelijkheid van het sepot op het niveau van de politie moet worden ingevuld, is een duidelijk opsporingsbeleid van het OM van belang.[125]

Schalken heeft, in aansluiting op het Broodjeswinkel-arrest, de invulling van de politiële beslissingsruimte gegrond op een mandaatconstructie. De bevoegdheid tot seponeren die de wet aan het OM toekent zou bij mandaat aan de politie kunnen worden overgedragen, waarbij het OM zowel de zeggenschap over de uitoefening ervan als de verantwoordelijkheid ervoor behoudt en aanspreekbaar blijft over de uitoefening ervan.[126] Volgens Scheltema, op wie Schalken zich onder meer baseert, hangt de mogelijkheid van delegatie en mandaat onder andere af van de verandering die daardoor wordt aangebracht in de organisatie van het bestuur en de verantwoordelijkheid voor het beleid.[127] In het licht van die criteria zou een politiesepot, onder mandaat van het OM, juridisch wel mogelijk zijn zonder dat daarvoor de wet hoeft te worden aangepast om dat uitdrukkelijk mogelijk te maken.[128]

Een andere benadering kiezen De Doelder en 't Hart. Volgens hen behoort de taak van de jurist niet het vaststellen van juridisch relevante feiten te zijn,

121 Van der Burg 1961, p. 85-86.
122 De Doelder & 't Hart 1976, p. 209.
123 Sinds de inwerkingtreding van de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, *Stb.* 2011, 601.
124 Peijster 1964, p. 100-101; Walther 1987.
125 Peijster 1964, p. 100-101; Huls 1985; Van der Hoeven & Van Loon 1987.
126 Schalken 1984.
127 Scheltema 1975, p. 246.
128 Schalken 1984, p. 9.

maar het verrichten van feitelijk relevante juridisering. Daarmee wordt bedoeld dat het er bij de vraag of strafrechtelijk optreden geboden is, niet om gaat of iets eventueel kan worden gekwalificeerd als strafbaar feit, maar om wat er met een juridische kwalificering kan worden bereikt. Als verbalisering toch op een sepot zal uitlopen, kan dat beter achterwege blijven. In deze redenering is het niet nodig om, zoals Schalken doet, gebruik te maken van een mandaatconstructie om daarmee een zelfstandig politiesepot in het leven te roepen. Als een feitelijk gebeuren niet tot een strafrechtelijk gevolg zal leiden, kan een politieambtenaar dat immers evengoed constateren als een officier van justitie.[129]

Een sepot door een opsporingsambtenaar heeft overigens ook rechtsgevolg. Het vertrouwensbeginsel staat in de weg aan het vervolgen van een strafbaar feit dat eerder door een politieambtenaar is geseponeerd.[130]

Bij AMvB aangewezen opsporingsambtenaren zijn ook bevoegd om onder strikte voorwaarden te transigeren (artikel 74c Sr). Het moet gaan om bij dezelfde AMvB aangewezen overtredingen, of misdrijven waarop minder dan zes jaar gevangenisstraf is gesteld. In geval van zo'n misdrijf mag alleen een transactie worden aangeboden als de verdachte achttien jaar of ouder is, bij overtredingen mag dat vanaf twaalf jaar. De enige toegestane transactievoorwaarde is de betaling van een geldsom.[131]

Sinds de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening is het ook voor opsporingsambtenaren mogelijk om strafbeschikkingen uit te vaardigen (artikel 257b Sv). Daarvan kan overigens slechts gebruik worden gemaakt met de inachtneming van richtlijnen die zijn uitgevaardigd door het College van procureurs-generaal. Zelfs directe dagvaarding door politiefunctionarissen zou mogelijk kunnen zijn. Dat de dagvaarding wordt opgesteld en uitgereikt door opsporingsambtenaren kan worden toegestaan. De beslissing om een dagvaarding uit te doen gaan, met de belangenafweging die daarbij hoort, mag echter niet door hen worden genomen. Die zorgvuldige afweging is immers aan de leden van het OM opgedragen, die daarvoor beter zijn toegerust.[132] De Wet op de Rechterlijke Organisatie geeft hierover in artikel 126 uitsluitsel: de uitoefening van bevoegdheden van de officier van justitie kan alleen worden opgedragen aan andere bij het parket werkzame ambtenaren.

129 't Hart 1976, p. 17-19; De Doelder & 't Hart 1976; De Doelder & 't Hart 1985; 't Hart 1994a, p. 126-128. Zie ook Simmelink & Baaijens-van Geloven 2001, p. 402.
130 HR 19 september 1989, *NJ* 1989, 379; Schalken 1989.
131 Zie over de politietransactie verder Osinga 1993.
132 Boksem 1998; De Doelder 2000.

4.7 EXTERNE CONTROLE

4.7.1 Rechterlijke controle op vervolgingsbeslissingen

Op de vervolgingsbeslissing kan ook de rechter invloed hebben: belanghebbenden kunnen beklag indienen bij het Gerechtshof over niet (verdere) vervolging, waarna het Gerechtshof de officier van justitie kan bevelen vervolging in te stellen, en bovendien kan bepalen waarvoor vervolgd moet worden (artikel 12-12l Sv). Volgens de wet kan het Gerechtshof de opportuniteitsbeslissing van de officier volledig toetsen. Veelvuldig gebruik van die volledige toetsing zou echter een doorkruising van het gecentraliseerde vervolgingsbeleid met zich meebrengen en daarom wordt wel verdedigd dat het Hof zich tot een marginale toetsing zou moeten beperken.[133]

De vervolgingsbeslissing kan door de verdachte worden bestreden door een bezwaarschrift in te dienen tegen de dagvaarding (artikel 262 Sv).[134] Deze bezwaarschriftprocedure leidt echter zelden tot succes, en dat geldt in ieder geval wanneer de bezwaren zich richten op de opportuniteit van de vervolging. Die component van de vervolgingsbeslissing is uitgesloten van toetsing in het kader van de bezwaarschriftprocedure (artikel 262 lid 4, 5 en 6 Sv). Ten aanzien van de haalbaarheid geldt dat de rechtbank slechts een marginaal oordeel over de mogelijkheid van veroordeling geeft.

Niet meer voorafgaand aan de berechting, maar bij de rechter ter terechtzitting kan de verdachte een beroep doen op de beginselen van een goede procesorde. Dat geeft hem de mogelijkheid om de vervolgingsbeslissing marginaal te laten toetsen aan de conformiteit met die beginselen. Die toetsing betreft wel een volledige toetsing van de verenigbaarheid van de vervolgingsbeslissing met de beginselen van een goede procesorde, maar dat betekent dat de vervolgingsbeslissing als zodanig slechts marginaal wordt getoetst. Die beginselen stellen immers slechts uiterste grenzen aan de beslissing, zodat de toetsing zich wel volledig op die beginselen richt maar daarbij een vrije beslissingsruimte voor het OM overlaat.[135]

De vraag rijst hoe deze controlemechanismen in onderling verband moeten worden gezien. Het is mogelijk om vooral belang te hechten aan de beklagmogelijkheid tegen niet-vervolging wanneer een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt aangehangen. Als voor een positieve interpretatie zou worden gekozen, is vooral de bezwaarschriftprocedure van belang. Dat geldt althans, wanneer aan rechterlijke controle op vervolgingsbeslissingen

133 Corstens/Borgers 2011, p. 553.

134 Met inwerkingtreding van de Wet versterking positie rechter-commissaris (*Stb.* 2011, 600) op 1 januari 2013 is de kennisgeving van verdere vervolging vervallen evenals de bijbehorende mogelijkheid om daartegen een bezwaarschift in te dienen. Sindsdien is er alleen nog een bezwaarschriftprocedure mogelijk tegen de dagvaarding.

135 Duker 2010 lijkt dit anders te zien.

met name belang wordt gehecht in de uitzonderingssituatie. Het instellen van vervolging als uitzondering op de regel dat strafbare feiten niet worden vervolgd, zoals in de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel geldt, zou dan ter discussie moeten kunnen worden gesteld in de bezwaarschriftprocedure. Omgekeerd geldt dan het beklag in een negatieve interpretatie als voornaamste mogelijkheid om tegen de uitzondering van het sepot te ageren. Het in Nederland geldende stelsel kan niet echt worden gezien als gestoeld op één van beide gedachten. Desondanks vertoont het daar wel enige trekken van. De bezwaarschriftprocedure is zeker niet de plaats om de opportuniteit ter discussie te stellen, die rol wordt eerder ingenomen door de zittingsrechter die de vervolgingsbeslissing aan de beginselen van een goede procesorde toetst. De beklagrechter stelt zich echter ook enigszins terughoudend op, en heeft de neiging om in ieder geval het vastgestelde vervolgingsbeleid niet ter discussie te stellen, en de toetsing van de beslissing tot niet-vervolging erg casuïstisch te houden.[136] Hieronder volgen nog enkele opmerkingen over de toetsing aan de beginselen van een goede procesorde en over een aanvulling op het stelsel van rechterlijke controle van de vervolgingsbeslissing, namelijk de toetsing door de Nationale ombudsman van het optreden van het OM naar maatstaven van behoorlijkheid.

4.7.2 Toetsing aan beginselen van een goede procesorde

De zittingsrechter controleert de vervolgingsbeslissing van het OM niet op de opportuniteit, maar alleen op de rechtmatigheid ervan. Wat betreft de wenselijkheid van strafrechtelijk ingrijpen is het OM alleen verantwoording schuldig aan de minister en via hem aan het parlement. Toch wordt door de rechterlijke controle de beslissingsvrijheid van het OM enigszins ingeperkt. Met name de beginselen van een goede procesorde blijken rechterlijke toetsing uit te doen strekken tot wat voorheen als bestuurlijke activiteit van het OM werd gezien. Het gaat daarbij om toetsing aan het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het verbod van détournement de pouvoir en het verbod van willekeur (ook wel bekend als het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging).

In dit verband kan volgens Cleiren onderscheid gemaakt worden tussen een geldingsaspect en een gedragsaspect van deze beginselen van een goede procesorde.[137] Daarbij betekent het gedragsaspect dat handelende strafvorderlijke autoriteiten als het OM en de politie in hun optreden gebonden zijn aan de beginselen van een goede procesorde, en betekent het geldingsaspect dat de toetsende rechter hun handelen kan beoordelen op de verenigbaarheid met die beginselen. Het is daarbij de vraag of het gedragsaspect van de beginselen van een goede procesorde logisch gezien voorafgaat aan het geldingsaspect,

136 Bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 21 november 2011, *LJN* BU4940.
137 Cleiren 1989, p. 285.

dat wil zeggen of de sanctienorm die door de toetsende rechter ten opzichte van het optreden van strafvorderlijke autoriteiten wordt gehanteerd, de tegenhanger is van het als primair te beschouwen gedragsaspect van de bevoegdheidverlenende norm waarop dat optreden was gebaseerd.[138] Het karakter van de beginselen van een goede procesorde, en de kwestie op welke manier deze als rechtsbeginselen kunnen worden beschouwd, is wellicht niet relevant voor de vraag of deze beginselen gelding bezitten,[139] maar misschien wel voor de vraag op welke manier de aspecten van gelding en gedrag zich tot elkaar verhouden. Wanneer het toetsen aan redelijkheid zoals door Hart wordt gezien als gedelegeerde regelgeving door rechters, is het logisch dat het gedragsaspect volgt uit het als geldend gaan beschouwen en concretiseren van de betrokken beginselen in de rechtspraak.[140] Een Dworkiniaans perspectief zou meebrengen dat er geen bezwaar is tegen het beschouwen van de verbindendheid van rechtsbeginselen voor handelingen van de strafvorderlijke overheid als voorafgaand aan de sanctionering daarvan, omdat het voor die verbindendheid niet noodzakelijk is dat dat eerst een expliciete regel is vastgesteld.[141] Bovendien kan het opnemen van een standaard van redelijkheid in een rechtsregel een soortgelijke werking hebben zonder dat het bezwaar opgaat dat daardoor *ex post facto* wordt geoordeeld.[142] Omdat MacCormicks positie met betrekking tot rechtsbeginselen ongeveer het midden houdt tussen de standpunten van Hart en Dworkin, althans in de loop des tijds enigszins is verschoven vanuit een nuancering van Harts standpunt, in de richting van Dworkins overtuiging, zonder deze overigens geheel te onderschrijven,[143] lijkt het in overeenstemming met MacCormicks rechtstheorie om de vraag of het gedragsaspect aan het geldingsaspect voorafgaat, voorzichtig ontkennend te beantwoorden. Een positieve beantwoording zou niet goed verenigbaar zijn met de aanmerkelijke ruimte die MacCormick aan de rechter wil laten om, weliswaar gebonden aan de eis van coherentie, tot rechtsontwikkeling te komen.[144] De verbindendheid van beginselen van een goede procesorde voor het handelen van politie en OM valt daarmee in ieder geval niet te beschouwen als voorafgaand aan de vaststelling van het geldingsaspect daarvan door de rechter.

Met name de toetsing aan het verbod van willekeur lijkt de concrete opportuniteitsbeslissing dicht te naderen. In dat verband kan worden gezegd dat het de opdracht van het OM is om een redelijke en billijke afweging te maken van de in het geding zijnde belangen, waarbij aan de ene kant het

138 Zoals lijkt te volgen uit Cleiren 1989, p. 287.
139 Cleiren 1989, p. 234.
140 Hart 2012, p. 132.
141 Dworkin 1977, p. 44.
142 Dworkin 1986, p. 280-282.
143 Vergelijk MacCormick 1978, p. 155 met MacCormick 2005, p. 199. Zie daarover meer in detail paragraaf 1.6.3.
144 MacCormick 2005, p. 201-205.

algemeen belang dat met vervolging gediend kan zijn, en aan de andere kant het belang van de verdachte om niet met het strafrecht in aanraking te komen, een rol speelt.[145] Bij een dergelijke beoordeling op redelijkheid zullen veel verschillende relevante gezichtspunten in ogenschouw moeten worden genomen.[146] Het is volgens de Hoge Raad echter aan de zittingsrechter slechts toegestaan om de vervolgingsbeslissing in zeer beperkte mate inhoudelijk te toetsen. Schending van het verbod van willekeur kan bijvoorbeeld alleen in uitzonderlijke gevallen leiden tot het niet-ontvankelijk verklaren van het OM.[147] Wanneer dat anders zou zijn, zou de rechter zich te veel inlaten met het beoordelen van de innerlijke waarde van de vervolgingsbeslissing en de inschatting van de doelmatigheid, die primair aan het OM zijn opgedragen.[148]

Ook het gelijkheidsbeginsel wordt naar het oordeel van de rechter niet snel geschonden. Toch wordt soms geoordeeld dat er een goede reden moet zijn om een verdachte te vervolgen, terwijl een andere verdachte in een soortgelijke situatie vrijuit gaat. Als die reden ontbreekt moet alsnog vervolging worden ingesteld, oordeelde het Hof Amsterdam in een beklagprocedure.[149]

Met de toetsing aan het vertrouwensbeginsel is veel sterker een waarborg aanwezig rondom het vervolgingsbeleid. Hier staat de passendheid van de concrete beslissing, in het licht van dat in algemene termen gestelde beleid op de voorgrond. De mate waarin op het gepubliceerde beleid kan worden vertrouwd is sterk, doordat op afwijking van het beleid in potentie de sanctie van niet-ontvankelijkheid is gesteld.[150] Op die regel is wel een uitzondering mogelijk: wanneer wordt vervolgd in afwijking van gepubliceerd beleid, maar die afwijking zorgvuldig wordt onderbouwd, volgt er geen niet-ontvankelijkheid. Wanneer een afwijking van gepubliceerd beleid niet voldoende wordt toegelicht kan de rechter wegens strijd met het motiveringsbeginsel het OM alsnog niet-ontvankelijk verklaren.[151]

Dat de rechter slechts bevoegd is om een marginale toets uit te voeren betekent uiteraard niet dat het OM zelf geen strengere maatstaven mag hanteren. Zo is het OM ervan overtuigd dat niet alleen de beslissing om tot vervolging over te gaan, maar ook de inhoud van die beslissing, welke tenlastelegging zal worden opgesteld en of daarin voor een opzet- of schuldvariant wordt

145 Cleiren 1989, p. 31; Krabbe 2001b, p. 105-106.
146 Vergelijk MacCormick 2005, p. 162-188.
147 HR 6 november 2012, *NJ* 2013, 109 m.nt. T.M. Schalken. Zie ook Rb 's-Gravenhage 5 maart 2007, *LJN* AZ9885.
148 Krabbe 2001b, p. 105-106.
149 Hof Amsterdam 21 december 2005, *LJN* AU9264.
150 HR 13 september 1983, *NJ* 1984, 151, m.nt. P.J.P. Tak; HR 22 februari 2000, *NJ* 2000, 557 m.nt. Sch.
151 HR 5 maart 1991, *NJ* 1991, 694, m.nt. C.

gekozen, met beleid en door een zorgvuldige belangenafweging moet worden genomen.[152]

4.7.3 De Nationale ombudsman

De Nationale ombudsman is niet bevoegd te oordelen over gedragingen waarop de rechterlijke macht toeziet (artikel 9:22 aanhef en onder f Awb). Daarom is de afbakening van rechterlijke controlemogelijkheden van belang voor de bevoegdheid van de Nationale ombudsman: het zijn communicerende vaten. Ten aanzien van de uitoefening van enkele bevoegdheden waarover de rechter zich niet kan uitspreken kan de Nationale ombudsman een oordeel geven, na een klacht van een betrokkene. In zoverre als over de vervolgingsbeslissing geen rechterlijke controle kan plaatsvinden, is er dus een rol weggelegd voor de Nationale ombudsman. Dit kwam aan de orde in de zaak die leidde tot HR 25 juni 1996, *NJ* 1997, 714.[153] Het Hof oordeelde daar dat het niet bevoegd was de vervolging ter zake van een bepaald strafbaar feit te bevelen, het zou het OM slechts mogen bevelen vervolging in te stellen, waarna de officier van justitie vrij zou zijn in de keuze welk strafbaar feit hij zou willen vervolgen. De Hoge Raad was het uiteindelijk niet met dit oordeel eens. Wanneer het standpunt van het Hof juist was geweest, zou dat hebben geleid tot een bevoegdheid van de Nationale ombudsman om zich uit te spreken over de keuze van de officier van justitie voor een bepaalde delictsomschrijving. Daar zou dan immers in de beklagprocedure geen rechterlijke controle op bestaan, waardoor de Nationale ombudsman bevoegd zou zijn. Om dat te voorkomen drong de Nationale ombudsman er bij de Procureur-generaal bij de Hoge Raad op aan, om cassatie in het belang der wet in te stellen, hetgeen dus succesvol was.[154]

Een eerste type overheidshandeling dat hier moet worden genoemd is de keuze van de officier van justitie voor een bepaalde sepotgrond. Deze keuze heeft gevolgen voor de verdachte, omdat het afhankelijk is van de sepotgrond of het sepot wordt opgenomen in de justitiële documentatie of niet. Wanneer de officier van justitie kiest voor de sepotgrond 'ten onrechte als verdachte vermeld', zal het sepot niet op naam van de verdachte worden ingeschreven. Wanneer daarentegen gekozen wordt voor de grond 'onvoldoende bewijs', wordt het sepot wel ingeschreven op naam van de verdachte. Geregeld klagen bij de Nationale ombudsman verdachten die de eerstgenoemde sepotgrond

152 Aldus althans het middel van cassatie, ingediend door het OM in de zaak die leidde tot HR 24 mei 2005, *NJ* 2006, 396.
153 Zie hierboven, paragraaf 4.7.2.
154 Buruma & Mevis 1999, p. 703.

verkiezen boven de laatstgenoemde.[155] Deze klachten betreffen vaak een technisch sepot. Bij beleidssepots zal het steeds het geval zijn dat deze worden ingeschreven op naam van de verdachte. Soms wordt dan ook geklaagd over het toepassen van een beleidssepot, waar de klager van mening is dat gekozen had moeten worden voor sepotgrond 01, 'ten onrechte als verdachte vermeld'.[156]

Een andere overheidshandeling waarover de Nationale ombudsman kan oordelen is de praktijk dat officieren van justitie een beleidssepot gepaard laten gaan met een mondelinge of schriftelijke waarschuwing. De waarschuwing zal meestal inhouden dat bij herhaling zal worden vervolgd, en dat in het betreffende geval geen voorwaarden worden verbonden aan het sepot. De waarschuwingen hebben echter geen wettelijke basis, en daarom wordt over de uitvaardiging ervan soms geklaagd bij de Nationale ombudsman. Deze heeft over een hem voorgelegde waarschuwing in vrij algemene termen geoordeeld dat deze behoorlijk is, voor zover de verdachte door de officier van justitie wordt geïnformeerd over de haalbaarheid van vervolging en de gevolgen van herhaling van het strafbare feit. De Nationale ombudsman oordeelde echter dat het onbehoorlijk zou zijn 'voor zover met de mondelinge of schriftelijke berichtgeving door officieren van justitie naar aanleiding van sepotbeslissingen wordt beoogd om de verdachte naar aanleiding van het begane feit bestraffend toe- of aan te spreken en/of zulks tot uitdrukking te brengen door het bezigen van het woord berisping.'[157] Ten aanzien van deze zogenoemde parketstandjes kan men echter ook tot een ander oordeel komen. Het is immers maar de vraag hoe een parketwaarschuwing wordt gewaardeerd: als een ongerechtvaardigde afdoening wanneer men de zaak eigenlijk onvoorwaardelijk wil seponeren, of als een mogelijkheid om in plaats van verdergaande bestraffing met een tamelijk milde afdoening te volstaan.[158]

Een volgend type klachten heeft betrekking op het niet opnemen van aangiftes door de politie. Ondanks de wettelijke verplichting van artikel 163 Sv worden aangiften niet altijd opgenomen. De Nationale ombudsman heeft geoordeeld dat voor uitzonderingen op de opnameplicht weinig ruimte aanwezig is, omdat de controle op opsporing en vervolging vrijwel onmogelijk is wanneer de gebeurtenissen die daarvoor relevant zijn niet worden opgeno-

155 Zie bijvoorbeeld rapport 2008/273; Buruma & Mevis 1999, p. 703. Een ander voorbeeld, waarbij de Nationale ombudsman tot het oordeel kwam dat had moeten worden gekozen voor de sepotgrond 'ten onrechte als verdachte aangemerkt' is een rapport van 15 oktober 2009, gepubliceerd *NbSr* 2009, 415.

156 Bijvoorbeeld in rapport 2003/073, waar de Nationale ombudsman tot de beoordeling kwam dat de keuze voor sepotgrond 43, 'oud feit', niet onbehoorlijk was. Een ander voorbeeld, waarbij de Nationale ombudsman tot het oordeel kwam dat de keuze voor sepotcode 02 in plaats van 01 onbehoorlijk was, is te vinden in een rapport van 15 oktober 2009, gepubliceerd in *NbSr* 2009, 415.

157 Rapport 1990/847.

158 Buruma & Mevis 1999, p. 705.

men. Daarmee wordt immers 'aan het Openbaar Ministerie, de voor de opsporing verantwoordelijke instantie, de gelegenheid (…) ontnomen te beoordelen of er ter zake strafvervolging ingesteld moet worden'.[159] Politieambtenaren zouden slechts in gevallen waarin op voorhand zonder de minste twijfel geoordeeld kan worden dat geen sprake is van een strafbaar feit aangifte mogen weigeren op te nemen.[160] Er zijn echter wel omstandigheden die een uitzondering op de opnameplicht rechtvaardigen. Dat is bijvoorbeeld het geval als enkele politiemedewerkers belast zijn met een lange reeks voorvallen en zijn aangewezen voor het opnemen van aangiftes. Andere politiemedewerkers zijn dan niet verplicht om aangiftes op te nemen die op die voorvallen betrekking hebben.[161] De Nationale ombudsman interpreteert artikel 163 Sv op een manier die weinig ruimte laat voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel door de politie. Buruma en Mevis stellen dat het bureaucratisch aandoet om opname te eisen van aangiftes waarvan de politie vrijwel zeker is dat die op grond van bestaande afspraken niet worden vervolgd. De grens tussen het om deze reden niet opnemen van aangiftes enerzijds en anderzijds de strenge uitleg, dat wel moet worden opgenomen, maar ook mag worden meegedeeld dat wegens capaciteitsgebrek niet zal worden vervolgd, is inderdaad erg dun.[162]

4.8 Interne en ministeriële controle mede in Europees perspectief

4.8.1 Controle binnen het OM

In de definitie van het opportuniteitsbeginsel staat centraal dat het is toegekend aan het OM. De wettelijke formulering van de artikel 167 en 242 Sv wijst het 'openbaar ministerie' aan als instantie die beslist of vervolging wordt ingesteld. Wie precies met deze taak van het OM belast kunnen worden blijkt uit de opsomming van artikel 125 RO: het College van procureurs-generaal, de officieren van justitie en de advocaten-generaal. De artikelen 8-9 Sv werken dit verder uit: de officieren van justitie bij de arrondissementsparketten zijn belast met de vervolging voor de rechtbanken waarbij zij geaccrediteerd zijn, de officier van justitie bij het landelijk parket is belast met de vervolging van een aantal speciaal aangewezen feiten en de advocaten-generaal bij de ressortsparketten zijn belast met de vervolging voor de gerechtshoven waarbij zij zijn geaccrediteerd. Buiten het OM is de procureur-generaal bij de Hoge Raad belast met de vervolging van strafbare feiten waarvan de Hoge Raad in eerste instantie kennisneemt (artikel 111 lid 2 onder a RO; artikel 7 Sv). De beslissing omtrent

159 Rapport 2008/104.
160 Zie daarover ook het door Buruma & Mevis 1999 aangehaalde rapport 99/220.
161 Rapport 2006/109.
162 Buruma & Mevis 1999, p. 694.

de vervolging wordt dus door deze functionarissen genomen. Dat wil niet zeggen dat één specifieke persoon beslissingsbevoegd is: het OM is één en ondeelbaar. Dat wil zeggen dat in een zaak niet steeds dezelfde officier hoeft op te treden voor de rechtbank, omdat de officier van justitie wordt geacht de rechtsorde te vertegenwoordigen. Hij behartigt het algemeen belang, en dat kan door iedere officier van justitie evengoed gebeuren.

De beslissing van de officier van justitie staat onder controle, zowel binnen als buiten het OM. Zonder deze institutionele context kan de werking van het opportuniteitsbeginsel niet goed worden begrepen. De officier van justitie is binnen de hiërarchie van het OM verantwoording schuldig aan zijn meerdere, de hoofdofficier van justitie (artikel 136 lid 3 en 4 en artikel 139 lid 2 RO). De officier en de hoofdofficier van justitie zijn ondergeschikt aan het College van procureurs-generaal (artikel 139 lid 1 en 3 RO), dat algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven (artikel 130 lid 4 RO). Aan de hoofden van de parketten kan het de nodige bevelen geven (artikel 8 Sv). Om deze hiërarchische structuur in de praktijk te laten werken zijn de leden van het OM ook verplicht de inlichtingen aan het College te verstrekken die het nodig heeft (artikel 129 lid 2 RO).

Wat betreft de toedeling van strafvorderlijke bevoegdheden aan de vervolgende overheid spreekt het Wetboek van Strafvordering meestal van de officier van justitie. Een enkele keer wordt de term 'openbaar ministerie' gebruikt, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de desbetreffende bevoegdheid ook door andere leden van de organisatie van het OM kan worden uitgeoefend, zoals de advocaat-generaal, of voorheen de ambtenaar van het OM bij het kantongerecht. Dit gaat tegenwoordig vrijwel niet meer op voor de vervolgingsbeslissing. De vervolging in eerste instantie vindt bijna uitsluitend bij de rechtbank plaats, en de beslissing tot vervolging wordt daarom steeds door de officier van justitie, of onder diens verantwoordelijkheid, genomen.

Beleidsregels van het OM, zoals richtlijnen en aanwijzingen, vormen een invulling van de taak van het OM, namelijk de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (artikel 124 RO). Deze taak wordt vervuld door uitoefening van allerlei bevoegdheden die aan het OM, of aan functionarissen binnen het OM, zijn toegekend door onder andere het Wetboek van Strafvordering. Zo zijn de officieren van justitie belast met de opsporing van strafbare feiten (artikel 141 en 148 Sv) en de vervolging ervan voor de rechtbanken (artikel 9 Sv). Het Wetboek deelt soms ook taken en bevoegdheden toe aan 'het openbaar ministerie', zoals de vervolgingsbeslissing (artikel 167 en 242 Sv) en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen (artikel 553 Sv). In die gevallen kunnen ook andere leden van het OM dan de officieren van justitie optreden. Het terminologische onderscheid is niet erg consequent doorgevoerd. Wanneer in het Wetboek van 'het openbaar ministerie' wordt gesproken, wordt gedoeld op een lid daarvan, en niet op de organisatie als geheel. Dat organisatorische perspectief wordt ingenomen in de Wet op de rechterlijke organisatie. Het College van procureurs-generaal is daarin boven de arrondissementsparketten en

ressortsparketten geplaatst. Tussen deze laatste twee bestaat geen hiërarchische relatie meer, zoals onder de oude Wet op de rechterlijke organisatie nog wel het geval was. Deze nieuwe relatie blijkt uit artikel 8 Sv ten aanzien van de vervolging, en artikel 140 Sv ten aanzien van de opsporing, maar meer in het algemeen ook uit artikel 130 lid 4 RO. Hieraan ontleent het College de bevoegdheid algemene en bijzondere aanwijzingen te geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het OM. Daarmee wordt in de Wet RO het OM als eenheid bedoeld. Deze aanwijzingsbevoegdheid gaat gepaard met een inlichtingenplicht (artikel 129 lid 2 RO). Binnen de arrondissements- en ressortsparketten hebben de hoofden van de parketten, respectievelijk de hoofdofficieren van justitie en de hoofdadvocaten-generaal, de bevoegdheid de overige daar werkzame leden van het OM aanwijzingen te geven (artikel 136 lid 3, 137 lid 2, 137a lid 2 en 138 lid 2 RO). Deze structuur wordt nog aangevuld door artikel 139, dat de bij een parket werkzame ambtenaren in hun ambtsuitoefening ondergeschikt maakt aan de hoofden van de parketten, en die hoofden op hun beurt weer ondergeschikt maakt aan het College van procureurs-generaal.[163]

De Wet op de rechterlijke organisatie maakt het mogelijk dat bevoegdheden van de leden van het OM onder hun verantwoordelijkheid worden uitgeoefend door andere bij het desbetreffende parket[164] werkzame ambtenaren (artikel 126 RO).[165] De uitoefening van sommige bevoegdheden kan volgens artikel 126 lid 3 RO echter niet gemandateerd worden. Dat is het geval als de regeling waar de bevoegdheid op steunt of de aard van de bevoegdheid zich tegen mandatering verzet. Enkele bevoegdheden worden door de wet als zodanig aangemerkt. Dat zijn het optreden ter terechtzitting in strafzaken en de toepassing van dwangmiddelen opgenomen in Titel IV van Boek I van het Wetboek van Strafvordering. De mandatering is verder geregeld in artikel 2 van het Besluit reorganisatie Openbaar Ministerie en instelling Landelijk Parket. In dat artikel zijn meer bevoegdheden aangemerkt die de officier van justitie of de advocaat-generaal niet kan mandateren. Mandatering van bevoegdheden is voor het OM een onmisbaar onderdeel van de werkzaamheden geworden.[166] Veel beslissingen, ook omtrent het instellen van vervolging, worden door het OM op grond van deze regeling overgelaten aan parketsecretarissen. De Hoge Raad is in beginsel akkoord met deze werkwijze. Voor het mandateren van de vervolgingsbeslissing aan parketambtenaren geldt daarbij de voorwaarde dat de mandaatregeling is beperkt tot eenvoudige zaken waarvan meerderjarigen worden verdacht, en die bewijstechnisch eenvoudig zijn en verder van

163 Zie over deze structuur uitgebreid 't Hart 2001, p. 3-101.
164 En niet bij een ander parket: Hof Leeuwarden 21 maart 2003, *NJ* 2003, 295.
165 Zie ook Melai/Groenhuijsen, aant. 7 op art. 167.
166 Franssen, Hartmann & Mein 2007, p. 27-28.

beperkt belang lijken te zijn.[167] Wanneer het zodanig ingrijpende bevoegdheden betreft dat de aard daarvan zich verzet tegen het uitoefenen door een ander dan de officier van justitie, kan die bevoegdheid niet worden gemandateerd.[168] Wanneer de bevoegdheid in mandaat wordt uitgeoefend, wordt deze aan het OM toegerekend, en dat geldt niet alleen voor beslissingen tot vervolging maar ook voor beslissingen om bevoegdheden niet aan te wenden, zoals sepotbeslissingen van parketsecretarissen.[169] Dagvaardingen mogen niet worden uitgereikt door politieambtenaren, dat leidt tot nietigheid van de dagvaarding.[170] Beslissend of een politieambtenaar die (tijdelijk) werkzaam is bij het OM al dan niet als parketambtenaar heeft te gelden is daarbij 'of die ambtenaar voor wat betreft zijn opleiding, zijn feitelijke werkzaamheden en de wijze waarop deze werkzaamheden in het verband van het parket ten aanzien van het toezicht en de supervisie zijn ingekaderd, met een parketambtenaar kan worden gelijkgesteld.'[171] Ook wanneer het OM wel beschikbaar is voor overleg, maar niet rechtstreeks betrokken bij de concrete vervolgingsbeslissing door een politieambtenaar, wordt de nietigheid van de dagvaarding uitgesproken.[172] Dezelfde einduitspraak volgt wanneer een parketsecretaris of andere parketambtenaar dagvaardt zonder expliciet schriftelijk mandaat.[173]

Het OM oefent zijn taken en bevoegdheden onder andere uit door het voeren van beleid. Het OM is dat ook verplicht, zowel in de zin dat er een normatief kader bestaat voor de uitoefening van de discretionaire bevoegdheden die het OM toekomen, als dat het zijn vervolgingsrecht kan verspelen wanneer het in een zaak handelt in strijd met de beginselen van een goede procesorde. Het beleid komt tot uitdrukking in een consistentie in het handelen van de functionarissen van het OM, maar het duidelijkst in de richtlijnen en aanwijzingen van het College van procureurs-generaal. Een groot deel van die richtlijnen en aanwijzingen wordt gepubliceerd in de Staatscourant. De publicatie van deze beleidsvoornemens wekt verwachtingen op, waaraan op grond van het vertrouwensbeginsel moet worden voldaan. Het beleid geldt dan ook als recht in de zin van artikel 79 RO.[174] Afwijking van het beleid door bijvoorbeeld

167 HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 49 m.nt. Sch.
168 HR 23 september 2003, *LJN* AG3621.
169 Hof Amsterdam 31 januari 2000, *NJ* 2000, 318.
170 HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 423 m.nt. 'tH; HR 27 februari 2001, *NJ* 2001, 309. Tenzij deze politieambtenaren vergaand in de OM-organisatie zijn geïntegreerd: Hof 's-Gravenhage 17 februari 2005, *NJ* 2005, 205.
171 HR 3 juni 2003, *LJN* AF3366.
172 HR 2 oktober 2001, *NJ* 2002, 271 en HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 272 m.nt. Sch onder het laatste arrest.
173 Hof Amsterdam 28 maart 2000, *NbSr* 2000, 163; HR 20 maart 2001, *NJ* 2001, 366; HR 12 oktober 2004, *NJ* 2004, 661. Zie voor een afwijkende sanctie van niet-ontvankelijkheid in een zaak waarin een parketsecretaris zijn mandaat overschreed Rb Maastricht 7 maart 2008, *LJN* BC6120.
174 HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119, m.nt. ThWvV en MS.

een vervolging in te stellen terwijl daar op grond van een aanwijzing geen ruimte voor is, kan het OM op niet-ontvankelijkheid komen te staan.[175]

Deze beleidsregels sturen het optreden van politie en OM zodanig dat de inzet van strafvorderlijke middelen niet onder een bepaald niveau terecht komt. Deels vormt dat een reactie op de discussies over tekorten in de handhaving, die voorheen werden gesignaleerd. Die tekorten kunnen tegenwoordig niet in dezelfde mate nog aanwezig worden geacht, of in ieder geval lijkt de discussie daarover wat verstomd te zijn. De vraag is wel of een oriëntatie op een minimaal niveau van rechtshandhaving een aantasting betekent van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Volgens 't Hart is dat niet het geval, omdat de nadruk op handhaving voortkwam uit maatschappelijke onvrede met de tekortschietende handhaving, en niet vanwege de vermeend heilzame werking van het automatische strafrechtelijke optreden dat eigen zou zijn aan een negatieve interpretatie. Een versterking van het optreden van politie en justitie zou niet een (gematigd) automatisme moeten zijn, maar moeten zijn gebaseerd op de maatschappelijke wenselijkheid van een minder terughoudende strafrechtelijke handhaving.[176] Daarom kan een positieve interpretatie als de grondslag worden beschouwd onder een repressief strafrechtelijk beleid, mits die repressie maar voldoende draagvlak in de samenleving heeft. Een uitgangspunt van vrijwel automatische vervolging is in overeenstemming met die theorie, mits dat uitgangspunt maar is vastgelegd in beleidsregels.

Een duidelijk voorbeeld daarvan biedt de Aanwijzing discriminatie: 'In discriminatiezaken wordt op voorhand aangenomen dat opportuniteit aanwezig is. De beslissing tot een beleidssepot dient dan ook met grote terughoudendheid te worden genomen. Dit neemt echter niet weg dat er in uitzonderingsgevallen redenen van opportuniteit kunnen zijn om niet te vervolgen'.[177] In deze aanwijzing wordt dus beleidsmatig de verhouding tussen regel en uitzondering weer omgedraaid. In theorie valt dat te rijmen met een positieve interpretatie, maar dat is alleen vanwege de juridische status van het uitgangspunt. Omdat het uitgangspunt van 'vervolgen, tenzij', is neergelegd in een beleidsregel strijdt dat niet met een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, terwijl inhoudelijk gezien in dat uitgangspunt geen spoor meer te bekennen is van de terughoudendheid die in de strafrechtelijke rechtshandhaving zou moeten worden betracht.

De positieve interpretatie kan op deze manier worden gezien als een uitgangspunt van het strafrechtelijk beleid dat vooral institutionele gevolgen met zich mee brengt en geen duidelijk inhoudelijk profiel bezit. In die visie mag de sturing van de taakuitoefening van het OM uitsluitend tot stand komen in de beleidsvorming, waartoe het OM zelf primair geroepen is door zijn taak

175 HR 13 september 1983, *NJ* 1984, 151, m.nt. P.J.P. Tak.
176 't Hart 1994a, p. 137-140.
177 Aanwijzing discriminatie, *Stcrt.* 2007, 233.

van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (artikel 124 RO). Het Ministerie van Justitie levert daaraan bovendien een belangrijke bijdrage, die impliciet gebouwd is op de aanwijzingsbevoegdheid van artikel 127 RO, waardoor de democratische legitimiteit van dat sturingsmodel besloten ligt in de mogelijkheden van parlementaire controle op de handelingen van de Minister van Justitie. De machtskritische dimensie die aan de positieve interpretatie kon worden verleend in de jaren zestig, waardoor het opportuniteitsbeginsel wordt gezien als een grondslag om al te repressieve strafwetgeving niet meer automatisch te handhaven, staat in een dergelijk institutioneel gekleurd begrip niet op de voorgrond. Daardoor rijst het probleem, dat het opportuniteitsbeginsel in deze interpretatie juist de deur open zet voor repressieve beleidsvoering, terwijl de democratische controle daarop beduidend minder krachtig is dan wanneer wetgeving als sturingsinstrument wordt gebruikt. Beleidscontrole wordt immers slechts in uitzonderingsgevallen aangewend en is afhankelijk van het initiatief van het parlement. Wanneer bovendien in de wetgeving elke terughoudendheid ten aanzien van de verruiming van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt losgelaten, ontstaat een zeer grote discretionaire ruimte voor de strafrechtelijke autoriteiten.[178] De vraag welke gedragingen kunnen rekenen op een strafrechtelijke reactie, wordt op deze manier nauwelijks beantwoord door de strafwetgeving, maar vooral door het beleid. Op zich is een dergelijke constellatie nog in overeenstemming te beschouwen met de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, maar de achterliggende gedachte van die interpretatie kan er nauwelijks meer in worden herkend.

4.8.2 Het OM en de verhouding tot de Minister van Justitie

Het OM is voor de uitoefening van zijn taken verantwoording schuldig aan de Minister van Justitie, die algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het OM, waaronder bevelen tot vervolging of juist het achterwege laten daarvan (artikel 127 RO). Voor deze aanwijzingen bestaat een zware procedure, waarbij het College van procureurs-generaal de kans krijgt te reageren en, als het een aanwijzing tot niet opsporen of vervolgen betreft, ook het parlement geïnformeerd wordt (artikel 128 RO). De aanwijzingen kunnen aan alle leden van het OM zijn gericht, maar de minister is verplicht het College in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze kenbaar te maken als het een aanwijzing inzake opsporing of vervolging betreft (artikel 128 lid 1 RO). Omtrent de uitoefening van de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid zijn verder enkele waarborgen geschapen, zoals schriftelijkheids- en motiveringsvereisten (artikel 128 leden 2, 3 en 4 RO), en de bepaling dat een aanwijzing in het procesdossier moet worden gevoegd (artikel 128 lid 5 RO). Wanneer het een negatieve aanwijzing

178 Klip 2010.

betreft, dus om niet op te sporen of te vervolgen, zal er geen procesdossier zijn dat ter beoordeling aan de rechter wordt voorgelegd, en daarom moeten in zo'n geval de beide Kamers der Staten Generaal van de voorgenomen aanwijzing in kennis worden gesteld (artikel 128 lid 6 RO). De inhoud van deze aanwijzingen van de minister wordt niet door de wet beperkt, waarbij is aangesloten bij de in beginsel ongelimiteerde politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het handelen van het OM.[179] In het algemeen wordt echter aangenomen dat de minister van zijn aanwijzingsbevoegdheid in individuele zaken uiterst terughoudend gebruik moet maken, terwijl tegen inmenging in de beleidssfeer veel minder bezwaren bestaan.[180] In de praktijk maakt de minister van zijn aanwijzingsbevoegdheid vrijwel nooit gebruik. Deze bevoegdheid is echter bepalend voor de verhouding tussen minister en OM, omdat ze bij elk overleg tussen de minister en het College van procureurs-generaal op de achtergrond aanwezig is.

Over het gebruik van zijn aanwijzingsbevoegdheid is de Minister van Justitie verantwoording schuldig aan het parlement. Het parlement kan wanneer het dat nodig vindt de minister om opheldering verzoeken, en de minister is verplicht om de gevraagde inlichtingen te verschaffen (artikel 68 Gw). Wanneer het optreden van de minister niet de goedkeuring van het parlement kan wegdragen, en het vertrouwen in de minister wordt opgezegd, is de minister krachtens ongeschreven staatsrecht verplicht zijn portefeuille ter beschikking te stellen. De minister kan zowel over het algemene beleid als over individuele zaken ter verantwoording worden geroepen, maar deze vorm van controle is negatief: alleen wanneer het parlement actief een kwestie aan de orde stelt is de minister gehouden zich nader te verklaren. Daardoor wordt de minister slechts voor die zaken ter verantwoording geroepen, waarbij het in de ogen van de volksvertegenwoordigers van belang is om opheldering te verkrijgen.

Onder andere vanwege het bestaan van de vrijwel ongeclausuleerde aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie, is er in de literatuur veel discussie geweest over de vraag hoe het OM moet worden gekarakteriseerd. Sommigen leggen de nadruk op de bestuurlijke taken van het OM, zoals het vaststellen van beleid inzake opsporing en vervolging en het coördineren van de rechtshandhaving. Anderen benadrukken de beslissingen die leden van het OM in individuele gevallen nemen, en leiden daaruit af dat het OM veel sterker een rechterlijk, 'magistratelijk' karakter heeft. En ten slotte plaatsen velen het OM tussen rechterlijke en uitvoerende macht in, omdat het OM veel trekken van beide zou hebben.

Argumenten voor de opvatting dat het OM vooral een rechterlijk karakter heeft zijn onder meer te vinden in de Grondwet, die impliciet de rechterlijke

179 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 392, nr. 3, p. 20.
180 Zie daarover 't Hart 2001, p. 76-95.

macht in tweeën verdeelt. In artikel 116 en 117 Gw wordt gesproken van 'leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast'. Dat geeft aan dat er ook leden van de rechterlijke macht zijn die niet met rechtspraak zijn belast. Dat de leden van het OM daartoe behoren blijkt expliciet uit artikel 1 RO, waarin de leden van het OM die in dat artikel in sub b onder 4, 5 en 6 worden genoemd volgens sub c niet behoren tot de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast. De wet belast de leden van het OM dus niet met rechtspraak, maar zij zijn wel rechterlijke ambtenaren.

Volgens de Awb is het OM echter een bestuursorgaan: het is een orgaan van een rechtspersoon volgens publiekrecht ingesteld (artikel 1:1 lid 1 onder a Awb) en het valt niet onder de uitzondering dat organen die met rechtspraak zijn belast geen bestuursorgaan zijn (artikel 1 RO). Teneinde de Awb niet van toepassing te laten zijn op de handelingen van het OM is er een bijzondere uitzondering gemaakt in artikel 1:6 Awb: de hoofdstukken 2 tot en met 8 en 10 van de Awb zijn daarin niet van toepassing verklaard op de opsporing en vervolging van strafbare feiten, en de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen. De handelingen van het OM die niet onder de uitzondering van artikel 1:6 Awb vallen, zijn dus onderworpen aan het bestuursprocesrecht zoals dat in de Awb is neergelegd. Alle handelingen zijn echter onderworpen aan de hoofdstukken 1, 9 en 11, waarvan in dit verband alleen hoofdstuk 9 van belang is: dat ziet op klachtbehandeling door bestuursorganen zelf en door de Nationale ombudsman.

4.8.3 Meineed voor het Hof van Justitie en schending van atoomgeheimen

In de inleiding is al naar voren gekomen dat de aanwijzingen tot vervolging van meineed voor het Hof van Justitie en van schending van geheimen in verband met het Euratom-verdrag, door sommigen worden gezien als een inbreuk op het opportuniteitsbeginsel. Beide bevoegdheden zijn nooit uitgeoefend, dus de betekenis ervan voor het strafrecht is vooral een theoretische kwestie. Ze bieden in ieder geval een vroeg voorbeeld van de invloed van het recht van de Europese Unie op het strafrecht. Zowel de bepalingen met betrekking tot meineed voor het Hof van Justitie, als met betrekking tot de schending van atoomgeheimen, zijn niet te beschouwen als Europese strafbaarstellingen die rechtstreeks toepasbaar zijn in de rechtsordes van de lidstaten, maar ze betreffen bevoegdheden om lidstaten te verplichten in enkele nauw omschreven concrete gevallen strafrechtelijk op te treden.[181] Hoewel ze dus geen zelfstandige bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid vormen, zijn deze bepalingen wel van theoretisch belang. Deze aanwijzingsbevoegdheden hebben in de literatuur dan ook veel aandacht gekregen, zeker in verhouding tot hun praktische betekenis. Dit onder andere vanwege hun moeilijke inpasbaarheid

181 Satzger 2012, p. 51-53.

in het strafrecht. Een aspect hiervan betreft hun verhouding tot het opportuniteitsbeginsel, waarover tamelijk uiteenlopende opvattingen bestaan en waaraan hieronder aandacht wordt gegeven. Beide bevoegdheden worden hier gezien als vergelijkbaar met de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid, en komen daarom op dit moment aan de orde.

4.8.4 Vervolging van meineed voor het Hof van Justitie

Hoewel er geen gepubliceerde gevallen bekend zijn, is het mogelijk dat in de procesvoering voor het Hof van Justitie meineed gepleegd wordt. Aangezien het Hof niet over een strafkamer beschikt en strafrechtelijke afdoening van meineed gezien de ernst van het delict wel wenselijk is, is er voor gekozen de nationale instanties daarin te betrekken.[182] Artikel 30 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie[183] bepaalt daarom: 'Elke lidstaat beschouwt iedere schending van de eed der getuigen en deskundigen als het overeenkomstige strafbare feit bedreven voor een nationale rechtbank die in burgerlijke zaken uitspraak doet. Op aangifte van het Hof van Justitie vervolgt hij de daders van dit strafbare feit voor de bevoegde nationale rechterlijke instantie.'

Een nadere regeling van de gang van zaken in dit soort gevallen werd wenselijk geacht. Artikel 125 van het reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie,[184] vastgesteld op grondslag van artikel 253 VWEU, bepaalt dat het Hof een additioneel reglement vaststelt waarin onder andere bepalingen moeten zijn opgenomen met betrekking tot de aangifte van meineed gepleegd door getuigen of deskundigen, zoals die door het Hof moet worden gedaan. Over de wijze waarop de meineed moet worden vastgesteld, en wat de bestanddelen van het delict zijn, is niets bepaald. Daarvoor zal de nationale wetgeving doorslaggevend zijn, omdat die immers in de eigenlijke strafzaak zal worden toegepast. Artikel 124 van het reglement voor de procesvoering bepaalt slechts de vorm van de eed, en legt de president van het Hof de verplichting op, de getuige of deskundige te waarschuwen voor de strafrechtelijke gevolgen die de schending van de eed kan meebrengen. In het additioneel reglement[185] is in hoofdstuk III een regeling getroffen voor de aangifte van de schending van de eed door een getuige of deskundige. Artikel 6 bepaalt dat in geval van meineed het Hof de advocaat-generaal moet horen, en vervolgens kan beslissen dat van het feit aangifte zal worden gedaan bij de in een

182 Zie over de strafbaarheid en het inmiddels vervallen klachtvereiste van art. 207a Sr: Van den Broek 1990 en Doorenbos 1992, p. 1044-1046.

183 *PbEU* 2010, C 83/210.

184 Gepubliceerd in *PbEG* 1991, L 176/7, nadien geregeld gewijzigd. De meest recente versie is te vinden op http://curia.europa.eu.

185 *PbEG* 1974, L 350/29, wijzigingen gepubliceerd in *PbEG* 1997, L 103/4 en *PbEG* 2006, L 72/1.

bijlage opgenomen nationale instantie. Voor Nederland noemt die bijlage als instantie de Minister van Justitie.[186]

Over deze nadere regeling in het additioneel reglement kunnen in verband met het opportuniteitsbeginsel twee opmerkingen worden gemaakt. De eerste opmerking betreft de opneming van het woord 'kan' in artikel 6. Daaruit moet worden afgeleid dat het hier geen verplichting van het Hof betreft om van een geconstateerde meineed bij de lidstaten aangifte te doen. Het doen van aangifte door het Hof is dus een discretionaire bevoegdheid. Uit de formulering lijkt wel naar voren te komen dat het Hof, wanneer het meineed constateert, eerst de advocaat-generaal hoort voordat het een beslissing neemt over het al dan niet doen van aangifte.

De tweede opmerking betreft de nationale instantie aan wie de aangifte van het Hof moet zijn geadresseerd. Voor Nederland is dat de Minister van Justitie, hetgeen vanuit verdragsrechtelijk oogpunt voor de hand ligt. De regeringen zijn immers de volkenrechtelijke vertegenwoordigers van de lidstaten. Vanuit strafrechtelijk oogpunt is de keuze om aangifte te doen bij de Minister van Justitie echter minder vanzelfsprekend. De minister bezit immers geen vervolgingsbevoegdheid. De vraag is daarom wat de minister, als het geval zich voor zou doen, precies kan met een dergelijke aangifte. Een mogelijkheid zou zijn dat de minister op zijn beurt aangifte doet, en dus als een soort 'doorgeefluik' fungeert. Een andere mogelijkheid, waarvan niet valt uit te sluiten dat men die bij de opstelling van het additioneel reglement voor ogen heeft gehad, is dat de minister na het ontvangen van een aangifte een aanwijzing ex artikel 127 RO aan het OM geeft. Die laatste optie zou, gezien de onderlinge verhoudingen, niet voor de hand liggen. De keuze voor de minister als aanspreekpunt geeft blijk van een visie op de minister, alsof hij in de positie is om de vervolging bindend voor te schrijven. Hoewel het additioneel reglement voor de meeste lidstaten de Minister van Justitie aanwijst, zijn er ook enkele lidstaten waarvoor het OM de aangewezen instantie is.[187]

4.8.5 Vervolging van schending van atoomgeheimen

De andere aanwijzingsbevoegdheid die in het licht van het opportuniteitsbeginsel vragen oproept is neergelegd in artikel 194 lid 1 Euratom-Verdrag.[188] Dit artikel bevat een geheimhoudingsverplichting voor allen die op welke manier dan ook toegang hebben tot feiten, inlichtingen, kennis, documenten

186 In de eerste versie van het additioneel reglement, gepubliceerd in *PbEG* 1962, 34, p. 1113-1114, wees art. 6 nog zonder uitzonderingen voor elke lidstaat de Minister van Justitie aan.

187 Namelijk bij Zweden, Estland, Letland en Litouwen.

188 Zie daarover ook Van Binsbergen 1961 en de preadviezen voor de NJV-vergadering van 1958: Belinfante 1958, p. 183-185, 196-197 en 223-228 en Van Bemmelen 1958, p. 308-309.

en voorwerpen die als geheim zijn geclassificeerd in het kader van het Euratom-verdrag. In de praktijk raakt deze geheimhoudingsplicht vooral ambtenaren van Euratom, hetgeen ook weer een regeling vereist voor het opheffen van de immuniteit van deze ambtenaren. Dit is hier echter niet relevant. Naast de geheimhoudingsverplichting richt dit artikel zich ook tot de lidstaten, en wel met een tweevoudige verplichting. De lidstaten zijn verplicht om elke schending van de geheimhoudingsplicht te beschouwen als een inbreuk op de beschermde geheimen van de lidstaat zelf, zowel wat betreft de feiten als wat betreft de rechtsmacht. Op de betekenis van die eerste bepaling zal ik niet verder ingaan, omdat slechts de tweede hier van belang is. Deze luidt: '[De lidstaat] vervolgt op verzoek van iedere betrokken lidstaat of van de Commissie, eenieder die zich aan een dergelijke schending heeft schuldig gemaakt en die onder zijn rechtsmacht valt.'

Twee elementen vallen hier op. Het eerste is dat een lidstaat pas betrokken wordt bij de schending van de geheimhoudingsplicht, na een verzoek van een andere betrokken lidstaat of van de Commissie. Dat betekent dat de uitoefening van deze aanwijzingsbevoegdheid volgt op een beslissing om die te gebruiken, terwijl niet blijkt dat de Commissie of een andere lidstaat daartoe verplicht zou zijn. Het verzoek tot vervolging is dus de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, net als het doen van aangifte van meineed door het Hof van Justitie. Dat de Commissie daartoe bevoegd is, zou aangeduid kunnen worden als een aspect van een communautair handhavingssysteem, dat in dit geval parallel loopt aan de handhaving door de lidstaten.[189]

Het tweede dat opvalt, is de ongeclausuleerde formulering van de vervolgingsplicht van de aangesproken lidstaat. Het artikel stelt slechts dat de lidstaat 'vervolgt', wat redelijkerwijs geen ruimte openlaat om het instellen van strafvervolging achterwege te laten. Daarmee wordt dezelfde formulering gebruikt als in artikel 30 van het Statuut van het Hof van Justitie. In beide gevallen is de terminologie zo expliciet dat een andere interpretatie niet overtuigend zou zijn.

4.8.6 Een inbreuk op het opportuniteitsbeginsel?

Hoe moeten deze twee bevoegdheden worden gewaardeerd in het licht van het opportuniteitsbeginsel? Daartoe kunnen drie kenmerken van de betreffende regelingen worden bezien: allereerst de aard van de aanwijzingsbevoegdheden op Unieniveau, ten tweede de ruimte die overblijft voor de mogelijkheid tot seponeren op nationaal niveau en ten derde de veranderde structuur van beslissingsbevoegdheden.

De bevoegdheid om aangifte te doen van meineed en de bevoegdheid om een lidstaat te verzoeken een schending van de geheimhoudingsplicht te

189 Calewaert 1977, p. 11-12.

vervolgen vertonen duidelijke gemeenschappelijke kenmerken. Beide zijn discretionaire bevoegdheden. Bij de aangifte van meineed blijkt dat duidelijk uit de bewoordingen dat het Hof aangifte 'kan' doen. Bij de vervolging van schending van de geheimhoudingsplicht is dat minder geëxpliciteerd, maar kan het bestaan van een soortgelijke discretionaire bevoegdheid wel worden aangenomen. Daarmee is het mogelijk om de uitoefening van deze bevoegdheden afhankelijk te maken van een afweging van belangen. Het lijkt niet ver gezocht om in deze context te stellen dat er opportuniteitsafwegingen een rol spelen bij de beslissingen van het Hof, respectievelijk een lidstaat of de Commissie.[190]

Op nationaal niveau blijft er daarentegen geen ruimte meer over voor het maken van opportuniteitsafwegingen nadat er eenmaal een aangifte of een verzoek tot vervolging is ingediend. De tekst van artikel 30 van het statuut van het Hof en van artikel 194 Euratom laten geen mogelijkheid voor een beleidssepot door de aangesproken lidstaat. De formulering van de verplichtingen laat de mogelijkheid niet open dat de vervolgingsopdracht impliciet zou worden gerelativeerd door de beginselen van de nationale strafwetgeving, waaronder het opportuniteitsbeginsel. Om op die manier toch beleidsvrijheid te construeren, zou strijdig zijn met het doel van de verdragsbepalingen.[191] In zoverre is het dus voor de officier van justitie onmogelijk om het opportuniteitsbeginsel toe te passen. Betekent dat dat we kunnen spreken van een inbreuk op het opportuniteitsbeginsel? Sommigen zijn er stellig van overtuigd dat dit het geval is.[192] Het Nederlandse strafprocesrecht kent echter een bevoegdheid die vergelijkbaar is met de aangifte van meineed door het Hof: als een getuige in een Nederlandse strafzaak verdacht wordt van meineed kan de rechter het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek bevelen (artikel 295 lid 4 Sv). De officier van justitie kan daar niet om redenen van opportuniteit van afzien. De betekenis van deze aanwijzingsbevoegdheden voor het opportuniteitsbeginsel kan dan ook zo geïnterpreteerd worden, dat ze slechts aan het seponeren door de nationale autoriteiten in de weg staan.[193]

Uit het voorgaande moet worden geconcludeerd dat er op Europees niveau in deze twee gevallen ruimte bestaat voor toepassing van het opportuniteitsbeginsel, terwijl die ruimte niet toekomt aan de daaropvolgend geadresseerde nationale autoriteiten. Daarmee zijn deze bevoegdheden op één lijn te plaatsen met soortgelijke bevoegdheden die op nationaal niveau bestaan om de beslissing omtrent vervolging te beïnvloeden.[194] De ministeriële aanwijzingsbevoegdheid van artikel 127 RO vertoont bijvoorbeeld gelijke trekken met die van artikel 194 Euratom: vanwege mogelijke politieke complicaties zijn organen

190 Simmelink 2004, p. 201.
191 Melai/Groenhuijsen, aant. 8.3 op art. 167.
192 Sevenster 1992, p. 32; Weigend 1993, p. 778-779; Corstens/Borgers 2011, p. 36.
193 Van Binsbergen 1961, p. 82; Röling 1963, p. 396.
194 Corstens 1974, p. 22.

met politieke verantwoordelijkheid in staat gesteld strafvorderlijke aanwijzingen te geven.[195]

De onderzoekers van Strafvordering 2001 erkennen wel dat er op Europees niveau opportuniteitsafwegingen gemaakt kunnen worden, maar stellen zich desondanks op het standpunt dat in deze aanwijzingsbevoegdheden facetten van het legaliteitsbeginsel zijn te herkennen.[196] Dat leidt tot de conclusie dat Nederland verplicht zou zijn deze specifieke categorieën strafbare feiten altijd te vervolgen.[197] Daarin klinkt een miskenning door van de aard van de aanwijzingsbevoegdheden, die mede veroorzaakt wordt doordat het legaliteitsbeginsel wordt verward met het stelsel van controlemechanismen rondom de vervolgingsbeslissing. Het opportuniteitsbeginsel vraagt juist om het bestaan van die controlemechanismen, en zolang er geen wettelijke categorische vervolgingsplichten bestaan, zou er niet van het legaliteitsbeginsel gesproken moeten worden. De vervolgingsplicht ontstaat pas na een aanwijzing in een concrete zaak, en niet uit de kwalificeerbaarheid van het delict. Desondanks is het sepot uitgesloten. Dat leidt tot de conclusie dat deze aanwijzingsbevoegdheden een uitzondering introduceren op het opportuniteitsbeginsel in die zin dat de wettelijke mogelijkheid tot seponeren, die is neergelegd in artikel 167 en 242 Sv, niet mag worden uitgeoefend. Het opportuniteitsbeginsel in zijn beginselkarakter blijft echter onaangetast: de beslissing of strafrechtelijke middelen worden ingezet kan afhankelijk worden gemaakt van een afweging van het algemeen belang, zij het door andere autoriteiten dan gebruikelijk.[198] Het betreft hier dus geen inbreuk op het opportuniteitsbeginsel als beginsel, maar een aanpassing van het controlestelsel rondom de vervolgingsbeslissing.

4.9 DEELCONCLUSIE

Met dit hoofdstuk is getracht een antwoord te geven op de derde deelvraag van dit onderzoek, die luidt: 'wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in zijn procedurele en institutionele context binnen de geëuropeaniseerde democratische rechtsorde?' Daarbij heeft de nadruk gelegen op de discretionaire bevoegdheden in opsporing en vervolging, en de verhouding van die bevoegdheden met het opportuniteitsbeginsel. Daarnaast is er aandacht geweest voor controlemechanismen die rondom de uitoefening van die bevoegdheden bestaan. Beide aspecten vormen als onderdeel van het stelsel van strafprocesrecht een uitdrukking van de institutionalisering die normen kunnen verkrijgen, in dit geval normen van materieel strafrecht. De manier waarop die materiële normen worden geïnstitutionaliseerd is aan verandering onderhevig,

195 Van Binsbergen 1961, p. 82.
196 Simmelink 2004, p. 201-202, 218.
197 Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 144; Keulen 2005, p. 327-329.
198 In die zin ook Simmelink 2004, p. 201-202.

en de inhoud van die verandering is het belangrijkste gezichtspunt van dit hoofdstuk geweest. Daaruit kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

De aanvaarding van het opportuniteitsbeginsel in plaats van het legaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat de wet geen inhoudelijke gronden geeft die kunnen worden gebruikt bij beslissingen omtrent opsporing en vervolging van overtredingen van het materiële strafrecht. Slechts een open norm, het algemeen belang, waarvan de inhoud in het voorgaande hoofdstuk centraal stond, kan bij de hantering van strafvorderlijke bevoegdheden worden toegepast. In samenhang met het ontbreken van wettelijke voorwaarden voor het beslissen omtrent vervolging, bestaat er een formeel stelsel van controle rondom de strafrechtelijke handhaving. Wanneer voor een legaliteitsbeginsel wordt gekozen is er geen noodzaak voor een dergelijk uitgewerkt stelsel, omdat de wet kan worden geacht voldoende richting te geven. Controlemechanismen zijn dan minder nodig. Datzelfde geldt, in mindere mate, wanneer het opportuniteitsbeginsel negatief wordt geïnterpreteerd, en men zeer terughoudend is met het seponeren van strafzaken. In dat geval bezitten beslissingen van politie en OM een minder sterke beleidsdimensie, die een stelsel van waarborgen wenselijk zou maken.

Het stelsel van controle rondom het opportuniteitsbeginsel kent in wezen twee grondslagen. De eerste is dat rechtsbescherming tegen opportuniteitsbeslissingen mogelijk gemaakt wordt voor belanghebbenden, waarvan slachtoffers en verdachten de belangrijkste zijn. Maar ook overige belanghebbenden kunnen via de daartoe openstaande wegen ageren tegen beslissingen van politie en OM. In dergelijke gevallen staat de individuele bescherming tegen een concrete beslissing op de voorgrond. De tweede grondslag is dat door de institutionele inbedding van het opportuniteitsbeginsel de mogelijkheid ontstaat om het strafrechtelijk optreden te sturen, en aan te laten sluiten op beleidsdoelstellingen. Het strafrecht kan zo gebruikt worden als instrument voor de verwezenlijking van het overheidsbeleid. Daarbij gaat het in de eerste plaats om een sturing op hoofdlijnen.

Deze grondslagen onder het controlestelsel zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat het overheidshandelen in een democratische rechtsstaat aan een dubbele legitimatie moet voldoen: het strafvorderlijk optreden en het in dat verband toepassen van het opportuniteitsbeginsel is gebonden aan democratische en rechtsstatelijke eisen. Slechts wanneer de strafrechtelijke handhaving aan die eisen voldoet kan het aanspraak maken op legitimiteit. Daarmee staat echter allerminst vast hoe die eisen van democratie en rechtsstaat in de strafrechtelijke rechtshandhaving precies tot uitdrukking moeten komen. Het stelsel van waarborgen rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel geeft in ieder geval aan twee uitgangspunten van de democratische rechtsstaat duidelijk invulling. De rechtsstatelijke eis van rechtsbescherming tegen het handelen van de overheid komt naar voren in het bestaan van mogelijkheden om opportuniteitsbeslissingen die door de strafvorderlijke autoriteiten worden genomen voor de rechter ter discussie te stellen. Aan het vereiste dat de

handhaving van het strafrecht democratisch moet zijn gelegitimeerd wordt invulling gegeven doordat de taakuitoefening van het OM door de Minister van Justitie en het parlement kan worden gecontroleerd.

De beoordeling van dit waarborgstelsel wordt bemoeilijkt doordat de aard van het opportuniteitsbeginsel onzeker is. Een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel leidt tot een andere keuze van controlemechanismen dan een positieve interpretatie. Dit probleem speelt een rol in de institutionele context waarbinnen het opportuniteitsbeginsel wordt toegepast. Dat geldt te meer, nu er bepaald geen eenstemmigheid is over de mate waarin bevoegdheden kunnen worden afgeleid uit andere bevoegdheden. In dit hoofdstuk is de stelling betrokken dat daarmee terughoudend moet worden omgegaan, en dat het wenselijk is om een wettelijke grondslag te creëren voor nieuwe bevoegdheden. Dat standpunt heeft rechtstreeks betrekking op de wijze van institutionalisering die gekozen moet worden, wanneer de handhaving van materieelrechtelijke normen aan de strafvorderlijke overheid wordt opgedragen. Wetswijzigingen maken expliciet voor welke bevoegdheidsverdeling in de strafrechtelijke handhaving gekozen is, en verlenen daarmee legitimiteit aan de uitoefening ervan.

Opvallend is dat in het Nederlandse strafrecht de procedurele en institutionele organisatie van de strafrechtelijke handhaving dusdanig is ingericht dat daarin een gecentraliseerd, rationeel beleid kan worden gevoerd. De mate waarin dat beleid daadwerkelijk gecentraliseerd kan worden gevoerd, neemt echter af. Daaraan is de proliferatie van handhavingsorganisaties mede debet, maar ook de steeds groter wordende greep van het slachtoffer op het strafproces. Slachtoffers hebben in het Nederlandse proces nog niet de mogelijkheid om strafvervolging te entameren, maar met hun belangen dient terdege rekening te worden gehouden. Die institutionele wijziging is onder meer het gevolg van ontwikkelingen op het niveau van de Europese Unie. Daarnaast is een kleine, voor de praktijk verwaarloosbare, verandering in de institutionele structuur opgetreden doordat er aanwijzingsbevoegdheden bestaan terzake van meineed gepleegd voor het Hof van Justitie en schending van geheimen in het kader van het Euratomverdrag.

5 Het opportuniteitsbeginsel en de Europese strafrechtelijke samenwerking

5.1 Inleiding

Dit hoofdstuk is gewijd aan de betekenis die de Europese samenwerking in strafzaken heeft voor het opportuniteitsbeginsel zoals we dat in Nederland kennen. Met dit hoofdstuk wordt getracht antwoord te geven op de vierde deelvraag van dit onderzoek, die luidt: 'hoe dient het opportuniteitsbeginsel te worden begrepen gegeven de sterker wordende institutionele structuur van de Europese strafrechtelijke samenwerking?' Daarbij wordt in dit hoofdstuk niet de harmonisatie van materieel en formeel strafrecht betrokken. De aandacht gaat vooral uit naar het minder vrijblijvende karakter dat de samenwerking heeft gekregen. Die ontwikkeling is met name interessant, omdat daardoor de aanzienlijke beleidsvrijheid die het opportuniteitsbeginsel aan de Nederlandse opsporings- en vervolgingsautoriteiten toebedeelt, ter discussie zou kunnen komen te staan. Een sterkere internationale samenwerking kan immers nationale prioriteiten doorkruisen, en de ruimte voor een zelfstandige beleidsvorming verminderen.

Ter beantwoording van de hier centraal staande deelvraag zal allereerst in paragraaf 5.2 aandacht besteed worden aan het beginsel van wederzijdse erkenning, omdat dat de meest pregnante uitdrukking is van de intensivering van de strafrechtelijke samenwerking binnen de Europese Unie. De verenigbaarheid van het beginsel van wederzijdse erkenning met het opportuniteitsbeginsel is bovendien ter discussie gesteld. Daarbij is ook aandacht voor het beginsel van *ne bis in idem*, dat gerelateerd is aan het beginsel van wederzijdse erkenning en betekenis kan hebben voor het opportuniteitsbeginsel. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 de aandacht gericht op de samenwerking in strafzaken via Eurojust. Binnen Eurojust wordt sinds 2002 samengewerkt tussen de justitiële autoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie, op een manier die niet altijd vrijblijvend is, en die daarom betekenis kan hebben voor het opportuniteitsbeginsel. Desondanks is de samenwerking binnen deze organisatie niet meer helemaal terug te voeren op de autonomie van de lidstaten. In de justitiële samenwerking zal een veel verdergaande stap worden gezet wanneer er wordt overgegaan tot de oprichting van een Europees OM, waaraan paragraaf 5.4 is gewijd. Als dat Europees OM wordt opgericht, op de grondslag van Eurojust, zal die nieuwe organisatie waarschijnlijk niet kunnen beschikken over een onbegrensde beleidsvrijheid bij het beslissen omtrent opsporing en vervolging. De vraag is welke betekenis dat voor het opportuniteitsbeginsel

heeft zoals dat in het Nederlandse strafrecht is ontwikkeld. Daarbij is van groot belang hoe de institutionele structuur van deze nieuwe organisatie zal zijn. Waarschijnlijk zal geen volledig gecentraliseerde organisatie worden opgericht, maar zullen vervolgingsautoriteiten van de lidstaten deels belast worden met de opsporing van de strafbare feiten waarvoor het Europees OM bevoegdheid bezit en met het instellen van vervolgingen voor die feiten bij de nationale rechtbanken. De vraag hoe het opportuniteitsbeginsel moet worden begrepen in het licht van deze drie vormen van Europese strafrechtelijke samenwerking wordt ten slotte beantwoord in paragraaf 5.5.

Bij de beantwoording van de deelvraag die in dit hoofdstuk aan de orde is, spitst de bespreking zich toe op het geldingsbereik van beslissingen die worden genomen met toepassing van het opportuniteitsbeginsel. De reikwijdte die die beleidsbeslissingen omtrent opsporing en vervolging binnen de Europese Unie bezitten is afhankelijk van de stand van de justitiële samenwerking in strafzaken tussen de lidstaten. Met andere woorden, beslissingen omtrent opsporing en vervolging, die een opportuniteitscomponent kunnen bezitten, hebben een geldingsbereik dat afhankelijk is van de nationale regelingen van formele rechtsmacht, en de bepalingen over de internationale strafrechtelijke samenwerking, maar deze berusten steeds vaker op Europese regelgeving. Dat wil concreet zeggen dat de samenwerkingsmodaliteiten op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning, en vergelijkbare uitgangspunten, leiden tot de situatie dat lidstaten beslissingen kunnen nemen omtrent opsporing en vervolging die door andere lidstaten in beginsel dienen te worden erkend en tenuitvoergelegd, behoudens beperkte uitzonderingen. In beginsel zijn dergelijke beslissingen gebaseerd op het nationale recht, maar op grond van Europees recht hebben de lidstaten hun nationale bepalingen over strafrechtelijke samenwerking dusdanig aangepast dat zij die beslissingen slechts bij hoge uitzondering niet tenuitvoerleggen. De betekenis voor het opportuniteitsbeginsel in Nederland is tweeërlei: buitenlandse beslissingen dienen in Nederland behoudens beperkte uitzonderingen ten uitvoer te worden gelegd, waardoor de Nederlandse strafvorderlijke autoriteiten wellicht niet meer kunnen seponeren, en Nederlandse beslissingen worden in het buitenland ten uitvoer gelegd, waardoor de invulling van het opportuniteitsbeginsel in Nederland zijn uitwerking krijgt in die andere jurisdicties.

Bij de samenwerking in het kader van Eurojust is er ook sprake van toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning, doordat de nationale leden instrumenten gebaseerd op dat beginsel kunnen toepassen. Maar het college van Eurojust heeft daarnaast zelfstandige bevoegdheden, waarbij geldt dat de concrete beslissingen die op grond van die bevoegdheden worden genomen, krachtens het Eurojust-besluit zelfstandig gelding hebben, maar nog wel gericht zijn op een of meerdere lidstaten. Bovendien zou op grond van het VWEU aan Eurojust de bevoegdheid kunnen worden verleend om te beslissen dat in een bepaalde zaak door een lidstaat een opsporingsonderzoek moet worden opgestart.

Een stap verder kan worden gezet door oprichting van een Europees OM, dat volgens de voorbereidende werkzaamheden bevoegd moet worden om te beslissen dat opsporingshandelingen worden verricht, en dat vervolging kan instellen voor een nationale rechtbank. Waarschijnlijk zal een gedecentraliseerde structuur worden gekozen voor dit Europees OM, waarin officieren van justitie uit de lidstaten als Europees officier van justitie worden aangemerkt. De beslissingen voor bijvoorbeeld het toepassen van opsporingsbevoegdheden verkrijgen in deze structuur gelding binnen de grenzen van de aan het Europees OM deelnemende lidstaten. Die gelding is afgeleid uit het beginsel van Europese territorialiteit, op grond waarvan elke als Europese officier van justitie aangemerkte vervolgingsautoriteit beslissingen kan nemen die binnen dat territoir dienen te worden uitgevoerd. Daarbij gaat het voorlopig alleen om de aanwending van opsporingsbevoegdheden. De centrale Europese officier van justitie kan daarentegen ook het instellen van vervolging bindend voorschrijven binnen dit gehele Europese territoir.

De laatste stap, voorlopig slechts in theorie, zou zijn dat een Europese rechtsruimte tot stand gebracht wordt waarbinnen ook de berechting kan worden opgedragen aan een Europese rechterlijke instantie. Buiten het mededingingsrecht is er voorlopig geen rechtsgrondslag voor de oprichting van een volwaardig systeem van Europese strafrechtelijke rechtshandhaving. Het mededingingsrecht blijft hier verder buiten beschouwing, mede omdat in de Nederlandse rechtsorde de handhaving daarvan is vormgegeven binnen het bestuursrecht, zodat de rechtstreekse betekenis daarvan voor het strafrechtelijke opportuniteitsbeginsel beperkt is. De betekenis die de strafrechtelijke samenwerking binnen de Europese Unie voor het opportuniteitsbeginsel bezit, wordt daarom uitsluitend benaderd vanuit de drie perspectieven van de wederzijdse erkenning, Eurojust en het Europees OM. Door deze verschillende manieren van samenwerking naast elkaar te beschouwen, kan worden bezien welke betekenis het opportuniteitsbeginsel heeft bij verschillende keuzes die in de inrichting van de Europese strafrechtelijke samenwerking kunnen worden gemaakt. Daarbij maakt het groot verschil wat het geldingsbereik is van beslissingen omtrent opsporing en vervolging. Dat hangt samen met de reikwijdte die het opportuniteitsbeginsel, als dat daarbij wordt toegepast, verkrijgt. Naarmate de integratie van strafrechtsjurisdicties verdergaat, leidt dat ook vaker tot botsingen, waar de handhavingssystemen van verschillende lidstaten, of het handhavingssysteem van een lidstaat ten opzichte van dat van de Europese Unie, uitgaan van verschillende uitgangspunten van strafvorderlijke beleidsvrijheid. Wanneer een lidstaat het legaliteitsbeginsel hanteert en daar weinig uitzonderingen op maakt, heeft dat grote gevolgen voor de handhavingsdruk die van die lidstaat uitgaat op andere lidstaten. Bovendien krijgt het materiële strafrecht van dergelijke landen daardoor een vrijwel onbeperkte gelding binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht die de Europese

Unie omvat.[1] Hetzelfde effect treedt op in de relatie tussen een Europees OM enerzijds, wanneer dat een legaliteitsbeginsel hanteert, of wanneer het gebonden is aan een tamelijk beperkt opportuniteitsbeginsel, en anderzijds de lidstaten die uitgaan van het opportuniteitsbeginsel, zeker als dat positief wordt geïnterpreteerd. Weliswaar hanteert het Europees OM geen eigen materieel strafrecht, maar het is wel gebonden aan een beperkte mogelijkheid om af te zien van het instellen van vervolging.

5.2 Het beginsel van wederzijdse erkenning in het Europese recht

5.2.1 Uitgangspunten van wederzijdse erkenning in strafzaken

Allereerst wordt de aandacht gericht op het beginsel van wederzijdse erkenning, en op de instrumenten die uitwerking geven aan dat beginsel. Daarbij is de vraag welke betekenis dat beginsel en de uitwerking ervan hebben voor het opportuniteitsbeginsel.

Door het Verdrag van Amsterdam werden in de Derde Pijler op belangrijke punten institutionele wijzigingen aangebracht in de verdragsbepalingen over de justitiële en politiële samenwerking in strafzaken, zoals de introductie van het kaderbesluit als wetgevingsinstrument. Hierop namen de Raad en de Commissie zich voor om de onderlinge erkenning van strafrechtelijke beslissingen te vergemakkelijken.[2] In 1999 werd het beginsel van wederzijdse erkenning door de Europese Raad van Tampere tot hoeksteen van de justitiële samenwerking in strafzaken uitgeroepen, overigens zonder dat daarvoor een expliciete verdragsbasis bestond.[3] Pas sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bevatten de Verdragen een ondubbelzinnige vermelding van het beginsel van wederzijdse erkenning.[4]

De rechtsgrondslag voor het opstellen van instrumenten die uitwerking geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning wordt sindsdien gevonden in artikel 82 VWEU, dat het beginsel aanmerkt als datgene waarop de justitiële samenwerking in strafzaken berust. De fundamentele betekenis van dit beginsel blijkt uit de vele instrumenten die daaraan uitdrukking geven. Voor een deel zijn deze al voor de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon tot stand gekomen, op grondslag van artikel 31 lid 1 VEU (oud). Leidraad bij de totstandkoming van deze instrumenten was een mededeling van de Commissie uit 2000, waarin een ambitieus programma werd gepresenteerd voor de toepassing

1 Zie bijvoorbeeld de bezwaren van enkele kamerleden bij de implementatie van het kaderbesluit Europees Arrestatiebevel: *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 5, p. 5.
2 Actieplan van de Raad en de Commissie over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd, *PbEG* 1999, C19/1.
3 Conclusies van het voorzitterschap, punt 33.
4 In art. 67, 70 en 82 VWEU.

van het beginsel van wederzijdse erkenning in de strafrechtelijke samenwerking.[5] De centrale positie van het beginsel werd ook benadrukt in het Haags programma[6] en het Stockholm programma,[7] alsmede in de beide daarop gebaseerde actieplannen.[8]

De belangrijkste reden om het beginsel van wederzijdse erkenning te introduceren in de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht was dat de methode van strafrechtelijke samenwerking binnen de lidstaten van de Europese Unie als nodeloos ingewikkeld werd beschouwd. Procedures zouden te gecompliceerd zijn en teveel tijd in beslag nemen, waardoor een effectieve criminaliteitsbestrijding werd bemoeilijkt. Dit werd vooral als problematisch beschouwd omdat het door de voortgaande integratie, zoals de afschaffing van grenscontroles, voor criminelen steeds gemakkelijker werd om zich binnen de EU te verplaatsen, en daarmee te ontsnappen aan de nationale strafvorderlijke autoriteiten. Daarom werd gekozen voor het beginsel van wederzijdse erkenning, zoals dat al in het kader van de interne markt was ontwikkeld. In die context werd het geïntroduceerd door het Hof van Justitie, dat in het klassieke arrest Cassis de Dijon bepaalde dat een lidstaat geen aanvullende eisen mag stellen aan de toelaatbaarheid van goederen die in een andere lidstaat rechtmatig op de markt zijn gebracht.[9] Dat beginsel zou volgens de Europese Raad analoog moeten worden toegepast in de strafrechtelijke samenwerking. De introductie van de wederzijdse erkenning als grondslag voor strafrechtelijke samenwerking zou echter hand in hand moeten gaan met de harmonisatie van procedurele rechten in strafzaken.

Waar bij de traditionele rechtshulp de politieke autoriteiten, in de persoon van de minister van Justitie, een belangrijke rol speelden, bijvoorbeeld in de beoordeling van uitleveringsverzoeken,[10] vindt onder de nieuwe bedeling de samenwerking rechtstreeks plaats tussen rechters, officieren van justitie

---

5 Mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement. Wederzijdse erkenning van definitieve beslissingen in strafzaken, COM(2000) 495 def.

6 Het Haags programma – versterking van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, *PbEU* 2005, C 53/1.

7 Het programma van Stockholm – Een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, *PbEU* 2010, C 115/1.

8 Actieplan van de Raad en de Commissie ter uitvoering van het Haags Programma voor de versterking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht in de Europese Unie, *PbEU* 2005, C 198/1, Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht voor de burgers van Europa. Actieplan ter uitvoering van het programma van Stockholm, COM(2010) 171 def.

9 HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, *Jur.* 1979, p. 649 (Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein).

10 Ook voor het niet doen uitgaan van een uitleveringsverzoek door Nederland behoort tot de verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie, eventueel ook de Minister van Buitenlandse Zaken. Over het uitblijven van een dergelijk verzoek kan dan ook niet in kort geding tegen het Openbaar Ministerie worden geprocedeerd: Rb Amsterdam 9 augustus 1984, *NJ* 1985, 621.

en opsporingsambtenaren. Die ontwikkeling is overigens niet exclusief toe te schrijven aan het beginsel van wederzijdse erkenning. Ook de EU-rechtshulpovereenkomst maakte het voor justitiële autoriteiten al mogelijk om rechtstreeks samen te werken.[11] De klassieke rechtshulp kon nog worden gezien als een vorm van samenwerking tussen staten, die elkaar hulp verlenen in de uitoefening van de bevoegdheid tot straffen, die afgeleid was van de soevereiniteit van de staat. Binnen dat stelsel kon Nederland er naar streven een strafrechtelijk klimaat te handhaven dat lange tijd als tamelijk mild te boek stond en waarvoor het opportuniteitsbeginsel en de rechterlijke straftoemetingsvrijheid essentiële middelen waren. De exequaturprocedure van de WOTS geeft daar duidelijk uitdrukking aan: de verworvenheid van het milde strafklimaat kan overeind worden gehouden door aanmerkelijke reductie van de strafmaat. Ook in die context was de spanning met het wederkerigheidsbeginsel merkbaar: de omzetting van een in het buitenland opgelegde straf naar een significant lagere strafhoogte kan ervoor zorgen dat de strafrechtelijke samenwerking met het land in kwestie in de toekomst gebrekkiger verloopt.[12] Met de introductie van het beginsel van wederzijdse erkenning is de mogelijkheid om een eigenstandig strafklimaat te behouden sterk bemoeilijkt. Hieronder zal het er onder andere om gaan te beoordelen welke manieren er nog bestaan om de eigenheid van de Nederlandse strafrechtelijke rechtshandhaving te beschermen. Gezien de kritische opstelling tegenover het concept van soevereiniteit waarvoor in dit onderzoek is gekozen, zou die eigenheid niet langer kunnen worden gezien als een uitvloeisel van soevereine strafrechtelijke keuzes die door Nederlandse autoriteiten worden gemaakt. Daarom staat ook niet bij voorbaat vast dat daaraan doorwerking moet worden gegeven.

Het stelsel van wederzijdse erkenning is nadrukkelijk niet op het concept van staatssoevereiniteit gebaseerd, wat onder andere tot uitdrukking komt in de onderlinge samenwerking van strafvorderlijke autoriteiten. Voor politieke organen, die als vertegenwoordigers van de Staat optreden in het kader van de klassieke wederzijdse rechtshulp, is dan ook geen rol meer weggelegd in de procedures die gevoerd worden omtrent de tenuitvoerlegging van bevelen die op instrumenten van wederzijdse erkenning zijn gebaseerd. Allerlei politieke of diplomatieke motieven die kunnen leiden tot het niet uitvoeren van een rechtshulpverzoek, en die door de politieke organen konden worden gebruikt,[13] zijn niet of in veel mindere mate beschikbaar in het systeem van

11 Artikel 6 lid 1 van de Overeenkomst, door de Raad vastgesteld overeenkomstig artikel 34 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, betreffende de wederzijdse rechtshulp in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie, *PbEG* 2000, C 197/1.

12 Zie over deze overwegingen de Memorie van Toelichting bij de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen, *Kamerstukken II* 1983/84, 18 129, nr. 3, p. 33. Zie ook HR 21 december 1993, *NJ* 1995, 199 m.nt. AHJS.

13 Bijvoorbeeld de weigering van uitlevering voor politieke delicten kan als 'staatsopportuniteit' worden gezien: Noyon/Langemeijer/Remmelink, bijlage Uitlevering onder het kopje 'Politieke delicten. Algemeen overzicht'.

wederzijdse erkenning. Die motieven kunnen deels worden gezien als een uitdrukking van het algemeen belang, en kunnen daarom worden beschouwd als samenhangend met het opportuniteitsbeginsel. Met name kan daarbij worden gedacht aan het belang van een goede rechtsbedeling, dat als voorwaarde voor wederzijdse rechtshulp in strafzaken een belangrijke plaats inneemt. Deze voorwaarde kan zo worden geïnterpreteerd dat het in wezen gaat om opportuniteitsoverwegingen die ter beoordeling van de administratie staan. De rechter kan de invulling daarvan wel toetsen in het kader van de toelaatbaarheid, maar kan daarbij slechts de redelijkheid van de beslissing beoordelen.[14] Terwijl deze verschijningsvorm van het opportuniteitsbeginsel in het stelsel van wederzijdse erkenning wellicht grotendeels verdwijnt, hoeft dat niet te gelden wanneer Nederland verzoekende staat is. Als het waar is dat bij een rechtshulpverzoek of een uitleveringsverzoek door Nederland het opportuniteitsbeginsel wordt toegepast,[15] is er geen reden om te vermoeden dat de introductie van instrumenten van wederzijdse erkenning daarin verandering hebben aangebracht.[16] Deze dwingen immers de uitvaardigende lidstaat geenszins om gebruik te maken van de beschikbare instrumenten.

5.2.2 Weigering en aanpassing van bevelen

Karakteristiek voor het beginsel van wederzijdse erkenning is, dat bij de instrumenten die daarop gebaseerd zijn de mogelijkheid voor de aangezochte lidstaat om de tenuitvoerlegging van uitgevaardigde bevelen te weigeren, sterk is ingeperkt. Waar de lidstaten van de EU zich in de context van het vrij verkeer nog kunnen beroepen op uitzonderingsgronden als de openbare orde (artikel 36 VWEU), zijn de mogelijkheden voor dergelijke inperkingen op het beginsel van wederzijdse erkenning in de strafrechtelijke samenwerking vrijwel afwezig.[17] In vergelijking met de instrumenten van klassieke wederzijdse rechtshulp is daarmee een systeem ontstaan waarin de uitvaardigende autoriteit in beginsel kan rekenen op uitvoering van het bevel. Slechts enkele weigeringsgronden zijn nog van toepassing. Daarbij gaat het om twee categorieën: weigeringsgronden die in het betreffende kaderbesluit of de richtlijn worden aangeduid als verplicht, dient de nationale wetgever in zijn implementatie om te zetten en op te nemen in zijn nationale recht. Bij weigeringsgronden

14 Zie expliciet over het verband tussen het opportuniteitsbeginsel en het belang van een goede rechtsbedeling: Vegter e.a. 94.3.1.d onder aa.

15 Noyon/Langemeijer/Remmelink, bijlage Uitlevering onder het kopje 'Inlevering'. Zie daarentegen ook Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 1994, *NJ* 1994, 341. Uitdrukkelijk bevestigend ten aanzien van de overname van strafvervolging van internationale misdrijven: *Kamerstukken II* 2009/10, 32 475, nr. 3, p. 13 en *Kamerstukken II* 2011/12, 32 475, nr. 6, p. 7-8.

16 In die zin ook Rb 's-Gravenhage 18 december 2009, *LJN* BK7001.

17 Daarover bijvoorbeeld Satzger 2012, p. 118.

die in het kaderbesluit of de richtlijn als facultatief worden aangemerkt, geldt dat de nationale wetgever de bevoegdheid, maar niet de verplichting, heeft om die weigeringsgronden op te nemen in zijn nationale recht. Is een weigeringsgrond opgenomen in het nationale recht, en in een concreet geval van toepassing, dan is de autoriteit die moet beslissen over het bevel, verplicht de tenuitvoerlegging daarvan te weigeren.

Er zijn verschillende weigeringsgronden opgenomen in de diverse instrumenten die uitdrukking geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning. Enkele van die weigeringsgronden lijken samenhang te vertonen met het opportuniteitsbeginsel. De logica van de wederzijdse erkenning eist een vrijwel automatische uitvoering van een justitiële beslissing van een andere lidstaat, maar enige speelruimte blijft bestaan. Daarbij kan gedacht worden aan weigering van de overlevering in geseponeerde of getransigeerde zaken, of weigering om een Europees Bewijsverkrijgingsbevel uit te voeren, wanneer daardoor de nationale veiligheid in gevaar zou worden gebracht.

Mag het opportuniteitsbeginsel nu nog wel, of juist niet meer worden toegepast ten aanzien van inkomende bevelen? Die vraag gaat ervan uit, dat het opportuniteitsbeginsel wel van toepassing zou zijn bij de klassieke wederzijdse rechtshulp. Dat is echter voor de kleine rechtshulp binnen de Raad van Europa, gelet op artikel 1 lid 1 ERV, maar zeer de vraag. De beoordeling van rechtshulpverzoeken komend van buiten Europa zal in veel gevallen wel afhankelijk gemaakt kunnen worden van opportuniteitsoverwegingen.[18] Onafhankelijk van de vraag in hoeverre het opportuniteitsbeginsel kan worden toegepast in de klassieke wederzijdse rechtshulp is het interessant om de betekenis van het uitgangspunt van wederzijdse erkenning voor het opportuniteitsbeginsel te beoordelen, omdat wederzijdse erkenning de hoeksteen vormt van de Europese justitiële samenwerking in strafzaken en de afschaffing van weigeringsgronden één van de meest kenmerkende elementen daarin is.

Een voorbeeld van een dergelijke weigeringsgrond zou kunnen zijn dat de uitvoerende lidstaat slechts bevoegd is om tenuitvoerlegging van een bevel te weigeren onder de voorwaarde dat hij zelf tot vervolging overgaat, welke constructie een beperking van de mogelijkheid tot seponeren betekent en bekend staat als de *aut dedere aut judicare*-verplichting.[19] Deze verplichting was opgenomen in een ontwerp voor het Europees Arrestatiebevel, maar werd op Nederlands initiatief vervangen door een territorialiteitsclausule, met de uitdrukkelijke bedoeling om het mogelijk te laten blijven om het opportuniteitsbeginsel toe te passen ten aanzien van in Nederland gepleegde strafbare feiten.

18 Zie hiervoor in paragraaf 5.2.1.

19 Zie ook paragraaf 6.3. Zie ook Jonk, Malewicz & Hamer 2004 en Thomas 1981. Meer uitgebreid over deze verplichting in het algemeen: Bassiouni & Wise 1995 en Bassiouni 2008.

Op deze weigeringsgrond wordt hieronder verder ingegaan.[20] Ook in sommige EU-instrumenten ter harmonisatie van materieel strafrecht zijn bepalingen opgenomen die lijken op een *aut dedere aut judicare*-verplichting, maar bij nadere beschouwing laten deze de lidstaten nog veel beleidsvrijheid.[21]

Een centraal element bij de doorvoering van het beginsel van wederzijdse erkenning is de sterke vermindering van de rol die het vereiste van dubbele strafbaarheid speelt als weigeringsgrond in de onderlinge strafrechtelijke samenwerking. In alle instrumenten die uitdrukking geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning is daartoe een lijst van delicten opgenomen. Wanneer de uitvaardigende lidstaat aangeeft dat de aan het desbetreffende bevel ten grondslag liggende feiten worden gekwalificeerd onder één of meerdere van de in die lijst opgenomen delicten, mag erkenning van het bevel niet worden geweigerd vanwege het niet strafbaar zijn van het feit volgens het recht van de uitvoerende lidstaat. Hierbij is het in de meeste gevallen een voorwaarde, dat het delict dat van toepassing is, in de uitvaardigende lidstaat is bedreigd met een vrijheidsstraf of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregel van tenminste drie jaar. Daarnaast is in de meeste instrumenten bepaald dat ook voor feiten die belastingen, heffingen of douane betreffen, geen toets van dubbele strafbaarheid mag worden uitgevoerd. Voor alle overige delicten kunnen de lidstaten bepalen dat erkenning afhankelijk is van de dubbele strafbaarheid van het feit. De lijst met delicten is evenwel niet in alle rechtsinstrumenten hetzelfde, en kan bovendien per instrument worden aangepast volgens een bijzondere procedure waarin het Europees Parlement wordt geraadpleegd en waarin de Raad met unanimiteit beslist. Die wijzigingsprocedures verbinden de meeste instrumenten aan de verplichte evaluaties die door Commissie en Raad worden uitgevoerd en die aanleiding zouden kunnen geven voor een aanpassing van het regime van dubbele strafbaarheid.[22]

---

20 Zie bijvoorbeeld artikel 7 lid 2 onder d van het Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005, L 76/16; artikel 8 lid 2 onder f van het Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59.

21 De Doelder 2005, p. 114-116.

22 Zie voor de specifieke regelingen: Artikel 2 van het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEG* 2002, L 190/1; artikel 3 van het Kaderbesluit 2003/577/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevriezing van voorwerpen of bewijsstukken, *PbEU* 2003, L 196/45; artikel 5 van het Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005, L 76/16; artikel 6 van het Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59; artikel 7 van het Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het

Hierop bestaan enkele uitzonderingen. Zo is voor een Europees Arrestatiebevel vereist, dat het recht van de uitvaardigende lidstaat het feit waarvoor het bevel wordt uitgevaardigd bedreigt met een straf of maatregel van tenminste een jaar wanneer het een vervolgingsoverlevering betreft, of dat een straf of maatregel van tenminste vier maanden vrijheidsbeneming is uitgesproken wanneer het een executieoverlevering betreft.[23] Een meer ingrijpende uitzondering is te vinden in enkele andere kaderbesluiten, die de lidstaten de mogelijkheid geven om een verklaring af te leggen dat zij het vereiste van dubbele strafbaarheid blijven hanteren voor de feiten die op de lijst staan vermeld. Het kaderbesluit wederzijdse erkenning vrijheidsbenemende sancties (artikel 7 lid 4)[24] en het kaderbesluit wederzijdse erkenning proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen (artikel 10 lid 4)[25] kennen beide die mogelijkheid, die verder niet is geclausuleerd. Het kaderbesluit wederzijdse erkenning toezichtmaatregelen stelt lidstaten in de gelegenheid om zo'n verklaring om grondwettelijke redenen af te leggen, en bovendien is expliciet bepaald dat deze verklaring niet per se voor alle, maar ook voor sommige lijstfeiten kan worden gedaan (artikel 14 lid 4).[26]

Een andere bepaling die voorkomt in meerdere instrumenten van wederzijdse erkenning en die verband kan houden met het opportuniteitsbeginsel, is de grond om tenuitvoerlegging van een bevel op te schorten of te weigeren vanwege het risico dat een lopend strafvorderlijk onderzoek door de uitvoering van het bevel zal worden geschaad. Uit de aard van de zaak speelt deze

oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27; artikel 10 van het Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, *PbEU* 2008, L 337/102; artikel 14 van het Kaderbesluit 2008/978/JBZ van de Raad van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, *PbEU* 2008, L 350/72; artikel 14 van het Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtsmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, *PbEU* 2009, L 294/20.

23 Artikel 2 lid 1 van het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEG* 2002, L 190/1.

24 Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27.

25 Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, *PbEU* 2008, L 337/102.

26 Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtsmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, *PbEU* 2009, L 294/20.

weigeringsgrond vooral een rol bij instrumenten die het beginsel van wederzijdse erkenning in de fase van het vooronderzoek mogelijk maken. Het gaat daarbij in de meeste gevallen slechts om de mogelijkheid voor de uitvoerende autoriteit om de uitvoering van het bevel op te schorten.[27] Slechts het zogenoemde Zweedse kaderbesluit bevat een echte grond om tenuitvoerlegging te weigeren vanwege het gevaar een lopend strafvorderlijk onderzoek te schaden.[28]

Wellicht in nog sterkere mate samenhangend met het opportuniteitsbeginsel is de grond om tenuitvoerlegging van een bevel te weigeren wanneer de uitvoering daarvan wezenlijke nationale veiligheidsbelangen zou schaden. Daarbij lijkt het echt te gaan om een reden van algemeen belang. Ook deze grond komt vooral voor bij instrumenten die uitvoering geven aan het beginsel van wederzijdse erkenning in de fase van het vooronderzoek.[29] Deze weigeringsgrond kan zonder twijfel worden aangemerkt als een mogelijkheid voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel door de tenuitvoerleggingsstaat.

Minder vergaand zijn de verschillende mogelijkheden die de instrumenten van wederzijdse erkenning bieden voor de aangepaste tenuitvoerlegging van bevelen, of het uitstellen van de tenuitvoerlegging daarvan. Sommige van deze bepalingen verwijzen naar de beperkte beschikbaarheid van bepaalde rechtsfiguren in het rechtssysteem van de tenuitvoerleggingsstaat, die om die reden genoopt is tot aanpassing, maar andere bepalingen geven de ruimte aan de tenuitvoerleggingsstaat om een bevel aan te passen vanwege de concrete omstandigheden van de betreffende strafzaak.[30]

---

27 Zoals in artikel 8 lid 1 onder a van het Kaderbesluit 2003/577/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevriezing van voorwerpen of bewijsstukken, *PbEU* 2003, L 196/45; in artikel 10 lid 1 onder c van het Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59; in artikel 16 lid 2 onder a van het Kaderbesluit 2008/978/JBZ van de Raad van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, *PbEU* 2008, L 350/72.

28 Artikel 10 lid 1 onder b van het Kaderbesluit 2006/960/JBZ van de Raad van 18 december 2006 betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandhavingsautoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie, *PbEU* 2006, L 386/89.

29 Artikel 10 lid 1 onder a van het Kaderbesluit 2006/960/JBZ van de Raad van 18 december 2006 betreffende de vereenvoudiging van de uitwisseling van informatie en inlichtingen tussen de rechtshandhavingsautoriteiten van de lidstaten van de Europese Unie, *PbEU* 2006, L 386/89; artikel 13 lid 1 onder g van het Kaderbesluit 2008/978/JBZ van de Raad van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, *PbEU* 2008, L 350/72.

30 Artikel 6 lid 2 van het Kaderbesluit 2003/577/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de tenuitvoerlegging in de Europese Unie van beslissingen tot bevriezing van voorwerpen of bewijsstukken, *PbEU* 2003, L 196/45; artikel 23 lid 4 van het Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEG* 2002, L 190/1; artikel 15 lid 2 van het Kaderbesluit 2008/909/

5.2.3 De territorialiteitsclausule als bescherming van het opportuniteitsbeginsel

Tijdens de totstandkoming en de implementatie van het Europees Arrestatiebevel is er vanuit de Nederlandse context aandacht gevraagd voor het overeind blijven van de Nederlandse praktijk van het strafrechtelijk gedogen. Vanwege het wegvallen van veel weigeringsgronden leefde het idee dat de aanpak van bepaalde maatschappelijke problemen, die in Nederland sterker dan in andere landen afhangt van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, in gevaar zou komen wanneer arrestatiebevelen van andere lidstaten van de Europese Unie niet meer met een beroep op het gedoogbeleid zouden kunnen worden geweigerd. Daarbij werd onder andere gewezen op het gedogen van softdrugs.[31] Het gaat daarbij steeds om de mogelijkheid voor de Nederlandse overleveringsrechter om de tenuitvoerlegging van een door een andere lidstaat uitgevaardigd Europees Arrestatiebevel te weigeren op gronden die samenhangen met een genomen of te nemen vervolgingsbeslissing. Het kaderbesluit geeft in dat verband aan de lidstaat de mogelijkheid om drie gronden in het nationale recht op te nemen, op grond waarvan de uitvoerende rechterlijke autoriteit de tenuitvoerlegging van een Europees Arrestatiebevel kan weigeren.

Ten eerste betreft dat in artikel 4 lid 2 de mogelijkheid om tenuitvoerlegging te weigeren vanwege de omstandigheid dat de betrokken persoon al wordt vervolgd voor het feit waarvoor zijn overlevering wordt verzocht. Ten tweede betreft dat in artikel 4 lid 3 de mogelijkheid om tenuitvoerlegging te weigeren in het geval dat de rechterlijke autoriteiten van de uitvoerende lidstaat besloten hebben om geen vervolging voor het betreffende feit in te stellen, of om de vervolging te staken, of dat er een beslissing is genomen die verdere vervolging onmogelijk maakt. Ten derde gaat het in artikel 4 lid 7 om de mogelijkheid om tenuitvoerlegging te weigeren vanwege de omstandigheid dat het feit naar het nationale recht geacht wordt geheel of gedeeltelijk binnen het grondgebied van de uitvoerende staat te zijn gepleegd, of wanneer het buiten het grondgebied van de uitvaardigende lidstaat is gepleegd en er naar het recht van de uitvoerende lidstaat geen vervolging zou kunnen worden ingesteld wanneer het feit buiten het grondgebied van die uitvoerende staat zou zijn gepleegd. Met name deze laatste weigeringsgrond lijkt op het eerste gezicht weinig relevantie te bezitten voor het opportuniteitsbeginsel, maar hangt daar nauw mee samen.

JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27; artikel 13 lid 1 en 18 lid 4 van het Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, *PbEU* 2009, L 294/20.

31 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 042, nr. 5, p. 5.

De weigeringsgronden van artikel 4 lid 2 en 3 waren al opgenomen in het ontwerp dat door het voorzitterschap van de EU was opgesteld in reactie op het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie.[32] Daar was op aangedrongen in de buitengewone vergadering van de Europese Raad van 21 september 2001, die bijeengeroepen was naar aanleiding van de aanslagen van 11 september 2001. Deze vernieuwde versie van het voorstel bevatte een wat beperktere formulering van de weigeringsgrond van artikel 4 lid 3; deze bevatte namelijk nog niet de bepaling dat tenuitvoerlegging van een Europees Arrestatiebevel ook mag worden geweigerd wanneer er een beslissing is genomen die verdere vervolging onmogelijk maakt, het derde onderdeel van deze weigeringsgrond. De facultatieve weigeringsgrond van artikel 4 lid 7 was in het geheel nog niet voorzien. De toevoeging van deze grond was verzocht door Nederland, met ondersteuning van enkele andere lidstaten.[33] De formulering van deze weigeringsgrond was aanmerkelijk ruimer dan een alternatief dat het voorzitterschap op suggestie van Finland had opgesteld, en dat als voorwaarde stelde voor de weigering van tenuitvoerlegging op grond van territorialiteit, dat de tenuitvoerleggingsstaat over zou gaan tot vervolging of tot tenuitvoerlegging van de opgelegde sanctie.[34] Uiteindelijk is het Nederlandse voorstel in het kaderbesluit vastgelegd.[35] Deze uiteindelijke formulering houdt dus twee gronden in: ten eerste kan overlevering worden geweigerd voor een feit dat in de tenuitvoerleggingsstaat is gepleegd, en ten tweede kan overlevering worden geweigerd voor een feit dat buiten de uitvaardigende lidstaat is gepleegd, die daar dus extraterritoriale rechtsmacht over claimt, maar waarover de tenuitvoerleggingsstaat geen rechtsmacht kan uitoefenen wanneer een vergelijkbaar feit buiten zijn grondgebied zou zijn gepleegd.

Over deze op Nederlands initiatief toegevoegde weigeringsgrond is in het Nederlandse parlement tamelijk intensief gediscussieerd.[36] Daar werden ook kritische geluiden naar voren gebracht, namelijk dat het introduceren van de weigeringsgrond van artikel 4 lid 7 weliswaar de mogelijkheid geeft om de integriteit van onder andere het Nederlandse drugsbeleid te beschermen, maar dat de prijs voor het handhaven van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel wel kan zijn, dat de samenwerking op basis van het Europees Arrestatiebevel minder effectief zal zijn.[37] Anderzijds werd benadrukt dat het Arrestatie-

32 Zie voor het voorstel van de Commissie van 19 september 2001: Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad betreffende het Europees arrestatiebevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, COM(2001) 522; het aangepaste voorstel van het voorzitterschap is te vinden in het document van de Raad van 10 oktober 2001 met als nummer 12646/01.

33 Verder betrof het Griekenland, Ierland, Luxemburg, Zweden en Oostenrijk; zie document nr. 14867/01 van 4 december 2001.

34 Doc.nr. 14867/01, p. 13.

35 Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten, *PbEG* 2002, L 190/1.

36 *Kamerstukken II* 2001/02, 23 490, nr. 222.

37 *Kamerstukken II* 2001/02, 23 490, nr. 222, p. 12.

bevel moet worden gezien als een samenwerkingsinstrument en niet als een middel tot harmonisatie van het strafrecht, waardoor de vrees voor aantasting van bijvoorbeeld het drugsbeleid niet voor de hand ligt.[38] Als uiteindelijke resultaat van de opneming van de weigeringsgrond van artikel 4 lid 7 'lijkt een redelijke dam opgeworpen te zijn tegen uitleveringen die naar onze maatstaven geen strafrechtelijke grondslag hebben.'[39] Het belangrijkste kenmerk van deze weigeringsgrond is dan ook dat de meer gebruikelijke weigering op grond van het ontbreken van strafrechtelijke aansprakelijkheid is aangevuld met het ontbreken van opportuniteit. In dat perspectief valt deze weigeringsgrond te beschouwen als uitdrukking gevend aan een nauwe verbondenheid tussen het materiële strafrecht en het opportuniteitsbeginsel: gedragingen die in Nederland van vervolging zijn uitgesloten moeten in de wederzijdse rechtshulp min of meer vergelijkbaar worden behandeld als gedragingen die in Nederland niet strafbaar zijn. In zoverre beschermt de weigeringsgrond de mogelijkheid om het opportuniteitsbeginsel toe te passen, waar die mogelijkheid in het eerdere voorstel van de Commissie nog duidelijk ontbrak.[40]

Sinds de totstandkoming van het Europees Arrestatiebevel is de territorialiteitsclausule in vergelijkbare vorm opgenomen in enkele andere instrumenten van wederzijdse erkenning.[41] Voor een enigszins gewijzigde vorm is gekozen bij de erkenning van vrijheidsbenemende straffen en maatregelen.[42] Het betreffende kaderbesluit bepaalt in artikel 9 lid 2 dat een lidstaat die de territorialiteitsclausule wil toepassen als weigeringsgrond, daartoe slechts in 'uitzonderlijke omstandigheden en per individueel geval' mag besluiten, waarbij 'dient te worden gelet op de bijzondere omstandigheden, en met name de vraag of de feiten voor een groot of zeer belangrijk deel in de beslissingsstaat zijn gepleegd.' Bovendien dient de uitvoerende autoriteit die deze weigeringsgrond wil toepassen voorafgaand overleg te voeren met de bevoegde autoriteit van de beslissingsstaat, en eventueel om aanvullende gegevens te verzoeken (artikel 9 lid 3). Daarnaast kan een bevel slechts worden geweigerd op de grond dat het feit op het grondgebied van de tenuitvoerleggingsstaat is gepleegd. De grond om erkenning te weigeren voor een feit waarover de uitvaardigende

38 *Kamerstukken II* 2001/02, 23 490, nr. 222, p. 14.
39 Stolwijk 2002, p. 104.
40 Simmelink 2004, p. 203-204; *Kamerstukken II* 2001/02, 23 490, nr. 222, p. 18, 23.
41 Artikel 7 lid 2 onder d van het Kaderbesluit 2005/214/JBZ van de Raad van 24 februari 2005 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op geldelijke sancties, *PbEU* 2005, L 76/16; artikel 8 lid 2 onder f van het Kaderbesluit 2006/783/JBZ van de Raad van 6 oktober 2006 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen tot confiscatie, *PbEU* 2006, L 328/59.
42 Artikel 9 lid 1 onder l van het Kaderbesluit 2008/909/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van wederzijdse erkenning op strafvonnissen waarbij vrijheidsstraffen of tot vrijheidsbeneming strekkende maatregelen zijn opgelegd, met het oog op de tenuitvoerlegging ervan in de Europese Unie, *PbEU* 2008, L 327/27.

lidstaat extraterritoriale rechtsmacht claimt, maar de tenuitvoerleggingsstaat dit in een vergelijkbaar geval niet zou kunnen doen, is in tegenstelling tot bij het Europees Arrestatiebevel niet beschikbaar. In deze context van wederzijdse erkenning van vrijheidsbenemende sancties is door de Europese wetgever dus duidelijk gekozen voor een meer terughoudende benadering van de territorialiteitsclausule.

Voor een vergelijkbare, meer terughoudende constructie is gekozen in het kader van de wederzijdse erkenning van proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen.[43] In het geval dat de uitvoerende autoriteit een beroep doet op de weigeringsgrond kan deze echter, wanneer daarover overeenstemming bestaat met de uitvaardigende autoriteit, toch toezien op de proeftijdvoorwaarden of alternatieve straffen, maar zonder dat de verantwoordelijkheid wordt genomen voor bepaalde vervolgbeslissingen.[44]

Bij het Europees Bewijsverkrijgingsbevel zijn wel beide gronden van de territorialiteitsclausule beschikbaar, maar zijn er enkele andere procedurele maatregelen genomen.[45] De uitvoerende autoriteit dient namelijk niet slechts in uitzonderlijke omstandigheden en per geval met inachtneming van de specifieke omstandigheden een beroep op de territorialiteitsclausule te doen, maar dient zich bovendien af te vragen of het Bewijsverkrijgingsbevel betrekking heeft op een gedraging die naar het recht van de uitvoerende staat geen strafbaar feit oplevert en of er doorzoeking of inbeslagneming nodig is om het EBB te kunnen uitvoeren.[46] Daarnaast moet Eurojust worden geraadpleegd voordat er een beroep op deze weigeringsgrond wordt gedaan. Wanneer Eurojust heeft geadviseerd en de uitvoerende autoriteit het met het advies niet eens is, bepaalt het kaderbesluit dat de lidstaten erop toezien dat deze autoriteit zijn beslissing met redenen omkleedt en hiervan de Raad in kennis stelt.[47]

In het kader van de wederzijdse erkenning van toezichtmaatregelen ontbreekt de weigeringsgrond vanwege territorialiteit in het geheel.[48] Bij het Europees beschermingsbevel is de weigeringsgrond wel beschikbaar, maar slechts de eerste variant en niet de tweede, aan extraterritorialiteit verbonden

---

43 Zie artikel 11 lid 1 onder k, en lid 2 en 3 van het Kaderbesluit 2008/947/JBZ van de Raad van 27 november 2008 inzake de toepassing van het beginsel van de wederzijdse erkenning op vonnissen en proeftijdbeslissingen met het oog op het toezicht op proeftijdvoorwaarden en alternatieve straffen, *PbEU* 2008, L 337/102.

44 Artikel 11 lid 4 van het kaderbesluit.

45 Artikel 13 lid 1 onder f van het Kaderbesluit 2008/978/JBZ van de Raad van 18 december 2008 betreffende het Europees bewijsverkrijgingsbevel ter verkrijging van voorwerpen, documenten en gegevens voor gebruik in strafprocedures, *PbEU* 2008, L 350/72.

46 Artikel 13 lid 3 van het kaderbesluit.

47 Artikel 13 lid 4 van het kaderbesluit.

48 Zie artikel 15 van het Kaderbesluit 2009/829/JBZ van de Raad van 23 oktober 2009 inzake de toepassing, tussen de lidstaten van de Europese Unie, van het beginsel van wederzijdse erkenning op beslissingen inzake toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis, *PbEU* 2009, L 294/20.

weigeringsgrond. Bovendien zijn daarbij geen afwijkende procedurele bepalingen opgenomen en gelden dezelfde informatie- en communicatieverplichtingen als bij een beroep op de overige weigeringsgronden.[49] Het voorstel voor een Europees Onderzoeksbevel kent wel een weigeringsgrond die verbonden is aan territorialiteit, maar in een andere formulering. Deze bepaalt dat de uitvoerende autoriteit het Onderzoeksbevel kan weigeren uit te voeren wanneer het betreffende strafbare feit is gepleegd buiten het grondgebied van de uitvaardigende autoriteit en geheel of gedeeltelijk binnen het grondgebied van de uitvoerende autoriteit, het strafbare feit in de tenuitvoerleggingsstaat niet strafbaar is, en het Onderzoeksbevel de toepassing van een dwangmiddel betreft.[50]

5.2.4 Bagateldelicten en proportionaliteit

Eén van de belangrijkste problemen met het stelsel van wederzijdse erkenning voor het opportuniteitsbeginsel is de werking van dat stelsel in strafzaken waarin minder ernstige delicten aan de orde zijn. Omdat het opportuniteitsbeginsel in de Nederlandse context onder andere dient om bagateldelicten buiten het bereik van het strafrecht te houden, is de vraag interessant of door het opportuniteitsbeginsel een sterkere positie aan het proportionaliteitsbeginsel kan worden gegeven. De voornaamste moeilijkheid is de rolverdeling tussen verzoekende en uitvoerende staten in de beoordeling van de proportionaliteit: in hoeverre kunnen deze staten een opportuniteitsbeginsel toepassen ten aanzien van bagateldelicten?

Verschillende oplossingen zijn in dit verband denkbaar. Het zou mogelijk kunnen zijn om weigeringsgronden in het leven te roepen die gebruikt kunnen worden wanneer een bevel wordt uitgevaardigd dat dusdanig disproportioneel is, dat de uitvoerende autoriteit dat bevel niet wenst uit te voeren. In die situatie zou de uitvoering van dat bevel geweigerd kunnen worden. Het bezwaar dat velen hiertegen inbrengen is dat een dergelijke oplossing lijnrecht in lijkt te gaan tegen het beginsel van wederzijdse erkenning, dat vertrouwen in elkaars strafrechtsstelsels veronderstelt. Een andere oplossing is minder juridisch, en meer bestuurlijk van aard: daarin moet genoegen genomen worden met de mogelijkheden die de Europese Commissie bijvoorbeeld heeft om in de verslagen over de toepassing van het beginsel van wederzijdse

49 Artikel 10 lid 1 onder i en lid 2 van de Richtlijn 2011/99/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 betreffende het Europees beschermingsbevel, *PbEU* 2011, L 338/2.

50 Artikel 10 lid 1 onder f van het Initiatief van het Koninkrijk België, de Republiek Bulgarije, de Republiek Estland, het Koninkrijk Spanje, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Slovenië en het Koninkrijk Zweden voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het Europees onderzoeksbevel in strafzaken, in de versie waarover een algemene oriëntatie is bereikt binnen de Raad, doc.nr. 18918/11 van 21 december 2011.

erkenning kritische kanttekeningen te maken bij de praktijk in de lidstaten. Ook kan een strafvorderlijke autoriteit in de aangezochte lidstaat proberen om de verzoekende autoriteit te overreden om het uitgevaardigde bevel in te trekken, waarbij eventueel ook alternatieven kunnen worden aangeboden.

5.2.5 *Ne bis in idem* en de beslechting van rechtsmachtgeschillen

Een onderwerp dat in wezen ook op het terrein van de wederzijdse erkenning ligt betreft de transnationale betekenis van strafvorderlijke beslissingen op grond van het *ne bis in idem*-beginsel. Daarbij gaat het met name om de vraag, onder welke voorwaarden nationale beslissingen buiten de landsgrenzen doorwerken dankzij de bescherming van het *ne bis in idem*-beginsel. Naar mate die voorwaarden meer ruimte geven aan de doorwerking van een buitenlandse beslissing komen zelfs eenvoudige sepotbeslissingen in beeld. Daardoor kan het opportuniteitsbeginsel een grote reikwijdte krijgen. Vanwege die consequentie is het ook belangrijk om positieve jurisdictieconflicten tussen lidstaten onderling op te lossen. Daarbij speelt mee, dat de wijze waarop lidstaten jurisdictiegeschillen oplossen veel lijkt op het toepassen van het opportuniteitsbeginsel.

5.2.6 Het opportuniteitsbeginsel en het beginsel van wederzijdse erkenning

De betekenis van het beginsel van wederzijdse erkenning voor het opportuniteitsbeginsel is niet onmiddellijk vast te stellen. Het idee dat de verplichting voor de aangezochte lidstaat om een bevel in beginsel uit te voeren, betekent dat daarmee het opportuniteitsbeginsel in die context is afgeschaft, moet worden verworpen. Ook bij de klassieke rechtshulp was het niet zo, dat de aangezochte staat in vrijheid kon beslissen of hij het rechtshulpverzoek wilde uitvoeren of niet, waarbij het criterium van het algemeen belang in al zijn facetten kon worden toegepast. Het in hoge mate beperken van de beschikbare weigeringsgronden betekent dus geen inperking van het opportuniteitsbeginsel ten opzichte van de juridische situatie zoals die voor de introductie van de wederzijdse erkenning bestond.

Een opvallend element is echter, dat de samenwerking in strafzaken op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning plaatsvindt tussen strafvorderlijke autoriteiten en niet tussen staten, en dat daarmee de politieke toets is verdwenen. Daardoor krijgen de beslissingen van de uitvaardigende autoriteiten automatisch een grote reikwijdte. De betekenis van het beginsel van wederzijdse erkenning voor het opportuniteitsbeginsel moet daarom vanaf de andere kant worden beoordeeld: niet vanuit de positie van de aangezochte, maar van de uitvaardigende autoriteit. Wanneer deze een strafvorderlijke beslissing neemt, verkrijgt deze tot op grote hoogte gelding binnen de ruimte

van vrijheid, veiligheid en recht die de Europese Unie aan haar burgers biedt. Dat geldt voor het uitvaardigen van Europese Arrestatiebevelen in hoge mate: de betrokkene staat daarmee gesignaleerd in het Schengen Informatie Systeem, en kan in alle daarbij betrokken staten worden aangehouden op grond van het door die autoriteit uitgevaardigde bevel. Het is dus van groot belang of deze autoriteit bij het uitvaardigen van dat bevel het opportuniteitsbeginsel mag toepassen, in een positieve of in een negatieve interpretatie, of dat daarbij het legaliteitsbeginsel geldt. Met andere woorden: het uitgangspunt ten aanzien van strafvorderlijke beleidsvrijheid, dat geldt voor de uitvaardiging van bevelen die gebaseerd zijn op het beginsel van wederzijdse erkenning, is voor een groot deel bepalend voor de verwezenlijking van het materiële strafrecht van de jurisdictie waartoe de uitvaardigende autoriteit behoort, in de overige jurisdicties van de Europese Unie.

Dat geldt ook voor de uitwerking van dat recht door middel van het beginsel van *ne bis in idem*: beslissingen die zijn genomen binnen de grenzen van een nationale jurisdictie hebben tot op grote hoogte gelding binnen de EU, en verhinderen dat de verdachte voor hetzelfde feit nogmaals in rechte wordt betrokken. Zowel de werking van het beginsel van wederzijdse erkenning, als van het *ne bis in idem*-beginsel, zijn echter sterker wanneer het gaat om meer indringende strafrechtelijke bevoegdheden. Voor een Europees Arrestatiebevel geldt dat, wanneer in de uitvaardigende staat het strafbare feit in kwestie bedreigd wordt met minder dan een jaar gevangenisstraf én niet op de lijst staat, de aangezochte lidstaat de weigeringsgrond van dubbele strafbaarheid mag hanteren. Ook bij negatieve beslissingen, oftewel beslissingen van strafvorderlijke autoriteiten om geen vervolging in te stellen, of om een bepaalde vorm van buitengerechtelijke afdoening te verkiezen, is de gelding van die beslissingen in andere jurisdicties beperkt. Dat geldt ook voor het beginsel van *ne bis in idem*: een beslissing van een officier van justitie om niet te vervolgen hoeft niet te worden gerespecteerd door een strafvorderlijke autoriteit in een andere lidstaat. Slechts wanneer daaraan een enigszins geformaliseerde afdoening is verbonden, verkrijgt deze gelding buiten de jurisdictie waarbinnen tot een eindbeslissing is gekomen. Dat geldt bijvoorbeeld voor de transactie, die deze werking wel heeft.[51] In het algemeen kan men zeggen dat voor een dergelijke *ne bis in idem*-werking van een bepaalde vorm van afdoening nodig is, dat deze voldoet aan drie voorwaarden: ten eerste dient de vervolging daarmee te eindigen, en wel door een beslissing van een autoriteit die een rol speelt in het strafrechtssysteem in de betreffende jurisdictie, ten tweede dient de afdoening een leedtoevoegend karakter te bezitten en ten derde dient verdere vervolging daardoor volgens het nationale recht te zijn uitgesloten.[52] Een beslissing van een nationale autoriteit die in het nationale

51 HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, *Jur.* 2003, p. I-1346 (Gözütok en Brügge).

52 Satzger 2012, p. 138; Van Bockel 2009, p. 163-170.

recht niet tot gevolg heeft dat een nieuwe vervolging is uitgesloten, leidt er ook niet toe dat een vervolging in een andere lidstaat van de Europese Unie is uitgesloten.[53] Zelfs wanneer een beslissing van een nationale autoriteit dat gevolg op nationaal niveau wel zou hebben, dan nog volgt uit artikel 54 SUO niet zonder meer dat andere lidstaten daaraan gebonden zouden zijn. Dat is slechts het geval wanneer de nationale autoriteit die de beslissing tot afdoening heeft genomen, daarbij in ieder geval tot enige beoordeling is gekomen van de materiële inhoud van de strafzaak.[54] Bij deze stand van zaken valt een beslissing om niet tot vervolging over te gaan, waarbij het opportuniteitsbeginsel kan worden toegepast, in de meeste gevallen niet te beschouwen als een eindbeslissing die een vervolging in een andere lidstaat van de Europese Unie in de weg staat. Daarbij moet wel een slag om de arm worden gehouden, omdat de mate waarin het nationale recht, ook het Nederlandse recht, aan dergelijke beslissingen een finaliteit verbindt nogal kan variëren. Het maakt nogal wat uit of het bij een dergelijke afdoening gaat om een informeel sepot zonder mededeling aan de verdachte, of om een formele kennisgeving van niet-vervolging waarna alleen tot vervolging kan worden overgegaan wanneer nieuwe bezwaren zijn gerezen, of wanneer er een geval is waarin voor een beslissing tot vervolging een bewilliging van het gerechtshof noodzakelijk is. Van dergelijke modaliteiten is het voorlopig nog moeilijk in te schatten of daaraan elke internationale werking moet worden ontzegd. Het zou interessant zijn als het Hof van Justitie zich daarover in een prejudiciële vraag zou kunnen uitlaten. Het beginsel van *ne bis in idem* dient immers begrepen te worden als een autonoom uitgangspunt van Europees recht.[55] Daarbij zou ook de vraag interessant zijn of het voor een dergelijke werking van belang is of de afdoeningsbeslissing op technische of op beleidsgronden is gebaseerd. Voor technische sepots is die werking misschien meer voor de hand liggend dan voor beleidssepots.[56] In ieder geval kan er meer duidelijkheid worden verkregen over de manier waarop strafvorderlijke beslissingen, waarbij het opportuniteitsbeginsel duidelijk toepassing vindt, binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht dienen te gelden als definitieve afdoeningsbeslissingen. Als er binnen die ruimte al sprake kan zijn van een wederzijdse erkenning van op opportuniteitsgronden gebaseerde strafrechtelijke afdoeningen, dan zal dat verlopen via een interpretatie van het beginsel van *ne bis in idem*.

53 HvJ EG 22 december 2008, zaak C-491/07, *Jur.* 2008, p. I-11039 (Turansky).
54 HvJ 10 maart 2005, zaak C-469/03, *Jur.* 2005, p. I-2009 (Miraglia).
55 HvJ EU 16 november 2010, zaak C-261/09, *NJ* 2011, 86 (Mantello).
56 HvJ EG 28 september 2006, zaak C-150/05, *Jur.* 2006, p. I-9327 (Van Straaten).

5.3 EUROJUST

De Europese Raad van Tampere besloot in 1999 dat er een eenheid genaamd Eurojust moest worden opgericht, om de samenwerking in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie te coördineren.[57] Eerst werd de voorlopige eenheid 'pro-Eurojust' opgericht, die in 2001 met zijn werkzaamheden begon.[58] Het eigenlijke Eurojust is opgericht bij besluit van de Raad van 28 februari 2002.[59] In 2003 werd dat besluit voor de eerste maal gewijzigd.[60] Tot een tweede wijziging van het besluit inzake Eurojust, dat ingrijpende veranderingen heeft gebracht, is eind 2008 besloten.[61] In 2013 heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor een verordening, waarmee Eurojust op een nieuwe grondslag zou moeten worden gebouwd, welk voorstel gelijktijdig gedaan werd met het voorstel tot oprichting van het Europees Openbaar Ministerie.[62]

Eurojust is sinds de oprichting gegroeid tot een aanzienlijke organisatie. De leden en het College van Eurojust worden ondersteund door een ambtelijk apparaat. De organisatie is gevestigd in Den Haag en deelt het secretariaat met dat van het Europees Justitieel Netwerk. De materiële competentie van Eurojust is verbonden met die van Europol. Die competentie is zeer ruim, en beslaat een groot aantal strafbare feiten met een internationale dimensie.[63]

Eurojust is opgebouwd als een orgaan waarin door afgevaardigden uit de strafvorderlijke autoriteiten van de lidstaten gezamenlijk of individueel coördinerend wordt opgetreden in strafzaken. Het College van Eurojust bestaat uit een aantal leden dat gelijk is aan het aantal lidstaten van de Europese Unie: elke lidstaat benoemt een lid in het College. De leden ontlenen hun bevoegdheden voornamelijk aan hun positie in hun lidstaat. Wanneer zij individueel optreden behouden zij de bevoegdheden die hun volgens nationaal recht toekomen, maar krachtens het Eurojust-besluit bezitten zij daarnaast enkele coördinerende bevoegdheden. Het College als geheel heeft eigen bevoegdheden op grond van het Eurojust-besluit. Bij de huidige stand van het recht liggen alle bevoegdheden op het terrein van coöperatie en coördinatie van strafrechtelijke samenwerking.

---

57 Conclusies van het voorzitterschap, punt 46.

58 Opgericht bij besluit van de Raad van 14 december 2000, *PbEG* 2000, L 324/2.

59 *PbEG* 2002, L 63/1.

60 Besluit van de Raad van 18 juni 2003, *PbEG* 2003, L 245/44.

61 Besluit 2009/426/JBZ van de Raad van 16 december 2008 inzake het versterken van Eurojust en tot wijziging van Besluit 2002/187/JBZ betreffende de oprichting van Eurojust teneinde de strijd tegen ernstige vormen van criminaliteit te versterken, *PbEU* 2009, L 138/14.

62 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het EU-Agentschap voor justitiële samenwerking in strafzaken (Eurojust), COM(2013) 535 final.

63 Opgenomen in de bijlage bij het Besluit van de Raad tot oprichting van de Europese politiedienst (Europol), *PbEU* 2009, L 121/37.

Het College van Eurojust heeft de bevoegdheid om lidstaten te verzoeken een strafrechtelijk onderzoek of een vervolging in te stellen of om het instellen van een onderzoek of vervolging aan een andere lidstaat over te laten. Daarnaast is het bevoegd om het optreden van de nationale autoriteiten te coördineren, een gemeenschappelijk onderzoeksteam in te stellen en alle benodigde informatie op te vragen. De nationale leden hebben in grote lijnen dezelfde bevoegdheden als het College. Een belangrijk verschil is echter dat de lidstaten, wanneer zij een onderzoek van het College afwijzen, verplicht zijn dit te motiveren, terwijl zij dat niet hoeven te doen wanneer zij een verzoek van een enkel lid afwijzen. Van dit motiveren mag overigens worden afgezien, wanneer het afbreuk zou doen aan nationale veiligheidsbelangen of aan het verloop van lopende onderzoeken, of wanneer het de veiligheid van een persoon in gevaar zou brengen.

Artikel 85 VWEU bevat tevens de mogelijkheid dat aan Eurojust de bevoegdheid wordt verleend om een opsporingsonderzoek in te stellen. Momenteel is het slechts bevoegd om aan lidstaten te verzoeken een onderzoek in te stellen, maar wanneer tot deze uitbreiding van de bevoegdheid van Eurojust besloten wordt, wordt de betekenis van deze organisatie voor de opsporing van strafbare feiten aanmerkelijk vergroot.

5.4 Het Europees Openbaar Ministerie

5.4.1 Aanzetten tot versterkte fraudebestrijding

Geregeld komt de vraag op, in hoeverre en op welke manier de financiële belangen van de Europese Unie strafrechtelijk zouden moeten worden beschermd. De omvang van de onregelmatigheden die de inkomsten en uitgaven van de Unie raken is aanzienlijk: over 2007 rapporteerde de Commissie een bedrag van 1,4 miljard euro aan onregelmatigheden. Van dat bedrag zou 315 miljoen euro te veel zijn uitgegeven of te weinig zijn ontvangen door fraude of een onregelmatigheid die verdenking van fraude opleverde.[64] Het bestaan van dergelijke fraude was voor de Commissie aanleiding om al in 1976 een wijziging van de Verdragen voor te stellen, teneinde een gemeenschappelijke regeling in het leven te roepen voor strafrechtelijke handhaving.[65] Het voorstel

64 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement en de Raad. Bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschappen – Fraudebestrijding – Jaarverslag 2007, COM(2008) 475 def., p. 7.

65 Voorstel voor een verdrag I) houdende wijziging van de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen met het oog op de vaststelling van een gemeenschappelijke regeling betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen der Gemeenschappen en de vervolging van inbreuken op de bepalingen van de genoemde Verdragen II) houdende wijziging van het Verdrag tot instelling van één Raad en één Commissie welke de Europese Gemeenschappen gemeen hebben met het oog op de vaststelling van een

hield in dat lidstaten fraude tegen de financiële belangen van de Gemeenschappen als fraude tegen hun eigen belangen moesten zien. Het bevatte een verplichting tot het verlenen van rechtshulp en een mechanisme om vervolgingen te coördineren, dat voor de lidstaten niet vrijblijvend was. Het voorstel betekende in de ogen van de lidstaten echter een te grote inperking van hun soevereiniteit: het verdrag is nooit aangenomen.

De Commissie blijft echter initiatieven ontplooien om EU-fraude te bestrijden en tracht de nationale autoriteiten ertoe aan te zetten om deze zaken een hogere prioriteit te geven.[66] In de jaren negentig werd op verzoek van de Commissie en het Parlement door een aantal wetenschappers het zogenaamde 'Corpus Juris'-project uitgevoerd. In de rapporten van dat project zijn voorstellen neergelegd die veelomvattend en vergaand genoemd kunnen worden. De voorstellen zijn bedoeld als regeling voor een strafrechtelijke aanpak van fraude tegen de financiële belangen van de EU. Het eerste ontwerp verscheen in 1997.[67] Op verzoek van het Europees Parlement[68] heeft de Commissie vervolgens opdracht gegeven om de haalbaarheid te onderzoeken van de implementatie van het Corpus Juris in de lidstaten. Dit onderzoek heeft geresulteerd in een vierdelig rapport,[69] waarin tevens een gewijzigde versie van het Corpus Juris werd gepresenteerd.[70]

In deze voorstellen staat de gedachte centraal dat traditionele methoden om fraude tegen de financiële belangen van de EU te bestrijden, niet meer voldoen. Het project gaat uit van het disfunctioneren van drie van deze traditionele mechanismen. Ten eerste zou het assimilatiebeginsel, dat inhoudt dat lidstaten inbreuken op Europees recht even voortvarend moeten bestrijden als soortgelijke inbreuken op nationaal recht, geen enkele garantie bieden voor daadwerkelijk effectieve handhaving. Ten tweede zou de klassieke intergouvernementele samenwerking door middel van verdragen en internationale overeenkomsten erg inefficiënt zijn, vanwege de vereiste ratificatie- en omzettingsprocedures, en bovendien leiden tot te zeer uiteenlopende resultaten in de implementatie. Ten derde zou de methode van harmonisatie van wetgeving te fragmentarisch zijn, omdat de beschikbare rechtsinstrumenten niet garanderen dat er bij de implementatie op nationaal niveau gelijke resultaten worden verkregen. Doordat de verschillende met elkaar samenhangende onderdelen

---

gemeenschappelijke regeling betreffende de strafrechtelijke verantwoordelijkheid en bescherming van de ambtenaren en andere personeelsleden van de Europese Gemeenschappen, COM(1976) 418, *PbEG* 1976, C222/2.

66 De Angelis 1996.

67 Delmas-Marty 1997. Dit rapport is ook in een Nederlandse vertaling uitgebracht: Delmas-Marty & Van den Wyngaert 1998.

68 Resoluties van 12 juni 1997, *PbEG* 1997, C 200/157 en 22 oktober 1997, *PbEG* 1997, C 339/68.

69 Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001 (vier delen, het eerste deel is verschenen in een Engelse en in een Franse versie, de overige delen bevatten zowel Engelse als Franse teksten).

70 Deze versie is ook afzonderlijk in een Nederlandse vertaling uitgegeven: Delmas-Marty & Vervaele 2001 <ec.europa.eu/anti_fraud/green_paper/corpus/nl.pdf>.

van het strafrechtsstelsel van de lidstaten niet gelijktijdig geharmoniseerd kunnen worden, blijft de invloed op de rechtshandhaving in de lidstaten fragmentarisch. De conclusie die in het rapport wordt getrokken, is dat unificatie de enige strategie is die garanties kan bieden.[71]

Deze unificatie zou niet alleen inhouden dat strafrechtelijke handhaving moet geschieden aan de hand van een eenvormige regeling van materieel en formeel strafrecht, maar ook dat die handhaving door een gecentraliseerde eenheid wordt uitgeoefend: het Europees OM. Dit lichaam heeft een Europese officier van justitie aan het hoofd, en gedelegeerde Europese officieren van justitie die in de lidstaten de taken van het Europees OM zullen uitoefenen. Deze gedelegeerden geven leiding aan nationale opsporingsambtenaren en stellen vervolgingen in bij de nationale gerechten. Voor de toepassing van sommige dwangmiddelen zijn zij afhankelijk van de zogenoemde 'rechter van de vrijheden'; voor Nederland zal deze functie door de rechter-commissaris moeten worden ingevuld. De toepasselijke strafbepalingen en procesregels zullen moeten worden opgenomen in de oprichtingsverordening. De werkzaamheden van dit Europees OM worden dus geheel beheerst door Europees recht, en de nationale autoriteiten die de handelingen van de gedelegeerden moeten controleren, zullen hun optreden dan ook daaraan moeten toetsen.

5.4.2 De rechtsgrondslag voor oprichting

Een voorstel, inhoudende een rechtsgrondslag waarop deze regeling van het Corpus Juris verwezenlijkt zou kunnen worden, is door de Commissie in een laat stadium ingebracht bij de Intergouvernementele Conferentie die voorafging aan het Verdrag van Nice. De Conferentie heeft op dat moment geoordeeld dat het voorstel te vergaand was om in het EG-Verdrag op te nemen. De Commissie heeft daarop een Groenboek gepubliceerd, en organiseerde discussiebijeenkomsten.[72] Dit zorgde voor een levendige gedachtewisseling over de inhoud van de voorstellen en de wenselijkheid van de oprichting van een Europees OM. Niet alleen de lidstaten droegen daaraan bij, ook in de literatuur werd deze discussie gevoerd.

In de voorgestelde Europese Grondwet is wel een rechtsgrondslag opgenomen voor de oprichting van een Europees OM (artikel III-274), die door inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon geldend recht is geworden, maar enigszins is aangepast ten opzichte van de versie zoals die in de ontwerp-Grondwet stond (artikel 86 VWEU). Het Europees OM kan worden opgericht middels een verordening waarin tevens alle materiële en processuele voorschriften voor zijn functioneren zijn opgenomen. Hiervoor is een unaniem

71 Delmas-Marty 1997, p. 12-43.

72 Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie, COM(2001) 715.

besluit van de Raad, met goedkeuring van het Parlement, benodigd. Het Verdrag van Lissabon kent echter, in tegenstelling tot de Europese Grondwet, een ontsnappingsclausule voor het geval er geen unanimiteit kan worden bereikt: in dat geval kunnen negen lidstaten de Europese Raad verzoeken om een beslissing. Wanneer de Europese Raad consensus heeft bereikt over de voorgestelde verordening, wijst hij het ontwerp terug naar de Raad, waarvan dan een groep van tenminste negen lidstaten volgens de regels inzake nauwere samenwerking tot oprichting over kan gaan. Wanneer er een oprichtingsbesluit wordt genomen door een gedeelte van de lidstaten, is het Europees OM uiteraard slechts competent in de deelnemende lidstaten. Hoe het zich in die gevallen verhoudt tot de niet-deelnemende landen, zal moeten worden geregeld in de verordening.

In het Stockholm-programma, het vijfjarenplan voor de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, stelt de Raad zich vrij terughoudend op ten aanzien van de oprichting van een Europees OM. Voordat kan worden overgegaan tot oprichting daarvan, zou eerst de wijze waarop binnen Eurojust de strafrechtelijke samenwerking wordt vormgegeven moeten worden geëvalueerd.[73] De Commissie bleek echter minder geduld te hebben en presenteerde in 2013 een voorstel voor een verordening voor oprichting van het Europees OM.[74] Dit voorstel hangt samen met een eerder voorstel voor een richtlijn waarbij de delicten met betrekking tot fraude tegen de financiële belangen van de Europese Unie worden geharmoniseerd.[75] Omdat de competentie van het Europees OM in eerste instantie tot die delicten beperkt zal blijven, kan er op worden vertrouwd dat de voorwaarden voor strafbaarheid met betrekking tot deze strafbare feiten na de totstandkoming van die richtlijn in de Europese Unie ongeveer gelijk zullen zijn.

Enkele vragen omtrent de inrichting van het toekomstige Europees OM verdienen hier bespreking. In de eerste ontwerpen waarin het Europees OM wordt genoemd, is het bedoeld als orgaan in de bestrijding van fraude tegen de financiële belangen van de EG. Als uitbreiding van de competentie werden al snel de georganiseerde misdaad[76] en valsemunterij van de euro genoemd.[77] Uiteindelijk is in het Verdrag van Lissabon de competentie primair beperkt tot strafbare feiten die de financiële belangen van de EU schaden, maar met

73 Het programma van Stockholm – een open en veilig Europa ten dienste en ter bescherming van de burger, Nota van het voorzitterschap aan de Raad Algemene Zaken en de Europese Raad van 2 december 2009, nr. 17024/09, p. 24.

74 Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, COM(2013) 534.

75 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt, COM(2012) 363.

76 De Commissie in het Groenboek, p. 44.

77 In reactie op de vraag van de Commissie in het Groenboek.

de mogelijkheid voor de Europese Raad om deze, na goedkeuring door het Parlement en raadpleging van de Commissie, uit te breiden tot 'ernstige criminaliteit met een grensoverschrijdende dimensie', ofwel 'zware misdrijven die verscheidene lidstaten schaden' (artikel 86 lid 4). In het Commissievoorstel wordt voorlopig alleen een competentie voor de fraudebestrijding nagestreefd (artikel 4 lid 1 van het voorstel).

Hoe deze competentie wordt uitgebreid, als dat al gebeurt, is sterk afhankelijk van de uitleg van begrippen als 'grensoverschrijdendheid'. Wie bepaalt nu of in een concreet geval aan die eis is voldaan, en er rechtsmacht is? Oftewel: bij wie berust de *Kompetenz-Kompetenz*? Daarvoor kunnen verschillende oplossingen worden gekozen. Een optie is om het Europees OM daarover zelf te laten beslissen.[78] De democratische legitimatie van die beslissingen zal echter op nationaal niveau moeten worden gezocht, nu op Europees niveau nauwelijks mogelijkheden bestaan om de uitoefening van de taken van het Europees OM te controleren. Dat is dan ook een belangrijk argument om de *Kompetenz-Kompetenz* niet bij het Europees OM of bij een ander orgaan, zoals de Commissie, neer te leggen. Wellicht zou een procedure kunnen worden ingericht door bij het Hof van Justitie een Europese preliminaire kamer in te richten, die dan ook kan oordelen over de beslissing om een zaak in een bepaalde lidstaat te vervolgen.[79]

Het Europees OM kan beschikken over allerlei strafvorderlijke bevoegdheden, die in de oprichtingsverordening worden vastgesteld. Daarin wordt ook geregeld op welke wijze rechterlijk toezicht op de taakuitoefening van het Europees OM mogelijk is. De precieze omvang van die bevoegdheden en de inrichting van het toezicht zijn uiteraard nog onderwerp van discussie, zolang de verordening niet is vastgesteld. Een andere grote vraag is wat de verhouding zal zijn met de overige Europese en nationale autoriteiten in de rechtshandhaving, zoals Eurojust, Europol, OLAF en de nationale opsporingsinstanties. In het bijzonder is daarbij nog onduidelijk wat de zinsnede in artikel 86 VWEU betekent, dat het Europees Openbaar Ministerie kan worden opgericht 'op de grondslag van Eurojust'. Het Commissievoorstel geeft aan het Europees OM een vrij zelfstandige status, maar wel met een ingewikkelde en geprivilegieerde verhouding tot Eurojust (artikel 57 van het voorstel).

5.4.3 Eurojust en het Europees OM als aparte organisaties

In het Groenboek gaat de Commissie er nog van uit dat het 'logischerwijze' mogelijk zou zijn dat Eurojust en het Europees OM als twee verschillende

78 Deze optie wordt voorgestaan door Strijards 2008.
79 Zie Groenboek, p. 68 en 75.

organisaties naast elkaar blijven bestaan.[80] In haar toelichting op dat standpunt gaat ze er vanuit dat dat inderdaad de toekomst is van de twee instanties. De Commissie let daarbij op de verschillen in bevoegdheden en competentie. Eurojust is een instantie met een zeer ruime competentie, die nochtans weinig ingrijpende bevoegdheden heeft. In de voorstellen voor een Europees OM is die organisatie gebonden aan een zeer beperkte competentie, maar met op dat gebied ingrijpende bevoegdheden. Ook Eurojust zou op het gebied van de fraudebestrijding competent kunnen zijn, maar het Europees OM zou prioritaire bevoegdheid moeten hebben. Hun posities zouden complementair moeten zijn, elk bijdragend aan de verwezenlijking van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Daarbij zou Eurojust volgens een coördinerende werkwijze opereren, die doet denken aan de manier waarop in de derde pijler werd samengewerkt. Het Europees OM moet veel duidelijker volgens een communautaire methode gaan werken. Het is in deze structuur essentieel dat beide instanties goed samenwerken en informatie met elkaar delen.

Deze structuur heeft een duidelijk voordeel: Eurojust en Europees OM vervullen hun taken vanuit een geheel eigen mandaat en met een eigen doel. Eurojust coördineert de klassieke samenwerking in strafzaken, en het Europees OM mengt zich, op een zeer beperkt terrein, vergaand in de nationale strafrechtelijke handhaving. Slechts wanneer daar een absolute noodzaak voor zou bestaan, zou de competentie van het Europees OM kunnen worden verruimd. De zeer ruime catalogus aan strafbare feiten op grond waarvan Eurojust kan optreden, wordt niet tevens ten grondslag gelegd aan de bevoegdheden die het Europees OM heeft tot het instellen van opsporingsonderzoeken en vervolgingen in de lidstaten.

Deze verhouding ligt minder voor de hand, nu door de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon het verschil tussen Eerste en Derde Pijler is verdwenen. Dit zou kunnen leiden tot de conclusie dat het niet vanzelfsprekend is om Eurojust en het Europees OM een verschillende grondslag te geven. Daarnaast moet worden gewaakt voor versplintering. De justitiële samenwerking is niet gediend met een grote hoeveelheid instanties die allemaal op hun eigen terrein hun bevoegdheden uitoefenen, waarbij ze elkaar beconcurreren,[81] en onvoldoende informatie uitwisselen. Dit nadeel zou kunnen worden ondervangen door bijvoorbeeld een afgevaardigde van het Europees OM in het College van Eurojust te plaatsen,[82] maar zo'n oplossing blijft een lapmiddel. Een wat traditioneler oplossing is de samenwerking te formaliseren met een associatieakkoord, maar dit biedt weinig garanties voor goede rechtstreekse contacten en daarmee voor het vermijden van positieve jurisdictieconflicten. Het Commissievoorstel houdt daarin het midden. De voorgestelde verordening

80 Groenboek, p. 78-79, ook samengevat in het vervolgverslag op het Groenboek, COM(2003) 128, p. 13.
81 Strijards 2008, p. 624.
82 Aldus de Commissie in het Vervolgverslag op het Groenboek, p. 13.

bevat een zeer nauwe samenwerking tussen het Europees OM en Eurojust, met name wat betreft het delen van informatie (artikel 57).

5.4.4 Een eenheid tussen Eurojust en het Europees OM

Een andere toekomst is weggelegd voor Eurojust en het Europees OM wanneer deze als een eenheid zouden gaan opereren. Voorlopig lijkt daarvan geen sprake, maar in de toekomst zou dat mogelijk kunnen worden. Van die situatie geeft de Commissie in het vervolgverslag op het Groenboek een korte schets. De Commissie noemt dat een scenario van volledige integratie, wat volgens haar inhoudt dat Eurojust zal 'veranderen in een collegiaal parket belast met, enerzijds, het sturen en centraliseren van het opsporingsonderzoek en de strafvervolging en het adiëren van de nationale rechter ter bescherming van de communautaire belangen die onder zijn bevoegdheid vallen en, anderzijds, het zorgen voor de coördinatie van de nationale maatregelen met betrekking tot de transnationale criminaliteit in het algemeen. De Europees openbaar aanklager, met de bevoegdheid om de strafvordering op een beperkter bevoegdheidsgebied te leiden en uit te oefenen, zou binnen dit parket een plaats krijgen.'

Het College van Eurojust wordt in dat geval dus uitgebreid met een extra lid, dat de functie van Europees officier van justitie uitoefent, en de gedelegeerden in de lidstaten aanstuurt. Wordt deze lijn nog steeds door de Commissie voorgestaan? Blijkens een mededeling over de toekomst van Eurojust en het Europees Justitieel Netwerk, ziet de Commissie op de lange termijn één Eurojust voor zich, dat onderzoeken kan instellen in de lidstaten, en bovendien op Europees niveau onderzoeken op gang kan brengen naar aanleiding van strafbare feiten tegen de financiële belangen van de EU.[83] Dit lijkt moeilijk te rijmen met een prioritaire positie van het Europees OM, ook als dat ingebed is in het College van Eurojust. De strijd tegen de aantasting van de financiële belangen van de Europese Unie was immers de reden bij uitstek om een Europees OM op te richten. Als de Commissie die bevoegdheid aan Eurojust wil toebedelen, ziet zij dan voor zich dat het College als geheel die taken uitoefent, of dat de Europees officier van justitie, als lid van het College, die taken op zich neemt?

De eerste mogelijkheid is sterk af te raden. Eurojust en het Europees OM zijn zeer verschillende organisaties. Eurojust is een typisch Derde Pijler-initiatief, waarbij de macht bij de lidstaten ligt, die alle een lid, met bevoegdheden naar nationaal recht, in het College benoemen. De opbouw van het Europees

83 Mededeling van 23 oktober 2007 van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement over de rol van Eurojust en van het Europees justitieel netwerk bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit en het terrorisme in de Europese Unie, COM(2007) 644 def., p. 7.

OM is juist omgekeerd: de Europese officier van justitie oefent bevoegdheden naar Europees recht uit en de gedelegeerden in de lidstaten zijn aan hem ondergeschikt. Hun architectuur maakt dus dat deze twee instanties moeilijk te verenigen zijn.

Toch vindt er toenadering plaats, deels omdat Eurojust van karakter lijkt te veranderen. Eurojust groeit langzaam uit van een vooral intergouvernementele naar een meer Europese, communautaire instantie. Dit blijkt onder andere uit de rechtsgrondslag van Eurojust. Eurojust kan bij verordening de bevoegdheid krijgen om zelf strafrechtelijk onderzoek in te leiden (artikel 85 lid 1 onder a VWEU). Hiermee zou Eurojust daadwerkelijk operationele bevoegdheden verkrijgen. Het instellen van vervolging blijft voorlopig tot de zaken behoren die aan de lidstaten zijn voorbehouden, en waartoe door Eurojust alleen voorstellen kunnen worden gedaan. Dat geldt ook voor de meest recente voorstellen van de Europese Commissie tot vernieuwing van de grondslag onder Eurojust.[84] Wanneer deze bevoegdheid om zelfstandig opsporingsonderzoeken in te stellen aan Eurojust zou worden verleend, kan dat worden gezien als een duidelijke stap naar een meer operationeel karakter. Tevens is het een teken dat Eurojust zijn bevoegdheden in sterkere mate gaat ontlenen aan eigen, op Europees niveau vastgestelde regelingen, en minder steunt op de bevoegdheden die de leden van Eurojust in de lidstaten kunnen uitoefenen. Een dergelijke ontwikkeling bleek al uit de wijziging van het Eurojust-besluit van 2008: de lidstaten worden verplicht naar nationaal recht bepaalde bevoegdheden te verlenen aan de leden van het College. Zo moeten de leden bevoegd zijn om, in overleg met een andere bevoegde autoriteit, instrumenten van wederzijdse erkenning uit te vaardigen en te behandelen (artikel 9quater lid 1 onder a en b Eurojust-besluit), om onderzoeksmaatregelen te gelasten (artikel 9quater lid 1 onder c), tot het instellen van een gemeenschappelijk onderzoeksteam (artikel 9septies), en tot het geven van toestemming voor en het coördineren van gecontroleerde afleveringen (artikel 9quater lid 1 onder d en artikel 9quinquies onder a). In hoeverre de leden verplicht zijn samen te werken met de autoriteiten in de lidstaten, is afhankelijk van de omstandigheden. Tot op grote hoogte kunnen zij echter zelfstandig te werk gaan. Hiermee zijn de bevoegdheden van de leden van Eurojust enigszins geharmoniseerd: de bevoegdheden worden meer dan voorheen, zij het indirect via harmonisatie van nationale regelgeving, ontleend aan Europees recht. Met de aanvaarding van het voorstel van de Europese Commissie tot een nieuwe verordening worden de bevoegdheden van de nationale leden verder uitgebreid. Dat uit zich niet zozeer in een grotere catalogus van bevoegdheden, maar wel in het verder afbouwen van de gevallen waarin opsporingsbevoegdheden slechts in overleg met andere bevoegde nationale autoriteiten kunnen worden uitgeoefend. Daartoe is in artikel 8 van de ontwerpverordening een sterk vereenvoudigde

84 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het EU-Agentschap voor justitiële samenwerking in strafzaken (Eurojust), COM(2013) 535 final.

regeling opgenomen, waarin alleen voor het gelasten van 'opsporingsmaatregelen' en gecontroleerde afleveringen overleg noodzakelijk is, met uitzondering van dringende gevallen. Voor het ontvangen en uitvaardigen van instrumenten van wederzijdse erkenning, voor het contact opnemen en informatie uitwisselen met nationale autoriteiten van de eigen lidstaat en voor het instellen en deelnemen aan gemeenschappelijke onderzoeksteams heeft het nationale lid een eigen bevoegdheid. Daaruit komt duidelijk een beeld naar voren van geleidelijke verruiming van de operationele bevoegdheden van (de nationale leden van) Eurojust.

Aan de andere kant komt in de elkaar opvolgende voorstellen omtrent het Europees OM tot uitdrukking dat, in ieder geval bij de Commissie, de wil bestaat om dit instrument in te zetten voor méér dan fraudebestrijding. De beoogde rechtsmacht wordt steeds wat ruimer, met als hoogtepunt de formulering in het huidige VWEU: in een procedure waar de Europese Raad, het Parlement en de Commissie in worden betrokken, zou de competentie van het Europees OM kunnen worden uitgebreid tot alle zware strafbare feiten met een grensoverschrijdende dimensie. Daarmee kan de competentie vrijwel gelijk worden aan die van Eurojust. Is het gerechtvaardigd om als conclusie te trekken dat, wanneer op tot oprichting van een Europees OM wordt overgegaan, dit nieuwe orgaan Eurojust zal gaan vervangen? De vraag is of er dan een organisatie ontstaat die de ingrijpende bevoegdheden van het instellen van vervolgingen voor de rechtbanken in de lidstaten, gecumuleerd ziet met een brede competentie zoals Eurojust momenteel bezit. Veel zal afhangen van de beslissingen van de lidstaten rondom de eventuele oprichting van een Europees OM, en van de verordening waarmee het wordt opgericht. Voor de lidstaten zal de meest voor de hand liggende keuze zijn om de reikwijdte van de bevoegdheden van het Europees OM te beperken tot de fraudebestrijding, en Eurojust daarnaast een coördinerende rol te laten vervullen, die secundair is wanneer het op het terrein van het Europees OM opereert. Elke bevoegdheidsverschuiving van Eurojust naar het Europees OM zal voorafgegaan moeten worden door een analyse van de noodzaak en de gevolgen van zo'n operatie. Dat zulke wijzigingen niet in strijd zijn met het subsidiariteitsbeginsel zal zonder al te veel bezwaar worden aangenomen.

Eurojust en het Europees OM zijn in aanleg sterk verschillende organisaties. De uitdaging zal zijn om bij de mogelijke oprichting van een Europees OM de verhouding met Eurojust zó vorm te geven dat voorkomen wordt dat een organisatie ontstaat die een grote bevoegdhedencatalogus combineert met een ruime materiële competentie. Is dat alleen mogelijk door beide instanties gescheiden te houden, of kan dit ook wanneer ze tot één instantie fuseren? Omdat er op Europees niveau weinig mogelijkheden zijn tot democratische controle, moet de legitimatie van deze instanties vooral in de lidstaten worden gezocht. Dat brengt met zich mee dat de constructie van een Europees OM slechts te prefereren is boven het model van Eurojust als de samenwerking via die organisatie onvoldoende vruchten afwerpt. Dat geldt zeker voor het

uitbreiden van de materiële competentie van een Europees OM buiten de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie. Daarbij spelen subsidiariteitsbezwaren sterker, vanwege het ontbreken van een rechtstreekse verbinding met de belangen van de Unie zelf. Tegelijkertijd rijzen er minder problemen wat betreft de onderlinge taakafbakening tussen Eurojust en het Europees OM wanneer de competentie van die laatste organisatie tot de bescherming van de financiële belangen beperkt blijft. Wanneer die competentie wordt uitgebreid, of wanneer Eurojust een sterker operationeel profiel verkrijgt, komen al snel vragen op naar de onderlinge taakverdeling.

5.4.5 Het legaliteitsbeginsel

Eén van de aspecten die bij de introductie van een Europees OM waarschijnlijk frictie zal veroorzaken, is de keuze voor het legaliteitsbeginsel ten aanzien van de vervolgingsbeslissing. Nu is het nog geen uitgemaakte zaak dat het Europees OM daadwerkelijk aan een vervolgingsplicht zal worden gebonden. Met name voor het Verenigd Koninkrijk en Ierland is het legaliteitsbeginsel een wezensvreemd element, en ook in de landen in de Franse rechtstraditie wordt het opportuniteitsbeginsel gehanteerd.[85] Die landen zullen dan ook trachten hun uitgangspunten te verzekeren, waarbij de optie om in het geheel niet te participeren in het Europees OM open staat.

Europese strafrechtsstelsels kennen overigens aan hun vervolgingsinstanties steeds meer vrijheden toe.[86] Dat geldt niet alleen ten aanzien van de vervolgingsfase, maar zeker ook voor de opsporing. Met Engeland en Wales als belangrijkste uitzondering berust bij het OM immers de zeggenschap over de opsporing, waardoor het opportuniteitsbeginsel zijn schaduw vooruit werpt, en de capaciteit van politie en OM kan worden afgestemd op een rationele prioritering.[87]

Door de onderzoekers van het Corpus Juris-project werd echter voorgesteld om een vervolgingsplicht te laten gelden voor de leden van het Europees OM. De achtergrond daarvan is onder meer de noodzaak van een effectieve bestrijding van EU-fraude, die bij voorkeur in een *zero tolerance*-beleid zou moeten worden vormgegeven.[88] Die instrumentele achtergrond zou meebrengen dat de grote verschillen die tussen de lidstaten bestaan ten aanzien van de beleidsvrijheid omtrent opsporing en vervolging, zouden moeten worden overbrugd.[89] Vanuit een Europese effectiviteitsgedachte is de keuze voor het legaliteitsbeginsel te begrijpen, maar daardoor ontstaan wel grote verschillen

85 Zie daarover o.a. Fionda 1995.
86 Jehle & Wade 2006; Jehle, Smit & Zila 2008.
87 Zie over die ontwikkeling in Nederland 't Hart 1994a, p. 126-131.
88 Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001, dl. I, p. 11.
89 Reeds in Delmas-Marty 1994, p. 59-93.

met het Nederlandse strafrecht. Weliswaar zouden er ook in het *Corpus Juris*-voorstel mogelijkheden zijn voor buitengerechtelijke afdoening, maar die komen niet overeen met de Nederlandse transactie: zo bekent een verdachte schuld aan het strafbare feit door met het Europees OM te transigeren.[90] Bezwaren van Nederlandse zijde bleken niet tot een andere oplossing te kunnen leiden.[91]

In het Groenboek stelde ook de Commissie zich op het standpunt dat het Europees OM aan een legaliteitsbeginsel moet worden gebonden, waarvoor zij verschillende argumenten aandroeg. Zo zou een versterkte en uniforme bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap een uniforme vervolging in de gehele Europese justitiële ruimte vereisen. Daarnaast zou ook de onafhankelijkheid van het Europees OM 'haar passende pendant vinden in de correcte toepassing van het recht'. Op grond van deze argumenten had de Commissie een voorkeur voor een legaliteitsbeginsel. Die keuze werd nog verder onderbouwd door erop te wijzen dat de nationale stelsels convergeren: zowel van het legaliteitsbeginsel als van het opportuniteitsbeginsel worden de scherpe kantjes afgehaald. Ook ten aanzien van het Europees OM voorzag de Commissie in uitzonderingsgronden, waarin zij aansloot bij de rapporten van het Corpus Juris-project. De eerste uitzondering is dat bagatelzaken kunnen worden geseponeerd, eventueel onderworpen aan rechterlijke toetsing. Een sepot door het Europees OM zou gevolgd moeten worden door een verwijzing naar het nationale OM, dat vervolgens kan bezien of er reden is om op het nationale niveau een vervolging in te stellen. De tweede uitzondering is dat wat betreft de tenlastelegging een keuze kan worden gemaakt voor een gedeelte van het maximaal haalbare. Daarbij denkt de Commissie aan het geval dat voldoende bewijs voorhanden is om een veroordelend vonnis te verkrijgen en in redelijkheid gedacht kan worden dat verdere opsporingen geen ingrijpende wijziging van het eindvonnis ten gevolge zullen hebben. Die uitzonderingsbevoegdheid blijkt dus zeer marginaal te zijn. De derde uitzonderingsgrond is de transactie, die echter slechts mogelijk zou moeten zijn bij fraude met bescheiden bedragen.[92] De meeste reacties op het Groenboek zagen de uitzonderingsmogelijkheid voor weinig ernstige feiten als de belangrijkste. Een financiële drempel zou daarvoor kunnen worden ingevoerd. Een andere conclusie uit de discussieronde was dat, als logisch uitvloeisel van het legaliteitsbeginsel, elk gebruik van een uitzonderingsgrond aan rechterlijke toetsing zou moeten worden onderworpen. Daartoe zou bijvoorbeeld een Europese preliminaire kamer kunnen worden ingericht.[93]

Uit deze voorstellen komt naar voren dat het legaliteitsbeginsel waaraan het Europees OM gebonden zal worden, enigszins wordt verzacht door de

90 Vervaele & Klip 2001, p. 637-678, p. 666, 671-672.
91 Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001, dl. I, p. 322-324.
92 Groenboek, p. 54-55.
93 Vervolgverslag, p. 16-17.

mogelijkheid uitzonderingen te maken op de vervolgingsverplichting. De voorstellen gaan echter niet zover in de richting van het opportuniteitsbeginsel, dat men kan zeggen dat het midden is gevonden tussen beide stelsels. Het onderzoeksproject naar de strafprocessuele voorwaarden voor het opereren van het Europees Openbaar Ministerie,[94] dat resulteerde in een verzameling *Draft rules*,[95] hinkt op het punt van de keuze tussen een legaliteitsbeginsel en een opportuniteitsbeginsel zelfs op twee gedachten. Aan de ene kant bepalen deze modelregels in artikel 63, dat wanneer het bewijsmateriaal een redelijke verwachting van een veroordeling rechtvaardigt, het Europees Openbaar Ministerie vervolging moet instellen. Aan de andere kant is in artikel 65 bepaald dat het Europees Openbaar Ministerie de zaak dient te sluiten wanneer er een onvoldoende verwachting van een veroordeling is, of wanneer de vervolging op juridische beletselen zou stuiten, waarbij in een annex daaraan is toegevoegd: 'Since we believe that the EPPO should institute a prosecution whenever there exist sufficient evidence and a European public interest in prosecution, we do not recommend that the EPPO be given authority to close a case against a suspect on the condition that the suspect fulfils certain obligations.' Met deze aanvulling wordt de mogelijkheid van voorwaardelijk sepot afgewezen, maar dat wordt onderbouwd met een redenering die veel weg heeft van een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel: het Europees Openbaar Ministerie zou alleen tot vervolging mogen overgaan wanneer er een bewijsbare zaak is en bovendien een Europees algemeen belang bij vervolging bestaat.

Ook het Commissievoorstel lijkt uit te gaan van een vervolgingsverplichting, het is in ieder geval minder ambigu dan de voornoemde modelregels. Het meest expliciet op dit punt is de ontwerpverordening in overweging 20, waarin het de keuze voor een legaliteitsbeginsel in verband brengt met het belang van rechtszekerheid en met een *zero-tolerance* beleid ten aanzien van gedragingen die de financiële belangen van de Unie schaden. De voorgestelde oprichtingsverordening kent slechts enkele mogelijkheden om tot een sepot te besluiten, of om een strafzaak te transigeren (artikel 27 en 28). Zeker gezien de beperkte reikwijdte van de uitzonderingsgronden en het vooropstellen van rechterlijke toetsing wordt daardoor weinig beleidsvrijheid gelaten aan het op te richten Europees OM. Gezien de institutionele inbedding is dat ook niet verwonderlijk: alleen een onafhankelijke vervolgingsinstantie behoort tot de opties. Een van de Europese Commissie afhankelijk Europees OM is niet wenselijk, gezien de beperkte mogelijkheden van democratische controle door het Europees Parlement, en het feit dat, mede gezien het verleden, het juist ook de Commissie is die door het Europees OM in de gaten moet worden gehouden. Het inzetten van het legaliteitsbeginsel leek daartoe een goede optie,

94 Ligeti 2013b.
95 Ligeti 2013a.

maar het wijkt af van het Nederlandse stelsel dat zich kenmerkt door een veel omvangrijker beleidsvrijheid.

5.4.6 Centrale of decentrale organisatie

In het *Corpus Juris* werd het Europees OM als onafhankelijke, hiërarchisch opgebouwde en van de nationale autoriteiten afgezonderde organisatie voorgesteld. Daarbij staat een Europees hoofdofficier van justitie aan de top van de hiërarchische piramide, met onder zich afgevaardigde officieren van justitie in de lidstaten. Deze voeren hun werkzaamheden in de lidstaten uit en vervolgen strafbare feiten voor de nationale gerechten. Het Europees OM vormt zo een aparte kolom naast de nationale vervolgende instanties.[96] De rechtsprekende macht wordt in dat geval dus geconfronteerd met twee verschillende typen officieren van justitie: nationale en Europese.

In het Groenboek werden drie modellen ter discussie voorgelegd: gedelegeerde Europese officieren van justitie met een exclusief Europees mandaat, een gecumuleerd mandaat, waarbij nationale officieren tevens Europese officieren zijn, en een model waarbij elke lidstaat zelf mag kiezen.[97] Een apart Europees OM met enkel een Europees mandaat bleek de meeste steun te hebben in de lidstaten. Een uitsluitend Europees mandaat voor de afgevaardigde Europese officieren van justitie zou een teken en waarborg zijn van hun volledige onafhankelijkheid. Maar de meningen waren verdeeld: er waren ook voorstanders voor een functiecumulatie. Daarbij is wel opgemerkt dat het in dat geval passend zou zijn om te voorzien in regels die een strikte hiërarchie van prioriteiten vastleggen.[98] De frictie die kan ontstaan wanneer wordt gekozen voor een gecumuleerd mandaat, wordt in ieder geval onderkend. Maar de vraag blijft hoe daar mee om te gaan: op welke manier kan in die situatie tot een zorgvuldige prioritering worden gekomen? In dat verband dient ook te worden opgemerkt dat de positie van het Europees OM ten opzichte van andere instellingen aandacht verdient: als administratief onderzoek door OLAF, of strafrechtelijk onderzoek door Europol, onder toezicht van het Europees OM plaatsvindt, zullen daarin keuzes moeten worden gemaakt. Wie bepaalt dan voor welke vormen van ernstige, grensoverschrijdende criminaliteit, welk deel van de opsporingscapaciteit wordt ingezet? En wordt daarvoor een beroep gedaan op de nationale opsporingsinstanties, of op de Europese?[99] De ontwerpverordening verleent aan het Europees OM de bevoegdheid om

96 In het oorspronkelijke ontwerp was dit punt wat minder expliciet, zie Delmas-Marty 1997, p. 82-85. Het rapport over de implementatiemogelijkheden is in dat opzicht veel stelliger: Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001, dl. I, p. 318-319.

97 Groenboek, p. 34-37.

98 Vervolgverslag, p. 12.

99 De Doelder 2002, p. 712-725.

zelfstandig opsporingsonderzoeken uit te voeren.[100] Daartoe zal het kunnen beschikken over een staf die vooral betrokken zal worden uit de gelederen van OLAF, dat vrijwel geheel in het nieuwe Europees OM zal opgaan.[101] Het uitgangspunt is echter dat een gedelegeerde Europese officier van justitie in een lidstaat het opsporingsonderzoek leidt en daarbij nationale opsporingsautoriteiten aanstuurt die zijn instructies opvolgen en opsporingsmaatregelen uitvoeren.[102] Dat betekent dat de inspanningen die moeten worden geleverd voor de uitoefening van de taken van het Europees OM voor een belangrijk deel ten laste komen van de nationale opsporingscapaciteit.

Het Commissievoorstel voor de oprichtingsverordening geeft aan het model van functiecumulatie de voorkeur boven de strikt gescheiden opererende Europese officieren van justitie (artikel 6). In voorstudies, onder Spaanse leiding uitgevoerd, is naar voren gebracht dat er al ervaringen bestaan met zulke dubbele petten-structuren. Het zou mogelijk moeten zijn om een hiërarchische structuur op te zetten waarin een Europese hoofdofficier van justitie, of een Europees college, aanwijzingsbevoegdheden heeft over officieren van justitie die in de lidstaten werkzaam zijn. Die officieren van justitie behouden in die structuur hun nationale bevoegdheden en zijn zowel ondergeschikt aan de Europese hoofdofficier als aan hun nationale meerderen. In dat geval vervalt de noodzaak tot unificatie van materieel en formeel strafrecht ten behoeve van de taakuitoefening van het Europees OM, en hoeft er alleen een hiërarchische structuur te worden opgericht.[103] De fricties die ontstaan door de plaatsing in een dubbele hiërarchische structuur zouden kunnen worden opgelost door een heldere bevoegdheidsverdeling tussen Europees en nationaal niveau. Bovendien zou de behartiging van Europese belangen voorrang moeten krijgen.[104] Of dat laatste een goede oplossing kan bieden voor de belangenconflicten waartoe een dubbele-petten constructie aanleiding kan geven, wil ik niet aan de orde laten komen voordat een wat meer theoretische verdieping is gezocht in de volkenrechtelijke dogmatiek.

5.4.7 Scelles theorie van *dédoublement fonctionnel*

Bij het voorstel om de officier van justitie met 'twee petten' te laten werken, rijst de vraag, welk theoretisch fundament aan deze functiecumulatie ten grondslag kan worden gelegd. Brinkhorst heeft voorgesteld om daarvoor inspiratie op te doen bij de door Scelle geformuleerde theorie van *dédoublement*

100 Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office, COM(2013) 534, artikel 4 lid 2; 16 lid 2; 18 lid 5.
101 Ontwerpverordening, p. 9-10.
102 Artikel 18 lid 1.
103 R.A. Morán Martínez in: Espina Ramos & Vicente Carbajosa 2009, p. 113-114.
104 European Public Prosecutor Working Group Conclusions, 29 juni tot 1 juli, Madrid, te vinden op <www.fiscal.es>.

fonctionnel. Nationale autoriteiten zouden naast hun nationale taken ook uitvoering moeten geven aan Europees beleid. Het OM zou in die visie als nationaal orgaan moeten blijven fungeren, maar tevens een functie uitoefenen om het Europese beleid in de nationale structuur te verankeren.[105]

Hoe ziet die internationaalrechtelijke theorie van *dédoublement fonctionnel* eruit?[106] Scelle baseert zijn theorie op twee uitgangspunten. Het eerste uitgangspunt is dat menselijke samenlevingen zijn opgebouwd uit vele elkaar overlappende verbanden die alle een gelijke opbouw hebben, en waarin steeds de essentiële functies van wetgeving, bestuur en rechtspraak aanwezig zijn. Het tweede uitgangspunt is dat tussen die verschillende verbanden hiërarchische relaties bestaan.[107] Een belangrijke keuze die de theorie verder inkleurt, is dat het individu het enige rechtssubject is in al die verschillende samenlevingsverbanden, en dus ook in het internationale recht. Rechterlijke uitspraken, het sluiten van verdragen, het vaststellen van wetten en de werkzaamheden van de uitvoerende macht zijn uiteindelijk handelingen van individuele actoren. Afhankelijk van de bevoegdheden van die individuele actoren, hebben hun handelingen een verder- of minder verreikende uitwerking. Die functies worden de ene keer aangewend op een internationale schaal en de andere keer slechts op een nationale schaal; niet tegelijkertijd maar volgtijdelijk. Die individuele actoren verenigen dus meerdere bevoegdheden in zich, elk met zijn eigen reikwijdte: de *dédoublement fonctionnel*. Scelle poneert dat als een wetmatigheid die steeds terug te vinden is in samenlevingen die zijn samengesteld uit verschillende onderdelen.[108] Dat geldt ook voor de verhoudingen binnen een federale staat. Zo hoeft bijvoorbeeld voor de uitvoering van federale wetten geen zelfstandig ambtenarenapparaat te worden opgezet, maar kunnen lokale ambtenaren tevens het federale recht uitvoeren.[109] Dat op dezelfde manier internationaal recht wordt uitgevoerd door nationale ambtenaren is volgens Scelle vooral noodzakelijk wanneer specifieke organisaties op het internationale niveau ontbreken.[110] In die situatie moeten ambtenaren van nationale autoriteiten invulling geven aan die *dédoublement fonctionnel*, door bijvoorbeeld rechtsregels toe te passen die uit dat uitgangspunt kunnen worden afgeleid. Zo'n regel die volgens Scelle uit zijn uitgangspunten voortvloeit, is dat hoger recht voorrang moet hebben op lager recht.[111] Dat idee is al in de oudste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG terug te vinden ten aanzien van de verplichtingen van de nationale rechter.

105 Brinkhorst 2008, p. 14.
106 Uitgewerkt in Scelle 1932-1934, Scelle 1936 en Scelle 1956. Zie over deze theorie ook Luchaire 1950 en Cassese 1990.
107 Als zodanig in Scelle 1956.
108 Scelle 1932-1934, dl. I, p. 42-43.
109 Scelle 1932-1934, dl. I, p. 217-218.
110 Scelle 1932-1934, dl. II, p. 10-11.
111 Scelle 1936, p. 97-100.

De vraag is echter wel of deze theorie van *dédoublement fonctionnel* ten aanzien van de nationale autoriteiten kan worden toegepast in een situatie waarin op supranationaal niveau specifieke autoriteiten zijn opgericht om uitvoering te geven aan het internationale recht. De nationale autoriteiten moeten dan bij hun handelen niet slechts een keuze maken in de toepassing van nationaal en internationaal recht, maar daarnaast zijn er hogergeplaatste autoriteiten die zelfstandig op de toepassing van het internationale recht toezien. Volgens Scelle is in dat geval ten aanzien van de internationale autoriteiten de *loi de dédoublement fonctionnel* niet van toepassing, omdat die autoriteiten specifiek belast zijn met de toepassing van internationaal recht en niet met nationaal recht. Maar omdat de internationale organisatie in het leven is geroepen door de nationale regeringen, wordt de *loi de dédoublement fonctionnel* als het ware getransformeerd in een *loi de participation*. Op die manier zijn de internationale autoriteiten ook niet zuivere toepassers van internationaal recht, maar oefenen zij steeds mede een nationale functie uit. Desondanks is volgens Scelle een internationale hiërarchische organisatie ter uitvoering van het internationale recht noodzakelijk. Wanneer wordt vertrouwd op de uitvoering van zowel nationaal als internationaal recht door nationale autoriteiten, volgens de *loi de dédoublement fonctionnel*, is het vrijwel onmogelijk het internationale recht gelijkvormig uit te voeren, omdat er geen coördinatiemogelijkheden zijn, en omdat er niet in internationaal verband een voorziening is om opgekomen rechtsvragen te beantwoorden.[112]

Wat betreft de uitvoerende macht rijst er volgens Scelle in dit verband een probleem, omdat de rechterlijke toetsing van uitvoeringshandelingen in het algemeen is beperkt tot de wettelijkheid ervan, en zich niet uitstrekt over de opportuniteit: daarover is de uitvoerende macht slechts politieke verantwoording schuldig. Regeringen zijn daarom weinig bereid om inmenging te dulden in beleidskwesties, terwijl ze volgens de theorie van *dédoublement fonctionnel*, waar het hun territoir betreft, wel optreden als handhavers van het internationale recht.[113] Dat probleem leidt ertoe dat Scelles theorie voor de uitvoerende macht van betrekkelijk geringe meerwaarde is. Er is geen enkele verzekering dat op nationaal niveau uitvoering wordt gegeven aan het internationale recht als daarop geen toezicht wordt gehouden door een internationale organisatie.[114] Daarom verdient de vraag hoe deze theorie in de context van een Europees OM kan worden toegepast nog serieuze aandacht.

112 Scelle 1936, p. 100-101.
113 Scelle 1936, p. 102-106.
114 Zie daarover ook Cassese 1990.

5.4.8 Een dubbele loyaliteit

Hoe moet zo'n functiecumulatie bij het Openbaar Ministerie nu worden vormgegeven? Het is duidelijk dat die dubbele petten-methode bij de rechter tot goede uitkomsten heeft geleid: de Nederlandse rechter is tevens Europese rechter wanneer hij Europees recht toepast. Voor de uitoefening van die Europese taak als nationale rechter heeft het Hof van Justitie in jarenlange jurisprudentie tal van regels gegeven, bijvoorbeeld over ambtshalve toepassing, directe werking en voorrang van het Europese recht. Maar kunnen die regels worden toegepast op het OM? Een groot verschil tussen de dubbele taakstelling bij de rechter en bij het OM, is de hiërarchische structuur die het Europees OM toevoegt aan de al bestaande structuren waarbinnen het Nederlandse OM moet functioneren. Een individuele officier van justitie ziet zich dan geconfronteerd met twee gezagslijnen: zowel het nationale als het Europese OM zal verplichtende aanwijzingen kunnen geven ten aanzien van zijn taakuitoefening. Bovendien zijn de uitgangspunten voor de vervolging van strafbare feiten in beide organisaties niet hetzelfde: het Europees OM hanteert een legaliteitsbeginsel met uitzonderingsmogelijkheden, het Nederlandse OM opereert op basis van het opportuniteitsbeginsel, uitgewerkt in beleidsprioriteiten. Voor zover er sprake kan zijn van beleidsvoering bij het Europees OM, heeft dat een ander karakter, omdat het is afgeleid van een uitgangspunt van verplichte bevoegdheidsuitoefening.

Daardoor rijzen twee problemen: door deze twee organisaties kan ten eerste conflicterend beleid worden gevoerd. Sterker nog: het is de veronderstelling die ten grondslag ligt aan het hele idee van een Europees OM, dat de nationale vervolgingsautoriteiten vanuit de Europese belangen bezien veel te weinig prioriteit geven aan de strafrechtelijke bestrijding van fraude en corruptie waarvan de EU het slachtoffer is. Het is niet moeilijk in te zien hoe in gevoelige dossiers de druk die vanuit beide beleidslijnen op de beslissende officier van justitie wordt uitgeoefend tot spanningen kan leiden. Ten tweede zijn die beleidsprioriteiten niet op één noemer te brengen, omdat de grondslagen van de handhaving fundamenteel verschillend zijn. Wanneer bijvoorbeeld overheidsorganen betrokken zijn bij fraude of corruptie met EU-subsidies zal er, op grond van het voor het Europese OM geldende legaliteitsbeginsel, een Europeesrechtelijke vervolgingsplicht bestaan, terwijl de prioriteit die vanuit het nationale OM aan die zaken wordt toegekend veel lager kan zijn. Van een afweging van Europese en nationale belangen kan bij die stand van zaken geen sprake zijn, maar onverkort zal voorrang gegeven moeten worden aan het Europese belang. Of daarbij aansluiting gevonden kan worden bij de regels die het institutionele recht van de EU aan de nationale rechter oplegt, is de vraag. In een concreet geval waarin rechtsnormen botsen, moet voorrang worden gegeven aan de Europeesrechtelijke norm, maar hoe zit dat in het beleid? Dat wordt vooral relevant wanneer boven het individuele geval uit

gedacht wordt: welk deel van de opsporingscapaciteit moet worden ingezet ter opsporing van subsidiefraudes?

In het licht van de theorie van *dédoublement fonctionnel* is een groot verschil tussen de posities van Nederlandse rechters, en officieren van justitie in de beoogde nieuwe structuur van het Europees OM dat de eerste niet en de laatste wel in een hiërarchische structuur zijn geplaatst. Volgens Scelle bood zijn theorie een verklaring voor de manier waarop internationaal recht door nationale autoriteiten wordt verwezenlijkt. Hij stelde zich daarbij echter op het standpunt dat zo'n structuur weinig garanties biedt voor een zorgvuldige toepassing van internationaal recht, en slechts een voorlopige oplossing is in afwachting van een supranationaal gespecialiseerd orgaan met een eigen taakstelling ten aanzien van de toepassing van het internationale recht. Vanuit dat oogpunt bezien is de huidige structuur waarin nationale vervolgingsinstanties belast zijn met de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie goed te beschrijven in termen van Scelles theorie. Zijn alternatieve oplossing is een gespecialiseerd orgaan op internationaal niveau dat met de handhaving zou zijn belast. Daarom valt het Europees OM, wanneer dat zou worden opgericht met een dubbele petten-structuur, niet goed te beschrijven in het kader van de theorie van Scelle: zowel de *loi de dédoublement fonctionnel* als de *loi de participation* zijn niet onverkort van toepassing. Een hybride structuur is het gevolg, waarbij de vraag is hoe de Europese aanwijzingsbevoegdheid zich laat combineren met een dubbel mandaat voor nationale officieren van justitie.

Mijn conclusie is dat Scelles theorie in ieder geval voor de dubbele pettenstructuur weinig houvast biedt, omdat die theorie is toegesneden op een toepassing van internationaal recht op ofwel supranationaal niveau, ofwel nationaal niveau. Dat hoeft zeker nog niet te betekenen dat het verstandiger is om een geheel Europese strafrechtelijke kolom in het leven te roepen,[115] als we er tenminste vanuit kunnen gaan dat het mogelijk is om een Europees OM zijn werkzaamheden in de lidstaten te laten uitvoeren. Die vraag heb ik hier niet behandeld, maar als die optie kan worden meegenomen resteren drie min of meer deugdelijke alternatieven: het traditionele model waarin de lidstaten volledig verantwoordelijk zijn voor de handhaving, het (politiek voorlopig onhaalbare) model van een aanvullende strafrechtspleging op Europees niveau, en het compromismodel waarin een volledig Europees OM onafhankelijk van de lidstaten opereert en vervolgt voor de nationale rechter. Een verwatering van het idee van het Europees OM, in een organisatie waarin de nationale officieren van justitie geplaatst zijn in een dubbele hiërarchie, valt in ieder geval niet goed vorm te geven op grond van Scelles theorie van *dédoublement fonctionnel*. Bovendien leidt dat voor de officier van justitie tot een ingewikkelde spagaat, waarin hij zich geconfronteerd ziet met een Euro-

115 Zoals betoogd door Donner 2004.

peesrechtelijk legaliteitsbeginsel dat op gespannen voet staat met het opportuniteitsbeginsel als uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht.

5.5 DEELCONCLUSIE

In dit hoofdstuk stond de deelvraag centraal die luidt: 'hoe dient het opportuniteitsbeginsel te worden begrepen gegeven de sterker wordende institutionele structuur van de Europese strafrechtelijke samenwerking?' Die sterker wordende institutionele structuur is daarbij vooral bekeken vanuit het perspectief van de jurisdisctionele afgrenzing van strafvorderlijke beslissingen. Daartoe zijn drie verschillende stappen onderscheiden in deze versterking van strafrechtelijke samenwerking binnen de Europese Unie. Uit dat onderscheid kan worden afgeleid wat de betekenis van die vormen van samenwerking is voor het opportuniteitsbeginsel.

De eerste versterkte samenwerkingsstructuur betreft het beginsel van wederzijdse erkenning, en de uitwerking die dat heeft gekregen in verschillende rechtsinstrumenten. Met betrekking tot die vorm van samenwerking kan geconcludeerd worden dat die geen beperking van het opportuniteitsbeginsel inhoudt, voor zover het gaat om het beslissen op bevelen die door een buitenlandse autoriteit zijn uitgevaardigd. Daarvoor gold voor de introductie van het beginsel van wederzijdse erkenning al dat het opportuniteitsbeginsel niet kon worden toegepast. Het hangt daarmee van het recht van de uitvaardigende autoriteit af, of hij het opportuniteitsbeginsel kan toepassen, in de negatieve of de positieve variant, of dat hij gebonden is aan het legaliteitsbeginsel. Ook vervolging in eigen land kan vanwege het *ne bis in idem*-beginsel Europabrede gevolgen hebben. Vanaf de andere kant geredeneerd geeft het beginsel van wederzijdse erkenning dus juist ook een grote reikwijdte aan opportuniteitsbeslissingen. Daarbij is het wel zo dat de meer punitieve beslissingen een grotere reikwijdte hebben dan de meer terughoudende beslissingen: op grond van een onvoorwaardelijk beleidssepot kan geen bescherming van het *ne bis in idem* beginsel worden ingeroepen. Dat betekent dus dat landen die een legaliteitsbeginsel hanteren een grotere invloed uitoefenen op de landen waar zij mee samenwerken, dan de landen die een opportuniteitsbeginsel hanteren waarmee zij een mild strafklimaat nastreven. Zo die terughoudendheid al intern wordt nagestreefd, is dat in ieder geval niet mogelijk wanneer de medewerking wordt bevolen door een andere lidstaat.

Een verdergaande samenwerking is door de lidstaten van de Europese Unie aangegaan door de oprichting van Eurojust. De coördinerende rol van die organisatie brengt met zich mee dat lidstaten niet ongemotiveerd mogen weigeren wanneer door Eurojust een verzoek wordt gedaan tot het instellen van een opsporingsonderzoek. Zij hebben dan dus geen beleidsvrijheid meer; dat is echter niet per se een inperking van het opportuniteitsbeginsel, omdat Eurojust in zijn taakuitoefening niet aan een legaliteitsbeginsel is gebonden.

Daarover is althans niets bepaald in het Eurojust-besluit. De conclusie moet zijn dat er in ieder geval een opportuniteitsbeslissing kan worden genomen, zij het dat die binnen de structuur van Eurojust plaatsvindt. Tot op zekere hoogte kan dit ook op nationaal niveau, mits die beslissing gemotiveerd wordt medegedeeld wanneer een verzoek wordt geweigerd. Wanneer Eurojust bevoegd wordt gemaakt tot het zelfstandig instellen van opsporingsonderzoeken, zal het verstandig zijn om te bepalen welke mate van beleidsvrijheid daarbij kan worden gehanteerd.

Wanneer de lidstaten van de Europese Unie overgaan tot oprichting van een Europees Openbaar Ministerie wordt de samenwerking in strafzaken op een geheel nieuw plan getild. Dat geldt zeker als aan een aantal voorwaarden voldaan wordt, zoals de binding aan het legaliteitsbeginsel. Als deze organisatie verder een gedecentraliseerde institutionele structuur krijgt, waarbij nationale officieren als Europese officier worden aangewezen en hiërarchisch ondergeschikt zijn aan een centrale Europese officier van justitie, ontstaan er spanningen op het nationale niveau. Die officieren moeten dan in twee hiërarchische verbanden opereren, waarbij zij aanwijzingen kunnen krijgen van hun nationale en van hun Europese superieuren. Bovendien zijn zij als Europese officier van justitie gebonden aan het legaliteitsbeginsel, terwijl zij als lid van het Nederlandse OM het opportuniteitsbeginsel toepassen. Als dan ook nog geldt dat alle Europese officieren van justitie, zowel de centrale als de decentrale, kunnen beschikken over opsporingsbevoegdheden die vanwege de oprichting van een Europees territoir gelding hebben in andere lidstaten, is de juridische situatie erg complex geworden.

Die conclusie hoeft nog niet te betekenen dat er in de praktijk met de gesignaleerde spagaat niet valt te leven. Voor praktische oplossingen zou inspiratie kunnen worden opgedaan uit de hierboven genoemde situatie binnen het Spaanse OM, of, om in Nederland te blijven, bij de manier waarop de Nederlandse Mededingingsautoriteit het Europese mededingingsrecht uitvoert. De Autoriteit Consument en Markt past immers zelf krachtens artikel 88 Mw Europees recht toe, en is door verordening 1/2003 in een zeer vergaande samenwerkingsstructuur met de Europese Commissie geplaatst.[116] Dat soort 'Network-Based Governance' zou wel eens waardevolle inzichten kunnen leveren voor de inrichting van het Europees Openbaar Ministerie.[117]

De conclusie die moet worden getrokken, is dat het nastreven van een op nationaal niveau gecentraliseerd, rationeel vervolgingsbeleid een utopie is geworden. Daarvoor zijn de directe of indirecte geldigheid van beslissingen van buitenlandse autoriteiten, en de gelding van een legaliteitsbeginsel waaraan ook gedecentraliseerde Europese officieren van justitie gebonden zijn, te zeer een doorkruising van die sturingspretentie om nog te kunnen worden afgedaan als een afwijking van het gebruikelijke beeld. Een alternatieve ontwikkeling,

116 Zie daarover Steenbergen & Van der Woude 2004.
117 De Visser 2009.

die minder in het nationale recht zou ingrijpen, maar waarvoor een verdragswijziging noodzakelijk is, zou het oprichten van een federale strafrechtspleging zijn, waarbij ook de berechting op Europees niveau zou plaatsvinden. De ervaringen met de handhaving van het mededingingsrecht laten zien dat een dergelijke structuur mogelijk is, maar dat daarbij nog vaak vertrouwd wordt op de ondersteunende rol van de nationale handhavingsinstanties, die via netwerkstructuren samenwerken met de Europese Commissie. Dergelijke netwerken zouden ook in de strafrechtelijke handhaving kunnen worden opgezet, maar dat betekent niet de redding van het opportuniteitsbeginsel. Althans niet wanneer dat positief wordt geïnterpreteerd en daaraan wordt verbonden dat aan de nationale instanties de vrijheid voorbehouden blijft om te bepalen of het algemeen belang tot het instellen van vervolging dwingt.

6 Het opportuniteitsbeginsel in zijn materieelrechtelijke context

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat centraal op welke wijze het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht elkaar beïnvloeden, waarbij die invloed in Europees perspectief wordt geplaatst. Met de bespreking van deze beïnvloeding wordt getracht een antwoord te geven op de vijfde deelvraag van dit onderzoek, die luidt: 'wat is de verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht in het licht van de verplichting tot implementatie van Europees recht?' De verhouding tussen het materiële strafrecht en het opportuniteitsbeginsel zal daartoe vanuit twee perspectieven worden bezien: zowel de betekenis van het bestaan van het opportuniteitsbeginsel voor de omvang en de afbakening van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt onderzocht, als de betekenis van de inhoud van het Nederlandse materiële strafrecht voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Vanuit dat eerste perspectief komen enkele karakteristieken van het Nederlandse materiële strafrecht in beeld, die duidelijk maken dat het opportuniteitsbeginsel invloed uitoefent op het materiële recht, bijvoorbeeld doordat strafrechtelijke aansprakelijkheid niet erg scherp afgebakend hoeft te zijn wanneer men vertrouwt op een zorgvuldig toegepast vervolgingsbeleid. Vanuit het tweede perspectief blijkt de strafwet inhoudelijk van betekenis te zijn voor de beleidsregels van het OM als neerslag van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. In die beleidsregels zijn immers in wezen veel materieelrechtelijke keuzes opgenomen, verwerkt in de formeelrechtelijke juridische context van aanwijzingen en richtlijnen.

De betekenis van het materiële recht voor het opportuniteitsbeginsel is met name van belang wanneer, zoals in de inleiding gesteld, bepaalde materieelrechtelijke normen van een gebonden toepassing zijn. Wanneer een norm van absolute toepassing is, bepaalt de bewoording van de norm zijn toepassingsbereik, en wanneer een norm van discretionaire toepassing is, kunnen geheel buiten de inhoud van de norm gelegen overwegingen invulling geven aan de toepassing ervan. Maar wanneer een norm gebonden toepasselijk is, kan de toepassing van die norm afhankelijk worden gemaakt van de mate waaraan door die toepassing uitdrukking kan worden gegeven aan de waarden die aan die norm ten grondslag liggen. Dat betekent niet, dat in de norm besloten ligt met welke mate van beleidsvrijheid deze kan worden toegepast, want dat is afhankelijk van een buiten de materiële norm gelegen normering. Het gevolg

daarvan is echter wel, dat het voor de handhaving van materieelstrafrechtelijke normen van belang is wat de daarachter liggende waarden zijn, wanneer tenminste die normen moeten worden geacht gebonden toepasselijk te zijn.[1]

Als de omvang van de strafvorderlijke beleidsvrijheid waarmee materieelrechtelijke normen mogen worden gehandhaafd, mede afhankelijk is van de Europeesrechtelijke randvoorwaarden aan handhaving, zou dat kunnen betekenen dat van sommige normen, die het gevolg zijn van harmonisatie van materieel strafrecht, moet worden gezegd dat deze gebonden toepasselijk zijn. Dat betekent, dat bij de toepassing van die normen in aanmerking moet worden genomen wat de achterliggende waarden van die normen zijn, waarbij de Europese context niet kan worden weggedacht. Dat geeft aan wat het belang is van het onderzoeken van de onderlinge betekenis van het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht.

Een aspect van die onderlinge betekenis waarmee rekening moet worden gehouden, is dat het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht zich niet statisch tot elkaar verhouden, maar in onderlinge wisselwerking staan. Ze hebben betekenis voor elkaar, en het resultaat van de wederzijdse beïnvloeding kan verschuiven. Oorspronkelijk materieelrechtelijke keuzes kunnen worden doorgeschoven naar het terrein van het vervolgingsbeleid, terwijl het introduceren van formeelrechtelijke voorzieningen een scherpe, dogmatische afbakening van het materiële recht overbodig maakt. Het opportuniteitsbeginsel faciliteert daarbij een rolverdeling tussen wetgever, rechter en Openbaar Ministerie in de rechtsvorming op het gebied van het materiële strafrecht, die mede door de flexibiliteit die strafvorderlijke beleidsvrijheid biedt, voortdurend in verbinding kan staan met de samenleving.[2] Deze wisselwerking tussen materieel strafrecht en het opportuniteitsbeginsel komt onder andere naar voren in de door het OM gehanteerde sepotgronden, en de richtlijnen en aanwijzingen die de te nemen strafvorderlijke beslissingen in hoge mate voorschrijven aan de hand van kenmerken van de geconstateerde gedragingen. De rechtspositie van de burger die met het strafrecht te maken heeft of daarmee te maken kan krijgen wordt daardoor tot op grote hoogte bepaald door strafprocessuele keuzes, namelijk de voorwaarden waaronder opsporing en vervolging worden ingezet, en niet door materieelrechtelijke voorzieningen. Deze wisselwerking heeft voornamelijk belang voor leerstukken die op de traditionele grens van materieel en formeel strafrecht liggen. Deze komen namelijk het meest direct in aanmerking voor een regeling in het procesrecht waar het een materieelrechtelijk punt betreft, en vice versa. Ook heeft het opportuniteitsbeginsel betekenis aan de randen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

1 Vgl. MacCormick 2007b, p. 26-28, en paragraaf 1.5.4.
2 MacCormick 2005, p. 47.

De houdbaarheid van deze gang van zaken, een wederzijdse beïnvloeding van materieel strafrecht en opportuniteitsbeginsel, is echter niet verzekerd. Daarvoor zijn twee oorzaken. De eerste oorzaak is gelegen in de combinatie van een steeds verder uitdijende strafwetgeving met een steeds stringenter vervolgingsbeleid, waarbij de grenzen van de aansprakelijkheid doelbewust worden opgezocht. Daardoor raakt het beeld van een ruim bemeten materieel strafrecht, gecombineerd met een rationeel en terughoudend vervolgingsbeleid, achterhaald. Dat kan als zorgwekkend worden gezien, omdat het opportuniteitsbeginsel een terughoudend vervolgingsbeleid mogelijk maakte, waardoor weinig fundamenteel belang bestond bij scherpe grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wanneer die terughoudendheid wordt verlaten, maar niet tegelijkertijd wordt geïnvesteerd in een scherpere afbakening van het materiële strafrecht, ontstaat het risico dat de wederzijdse beïnvloeding een eenzijdige wordt. Een afwijking van het vertrouwde beeld kan echter ook worden veroorzaakt doordat het OM een verduidelijking wil van de reikwijdte van het materiële strafrecht, op grond waarvan het de grenzen van het haalbare opzoekt. Daardoor wordt jurisprudentiële ontwikkeling van materieelrechtelijke vraagstukken uitgelokt en kan worden bijgedragen aan de rechtszekerheid, hoewel het gevaar bestaat dat in concrete gevallen de belangen van de verdachte daarvoor moeten wijken. Het is echter de vraag of deze manier van werken wenselijk is: is het een goede zaak wanneer de bepaling van de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid steeds meer wordt overgelaten aan de met strafrechtelijke handhaving belaste instanties? Een achteruitgang in rechtszekerheid kan wellicht ook worden voorkomen door de betekenis van het materiële strafrecht in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel te betrekken. Of dat werkbaar is, zal moeten worden onderzocht.

De tweede oorzaak waardoor deze wisselwerking van karakter kan veranderen, is de Europese harmonisatie van materieel strafrecht. Daarbij spelen ook beide perspectieven een rol: enerzijds is het de vraag of geharmoniseerde strafbepalingen betekenis dienen te hebben voor de invulling van opportuniteitsvragen.[3] Anderzijds blijkt het bestaan van het opportuniteitsbeginsel voor de Nederlandse regering een reden te zijn om op Europees niveau aan te dringen op wetgeving die daarmee verenigbaar is. De mate waarin op strafrechtelijke harmonisatie door een individuele lidstaat invloed uitgeoefend kan worden, is echter sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon sterk verminderd, als gevolg waarvan bij nieuwe regelgeving niet steeds kan worden aangestuurd op compatibiliteit met het opportuniteitsbeginsel. In dit hoofdstuk is er eerst aandacht voor de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht zoals die kan worden gesignaleerd in het Nederlandse recht. Daarna wordt de blik gericht op een specifiek voorbeeld van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel bij strafrechtelijke aansprakelijkheid die op Europees niveau is geharmoniseerd: het coffeeshopbeleid. Ten

3 De Hullu 2000, p. 333-336.

aanzien van de strafbaarheid van gedragingen met betrekking tot cannabis is door de Europese Unie harmoniserend opgetreden, waardoor de vraag gesteld kan worden in hoeverre er beleidsvrijheid bestaat bij overtredingen van de strafwetgeving die als omzetting van Europees recht te gelden heeft. De te bespreken wisselwerking speelt zich ook af op het terrein van algemene leerstukken, maar omdat ten aanzien daarvan geen harmonisatiebevoegdheid is voorzien voor de Europese regelgever, blijft die buiten beschouwing, hoewel daarover ongetwijfeld meer te zeggen is.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Als eerste is er in paragraaf 6.2 aandacht voor verschillende aspecten van vervolgbaarheid, die het duidelijkst op de grens van materieel en formeel strafrecht zijn te plaatsen. Hieruit komt een eerste beeld naar voren van de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht. Vervolgens wordt in paragraaf 6.3 wat uitgebreider stilgestaan bij de manier waarop het opportuniteitsbeginsel betekenis heeft voor de vestiging en vaststelling van rechtsmacht. Dat betreft een onderwerp dat ook op de grens van het materiële en formele strafrecht ligt, maar in dit verband toch als materieelrechtelijk wordt aangemerkt, en dat op een bijzondere manier samenhang vertoont met het opportuniteitsbeginsel. Daarna wordt in paragraaf 6.4 de blik gericht op de omvang van strafrechtelijke aansprakelijkheid en de betekenis daarvoor van het opportuniteitsbeginsel, zowel in verband met de afbakening van enkele algemene leerstukken, als met de reikwijdte van delictsomschrijvingen. Als voortzetting daarvan wordt in paragraaf 6.5 aandacht besteed aan het thema van strafbaarstelling en decriminalisering, waardoor op het niveau van strafrechtelijke aansprakelijkheid soortgelijke overwegingen hun uitwerking krijgen als op het niveau van de handhaving door toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Vervolgens komt in paragraaf 6.6 de strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen aan bod. Dit is relevant, omdat het bestaan van de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid als controle op de toepassing van het opportuniteitsbeginsel wordt aangedragen als argument tegen mogelijke strafbaarheid van overheidsorganen. Daarna volgen in paragraaf 6.7 de strafuitsluitingsgronden als materieelrechtelijke uitzonderingen op strafrechtelijke aansprakelijkheid, die soms in het verlengde liggen van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Dit verband wordt met name duidelijk in paragraaf 6.8, waarin discussies worden behandeld over subsocialiteit als element van strafrechtelijke aansprakelijkheid, waardoor in feite het opportuniteitsbeginsel materieelrechtelijk wordt verwerkt. Paragraaf 6.9 staat vervolgens stil bij de betekenis van het opportuniteitsbeginsel voor de wijze waarop materieelrechtelijke normen worden geïnterpreteerd.

In de laatste paragraaf wordt de blik gericht op de betekenis van materieelrechtelijke harmonisatie voor de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht. Deze harmonisatie heeft gevolgen voor de Nederlandse strafwet, en brengt handhavingsaanspraken met zich mee. Daarbij is de vraag hoe de harmonisatie van materieel strafrecht moet worden begre-

pen: volgens sommigen brengt de rechtsgrondslag voor harmonisatie met zich mee dat geen onbeperkte discretionaire bevoegdheid mag gelden bij de handhaving van het recht dat op die grondslag wordt geharmoniseerd.[4] Dat standpunt lijkt mij echter te weinig nauwkeurig, beter is het om het geharmoniseerde recht te beschouwen tegen de achtergrond van het Europeesrechtelijke effectiviteitsvereiste, dat zowel voortvloeit uit de algemene Unietrouw als uit specifiek in verschillende rechtsinstrumenten opgenomen verplichtingen tot het introduceren van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties.[5] Deze eisen, waarvan de inhoud aan de orde is geweest in paragraaf 3.4, brengen met zich mee dat aan implementatieverplichtingen niet louter door omzetting kan worden voldaan, maar dat tevens eisen worden gesteld aan de handhaving van het geharmoniseerde recht,[6] hoewel het moeilijk te zeggen is of dat voor het feitelijke vervolgingsbeleid veel verschil maakt.[7] De verwachting is dat die Europese dimensie gevolgen heeft voor beide perspectieven die in dit hoofdstuk worden ingenomen: voor de betekenis van het materiële strafrecht voor de rol van het opportuniteitsbeginsel in de handhaving,[8] en voor de betekenis die het opportuniteitsbeginsel heeft voor de totstandkoming en inhoud van het materiële strafrecht.

Dit Europese perspectief wordt in paragraaf 6.10 toegelicht aan de hand van het voorbeeld van het Nederlandse coffeeshopbeleid, dat een duidelijk gevolg is van een ruime interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. In het coffeeshopbeleid wordt een beperkte categorie gedragingen door OM-aanwijzingen uitgezonderd van strafrechtelijk ingrijpen, tenzij bepaalde gedoogvoorwaarden worden overtreden. Nu de EU op dit terrein harmoniserend is opgetreden, doet de vraag zich voor in hoeverre er in die context nog ruimte bestaat voor toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Die Europese context kan op twee manieren van invloed zijn: ten eerste kan met het opportuniteitsbeginsel rekening worden gehouden in trajecten van harmonisatie en omzetting, die hun uitwerking hebben op het materiële recht. Ten tweede bevat het Europese materiële recht een handhavingsaanspraak, en dat recht heeft daardoor een bepaalde betekenis voor het opportuniteitsbeginsel. In dat verband is het Europese recht met betrekking tot het vrij verkeer van goederen van bijzonder belang.

Ten slotte worden in paragraaf 6.11 conclusies getrokken, waarmee wordt getracht een antwoord te geven op de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat.

---

4 Tak 2002b, p. 358, 362, 366.
5 Vervaele 2006, p. 643, 667; Klip 2009, p. 188, 196.
6 De Wijkerslooth 2006, p. 47-48; De Doelder 2005, p. 117-118.
7 Klip 2006a, p. 144.
8 Verheijen & Stevens 2003, p. 588-590.

6.2 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL EN ENKELE ASPECTEN VAN VERVOLGBAARHEID

6.2.1 Opportuniteit en leeftijdsgrenzen

Vervolging van jeugdigen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet hebben bereikt is uitgesloten (artikel 486 Sv); zulke zaken worden door het OM, zo ze al worden aangebracht, afgedaan met een technisch sepot met sepotcode 03: 'niet ontvankelijk'. Wanneer een jeugdige verdachte zich hier niet meer op kan beroepen, kan het OM desondanks met een beroep op het opportuniteitsbeginsel van verder strafrechtelijk ingrijpen afzien: 'hoewel strafvervolging op grond van de leeftijd wel mogelijk is, wordt in verband met de jeugdige of gevorderde leeftijd vervolging niet doelmatig of te zwaar geacht', luidt de toelichting op sepotcode 50. Materieel recht en opportuniteit liggen hier in elkaars verlengde, waardoor een gedifferentieerde aanpak mogelijk wordt, en tegelijkertijd een ondergrens wordt gehandhaafd.

Wanneer, om bij dit voorbeeld te blijven, de ondergrens van twaalf jaar zou worden verlaagd, zou kunnen worden vertrouwd op een zorgvuldig vervolgingsbeleid van het OM, dat ingrijpen reserveert voor die gevallen waarin zeer jeugdigen worden verdacht van de ernstigste feiten.[9] Het bestaan van het opportuniteitsbeginsel kan het verzoek om verruiming van de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid rechtvaardigen, waarbij dan vertrouwd wordt op zorgvuldige toepassing. Toen de *Code Pénal* nog geldend recht was in Nederland, en er voor jeugdigen beneden de zestien jaren wel een verminderd strafmaximum gold, maar strafrechtelijke aansprakelijkheid niet was uitgesloten, werd het opportuniteitsbeginsel gebruikt om al te jeugdige personen niet te belasten met strafvervolging. Daarover stuurde zelfs de Minister van Justitie een circulaire aan het OM, waarin de procureurs-generaal werd verzocht hun officieren van justitie uit te nodigen geen strafvervolging in te stellen tegen jeugdigen die nog niet het oordeel des onderscheids hadden bereikt, tenzij het openbaar belang daartoe zou gebieden.[10]

De interpretatie van het opportuniteitsbeginsel is echter van groot belang voor de uitkomst van die toepassing, hetgeen kan worden geïllustreerd aan de hand van het tegenovergestelde van de categorie van de jeugdigen. Voor ouderen bestaat namelijk geen specifieke regeling van vervolgbaarheid. Slechts het overlijden van de verdachte staat volgens artikel 69 Sr in de weg aan verdere strafrechtelijke behandeling. Het OM kan, met gebruikmaking van dezelfde sepotcode 50, echter wel in zaken van oudere verdachten om opportuniteitsredenen seponeren. Wanneer het opportuniteitsbeginsel negatief wordt geïnterpreteerd, luidt de relevante vraag: 'Waarom zouden ouderen niet

9 Een mogelijkheid gesignaleerd, maar overigens afgewezen door De Bruijn-Lückers & De Pauw Gerlings-Dohm 1999.

10 Zie daarover Faber 2009, p. 13-18.

vervolgd hoeven te worden?'[11] Een positieve interpretatie vraagt om een zelfstandige beoordeling waarin de leeftijd van de verdachte moet worden betrokken. Die interpretatie past waarschijnlijk beter bij die gevallen waarin de wet vervolging niet uitsluit, maar waarbij toepassing van het opportuniteitsbeginsel in het verlengde ligt van de wettelijke regeling.

In dit voorbeeld: de wettelijke uitsluiting van vervolging van 'twaalfminners' roept de vraag op welke omstandigheden de vervolging van een twaalf- of dertienjarige rechtvaardigen, terwijl het niet bestaan van een wettelijke leeftijdsgrens voor de vervolging van ouderen de beslissing daaromtrent openlaat. De uitsluiting van de vervolging van reeds overleden verdachten is in dat verband toch van een andere orde dan de uitsluiting van jeugdigen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet hebben bereikt.

6.2.2 Opportuniteit en verjaring

Een ander aspect van vervolgbaarheid in het verlengde waarvan het opportuniteitsbeginsel wordt toegepast, is de verjaring van strafbare feiten. De artikelen 70-73 van het Wetboek van Strafrecht geven daarvoor een algemene regeling, terwijl het OM in niet verjaarde zaken wegens schending van de redelijke termijn eveneens niet ontvankelijk kan worden verklaard. Onder omstandigheden kan er in zaken die niet verjaard zijn en waarin geen schending van de redelijke termijn te verwachten is, toch een sepot op zijn plaats zijn, getuige het bestaan van de sepotgrond 'oud feit'. Deze wordt als volgt toegelicht: 'het belang van strafrechtelijk ingrijpen is te gering geworden in verband met de lange tijd die is verstreken na het plegen van het feit, hoewel dit nog niet verjaard is, of de 'redelijke termijn' van artikel 6 EVRM is verstreken; vervolging kan daarom onbillijk of ondoelmatig worden geacht.'

Ook kan het OM in bepaalde zaken zo lang geen actie ondernemen, dat de verjaring intreedt zonder dat ooit een beslissing tot niet-vervolging is genomen.[12] Wat recentelijk in dit verband naar voren wordt gebracht, is dat verruimingen van de wettelijke verjaringstermijnen kunnen worden gecompenseerd in het vervolgingsbeleid. Er kan worden gezegd dat het opportuniteitsbeginsel dan de plaats inneemt van de verjaring.[13] De bedoeling van de wetgever zal echter niet zijn dat alle niet-verjaarde zaken die onder de oude regeling wel verjaard zouden zijn, zonder meer worden geseponeerd. Een gedifferentieerd beleid is waarschijnlijk de meest wenselijke optie. Dit geldt te meer omdat verandering van wetgeving op het vlak van verjaring met onmiddellijke ingang effect heeft, met dien verstande dat verstreken verjarings-

11 Hoekstra 2008.
12 Zoals Dohmen 2011 beschrijft dat gebeurd zou zijn met gevallen van misbruik door katholieke priesters en geestelijken.
13 Jessurun d'Oliveira 2002.

termijnen wel worden geëerbiedigd.[14] Wanneer bovendien verjaringstermijnen van de ernstigste misdrijven in het geheel worden afgeschaft, komt er des te meer nadruk te liggen op een zorgvuldige toepassing van het opportuniteitsbeginsel.[15] De wetgever heeft in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ter aanpassing van de regeling van de vervolgingsverjaring aangegeven dat hij er alle vertrouwen in heeft dat het OM 'op prudente wijze invulling zal geven aan de ruime bevoegdheid tot uitoefening van het recht tot strafvordering die met de voorgestelde regeling wordt gegeven'.[16] Die prudente invulling zou daarin kunnen bestaan dat de achterliggende gedachte van de verjaringsregeling wordt toegepast in de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing. Iets dergelijks wordt ook weerspiegeld in de toelichting op de sepotgrond 'oud feit'.

6.2.3 Opportuniteit en klachtdelicten

Een vergelijkbare verschuiving van een kwestie van het terrein van de vervolgbaarheid naar de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, is te herkennen in de sfeer van de klachtdelicten. Deze verschuiving zal worden toegelicht na enkele opmerkingen over de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in dit verband. Traditioneel worden de klachtdelicten gezien als een uitdrukking van de gedachte dat bepaalde, zelfs puur individuele, belangen bij niet-vervolging, zwaarder kunnen wegen dan het belang dat gehecht wordt aan vervolging en toepassing van het materiële strafrecht.[17] Een duidelijk voorbeeld hiervan vormen de beledigingsdelicten, waarvan een publieke behandeling het slachtoffer gemakkelijk meer kwaad dan goed kan doen.[18] Een overweging om klachtdelicten als een strafprocesrechtelijk onderwerp te beschouwen in plaats van als een materieelrechtelijk, kan zijn gelegen in de verbondenheid ervan met het opportuniteitsbeginsel.[19] Die verbondenheid blijkt bijvoorbeeld daarin, dat het indienen van een beklag tegen niet-vervolging van een klachtdelict, zonder dat eerst een klacht is ingediend, zelf geldt als een klacht.[20] Er kan echter ook worden beweerd dat de verbondenheid van opportuniteitsbeginsel en klachtdelicten juist iets zegt over de materieelrechtelijke dimensie van het wellicht oorspronkelijk als typisch formeelrechtelijk te beschouwen opportuniteitsbeginsel. Mede daarom is het goed mogelijk om klachtdelicten als onderdeel van de vervolgbaarheid, en dus van het materiële strafrecht te

14 HR 16 feburari 2010, *NJ* 2010, 232 m.nt. M.J. Borgers.
15 Arendse 2013, p. 232, 234.
16 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 890, nr. 3, p. 9.
17 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 585-589; reeds bij Simons/Pompe 1937-1941, deel 1, p. 345; Van Bemmelen 1957, p. 125; zie ook Wiersinga 2000, p. 170-171 over schaking.
18 Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 18-19.
19 Nijboer & Wemes 1990, p. 91.
20 HR 5 januari 2010, *NJ* 2010, 46.

zien, met als voornaamste reden dat het klachtvereiste aansluit bij heteronome, dus niet op de eigenlijke normschending betrokken, omstandigheden rondom een strafbaar feit. In zoverre ligt het in het verlengde van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

Het is een punt van discussie of het bestaan van een klacht tot vervolging dwingt. Sommigen stellen dat het opportuniteitsbeginsel onverkort geldt wanneer een klacht is ingediend.[21] Volgens Van Veen, überhaupt geen pleitbezorger van een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel,[22] dient hier echter voorzichtigheid te worden betracht. De wetgever heeft aan de klachtgerechtigde een bijzonder belang bij de vervolging toegekend, waardoor minder speelruimte dient te bestaan voor het OM. Het OM zou zich volgens Van Veen misschien zelfs moeten beperken tot een haalbaarheidstoets, en in ieder geval niet moeten seponeren zonder dat de klager daar vooraf in gekend is.[23] Tegenwoordig zou het inderdaad als onzorgvuldig worden beschouwd als het OM in zo'n geval geen bericht zou sturen.[24] De omgekeerde situatie kan zich ook voordoen, namelijk dat de indiener van de klacht deze weer in wenst te trekken, maar dat de wettelijke termijn waarbinnen intrekking mogelijk is, acht dagen, is verstreken. Het opportuniteitsbeginsel biedt in dat geval de mogelijkheid om bij de beslissing omtrent vervolging rekening te houden met de veranderde wens van de klager.[25]

Andere problemen kunnen zich voordoen wanneer er meerdere betrokkenen zijn bij een delict die belang hebben bij geheimhouding, maar slechts één van hen klachtgerechtigd is.[26] Het opportuniteitsbeginsel maakt flexibiliteit mogelijk in gevallen waarin de wettelijke regelingen onvoldoende oplossing bieden. Wiersinga bijvoorbeeld stelt zich als ideaal voor, dat in sommige situaties een geduldige autoriteit, bestand tegen manipulatie, alle partijen, waaronder de klachtgerechtigde en zijn eventuele wettelijke vertegenwoordigers, met enige regelmaat zou horen.[27] Soortgelijke oplossingen zouden moeten worden gevonden in gevallen waarin verschil van mening bestaat tussen minderjarigen en hun wettelijke vertegenwoordigers omtrent het al dan niet indienen van een klacht.[28] Om een flexibel optreden van het OM mogelijk te maken geldt dat, wanneer een klacht is ingediend, een eventuele kwalificatie onder een specifieke delictsomschrijving die in die klacht is opge-

21 Van Bemmelen 1957, p. 128; Von Brucken Fock 1987, p. 83; Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 589; Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 227; Langemeijer 2010, p. 32; Wiersinga 2000, p. 173; Melai/Groenhuijsen, aant. 8.5 op art. 167.

22 Zie de eerste door hem bewerkte druk van Ons Strafrecht: Van Bemmelen/Van Veen 1981, p. 86-90.

23 Van Veen 1975, p. 331.

24 Langemeijer 2010, p. 48.

25 Meijer, Seuters & Ter Haar 2010, p. 264.

26 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 3 op art. 318.

27 Wiersinga 2000, p. 183.

28 Zie daarover Von Brucken Fock 1987.

nomen het OM niet verhindert om een vervolging in te stellen voor een klachtdelict waaraan niet expliciet in de klacht wordt gerefereerd, maar dat wel begrepen kan worden in het in de klacht omschreven materiële gebeuren. Die ruimte voor toepassing van het opportuniteitsbeginsel in de keuze van een tenlastelegging wordt door de Hoge Raad niet uitgesloten.[29]

Een verschuiving die vergelijkbaar is met de hiervoor gesignaleerde ontwikkelingen op het gebied van leeftijdsgrenzen en verjaringstermijnen, doet zich bij de klachtdelicten voor in het schrappen van het klachtvereiste, waarbij tegelijkertijd een verplichting is ingevoerd om een persoon te horen, die voorheen klachtgerechtigd zou zijn geweest, om kennis te nemen van zijn mening over het gepleegde feit. Ten aanzien van enkele zedendelicten is deze hoorplicht opgenomen in artikel 167a Sv, terwijl het klachtvereiste werd geschrapt, omdat dit naar de opvatting van de wetgever niet bevredigend functioneerde.[30] Daarbij wordt in de Memorie van Toelichting tevens overwogen dat het OM in een aanwijzing regels opneemt over de wijze waarop wettelijke vertegenwoordigers worden betrokken bij de beslissing omtrent vervolging, en over de wijze waarop degene die zijn mening omtrent vervolging heeft kenbaar gemaakt, op de hoogte wordt gesteld van de genomen beslissing.[31] De wetgever heeft zodoende getracht om enerzijds de vrijheid van twaalf- tot zestienjarigen om, onafhankelijk van de wens van de ouders, seksuele betrekkingen aan te gaan, niet te zeer in te perken, maar toch de beoordeling van de noodzaak tot bescherming niet geheel aan henzelf over te laten.[32] Daaruit blijkt dat naar het inzicht van de wetgever ontucht met kinderen tussen de twaalf en zestien jaar dusdanig strafwaardig is dat de vervolgingsbeslissing primair door het OM hoort te worden genomen, en dat het minderjarige slachtoffer niet in staat moet worden gesteld om vervolging te verhinderen.[33] Wanneer het OM besluit niet te vervolgen, zal in deze context een sepot onder de code 72 ('vervolging in strijd met belang van benadeelde') het meest voor de hand liggen.

Schending van de hoorplicht levert alleen de conclusie op dat het OM in redelijkheid niet tot de vervolging van de verdachte had kunnen overgaan, wanneer aan de belangen van het kind ernstig is tekortgedaan. Wanneer bovendien achteraf blijkt dat het slachtoffer geen bezwaar heeft tegen vervolging bestaat geen grond voor niet-ontvankelijkheid.[34] Volgens de Hoge Raad komt het erop aan of de minderjarige door niet te zijn gehoord zo ernstig in zijn belang is geschaad dat dat, afgewogen tegen andere met de vervolging gemoeide belangen, dient te leiden tot het oordeel dat vervolging achterwege

29 HR 22 april 1986, *NJ* 1986, 827 m.nt. 'tH.
30 Wet van 13 juli 2002, *Stb.* 2002, 388; *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 6.
31 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 6-7.
32 Langemeijer 2010, p. 33.
33 Aldus A-G Vellinga in zijn conclusie voor HR 7 maart 2006, *LJN* AV0312.
34 HR 18 november 2008, *NJ* 2008, 613.

had moeten blijven. Die belangenafweging moet de rechter ook maken, wanneer het slachtoffer te kennen heeft gegeven dat er niet vervolgd zou moeten worden, en zich beroept op de niet-ontvankelijkheid van het OM wanneer toch wordt vervolgd.[35] Een voeging als benadeelde partij en het opstellen van een schriftelijke slachtofferverklaring zijn manieren waarop achteraf kan blijken dat het slachtoffer wel wilde dat vervolging werd ingesteld.[36] Van de verdediging wordt in deze een actieve opstelling verwacht, omdat in cassatie niet met vrucht kan worden geklaagd over de niet-naleving van artikel 167a Sv, en de rechter niet gehouden is om ambtshalve onderzoek te doen naar de naleving ervan.[37]

Door deze weinig strenge procedurele inbedding van de hoorplicht zijn de gevolgen van de afschaffing van het klachtvereiste tamelijk groot: het slachtoffer heeft beduidend minder macht over de beslissing omtrent vervolging. De betekenis van het opportuniteitsbeginsel is daarmee verruimd ten koste van het materiële recht. Deze verschuiving is niet naar ieders tevredenheid. Zo roept Reijntjes op tot een terugkeer naar het uitgangspunt dat het ontoelaatbaar is om zonder klacht een vervolging te beginnen of zelfs een opsporingsonderzoek in te stellen naar zaken die de wetgever strikt binnen de privésfeer heeft willen houden, althans wanneer geen klacht is ingediend.[38] Deze terugkeer kan echter voorlopig slechts worden bereikt door te vertrouwen op een verstandig optreden van het OM.[39]

Zulke verschuivingen doen zich vaker voor op het terrein van de klachtdelicten. Zo gaf artikel 67a Sr het OM de mogelijkheid om, bij het ontbreken van een klacht, toch een belediging te vervolgen op gronden aan het algemeen belang ontleend, onder de aanvullende voorwaarde dat de beledigde daartegen geen bezwaar had. Deze mogelijkheid is inmiddels vervallen, waardoor het klachtvereiste ten aanzien van belediging duidelijk versterkt is.[40] Met deze wijziging is het belang van het opportuniteitsbeginsel dus juist verzwakt ten opzichte van het materiële recht. Verder is het klachtvereiste ten aanzien van meineed voor een internationaal gerecht[41] vervallen, omdat de minister van Justitie de kans verwaarloosbaar klein acht dat het OM een bepaalde gedraging als meineed voor een internationaal gerecht zou willen vervolgen, terwijl het gerecht daar zelf geen aanleiding toe zou zien.[42] Dit specifieke klachtvereiste is ook wel als 'oneigenlijk' aangemerkt, omdat het bedoeld is ter voorkoming van rechtspraakconflicten tussen nationale en internationale gerechten, en

35 HR 16 november 2010, *LJN* BM4308.
36 Rb Alkmaar 15 maart 2006, *NJFs* 2006, 126.
37 HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 435 m.nt. Sch.
38 In zijn noot onder HR 8 mei 2007, *NJ* 2007, 527.
39 Buruma 2004, p. 77.
40 Daarover Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 587.
41 Zie daarover paragraaf 4.8.
42 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 099, nr. 3, p. 3-4.

daarmee een uitzonderingspositie innam binnen de klachtdelicten.[43] Een sterke positie van het opportuniteitsbeginsel blijkt ook daaruit, dat niet alleen bij klachtdelicten, maar tevens bij andere strafbare feiten er zonder aangifte meestal weinig opsporingsinspanningen worden verricht. In dat opzicht is de opportuniteitsbeslissing van groter belang voor de gelding van het materiële recht dan het klachtvereiste.[44]

6.3 Opportuniteit en rechtsmacht

6.3.1 Verwevenheid van rechtsmacht en vervolgingsbeleid

Het opportuniteitsbeginsel houdt duidelijk verband met de regeling van rechtsmacht, die het midden houdt tussen vervolgbaarheid en materieel recht. Er is dan ook met enige aarzeling voor gekozen om de rechtsmacht, het toepassingsbereik van de Nederlandse strafwet, op te nemen in het Wetboek van Strafrecht.[45] Het extraterritoriale toepassingsbereik van de Nederlandse strafwet was nog in het Wetboek van Strafvordering van 1838 geregeld. Desondanks heeft het onderwerp zich inmiddels een plaats veroverd in het materiële strafrecht, terwijl tegelijkertijd het ontbreken van rechtsmacht procedureel tot een niet-ontvankelijkheid van het OM leidt.[46] Daaruit komt naar voren dat de regeling van rechtsmacht, net als andere onderdelen van de vervolgbaarheid, zowel materieelrechtelijke als formeelrechtelijke kenmerken bezit.

De regeling van de Nederlandse rechtsmacht is, vooral waar het territorialiteitsbeginsel wordt gebruikt,[47] nauwelijks los te zien van locus delicti-theorieën. De plaatselijke gelding van de Nederlandse strafwet wordt sterk uitgebreid wanneer gebruik wordt gemaakt van de door de Hoge Raad aanvaarde ubiquiteitsleer, die van de plaats van het delict een ruim begrip met een groot bereik maakt.[48] Hoe groot dit bereik is, wordt duidelijk in de omgang met internetcriminaliteit. Het territorialiteitsbeginsel maakt het voor Nederland mogelijk strafrechtelijk in te grijpen bij online gepleegde strafbare feiten, waar ook ter wereld, wanneer deze in Nederland gevolgen hebben. Daarom is het zinvol om te streven naar manieren om een grote toename van positieve rechtsmachtconflicten te voorkomen. Hierbij kan ook de verhouding tussen rechtsmacht en het opportuniteitsbeginsel naar voren komen. Zo heeft Van der Net ervoor gepleit dat staten terughoudend moeten zijn met rechtsmacht-

43 Van den Broek 1990.
44 De Hullu 2012, p. 77-78.
45 Rüter & Swart 1986, p. 244.
46 De Hullu 2012, p. 136.
47 Maar ook wanneer het vlagbeginsel wordt gebruikt of wanneer op grond van art. 5 lid 1 sub 2 Sr moet worden vastgesteld in welk land het feit is begaan.
48 De Hullu 2012, p. 195.

claims ten aanzien van delicten gepleegd op internet, voor zover die evident onredelijke gevolgen hebben voor de belangen van andere staten. Deze terughoudendheid zou moeten worden vormgegeven door een in richtlijnen van het OM te verwezenlijken 'redelijk en aan zowel ambtelijk-hiërarchische als publieke controle onderhevig vervolgingsbeleid'.[49] Dit standpunt lijkt niet erg consequent: dient de beperking van strafrechtelijke handhaving nu te worden gezocht in een restrictieve rechtsmachtregeling, of in een terughoudend vervolgingsbeleid? Daartussen wordt door Van der Net geen expliciete keuze gemaakt, wat misschien ook wel weer de verwevenheid van het opportuniteitsbeginsel met materieelrechtelijke vraagstukken illustreert.[50]

Die verwevenheid van rechtsmacht en opportuniteit wordt in brede kring gesignaleerd. De uitbreiding van de reikwijdte van de strafwet zorgt ook dat inhoudelijke keuzes omtrent de inzet van strafrechtelijke middelen op een ander niveau worden gemaakt. Die inhoudelijke keuzes worden, in deze context, steeds minder gemaakt bij de vestiging van rechtsmacht en steeds meer ten tijde van de uitoefening van rechtsmacht in concrete gevallen, en in het daaromheen gevoerde vervolgingsbeleid.[51] Rechtsmacht is daarmee geworden tot een kans dat de staat strafrechtelijk zal handhaven. Volgens Rüter en Swart is het bestaan van rechtsmacht geen garantie meer, maar een volmacht om in te grijpen.[52] Of het bestaan van rechtsmacht ooit een garantie voor strafrechtelijk ingrijpen is geweest valt te betwijfelen, maar dat dat vandaag de dag niet zo is staat nauwelijks ter discussie. De betekenis daarvan komt met name naar voren bij delicten waar de ernst van het feit gering is, of de band met Nederland niet erg sterk. Wanneer een strafzaak, ondanks het bestaan van rechtsmacht, door het OM om dergelijke redenen wordt geseponeerd, worden enkele sepotgronden gebruikt om deze keuze vast te leggen en te verantwoorden. Het meest opvallend zijn twee gronden uit de Aanwijzing gebruik sepotgronden. De ene heeft code 30, onder de aanduiding 'landsbelang'. Deze wordt verder toegelicht door te refereren aan omstandigheden van 'staatsveiligheid, ontzien van buitenlandse betrekkingen, voorkomen van ongewenste maatschappelijke onrust'. De andere heeft code 32, onder de aanduiding 'onvoldoende nationaal belang', waarbij doorslaggevende redenen voor een sepot kunnen zijn dat 'voorkeur wordt gegeven aan berechting in het buitenland; de verdachte is uitgezet dan wel uitgeleverd; de verdachte verblijft in het buitenland en is niet bereikbaar, dan wel de kosten van vervolging wegen niet op tegen het te beschermen belang'.

Een bekend voorbeeld van de manier waarop in het vervolgingsbeleid wordt omgegaan met verhoudingsgewijs bescheiden rechtsmachtaanspraken, is het

49 Van der Net 1996.
50 Zie ook Van der Net 2000, p. 183-184.
51 Zie voor een voorbeeld *Kamerstukken I* 2004/05, 28 484, nr. D, p. 2-3.
52 Rüter & Swart 1986, p. 271.

bekritiseerde beleid om, wanneer Nederlanders in het buitenland in afwachting van hun strafproces gedetineerd zijn, niet te streven naar een overdracht van strafvervolging. Een dergelijke overdracht zou mogelijk zijn op grond van artikel 5 lid 1 onder 2 Sr, maar in dergelijke gevallen wordt de veroordeling afgewacht en een uitleveringsverzoek gedaan teneinde de sanctie in Nederland ten uitvoer te leggen.[53] Dat artikel kan nog op een andere manier tot problemen leiden, namelijk wanneer men het vereiste van dubbele strafbaarheid dat in dit artikel is vervat, ruimhartig interpreteert. Zo heeft Keijzer voorgesteld om slechts een abstracte toets te hanteren bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid op grond van artikel 5 lid 1 onder 2 Sr, waardoor het geldingsbereik van de Nederlandse strafwet zou worden vergroot. Volgens hem hoeft dat echter geen problemen op te leveren, omdat het opportuniteitsbeginsel het OM kan behoeden voor eventuele overbelasting.[54] De grote rechtsmachtaanspraken die door een dergelijke interpretatie worden gevestigd worden dan door het opportuniteitsbeginsel in de praktijk hanteerbaar gehouden.

Andere voorbeelden van de verwevenheid van het opportuniteitsbeginsel met de Nederlandse regeling van rechtsmacht vinden hun oorsprong in materieelrechtelijke verschillen. Remmelink geeft het academische voorbeeld van een Nederlandse arts die in het buitenland een abortus uitvoert, en niet onder de rechtvaardigingsgrond van artikel 296 lid 5 valt, terwijl Nederland wel rechtsmacht kan uitoefenen. Zulke gevallen zijn volgens Remmelink slechts hypothetisch, 'want dank zij het opportuniteitsbeginsel, door ons OM toe te passen, zal zo'n zaak niet tot de rechter doordringen'.[55] Het is echter goed om te beseffen dat dat resultaat wordt behaald door keuzes in het vervolgingsbeleid, en niet door materieelrechtelijke beperkingen. Andere opportuniteitskeuzes komen onder meer tot uitdrukking in de tenlastelegging. Hierin wordt, binnen de beperkingen die rechtsmacht en feitelijke haalbaarheid opleggen, op een dusdanige manier omgegaan met de locus delicti dat een vervolging wordt geëntameerd waarvoor Nederland rechtsmacht bezit.[56]

6.3.2 Rechtsmacht en opportuniteit in de zaak-Pinochet

Een bijzonder verband tussen rechtsmacht en opportuniteitsbeginsel komt naar voren op het terrein van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, zoals die in Nederland zijn strafbaar gesteld in de Wet internationale misdrijven, en voorheen in de Wet oorlogsstrafrecht, de Uitvoeringswet genocideverdrag en de Uitvoeringswet Folteringverdrag. Twee gevallen hebben in het bijzonder discussie opgeleverd over het geldingsbereik van de Neder-

53 Rüter & Swart 1986, p. 268-269; Klip 2011, p. 620-621.
54 Keijzer 1981.
55 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 10 op art. 296 Sr.
56 Strijards 2007.

landse strafwet en de rol die het opportuniteitsbeginsel zou moeten spelen. Dat zijn ten eerste de mogelijkheid om de Chileense oud-dictator Pinochet te vervolgen terwijl hij in 1994 korte tijd in Nederland aanwezig was, en ten tweede de vervolging van de Surinaamse legerleider Desi Bouterse voor zijn rol bij de Decembermoorden.

De Wet internationale misdrijven is van toepassing op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een in die wet opgenomen misdrijf, onder de voorwaarde dat de verdachte zich in Nederland, of op Bonaire, Sint Eustatius of Saba bevindt (artikel 2 lid 1 onder a). Wanneer de verdachte zich niet in Nederland bevindt zijn vervolgingshandelingen jegens hem uitgesloten, omdat Nederlandse rechtbanken niet bevoegd zijn. Opsporingshandelingen zijn toegelaten voor zover een gerechtvaardigd vermoeden bestaat dat de verdachte zich in Nederland bevindt.[57] Volgens de Hoge Raad is het moment van aanhouding beslissend voor de vraag of de verdachte zich in Nederland bevindt, en daarmee of Nederland rechtsmacht heeft.[58] Hij sluit zich daarmee aan bij de wetgever, die de aanhouding als 'ijkpunt' voor het bestaan van universele rechtsmacht heeft genoemd.[59] Dat zorgt ervoor dat het OM weinig tijd heeft om een vervolgingsbeslissing te nemen, omdat de betreffende persoon in veel gevallen slechts kort in Nederland zal verblijven. Zowel in het geval van Pinochet als in het geval van Bouterse leidden discussies over de wenselijkheid van terughoudende rechtsmachtregelingen tot maatschappelijke ophef, die ook weerspiegeld werd in het juridische debat.

Problematisch daarbij was met name de Nederlandse implementatie van het Folteringverdrag, en de invulling van de rechtsmacht ten aanzien van de daarin opgenomen misdrijven. Het Folteringverdrag bepaalt in artikel 5 lid 2 dat de verdragsstaten rechtsmacht moeten vestigen over gevallen waarin de verdachte aanwezig is op het grondgebied, en de staat hem niet uitlevert.[60] Het verdrag bevat verder verplichtingen om uitlevering mogelijk te maken voor de in het verdrag opgenomen misdrijven, en om een persoon die in zijn territoir aanwezig is te vervolgen, wanneer niet tot uitlevering wordt overgegaan.[61] Artikel 5 lid 2 Folteringverdrag lijkt dus vooral bedoeld te zijn om de verdragsluitende staten te verplichten een zodanige rechtsmacht te vestigen

57 Rb Rotterdam 8 februari 2005, *NJ* 2005, 185; *Kamerstukken II* 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 38-39; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 337, nr. 6, p. 26-28.

58 HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559 m.nt. J.M. Reijntjes en N.J. Schrijver.

59 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 38; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 337, nr. 6, p. 26.

60 Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing; New York, 10 december 1984, *Trb.* 1985, nr. 69, art. 5 lid 2: 'Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article'.

61 Respectievelijk in art. 8 en 7 van het verdrag. In een dergelijk geval is een beleidssepot ook echt uitgesloten: Melai/Groenhuijsen, aant. 8.3 op art. 167.

dat ze hun verplichting *aut dedere aut judicare*[62] kunnen nakomen. In artikel 5 van de Uitvoeringswet folteringverdrag is deze verdragsverplichting ruimhartig geïmplementeerd door de Nederlandse strafwet van toepassing te verklaren 'op ieder die zich buiten Nederland aan een van de in (…) deze wet omschreven misdrijven schuldig maakt.' Dat de verdachte zich in Nederland bevindt, werd niet vereist.

In de zaak-Pinochet kwam het uiteindelijk niet tot een rechtszaak in Nederland, waarin deze bepaling nader kon worden uitgelegd. Het OM was van oordeel dat het Nederland aan rechtsmacht ontbrak, dat Pinochet zich waarschijnlijk op immuniteit zou kunnen beroepen en dat de bewijsvoering op onoverkomelijke problemen zou stuiten.[63] Tegen deze beslissing van het OM tot niet-vervolging beklaagde het Chili Komitee Nederland zich bij het Gerechtshof Amsterdam. Dat verklaarde het Komitee echter niet-ontvankelijk, omdat het geen belang zou behartigen dat door de niet-vervolging van Pinochet rechtstreeks werd getroffen. In een overweging ten overvloede voegt het Hof daaraan toe dat strafvervolging van Pinochet bovendien 'op zoveel juridische en feitelijke problemen zal stuiten, dat de officier van justitie daarvan alleszins terecht heeft afgezien.'[64] Enigszins speculatief kan hieruit worden afgeleid dat het Hof Amsterdam in het geval Pinochet concludeerde dat Nederland rechtsmacht bezat, ook al was de verdachte niet in Nederland aanwezig. Wanneer de niet-aanwezigheid als obstakel voor de vestiging van rechtsmacht werd gezien, zou het immers voor de hand hebben gelegen om dat expliciet te noemen. Deze uitspraak van het Hof kan daarom worden gezien als een overweging met betrekking tot de opportuniteit van de vervolging, die ten overvloede gegeven is omdat het Hof al tot niet-ontvankelijkheid kwam. Dat is in ieder geval de interpretatie die in de literatuur kan worden teruggevonden.[65]

Op de kwestie van de opportuniteit van een eventuele vervolging van Pinochet is enig commentaar gekomen. Voor het seponeren van deze zaak kunnen twee argumenten worden aangedragen. In de eerste plaats is dat de schade die zou kunnen worden opgelopen in de diplomatieke betrekkingen met Chili, veroorzaakt door het strafrechtelijk vervolgen van een oud-president die in eigen land aanzien geniet. In de tweede plaats is dat het mogelijke gezichtsverlies wanneer een ingezette vervolging niet tot een veroordeling leidt, en de reputatieschade die Nederland daardoor ondervindt. Beide argumenten worden door Ingelse en Van der Wilt ter zijde geschoven: zowel de Chileense samenleving als de Chileense overheid zouden destijds niet meer

62 Of, volgens Ingelse & Van der Wilt 1996, p. 281, hun *primo dedere, secundo judicare*-verplichting.
63 Daarover Ingelse & Van der Wilt 1996, p. 280-281.
64 Hof Amsterdam 4 januari 1995, nr. 578/94, niet gepubliceerd. Citaat overgenomen van Ingelse & Van der Wilt 1996, p. 280.
65 Klip 2002a, p. 269.

erg afwijzend hebben gestaan tegenover een strafrechtelijke procedure tegen Pinochet, en zelfs wanneer dat niet het geval zou zijn geweest, is het de vraag of het belang van goede diplomatieke betrekkingen zwaarder moet wegen dan dat van openbare berechting, waarheidsvinding en eventuele bestraffing. Daarnaast zou de kans dat een strafproces niet tot een veroordeling leidt volgens deze auteurs niet erg groot zijn.[66] Vooral het argument dat de betrekkingen met het thuisland van de verdachte te leiden hebben onder een vervolging lijkt misplaatst. De misdrijven waar het hier om gaat worden in de internationale gemeenschap immers erkend als ernstige misdrijven, waarvoor geen straffeloosheid zou mogen bestaan. De overtuiging dat staten geen *safe haven* mogen zijn voor de overtreders van deze normen, wordt krachteloos gemaakt doordat het Hof de juridische problemen voor zich uit schuift.[67]

De toepassing van het opportuniteitsbeginsel in deze specifieke zaak kan dus om inhoudelijke redenen worden bekritiseerd, maar daarnaast is het de vraag of het internationale recht wel de ruimte laat voor deze toepassing. De handhaving van het folteringverdrag wordt niet alleen geleid door het daarin opgenomen uitgangspunt *aut dedere aut judicare,* maar tevens door het assimilatiebeginsel: '[The] authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State' (artikel 7 lid 2 Folteringverdrag). Volgens Kamminga en Tijssen is het daarom in strijd met het verdrag om het opportuniteitsbeginsel vanuit eng Nederlands perspectief te blijven interpreteren. De Nederlandse autoriteiten dienen als functionarissen van de internationale rechtsorde op te treden, en daarom mag het OM bij de vervolgingsbeslissing niet uitgaan van het algemeen belang in Nederlandse zin. Ook zou het opportuniteitsbeginsel hier in negatieve zin moeten worden geïnterpreteerd, waardoor slechts bij uitzondering van vervolging zou mogen worden afgezien. De beslissing tot niet-vervolging in de zaak-Pinochet rustte, zoals naar voren komt uit het ambtsbericht van de officier van justitie in de beklagzaak, onder andere op de overweging dat het 'buiten proporties en aanmatigend' zou zijn om Pinochet in Nederland te vervolgen, omdat voorheen in Nederland alleen Nederlandse oorlogsmisdadigers zouden zijn vervolgd. Kamminga en Tijssen hebben kritiek op deze invulling van het assimilatiebeginsel, omdat die berust op een feitelijke onjuistheid: na de Tweede Wereldoorlog zijn in Nederland enkele honderden Duitsers berecht wegens oorlogsmisdrijven. Bovendien staat dit oordeel omtrent de proportionaliteit van vervolging in schril contrast met de aard van het strafbare feit. Het is volgens hen in hoge mate wenselijk dat verdachten van oorlogsmisdrijven niet straffeloos blijven, hetgeen ook in de praktijk van andere staten tot uitdrukking komt.[68]

---

66 Ingelse & Van der Wilt 1996, p. 283-284.
67 Klip 2002a, p. 278.
68 Kamminga & Tijssen 1995, p. 989-991.

6.3.3 Rechtsmacht en opportuniteit in de zaak-Bouterse

Net als in het geval van Pinochet, werd de zaak-Bouterse aan het rollen gebracht doordat beklag werd gedaan tegen het niet instellen van een vervolging. In tegenstelling tot in de zaak tegen Pinochet, oordeelde het Hof Amsterdam in de zaak-Bouterse dat deze wel in Nederland vervolgd diende te worden. De beklagprocedure verliep op een ingewikkelde manier. In een eerste beschikking van 30 september 1998 stelde het Hof de stukken in handen van de rechter-commissaris, teneinde nader onderzoek te doen naar de nationaliteit van Bouterse ten tijde van de Decembermoorden. Het onderzoek door de rechter-commissaris wees uit dat het zeer waarschijnlijk was dat Bouterse in 1982 de Nederlandse nationaliteit niet meer bezat. Vervolgens formuleerde het Hof in een beschikking van 3 maart 2000[69] enkele vragen met betrekking tot het internationale recht, die zouden moeten worden beantwoord door een nog te benoemen deskundige. De antwoorden op deze vragen werden uiteindelijk verwerkt in de laatste beschikking, van 20 november 2000.[70] De vragen die in de tweede beschikking werden gesteld betroffen slechts de strafbaarheid van de verweten gedragingen naar internationaal recht. Enkele van deze vragen richtten zich specifiek op de vraag of internationaal recht machtigt tot het vestigen van rechtsmacht over foltering en misdrijven tegen de menselijkheid, of dat zelfs vereist, in gevallen waarin de verdachte zou worden vervolgd door een staat waarvan hij de nationaliteit niet bezit, en of het daarbij van belang is of de verdachte in die staat aanwezig is of niet. Daarnaast overwoog het Hof in de beschikking van 3 maart 2000 nog het een en ander met betrekking tot de opportuniteit van een Nederlandse vervolging van Bouterse voor zijn betrokkenheid bij de Decembermoorden. Hoewel Suriname op grond van het IVBPR verplicht is een onderzoek in te stellen naar strafbare feiten die mensenrechtenschendingen opleveren, is volgens het Hof de kans dat Suriname daartoe daadwerkelijk zal overgaan, of dat Bouterse elders zal worden vervolgd en berecht, klein. Dat gezichtspunt wordt door het Hof aangevuld met andere: zo hebben Nederland en Suriname nauwe historische banden. Ook kent Nederland een grote Surinaamse gemeenschap, die bijzonder geschokt is door de Decembermoorden. Meer in het algemeen geldt dat ook voor de gehele Nederlandse bevolking. Daarnaast zijn er aanwijzingen dat ten minste één van de slachtoffers de Nederlandse nationaliteit bezat, en wonen de klagers, die verwant zijn aan twee van de slachtoffers, in Nederland. Vanwege deze redenen oordeelt het Hof dat vervolging in Nederland opportuun is.

In de beschikking van 20 november 2000 blijft het Hof in grote lijnen bij zijn standpunt inzake de opportuniteit van de vervolging. Daarbij merkt het Hof nog wel op, dat na het uitspreken van de eerste beschikking in Suriname een gerechtelijk vooronderzoek naar de Decembermoorden is geopend, hetgeen

69 Hof Amsterdam 3 maart 2000, *NJ* 2000, 266.
70 Hof Amsterdam 20 november 2000, *NJ* 2001, 51.

de vraag oproept of een Nederlandse vervolging nog wel opportuun zou zijn. Omdat geen voorspelling kan worden gedaan over de uitkomst van dat vooronderzoek, blijft het Hof bij zijn standpunt dat dat inderdaad het geval is. Wanneer het in Suriname tot een strafproces zou komen, zou een Nederlandse vervolging met bewilliging van het Hof alsnog kunnen worden gestaakt.[71] Nu in 2007 het Decembermoordenproces voor de krijgsraad is begonnen, lijkt er weinig ruimte meer te zijn voor een Nederlandse vervolging. Op grond van de amnestiewet van april 2012 is dat proces geschorst, waardoor een eventuele vervolging in Nederland wel opportuun zou kunnen zijn, zij het dat het rechtsmachtprobleem openblijft.

De antwoorden van de deskundige Dugard op de door het Hof gestelde vragen met betrekking tot het internationale recht hebben het Hof er destijds toe bewogen om de vervolging te bevelen. Hierbij maakte de beschikking van het Hof over de Nederlandse rechtsmacht de meeste discussie los, omdat het oordeel luidde dat deze rechtsmacht naar internationaal recht zou kunnen worden uitgeoefend over een feit dat destijds naar Nederlands en internationaal recht wel strafbaar was, maar waarvoor in het Nederlandse recht geen rechtsmacht bestond. Die toepassing zou geen schending opleveren van het verbod van terugwerkende kracht, waarbij het Hof, volgens sommigen ten onrechte,[72] uit het antwoord dat het internationale recht die retroactieve werking niet verbiedt, afleidt dat artikel 16 Gw dat ook niet doet. De overweging van het Hof over de rechtsmachtvoorwaarde van aanwezigheid op het grondgebied is van belang voor de verhouding tussen opportuniteit en rechtsmacht die naar voren komt bij het uitgangspunt van *aut dedere aut judicare*. Het Hof merkte op, dat het antwoord van de deskundige op de door het Hof over die kwestie gestelde vraag, onvoldoende aanknopingspunten biedt 'voor de opvatting dat vervolging van [Bouterse] hier te lande naar maatstaven van internationaal (gewoonte)recht niet mogelijk en toelaatbaar zou zijn, zo lang hij zich niet in Nederland bevindt.'[73] Mede op grond daarvan beval het Hof aan het OM een vordering in te dienen tot het openen van een gerechtelijk vooronderzoek.

Tegen de beschikking van het Hof werd door de Procureur-generaal bij de Hoge Raad een vordering tot cassatie in het belang der wet ingediend, waarvan de middelen zijn ontwikkeld door waarnemend A-G Keijzer. Om deze vordering tot cassatie in het belang der wet was verzocht door de voorzitter van het College van Procureurs-generaal. De retroactieve toepassing van het Nederlandse strafrecht, waardoor het Hof tot de conclusie kwam dat een vervolging van Bouterse voor de Decembermoorden haalbaar was, wordt door de Hoge Raad verworpen.[74] In deze paragraaf wil ik de aandacht vestigen

71 Hof Amsterdam 20 november 2000, *NJ* 2001, 51, r.o. 3.1-3.4.
72 Strijards 2000, p. 2118-2119.
73 Hof Amsterdam 20 november 2000, *NJ* 2001, 51, r.o. 5.4.
74 HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559 m.nt. J.M. Reijntjes en N.J. Schrijver.

op wat naar voren is gebracht in verband met de rechtsmachtvoorwaarde van aanwezigheid op het Nederlandse grondgebied. In de vordering tot cassatie in het belang der wet stelt A-G Keijzer, dat het Folteringverdrag opdraagt universele strafrechtsmacht te vestigen met betrekking tot zaken waarin de verdachte aanwezig is op het grondgebied. Onder verwijzing naar de *travaux préparatoires* van het Folteringverdrag concludeert Keijzer dat staten de op hun grondgebied aangetroffen verdachten dienen te vervolgen. Daarom, en in lijn met een bestendige statenpraktijk, zou het Folteringverdrag niet machtigen tot de berechting van een in het buitenland verblijvende verdachte met een buitenlandse nationaliteit wegens een in het buitenland gepleegd feit tegen niet-onderdanen van de lidstaat. Dat neemt echter volgens Keijzer niet weg, dat ondanks het ontbreken van rechtsmacht om in een dergelijk geval tot berechting over te gaan, er wel opsporingshandelingen kunnen worden verricht.[75] Een dergelijke opvatting zorgt voor de mogelijkheid om ten aanzien van de vermoedelijke daders van ernstige internationale misdrijven een dusdanige informatiepositie op te bouwen dat, in geval van onverwachte aanwezigheid op Nederlands grondgebied, zonder tijdverlies kan worden overgegaan tot aanhouding van de betreffende persoon.

De opvatting van de waarnemend Advocaat-generaal wordt door de Hoge Raad afgewezen. De Hoge Raad oordeelt dat vervolging en berechting in Nederland alleen mogelijk zijn indien de vermoedelijke dader zich ten tijde van zijn aanhouding in Nederland bevindt.[76] Over de toepassing van andere opsporingsbevoegdheden wordt in het arrest gezwegen. De keuze die de Hoge Raad maakt wordt onder meer onderbouwd door te verwijzen naar de Memorie van Toelichting bij de Wet tot uitvoering van de verdragen van 's-Gravenhage en Montreal. Deze houdt in dat voor een gelijke rechtsmachtvoorziening is gekozen als in de Uitvoeringswet folteringverdrag, om redenen van doelmatigheid: het zou schadelijk zijn voor de internationale rechtsorde wanneer staten vervolgingen instellen in gevallen waarin zij geen rechtsmacht hebben op grond van het territorialiteits-, beschermings- of personaliteitsbeginsel. Wanneer ze dat wel doen, zou de vervolging in de staat die wel rechtsmacht heeft, kunnen worden doorkruist. Door bij die achtergrond aan te sluiten, wijkt de Hoge Raad in zijn opvatting enigszins af van de Advocaat-generaal. Het doelmatigheidsargument verzet zich er in beginsel niet tegen dat er enige opsporingshandelingen worden verricht, zolang dat maar niet tot gevolg heeft dat de vervolging en berechting van de betrokkene in een andere staat wordt doorkruist. Een loskoppeling van de betekenis van rechtsmachtvoorwaarden voor de vervolging, van die voor de opsporing, valt hier mijns inziens echter niet uit af te leiden. Ook de uitoefening van opsporingsbevoegdheden, zoals onder andere de aanhouding van de verdachte, zullen achterwege moeten blijven zolang de verdachte zich niet in Nederland bevindt. Een amendement

75 Punt 141 van de vordering.
76 In rechtsoverweging 8.5 van het arrest.

dat werd ingediend tijdens de behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de Wet internationale misdrijven, en dat inhield dat in de WIM omschreven feiten ook zouden kunnen worden opgespoord wanneer de verdachte zich niet in Nederland bevindt, werd door de Tweede Kamer niet aangenomen.[77] Een dergelijke regeling had met zich meegebracht dat alle opsporingsbevoegdheden mogen worden ingezet. Nu zo'n wettelijke regeling niet is ingevoerd, blijft het OM terughoudend, maar het ziet wel ruimte voor opsporing, zolang geen dwangmiddelen worden ingezet. Enig anticiperend onderzoek voor de aankomst van de verdachte in Nederland is mogelijk na overleg tussen de officier van justitie bij het landelijk parket en het Parket-Generaal. Als voorwaarde is hierbij gesteld dat de verdachte op korte termijn in Nederland zal arriveren dan wel regelmatig in Nederland pleegt te verkeren. Bovendien beslist het College van procureurs-generaal of er anticiperend onderzoek moet worden verricht.[78]

6.3.4 Een nieuwe verhouding bij internationale misdrijven?

Doordat de Uitvoeringswet folteringverdrag op deze manier door de Hoge Raad restrictief werd geïnterpreteerd, is er wat betreft de rechtsmachtvoorwaarde geen verschil met de nadien tot stand gekomen Wet internationale misdrijven: voor extraterritoriale rechtsmacht waarbij zowel verdachte als slachtoffer niet de Nederlandse nationaliteit bezit, is vereist dat de verdachte in Nederland aanwezig is. Als ijkpunt wordt daarbij de aanhouding gehanteerd. Van meerdere kanten is naar voren gebracht dat de omstandigheid van aanwezigheid op het grondgebied, die zou moeten worden verwerkt in de opportuniteitscomponent, gemaakt is tot een zelfstandige rechtsmachtvoorwaarde. Volgens Klip erkende het Hof Amsterdam in de Pinochet-zaak nog onverkort dat de daadwerkelijke aanwezigheid op het grondgebied een opportuniteitskwestie betrof en geen rechtsmachtvoorwaarde.[79] De annotatoren onder het Bouterse-arrest erkennen dat, gelet op het Folteringverdrag, de aanwezigheid in ieder geval een opportuniteitskwestie zou behoren zijn. Zij benadrukken echter de betrekkelijke betekenis van dat verschil in de zaak-Bouterse, omdat bij de Decembermoorden ook een ander aanknopingspunt voor rechtsmacht aanwezig was, namelijk de Nederlandse nationaliteit van één van de slachtoffers.[80] In de meeste gevallen zal de rechtsmachtvoorwaarde van aanwezigheid op het Nederlandse territoir daarom geen doorslaggevende rol spelen. Ook buiten de context van internationale misdrijven zijn er enkele misdrijven waar dit

77 *Kamerstukken II* 2002/03, 28337, nr. 11.
78 Aanwijzing afdoening van aangiften met betrekking tot de strafbaarstellingen in de Wet internationale misdrijven, *Stcrt.* 2011, 22803.
79 Klip 2002b, p. 1594-1595.
80 Reijntjes en Schrijver in hun noot onder HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559.

rechtsmachtregime op van toepassing is; deze zijn opgesomd in artikel 4 Sr. Voor de gevallen waarin deze rechtsmachtvoorwaarde wel van belang is, zijn er inmiddels ook werkbare beleidsregels opgesteld. Daarmee lijkt voorlopig een einde te zijn gekomen aan de kwestie of het aanmerken van aanwezigheid als rechtsmachtvoorwaarde niet een te beperkte interpretatie vormt van het Folteringverdrag.

Sommigen zijn van mening dat de Nederlandse rechtsmacht voor deze strafbare feiten zou moeten worden uitgebreid tot een werkelijk universele rechtsmacht, waarbij de aanwezigheid op het Nederlandse territoir verwerkt moet worden in de opportuniteitsvraag. Zo stellen Van Elst en Boot-Matthijssen zich op het standpunt dat de WIM een onbeperkte universele rechtsmachtregeling zou moeten bevatten, waarbij in voorkomende gevallen, wanneer de verdachte zich buiten Nederland bevindt, vervolging om opportuniteitsredenen achterwege kan blijven. Een stortvloed aan artikel 12 Sv-procedures zou voorkomen kunnen worden door in die procedure slechts diegene die al een bepaalde tijd in Nederland verblijft als belanghebbende aan te merken.[81] Daarmee wordt ook het probleem duidelijk van een mogelijke universele rechtsmacht: wanneer de bevoegdheid tot vervolging zo ruim wordt gevestigd, zijn er ook ruime mogelijkheden om rechtsmiddelen in te stellen tegen het niet-vervolgen.

6.3.5 Het opportuniteitsbeginsel en de herziening van de rechtsmachtregeling

Klip heeft voorgesteld de rechtsmachtregeling in zijn geheel te vereenvoudigen, waarbij een zeer grote rechtsmacht gepaard zou moeten gaan met een vergrote mogelijkheid voor het OM om te kunnen afzien van vervolging.[82] Die grotere mogelijkheden om beleidskeuzes te maken zouden ook nodig zijn vanuit het oogpunt van de schaarse opsporings- en vervolgingscapaciteit. In de door Klip voorgestelde regeling wordt het territorialiteitsbeginsel vooropgesteld in een nieuw artikel 2 Sr, gevolgd door een artikel waarin Nederlandse rechtsmacht wordt gevestigd in geval van een verzoek tot overname van strafvervolging van een andere staat of een internationaal gerecht. Vervolgens wordt er rechtsmacht gevestigd ten aanzien van niet met name genoemde delicten waarvan de strafbaarheid en rechtsmacht uit een verdrag of richtlijn volgt, in aanvulling op het beschermingsbeginsel, dat ten aanzien van enkele nader te specificeren delicten zou gelden, en het personaliteitsbeginsel, dat zou gelden voor alle delicten waarop de Nederlandse wet een gevangenisstraf van drie jaar of meer stelt. Overigens wil Klip die drie laatste rechtsmachtvoorwaarden slechts toepassen voor zover de feiten buiten de Europese Unie zijn begaan. Het onderlinge vertrouwen, tot uitdrukking komend in het beginsel van wederzijd-

81 Van Elst & Boot-Matthijssen 2002, p. 1749.
82 Klip 2011.

se erkenning, brengt met zich mee dat de berechting van deze feiten kan worden overgelaten aan andere lidstaten van de Europese Unie. Voor alle rechtsmachtvoorwaarden behalve het territorialiteitsbeginsel geldt, wat Klip betreft, een verzwaarde opportuniteitstoets. Dat zou moeten worden vastgelegd in een nieuw, vierde, lid van artikel 167 Sv, luidende: 'Indien de rechtsmacht berust op een andere grondslag dan artikel 2 van het Wetboek van Strafrecht, wordt voor de toepassing van het tweede lid in het bijzonder gelet op het feit of de strafprocedure in aanwezigheid van de verdachte kan worden gevoerd; of op het feit door de wet van het land waar het begaan is, straf is gesteld; of niet-vervolging in Nederland tot gevolg heeft dat het feit in het geheel niet zal worden vervolgd; of het slachtoffer Nederlander danwel Nederlands ingezetene is; of de vervolging nadelen voor de internationale betrekkingen van Nederland met zich kunnen brengen.' Met deze aanpassing wordt in ieder geval een veel duidelijker onderscheid gemaakt tussen rechtsmachtvoorwaarden en opportuniteitsoverwegingen; momenteel zijn deze tot op grote hoogte met elkaar verweven.[83]

Dit voorstel houdt daarmee onder meer een codificatie in van de overwegingen die kunnen leiden tot een beleidssepot, in dit geval specifiek ten aanzien van de Nederlandse extraterritoriale rechtsmacht. Onder meer de aanwezigheid van de verdachte in Nederland krijgt daarmee de status van opportuniteitsargument, in plaats van die van rechtsmachtvoorwaarde. Rechtsmacht wordt immers gevestigd over alle delicten waarvan de strafbaarheid en rechtsmacht uit een verdrag of richtlijn voortvloeit, waaronder het Foltering-verdrag valt. Het voordeel van deze werkwijze is dat het mogelijke bezwaar tegen universele rechtsmacht, namelijk dat een groot aantal beklagprocedures zal worden gevoerd, vrijwel wordt weggenomen: veel van de klaagschriften zullen met een eenvoudige verwijzing naar het voorgestelde nieuwe lid van artikel 167 ongegrond kunnen worden verklaard. Wel is de vraag of het wenselijk is om op deze wijze over te gaan tot de codificatie van allerlei redenen die kunnen leiden tot een beleidssepot. Waarschijnlijk zal de vraag rijzen, of andere gezichtspunten niet ook moeten worden opgenomen. Hoewel dat vanuit een oogpunt van rechtszekerheid voordelen biedt, valt deze oplossing niet te verkiezen, vanwege het verlies aan flexibiliteit: de gecodificeerde gezichtspunten krijgen een andere status dan de niet-gecodificeerde, en wanneer daartussen verschuivingen wenselijk zijn vereist dat wetgevend ingrijpen. Een alternatieve mogelijkheid is dat de aanwezigheidsvoorwaarde wordt afgeschaft, zonder dat gezichtspunten worden vastgelegd ter invulling van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Verder kan nog worden opgemerkt dat in de redactie van het voorgestelde nieuwe vierde lid niet helemaal duidelijk wordt dat het opportuniteitsbeginsel niet alleen in het tweede, maar ook in het eerste lid van artikel 167 Sv is verwerkt.[84] Heel ernstig is dat niet,

83 In dezelfde zin Klip & Massa 2010.
84 Zie paragraaf 2.6.4.

ook omdat de maatstaf voor de opportuniteitsbeslissing, het algemeen belang, in het tweede lid expliciet is gemaakt.

Het standpunt dat in sterkere mate onderscheid gemaakt moet worden tussen rechtsmachtvoorwaarden en opportuniteitsoverwegingen, is door Klip en Massa neergelegd in een rapport[85] dat diende ter voorbereiding van het wetsvoorstel Herziening regels betreffende extraterritoriale rechtsmacht in strafzaken.[86] Volgens Klip en Massa zou er geen gebruik meer moeten worden gemaakt van rechtsmachtvoorwaarden zoals de aanwezigheid op het grondgebied, maar dienen deze te worden verdisconteerd in de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing onder gelijktijdige beperking van de mogelijkheden om beklag tegen niet vervolging in te stellen, een oplossing die zij ontlenen aan het Belgische en Duitse recht.[87] Het wetsvoorstel gaat niet in dit voorstel mee, onder meer omdat rechtsmachtvoorwaarden zoals de aanwezigheid op het grondgebied afkomstig zijn uit verdragsbepalingen, en omdat het vanuit legaliteitsperspectief te verkiezen is om de grondslagen voor rechtsmacht wettelijk te structureren.[88] Ook afgezien van de aanwezigheidsvoorwaarde is het wetsvoorstel minder ruim dan de onderzoekers hadden voorgesteld. Zo zou op grond van het passieve personaliteitsbeginsel naar de mening van de onderzoekers rechtsmacht kunnen worden gevestigd over alle misdrijven die met een gevangenisstraf van tenminste drie jaar worden bedreigd, in het wetsvoorstel wordt daarvoor echter een grens van tenminste acht jaar gevangenisstraf gehanteerd.[89] Het sluit daarmee aan bij een suggestie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, die aangaf dat bij een dusdanig ruim gevestigde rechtsmacht grote verwachtingen worden gewekt in de samenleving met betrekking tot die strafbare feiten die in Nederland kunnen worden vervolgd, maar in de praktijk veelal op een beleidssepot kunnen rekenen. Dat zou het aantal procedures waarin beklag tegen niet-vervolging wordt gedaan sterk kunnen doen toenemen, zonder dat daarvan veel heil kan worden verwacht.[90]

Wat als belangrijkste naar voren komt uit het wetsvoorstel en het voorbereidende werk daarvoor, is de doorwerking van het materiële strafrecht in de opportuniteitscomponent: wanneer een afweging tussen de ernst van het feit enerzijds en de band van het strafbare feit of de verdachte met Nederland anderzijds, niet leidt tot het oordeel dat rechtsmacht moet worden geclaimd, betekent dat in wezen dat vervolging en berechting in Nederland niet opportuun zijn. Ook hier blijkt de wisselwerking tussen opportuniteitsbeginsel en materieel strafrecht. Het bestaan van het opportuniteitsbeginsel heeft tot gevolg

85 Klip & Massa 2010.
86 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 572, nr. 2.
87 Klip & Massa 2010, p. 132.
88 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 572, nr. 3, p. 3, 14
89 Klip & Massa 2010, p. 119; *Kamerstukken II* 2012/13, 33 572, nr. 3, p. 18-19.
90 Reactie van 5 juni 2012, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 572, nr. 3.

dat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid ruim kunnen worden getrokken, eventueel gecorrigeerd door een wettelijk onderbouwde opportuniteitskeuze. Tegelijkertijd werkt het materiële strafrecht door in de opportuniteitsbeslissing, in die zin dat strafbare feiten waarover Nederland wel rechtsmacht kan uitoefenen, om opportuniteitsredenen niet worden opgespoord of vervolgd waarbij het geringe Nederlands belang, of het ontbreken van een sterke band tussen het feit en de Nederlandse rechtsorde, als invulling van het algemeen belang genomen wordt.

6.4 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL EN DE REIKWIJDTE VAN AANSPRAKELIJKHEID

6.4.1 Het opportuniteitsbeginsel bij een omvangrijk strafrecht

Het Nederlandse strafrecht verleent royale bevoegdheden aan de politie en het OM. Deze bevoegdheden bieden grote ruimte voor een discretionaire beoordeling door individuele ambtenaren, uiteraard binnen een hiërarchische structuur.[91] De samenhang tussen deze grote vrijheid en het opportuniteitsbeginsel wil ik hier nader onderzoeken met het oog op het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Nederlandse recht. Hoe de reikwijdte daarvan moet worden gewaardeerd laat ik vooralsnog in het midden. Sommigen zien duidelijke voordelen van een ruime aansprakelijkheid, eventueel te corrigeren door een terughoudend vervolgingsbeleid. Zo gebruikt Ellian deze beleidsvrijheid als argument om te pleiten voor een grote reikwijdte van aansprakelijkheid voor bepaalde terroristische activiteiten. Volgens hem kan de toepassing van het materiële recht altijd achterwege gelaten worden, wanneer bijvoorbeeld de gedraging in kwestie gericht is tegen een verwerpelijk regime.[92] Zo komt ook hier duidelijk naar voren dat er een wisselwerking bestaat tussen opportuniteitsbeginsel en materieel strafrecht: het bestaan van het opportuniteitsbeginsel fungeert als legitimerend argument bij de uitbreiding van de reikwijdte van het materiële strafrecht, terwijl vanuit het materiële recht een richtinggevende werking wordt verwacht voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

Vanwege het grote aantal strafbaarstellingen bepalen de beleidskeuzes van politie en justitie voor een groot deel de gevolgen die burgers te duchten hebben wanneer ze wederrechtelijk handelen. Hierdoor wordt hun rechtspositie niet louter bepaald door de wetgever, maar ook door de uitvoerende macht.[93] Het is de vraag hoe deze door het beleid bepaalde rechtspositie de onderliggende structuur van het materiële recht kan blijven weerspiegelen. De Hullu is van mening dat waarden als gematigdheid en terughoudendheid in het huidige

91 Groenhuijsen & Kooijmans 2010, p. 454.
92 Ellian 2008, p. 49.
93 Groenhuijsen 1987, p. 10.

strafrecht minder goed uit de verf komen dan de instrumentaliteit, die veel beter gewaarborgd is.[94] De waarden van gematigdheid en terughoudendheid zijn volgens hem echter van belang voor de keuze uit de vele mogelijkheden voor aansprakelijkstelling die in een veelomvattend materieel strafrecht bestaan. Hoewel veel gedragingen leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid, betekent dat volgens De Hullu niet noodzakelijkerwijs dat die gedragingen ook strafwaardig zijn, of dat de aansprakelijkheid omvangrijk of zwaar is. Dat kan bijvoorbeeld bij voorbereidingshandelingen of bij witwassen vaak voorkomen.[95] Nadere beperkingen moeten volgens De Hullu daarom worden gezocht in een zinvolle toepassing door het OM en de rechter, en hoewel dat minder houvast en zekerheid biedt dan wenselijk is, valt dat niet te vermijden. De uitbreiding van de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid betekent in ieder geval, dat het strafbare karakter van een gedraging nog geen maatschappelijke afkeuring betekent. Daarom neemt de invulling van het opportuniteitsbeginsel in belang toe.[96]

De oorzaak van de grote reikwijdte van het Nederlandse materiële strafrecht ligt onder meer in twee factoren: de ruime formulering van delictsomschrijvingen, en de weinig beperkende uitleg van algemene leerstukken. Bij beide factoren is er sprake van de in dit hoofdstuk centraal staande wisselwerking tussen opportuniteitsbeginsel en materieel strafrecht: het bestaan van het opportuniteitsbeginsel heeft betekenis voor de inhoud van het materiële strafrecht, en andersom. Bij de formulering van delictsomschrijvingen werd bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht van 1886 al rekening gehouden met de mitigerende werking van het opportuniteitsbeginsel op delictsniveau.[97] Iets dergelijks valt ook waar te nemen in verband met enkele leerstukken, hoewel de wisselwerking daar minder prominent optreedt. Dit zal ik hieronder toelichten. Daarbij zal ik me allereerst richten op enige algemene leerstukken, om vervolgens stil te staan bij de redactie van delicts omschrijvingen. Ten slotte volgen enkele algemene opmerkingen over de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en de reikwijdte van het strafrecht.

6.4.2 Een ruime uitleg van algemene leerstukken

Om met enkele algemene leerstukken te beginnen: de grenzen van de verschillende deelnemingsvarianten zijn in de rechtspraak van de Hoge Raad gestaag verruimd. Daardoor kan men in theorie veel gedragingen onder het bereik van de strafwet laten vallen, eventueel te kwalificeren in ketens van deel-

94 De Hullu 2012, p. 540.
95 Zie ook HR 23 november 2010, *NJ* 2011, 44, m.nt. N. Keijzer.
96 Buruma 2004, p. 89-90.
97 Smidt & Smidt 1886-1887, deel III, p. 2.

neming aan deelneming. De Jong en Knigge merken daarover op dat de officier van justitie in de praktijk een terughoudend beleid zal voeren bij het vervolgen van personen die door zoveel schakels van het plegen zelf verwijderd zijn.[98] Ook de grenzen van de medeplichtigheid kunnen zich zover uitstrekken dat bepaalde vormen daarvan niet voldoende ernstig zijn om te vervolgen.[99] Hetzelfde geldt voor de zogenaamde noodzakelijke deelneming: wanneer een delict wordt gepleegd waarbij het slachtoffer tevens als deelnemer kan worden beschouwd, ligt het niet voor de hand om tot vervolging van dat slachtoffer over te gaan, hoewel er een materieelrechtelijke grondslag voor aansprakelijkstelling zou bestaan.[100] Andere problemen doen zich voor wanneer er in het strafprocesrecht onvoldoende opsporingsbevoegdheden voorhanden zijn, wat tot strafbaarheid van opsporingsambtenaren vanwege hun taakuitoefening kan leiden. Zo paste men vóór de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden het opportuniteitsbeginsel toe ten aanzien van opsporingsambtenaren wiens taakvervulling zou kunnen worden gekwalificeerd als het uitlokken van strafbare feiten.[101]

Er zijn ook gevallen waarin de wetgever aansprakelijkheidsgronden begrenst, omdat strafrechtelijk optreden vrijwel nooit opportuun zou zijn. Een voorbeeld hiervan is de niet-strafbaarheid van de poging tot overtreding.[102] Ook de vrijwillige terugtred garandeert niet-strafbaarheid, maar deze roept vragen op omtrent de verhouding tussen de wet en het opportuniteitsbeginsel. Bijvoorbeeld over de verhouding tussen enerzijds degene die spontaan tijdig zijn handelingen ongedaan maakt, en anderzijds de berouwvolle dief die zijn buit de volgende dag terugbezorgt. De eerste gaat vrijuit omdat het delict nog niet is voltooid, bij de tweede is vrijwillige terugtred niet meer mogelijk en dreigt vervolging. Dat verschil in behandeling is volgens sommige auteurs niet rechtvaardig, en daarom zou de tweede om opportuniteitsredenen niet vervolgd moeten worden.[103]

Ten aanzien van de strafbare voorbereiding zijn soortgelijke meningen geuit. Volgens de Werkgroep strafbaarstelling voorbereidingshandelingen, was het onmogelijk om in de context van voorbereidingshandelingen een vergelijkbare figuur als de vrijwillige terugtred in te voeren. Omdat een dergelijke voorziening wel gewenst zou zijn, mede vanwege de analogie met de poging, zou daarvoor het opportuniteitsbeginsel moeten worden ingezet. Het ontbreken van een wettelijke garantie van straffeloosheid in geval van vrijwillige terugtred van voorbereidingshandelingen zou dus moeten worden gecompenseerd door het seponeren van de betreffende zaken om opportuni-

98 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 246.
99 De Hullu 2012, p. 478-479.
100 De Hullu 2012, p. 426-427.
101 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 39 bij art. 47.
102 De Hullu 2012, p. 385.
103 Aldus Keijzer in zijn noot onder HR 3 maart 2009, *NJ* 2009, 236.

teitsredenen. Dat standpunt ontlokte aan 't Hart de principiële opmerking, dat het positief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel geen excuus mag zijn om de wettelijke strafbaarheid steeds verder te laten uitdijen, totdat slechts de opportuniteitsafweging bepalend is voor de strafrechtelijke reactie, en de wet geen enkele garantie meer biedt.[104] In dit concrete geval is aan die garantie uitvoering gegeven door ook met betrekking tot de voorbereiding een beroep op vrijwillige terugtred mogelijk te maken (artikel 46b Sr). In meer algemene zin lijkt de beperking van aansprakelijkstelling toch in aanzienlijke mate te moeten worden gezocht in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, omdat veel algemene leerstukken de strafrechtelijke aansprakelijkheid ver uitbreiden.

6.4.3 Een ruime formulering van delictsomschrijvingen

Over de formulering van delictsomschrijvingen kunnen vergelijkbare opmerkingen worden gemaakt als over de uitleg van algemene leerstukken die leiden tot een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De wetgever van de negentiende eeuw koos voor ruime omschrijvingen van delicten, omdat hij vertrouwde op een voorzichtig gebruik van strafbaarstellingen, en op de traditionele gematigdheid en mildheid bij het OM.[105] Dat de delictsomschrijvingen in het Wetboek van Strafrecht spreken over hij die 'wordt gestraft', moet dan ook in dat licht worden bezien. Die formulering is, vanuit het opportuniteitsbeginsel bekeken, te categorisch.[106] Allerlei gedragingen zijn in principe te kwalificeren als overtreding van een bepaalde delictsomschrijving, maar vele daarvan zijn zo weinig strafwaardig dat er geen aanleiding bestaat om over te gaan tot opsporing en vervolging, zoals de spreekwoordelijke diefstal van een lucifer.[107]

De wetgever gebruikt het opportuniteitsbeginsel soms als argument om een verruiming van strafrechtelijke aansprakelijkheid door te voeren, terwijl de capaciteit van het strafrechtelijk systeem beperkt is. Hierbij baseert hij zich soms juist mede op die beperkte capaciteit: wanneer politie en justitie toch met het opportuniteitsbeginsel in de hand selecteren op welke feiten zij strafrechtelijk reageren, kan het geen kwaad om de reikwijdte van aansprakelijkheid verder uit te breiden. Die redenering is terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van de partiële wijziging van de zedelijkheidswetgeving in de jaren dertig van de vorige eeuw.[108] Ook recenter zijn er in de parlementaire behandeling van onderwerpen van materieel strafrecht dergelijke overwegingen

104 HR 25 oktober 1988, *NJ* 1989, 456 m.nt. 'tH.
105 Smidt 1881-1886, dl. III, p. 2; Peters 1993, p. 124.
106 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 7.
107 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 39.
108 *Handelingen II* 1935/36, 56, p. 1808, aangehaald door Röling 1953, p. 270.

aangevoerd. Dat was bijvoorbeeld het geval in een motie, die overigens door de Tweede Kamer werd verworpen,[109] waarin de regering werd opgeroepen een aantal vrijstellingsgronden in de Flora- en faunawet te schrappen. Dat daardoor de aansprakelijkheid verruimd zou worden, werd door de indiener aanvaardbaar geacht onder de overweging 'dat het strafrechtelijke "opportuniteitsbeginsel" binnen de huidige wettelijke kaders al de mogelijkheid biedt om belangen van soorten en belangen van activiteiten af te wegen'.[110] Andere voorbeelden zijn te vinden in discussies over de strafbaarstelling van softdrugs, die later in dit hoofdstuk worden behandeld.

Wanneer beperkingen niet in wetgeving zijn neergelegd, moeten deze dan ook noodzakelijkerwijs in het vervolgingsbeleid worden aangebracht. Dat is bijvoorbeeld expliciet terug te vinden in de Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland,[111] waarin wordt verwezen naar een keuze van de wetgever om in de wettelijke omschrijving van corruptie[112] geen onderscheid aan te brengen tussen strafwaardige en niet-strafwaardige giften. Deze Aanwijzing vervult de opdracht om op basis van het opportuniteitsbeginsel nadere grenzen te stellen, door zeven gezichtspunten te noemen die in aanmerking kunnen worden genomen bij de vervolgingsbeslissing. Daardoor wordt de gewenste beperking gevonden in het vervolgingsbeleid. De bewoordingen daarvan bieden echter weinig houvast bij de beoordeling of het OM conform het vertrouwensbeginsel heeft opgetreden. Een wettelijke beperking geeft de rechter meer mogelijkheden om zelf de grenzen van de strafwet te bepalen.

6.4.4 Een procesrechtelijk schadebeginsel als alternatief

De onderzoekers van Strafvordering 2001 aanvaarden dit uitgangspunt van breed geformuleerde delictsomschrijvingen, waarbij zij tevens signaleren dat het strafrechtelijk relevante regelbestand zo omvangrijk is en zo uiteenlopend van aard, dat een afweging op (gegeneraliseerd) gevalsniveau te verkiezen is 'boven een fixatie op de geschreven wettelijke bepaling'. De maatschappelijke nadelen die strafrechtelijke interventies kunnen hebben, zouden moeten worden voorkomen door het hanteren van een procesrechtelijk schadebeginsel, als pendant van de meer materiële *ultimum remedium*-gedachte.[113] Met behulp van dit procesrechtelijke schadebeginsel zou onnodige en vermijdbare leedtoevoeging achterwege moeten blijven. Daarbij lijkt de betekenis van dat schadebeginsel voor het slachtoffer voorop te staan, maar tevens wordt onder-

109 *Handelingen II* 2004-2005, 37, p. 2520.
110 *Kamerstukken II* 2004/05, 29446, nr. 17.
111 *Stcrt.* 2011, 13663, p. 1-2 en 4-5.
112 Meer bepaald de art. 177, 177a, 178, 362, 363 en 364 Sr.
113 Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 142-143.

kend dat dit beginsel voor verdachten een rechtsbeschermende dimensie bezit.[114]

Een dergelijke benadering leidt ertoe dat materiële vraagstukken worden geproceduraliseerd. Blijkbaar is de gedachte dat in concrete strafvorderlijke beslissingen moet worden bepaald of er daadwerkelijk voldoende schade is toegebracht om strafrechtelijk ingrijpen te legitimeren. De noodzaak daartoe zou gelegen zijn in de geringe mate waarin het vervullen van een delictsomschrijving samenhangt met het geschaad zijn van een rechtsgoed. De uitkomst daarvan kan in beginsel gelijk zijn aan een benadering waarbij de rechtsbescherming vooral wordt gezocht in het materiële recht. Wanneer het te hanteren procesrechtelijk schadebeginsel echter vooral wordt gehanteerd om schade aan de zijde van het slachtoffer te voorkomen, kan het resultaat zijn dat de inzet van het strafrecht vooral bij slachtofferloze delicten achterwege blijft, evenals in gevallen waarbij secundaire victimisatie dreigt. Ook vervolging van bagateldelicten zal vaak niet nodig gevonden worden. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het bezit van een kleine hoeveelheid virtuele kinderporno voor eigen gebruik: daarbij zijn geen slachtoffers gemaakt, en er gaat ook weinig substantiële gevaarzetting van uit.[115] Wanneer een dergelijke situatie daadwerkelijk wordt geaccepteerd, raakt de rechtsbescherming van verdachten wel enigszins in de knel: die kan dan niet worden gevonden in een beperking van de materieelrechtelijke strafbaarstelling, en slechts zeer ten dele in het procesrechtelijke schadebeginsel, wanneer de invulling daarvan afhankelijk wordt gemaakt van de belangen van het slachtoffer.

6.4.5 Beperking van aansprakelijkheid door niet-vervolging

Het beperken van een (zeer) ruim toepassingsbereik van het materiële strafrecht, dat soms aansprakelijkheid vestigt over ogenschijnlijk onschuldige gedragingen, alleen door te vertrouwen op toepassing van het opportuniteitsbeginsel, is volgens sommigen geen rechtsstatelijk verantwoorde oplossing.[116] Het opportuniteitsbeginsel kan eventuele ongewenste gevolgen van ruime strafbaarstellingen wel mitigeren, maar de formeelrechtelijke afdwingbaarheid van het vervolgingsbeleid is aanmerkelijk zwakker dan wanneer dezelfde oplossingen op materieelrechtelijke wijze zijn vormgegeven. Zo kan de strafbaarheid van kindermishandeling gewenst zijn, terwijl de Hoge Raad in zijn jurisprudentie over artikel 300 Sr ruimte laat voor een ouderlijk tuchtigingsrecht. De wetgever heeft in die context niet gekozen voor aanpassing van artikel 300 Sr, maar voor een wettelijke ingreep in het Burgerlijk Wetboek, meer precies in artikel 1:247 lid 2 BW, met onder meer als doel om daarmee

114 Groenhuijsen & Kwakman 2002, p. 821-823.
115 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 3 en 4 bij art. 240b.
116 Backes 2003, p. 291-292.

een reflexwerking te kunnen laten uitgaan op de rechtspraak van de Hoge Raad over de precieze grenzen van strafbare mishandeling.[117] Dat die uitwerking op de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet zonder meer plaatsvindt, neemt niet weg dat de wetgever het aan het vervolgingsbeleid overliet of ook oorvijgen zouden moeten worden vervolgd.[118] Bij het instellen van vervolging zal volgens de wetgever het belang van het kind bij de invulling van het opportuniteitsbeginsel een belangrijke rol moeten spelen.[119] Niet iedereen heeft zoveel vertrouwen heeft in de matigende werking van het opportuniteitsbeginsel. Willems stelde voor om in plaats daarvan een oplossing te zoeken in de procedure voorafgaand aan de beslissing tot vervolging voor kindermishandeling. Voordat tot vervolging besloten zou worden, zou eerst de Raad voor de Kinderbescherming moeten worden gehoord.[120] Ook daarmee wordt gekozen voor een oplossing in het procesrecht in plaats van in het materiële recht.

De ruime omvang van strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft zijn belangrijkste achtergrond in drie ontwikkelingen. De eerste is de grote naoorlogse toename van het ordeningsstrafrecht, de tweede de verzakelijking van het strafrecht in de jaren tachtig en het optreden tegen de 'veelvoorkomende criminaliteit', en de derde de toename van maatregelen die gericht zijn op het vergroten van de maatschappelijke veiligheid, als reactie op onder andere de dreiging van het islamitisch terrorisme. Met elke ontwikkeling wordt de reikwijdte van het materiële strafrecht verder vergroot, waardoor niet alleen capaciteitsproblemen ontstaan, maar in het verlengde daarvan ook meer substantiële vragen rijzen over welke strafbare feiten op welke wijze en met welke prioriteit moeten worden afgedaan. Na een verruiming van de wettelijke aansprakelijkheid wordt steevast gewaarschuwd voor eventuele onwenselijke gevolgen. Zo stelde Van Veen al in 1978 dat het aantal strafbepalingen niet kan worden uitgebreid, zonder dat er meer en willekeuriger gestuurd zou moeten worden in de selectie van strafbare feiten waartegen wordt opgetreden.[121] Bovendien is het volgens De Hullu de vraag of uitbreidingen van aansprakelijkheid wel oplossingen zijn voor materieelrechtelijke problemen, of dat daaraan formeelrechtelijke problemen ten grondslag liggen.[122] Vanuit dat perspectief kan het opportuniteitsbeginsel als scharnierpunt tussen materieel en formeel strafrecht een belangrijke rol vervullen in discussies over ontwikkelingen in het materiële strafrecht. Wellicht is het er zelfs deels de oorzaak van, dat voor formeelrechtelijke problemen de oplossing kan worden gezocht in het materiële strafrecht.

---

117 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 316, nr. 3, p. 2-3.
118 HR 4 oktober 2005, *NJ* 2007, 192, met name de conclusie van A-G Jörg
119 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 316, nr. 3, p. 5.
120 Willems 2004, p. 66-68.
121 Van Veen 1978, p. 540-549.
122 De Hullu 1993, p. 56-57.

In essentie verschillen deze stellingnames van Van Veen en De Hullu niet van een recentere positie van Klip, die waarschuwde voor een 'totaalstrafrecht', waarin zoveel gedragingen tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden, dat de uiteindelijke beleidskeuzes minder transparant en controleerbaar zullen zijn.[123] Klip signaleert veel verruimingen die tot een grotere reikwijdte van het strafrechtelijk ingrijpen leiden, zoals wettelijke ingrepen in de rechtsmacht en in de verjaringsregeling, nieuwe strafbaarstellingen, verhoging van strafmaxima en wellicht zelfs minimumstraffen, invoering van herziening ten nadele en de verlenging van de termijn voor voorlopige hechtenis. Dit, gecombineerd met een veel sterkere betrokkenheid van burgers bij de strafrechtspleging, schept hoge verwachtingen van het strafrecht, terwijl de kloof tussen de gevallen waarin strafrechtelijk optreden juridisch mogelijk is, en de gevallen waarin dat vanuit capaciteitsoverwegingen haalbaar is, eveneens steeds groter wordt. Klip acht met name de fixatie op de ernst van het feit als criterium voor strafrechtelijk ingrijpen problematisch. Daaruit spreekt volgens hem een benadering die het straffen voorop stelt. Door wettelijke uitbreidingen wordt volgens hem het richtinggevende van de strafwet gedevalueerd, waardoor de uitvoerende macht meer aandacht moet geven aan beleidsinvulling, terwijl belanghebbenden dit beleid kunnen doorkruisen door beklag tegen niet-vervolging in te stellen.

Uit deze bijdrage van Klip komt een behoefte naar voren om het materiële strafrecht van betekenis te laten zijn voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel: het materiële recht dient richting te geven aan de handhaving. Hoewel een fixatie op de ernst van het feit inderdaad kan uitmonden in een ongebreidelde punitiviteit, kan er ook een matigende invloed van uitgaan, die de proportionaliteit van het ingrijpen vooropstelt. Zo opperde De Waard dat bij massaal verzet en ordeverstoringen, waartegen optreden vanuit capaciteitsoogpunt begrensd was, de ernst van het feit als maatstaf zou dienen te worden genomen in de handhaving.[124] Volgens Kelk verdwijnt deze oriëntatie in het huidige strafklimaat: hij signaleert dat de situatie waarin bestraffing van culpoos handelen een uitzondering was, is omgevormd tot het uitgangspunt dat zulke gedragingen in beginsel tot strafrechtelijke aansprakelijkheid moeten leiden, onder meer omdat het OM zich laat leiden door een verhard punitief klimaat.[125] Het OM lijkt volgens hem toe te geven aan de primaire neiging om voor iedere calamiteit een schuldige te willen aanwijzen.[126] Boutellier noemt dit een ontwikkeling van een 'ultiem' naar een 'urgent' strafrecht. Hoewel hij erkent dat er door capaciteitstekorten beleidsvoering noodzakelijk is, stelt hij zich tegelijk op het standpunt dat niet een terughoudend, maar een geloofwaardig strafrecht zou moeten worden nagestreefd, waarbij die

123 Klip 2010, p. 592.
124 De Waard 1981, p. 351, 353.
125 Kelk 2010, p. 223; Kelk 2008, p. 24.
126 Kelk 2008, p. 26-27.

geloofwaardigheid zich vooral vertaalt in termen van de ernst van het feit en de gepastheid van de reactie daarop.[127] Volgens Van der Woude zou de veiligheidscultuur die ook in de Nederlandse strafwetgeving doorklinkt, er in ieder geval niet toe moeten leiden dat er een heilloze wetgevingsspiraal ontstaat, die uitsluitend in het teken staat van meer, eerder en ingrijpender strafrechtelijk optreden.[128]

Duidelijk is dat het actievere optreden van de wetgever op strafrechtelijk gebied van betekenis is voor de handhaving. Wanneer wetgeving alleen als legitimerend, maar niet als sturend wordt gezien, vergroot een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid de mogelijkheid van willekeurige of onevenwichtige toepassing. Als ontwikkelingen in de strafwetgeving maatgevend zijn voor de toepassing daarvan, is het de vraag of de strafrechtelijke autoriteiten een kritische distantie dienen te bewaren ten opzichte van de wetgeving, of dat zij in beginsel getrouw uitvoering dienen te geven aan de bestaande strafbaarstellingen, inclusief de gedachten die daaraan ten grondslag liggen. Dat laat nog onverlet dat die achterliggende gedachten meer dan eens onduidelijk zijn.

6.4.6 Een gerichtheid op iets anders dan op de ernst van het feit

De ernst van het feit is niet de enige mogelijke relevante grond voor de inzet van strafrechtelijke middelen. Volgens 't Hart betekent de overtreding van een wettelijke delictsomschrijving niet in alle gevallen dat overgegaan moet worden tot het nemen van strafrechtelijke maatregelen. In de visie van 't Hart gaat het er niet zozeer om of het onrecht strafrechtelijk kwalificeerbaar is, maar wat er met die strafrechtelijke kwalificatie moet worden gedaan. Welk strafrechtelijk kwalificeerbaar onrecht opgespoord en vervolgd moet worden, dient dan ook steeds opnieuw in concreto te worden bepaald.[129] Door die concretisering komen andere gezichtspunten in beeld, die meer rechtstreeks samenhangen met de context van de gedraging, met de persoon van de verdachte of de belangen van het slachtoffer. In een strikt positieve interpretatie heeft het feit dat er strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat, geen betekenis voor de opportuniteit van opsporing en vervolging. In alle concrete gevallen moeten andere belangen worden verdisconteerd in de te nemen strafvorderlijke beslissingen.

Bij een uitdijend strafrecht zal een model op de grondslag van een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel echter onwerkbaar zijn, zonder de inzet van aanwijzingen en richtlijnen die het strafrechtelijk optreden van politie en OM inperken tot gewenste proporties. Door het gebruik van deze

127 Boutellier 2005.
128 Van der Woude 2010, p. 401.
129 't Hart 1976, p. 17-18.

gedelegeerde regelgeving ontstaat alsnog een oriëntatie op de ernst van het feit, omdat specifieke zaaksgerelateerde omstandigheden nu eenmaal moeilijk te verwerken zijn in een aanwijzing. Zo kent de Aanwijzing gebruik sepotgronden een sepotgrond 40, 'gering feit', waarvan de omschrijving luidt: 'Het gebeurde is een zo geringe inbreuk op de rechtsorde of heeft zo weinig schade veroorzaakt, dat een strafvervolging terzake het strafbare feit waaronder het is te brengen onevenredig zwaar zou zijn in verhouding tot wat heeft plaatsgevonden.' Wat hier geldt voor het seponeren, geldt in nog sterkere mate voor de aanwijzingen die bepalen in welke gevallen tot vervolging en in welke tot een andere afdoening zal worden overgegaan. Deze zijn vrijwel geheel gesteld in termen van de ernst van het feit en de aangerichte schade, die worden verwerkt in een puntensysteem dat uiteindelijk de wijze van afdoening bepaalt.

Het Kader voor strafvordering[130] stelt voorop dat voor vergelijkbare delicten, ongeacht plaats of beoordelaar, vergelijkbare straffen moeten worden gevorderd. Daarbij zou het bovendien zo moeten zijn, dat de verhouding tussen de strafrechtelijke reacties op die verschillende delicten overeenkomt met de verhouding tussen de ernst van die delicten. Karakteristiek is de tweefasenstructuur die het Kader aanbrengt om dat uitgangspunt te verwezenlijken. In de eerste beslissingsfase wordt aan de hand van richtlijnen beoordeeld welke sanctie in soortgelijke zaken passend zou zijn, waarna in de tweede beslissingsfase bepaald wordt of het gevonden uitgangspunt passend is in de specifieke strafzaak. Daarbij is afwijking van de richtlijnen in concrete gevallen toegestaan, maar die afwijking moet wel worden gemotiveerd. Het aanwenden van deze uitgangspunten, zeker nu dat door het OM op grote schaal plaatsvindt met behulp van geautomatiseerde besluitvorming, kan er gemakkelijk toe leiden dat de eerste fase die het Kader onderscheidt, tevens de laatste is. Automatisering leidt onvermijdelijk tot verwaarlozing van het bijzondere, en dit zorgt voor een sterke benadrukking van de ernst van het strafbare feit als factor bij het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Als op deze manier strafrechtelijk beleid wordt gevoerd, is er weinig verschil van benadering tussen het materiële recht en het vervolgingsbeleid: beide oriënteren zich op de abstracte ernst van in algemene termen omschreven gedragingen.

6.5 De rol van het opportuniteitsbeginsel in (de)criminaliseringsprocessen

6.5.1 Het opportuniteitsbeginsel en nieuwe strafbaarstellingen

In vergelijking met het verleden, is de strafwetgever tegenwoordig uitzonderlijk actief. In hoog tempo worden nieuwe bevoegdheden en strafbaarstellingen geïntroduceerd, en het is maar de vraag of daarbij rekening wordt gehouden

130 Aanwijzing d.d. 4 oktober 2011, *Stcrt.* 2011, 19452.

met de beschikbare capaciteit van het opsporings- en vervolgingsapparaat.[131] Dat roept de vraag op hoe het OM in zijn beleid omgaat met veranderingen in de strafwetgeving, zowel wanneer nieuwe wetgeving wordt ingevoerd, als wanneer wetgeving wordt gewijzigd of ingetrokken. Bij het beantwoorden van deze vraag zal ik uiteraard in het bijzonder ingaan op de rol van het opportuniteitsbeginsel als juridische grondslag onder dat beleid. Twee situaties kunnen worden onderscheiden: gevallen waarin door wetgevend optreden nieuwe strafbaarstellingen worden ingevoerd of bestaande worden uitgebreid, en gevallen waarin strafbare feiten worden geschrapt of anderszins beperkt. In gevallen van de eerste categorie fungeert het opportuniteitsbeginsel als basis voor het beleid dat aan de nieuw ingevoerde delicten uitvoering moet geven. In gevallen van de tweede categorie fungeert het als basis onder een beleid dat zorgt voor een zorgvuldige afschaffing, ofwel vanwege een voornemen van de wetgever, of als provocatie van een dergelijke ingreep.

Dat de strafrechtelijke voorzieningen nieuw zijn, geeft ze een sterke democratische legitimiteit die kan doorwerken in de uitvoering ervan. Of dit doorslaggevend is, kan afhankelijk zijn van de deugdelijkheid van de parlementaire behandeling, eventueel bezien in het licht van een daarmee samenhangende maatschappelijke discussie. De belangenafweging die door de wetgever ten grondslag is gelegd aan de nieuwe strafbaarstelling heeft in dat geval betekenis voor de belangenafweging die het OM maakt in de beleidsvoering. Als de democratische legitimatie van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel van belang is, geldt bij de invoering van nieuwe strafbaarstellingen dat de toepassing van het opportuniteitsbeginsel zich vooral zal manifesteren in de afdoening van concrete gevallen, en niet in categorische beleidsbeslissingen. In de uitvoering van de nieuw vastgestelde wetgeving is er minder discretionaire ruime om algemene voorschriften terughoudend uit te voeren. Voor de minder beladen invoeringsmaatregelen, die samenhangen met organisatorische aspecten zoals de voorhanden zijnde capaciteit en kunde in het handhavingsapparaat, biedt het opportuniteitsbeginsel meer mogelijkheden.

Deze opvatting over de betekenis van het opportuniteitsbeginsel voor recent strafbaar gestelde gedragingen is, zoals werd opgemerkt, wel afhankelijk van de deugdelijkheid van de strafbaarstellingsdiscussie. Wanneer daarin zorgvuldige afwegingen zijn gemaakt, die transparant zijn geworden in de parlementaire behandeling, wordt aan de belangenafweging een dusdanige democratische legitimiteit verleend dat een terughoudend vervolgingsbeleid een miskenning betekent van de noodzaak van democratische legitimatie. Wanneer in de wetgevingsprocedure echter weinig inzicht wordt gegeven in de gedachtegang van de wetgever, in een situatie waarin dat wel mogelijk is, bijvoorbeeld

131 Spronken 2012, p. 1006-1008.

door keuzes te motiveren aan de hand van criteria voor strafbaarstelling,[132] blijft er een legitimiteitsprobleem bestaan. Het OM is dan in zijn beleid minder sterk gebonden aan de wettelijke keuzes, en heeft meer vrijheid in de uitvoering van de wetgeving. Daarbij kan dan ook door het OM zelf gebruik worden gemaakt van criteria voor strafbaarstelling, die, *mutatis mutandis*, kunnen worden toegepast bij de vaststelling van het vervolgingsbeleid. Bij discussies omtrent strafbaarstelling spelen immers vaak soortgelijke argumenten een rol als bij de vraag welke gedragingen tot opsporing en vervolging zouden moeten leiden.[133]

Het *ultimum remedium*-beginsel valt te vergelijken met een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel: nooit strafbaar stellen, respectievelijk strafrechtelijk handhaven, tenzij daarvoor doorslaggevende redenen zijn. Het *ultimum remedium*-beginsel is echter op zijn retour.[134] Die afnemende rol van de *ultimum remedium*-gedachte zou kunnen worden gecompenseerd, door het opportuniteitsbeginsel zodanig te interpreteren dat het daarmee communiceert: wanneer onvoldoende inzichtelijk wordt dat de in het wetgevingsproces gekozen oplossing als uiterste mogelijkheid werd gezien, kan vanuit het opportuniteitsbeginsel een ruimere discretionaire bevoegdheid worden afgeleid dan in gevallen waarin de onontkoombaarheid van de wettelijke regeling uitvoerig in de parlementaire behandeling is onderbouwd. Deze uitgangspunten kunnen dan tezamen verzekeren dat slechts tot strafrechtelijk ingrijpen wordt overgegaan na een zorgvuldige besluitvorming. Er bestaan echter ook andere opvattingen. Volgens Kelk dient het strafrecht alsnog met terughoudendheid te worden toegepast, ook als de wetgever een bepaald gedrag recent strafbaar heeft gesteld. Dat volgt volgens hem uit de beschikbaarheid van het opportuniteitsbeginsel, en uit de rechterlijke straftoemetingsvrijheid.[135]

Dat het opportuniteitsbeginsel in zijn positieve interpretatie invloed heeft op de opstelling van het OM tegenover nieuwe strafwetgeving, valt af te lezen uit de reacties op de inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand in 2010.[136] Exemplarisch was de reactie van het College van Procureurs-generaal, dat liet weten zijn vervolgingsbeleid niet te veranderen, ondanks een debat in de Tweede Kamer waarin de noodzaak van een doortastend optreden tegen kraken uitgebreid aan de orde kwam: 'We gaan niet ontruimen voor leegstand'.[137] In het hedendaagse politieke klimaat hoeft het geen verwondering

132 Daarvoor zij verwezen naar de bijdragen aan de discussie over criteria voor strafbaarstelling: Hulsman 1965; Van Bemmelen 1973; De Roos 1987; Haveman 1998, en de verschillende bijdragen in Cleiren e.a. 2012.
133 Vergelijk MacCormick 2007b, p. 176-180.
134 Crijns 2012.
135 Kelk 2010, p. 10.
136 *Stb.* 2010, 320.
137 'Justitie laat krakers met rust ondanks wet', *De Volkskrant*, 4 juni 2010.

te wekken dat zulke standpunten onmiddellijk weer onderwerp worden van Kamervragen.[138]

De reactie van het OM is geheel conform de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel: hoe repressief en probleemoplossend de strafwetgeving ook bedoeld is, dat hoeft niet te betekenen dat een wetswijziging enig effect heeft op de handhaving. De daadwerkelijke inzet van het strafrecht moet immers afhangen van een zelfstandige inschatting door het OM van hetgeen de rechtshandhaving vereist. Het veroorlovend systeem en het stuursysteem zijn in een positieve interpretatie strikt gescheiden, waardoor invoering van nieuwe wetgeving in beginsel geen betekenis heeft voor de handhaving. Hier komt als nadeel van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel aan het licht dat daardoor de democratische legitimiteit van de rechtshandhaving vermindert. Die legitimiteit berust dan slechts op de verantwoordelijkheid van de minister voor het strafrechtelijke beleid van het OM, terwijl de handhaving ook aan democratische legitimiteit kan winnen door zich sterker te binden aan de wetgeving.

6.5.2 Anticiperend gedogen

Bij de eerste categorie van gevallen waarin het opportuniteitsbeginsel relevant is voor processen van criminalisering en decriminalisering, zoals hierboven besproken, ging het om het omgaan met veranderingen in strafbaarstellingen. In gevallen van de tweede categorie heeft het opportuniteitsbeginsel zijn functie niet naar aanleiding van een wetswijziging, maar daaraan voorafgaand. Wanneer overtredingen van bepaalde met straf bedreigde normen langdurig worden gedoogd, rijst de vraag of een vernieuwde inzet op handhaving van die normen wel rechtmatig is. Volgens de Hoge Raad is de handhaving van wettelijke voorschriften die verouderd zijn echter niet onrechtmatig, ook niet wanneer een wetswijziging binnen korte tijd te verwachten is.[139] In beginsel kan een dergelijk beroep op *non-usus* of *desuetudo* niet tot de niet-ontvankelijkheid van het OM leiden.[140] Onaangekondigde vervolging en daarmee beëindiging van een gedoogbeleid zou volgens sommigen echter in strijd kunnen zijn met artikel 7 EVRM.[141]

Wanneer het voornemen bestaat een wettelijke bepaling te laten vervallen of het toepassingsbereik ervan te beperken, kan een verminderde handhaving, conform de voorgenomen wijziging, vanuit het opportuniteitsbeginsel worden

138 Vragen van de leden Vietsch, Ten Hoopen en Van Bochove (allen CDA) aan de ministers voor Wonen, Wijken en Integratie, van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de Wet kraken en leegstand, 9 juni 2010, nr. 2010Z09228.

139 HR 25 maart 1975, *NJ* 1975, 273.

140 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 9 bij Wederrechtelijkheid.

141 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 39.

verwezenlijkt. Een ophanden zijnde legalisering kan namelijk niet als argument worden aangedragen bij een beroep op afwezigheid van alle schuld: het leidt namelijk niet tot de conclusie dat geen enkel verwijt kan worden gemaakt.[142] Omdat die strafuitsluitingsgrond niet openstaat is anticipatoir gedogen een manier waarop de rechtshandhaving langs maatschappelijk verantwoorde lijnen kan worden vormgegeven. Dat komt ook tot uitdrukking in sepotgrond 31, 'wetswijziging', die het mogelijk maakt om te seponeren 'in verband met te verwachten wetswijziging op grond van wijziging van inzicht in strafbaarheid of strafwaardigheid'. De situatie waarin er een wetswijziging aanstaande is, of dat althans van de wetgever een optreden mag worden verwacht in het licht van de maatschappelijk ontwikkelingen op een bepaald gebied, wordt wel aangeduid als de enige waarin het OM bevoegd is om bij wijze van generaal sepot een algemene beleidslijn te ontwikkelen waarin voor een bepaald delict in het geheel niet zal worden vervolgd.[143]

Maar het opportuniteitsbeginsel kan ook op een andere manier bijdragen aan een rechtsontwikkeling die uitmondt in het inperken van de reikwijdte van het strafrecht. Het OM kan ervoor kiezen om een actief vervolgingsbeleid te voeren op een terrein waar maatschappelijke ontwikkelingen een minder grote rol voor het strafrecht indiceren, of waar onduidelijkheid bestaat over de wenselijkheid van het strafrecht op dat terrein. Op die manier kan het OM bijdragen aan een jurisprudentiële ontwikkeling die leidt tot een restrictieve interpretatie van de strafwet, en wellicht ook uitmondt in een wetswijziging. Hier dient echter voorzichtig met het instellen van vervolgingen te worden omgegaan. Bij gedragingen waarvan de strafbaarheid maatschappelijk gezien ter discussie staat, of waarbij bepaalde belangenconflicten spelen, kan het ook juist verstandig zijn om strafrechtelijke handhaving achterwege te laten en de maatschappelijke discussie af te wachten. Wanneer daarvoor in een concreet geval gekozen wordt, kan de zaak worden geseponeerd met registratie onder grond 44, 'maatschappelijk belangenconflict'. Die grond wordt als volgt toegelicht: 'hoewel formeel strafbaar, is het feit een uitvloeisel van een sociaal economisch of politiek conflict met een ideologische achtergrond dat zich moeilijk leent tot incidentele strafrechtelijke beoordeling en beïnvloeding; het is daarbij niet van zodanige ernst, dat strafvervolging desondanks geboden zou zijn als bijv. ernstige geweldsdaden; gedacht is aan bedrijfsbezettingen, kraken van woningen, alternatieve hulp aan minderjarigen e.d.'

Een voorbeeld van een actief vervolgingsbeleid is te vinden in de context van euthanasie. Volgens Weyers heeft het actieve vervolgingsbeleid dat door het OM ter zake daarvan werd gevoerd, een belangrijke rol gespeeld bij de rechtsontwikkeling op dat gebied. Uiteindelijk heeft dit geleid tot de regeling zoals die in de wet is opgenomen. Wat volgens haar opvalt aan de ontwikkeling van het euthanasievraagstuk in Nederland, is dat het OM minder gebruik

142 HR 19 april 1977, *NJ* 1977, 410 m.nt. GEM.
143 Melai/Groenhuijsen, aant. 8.1 op art. 167.

maakte van gedoogpraktijken dan in andere landen gebeurde. Slechts betrekkelijk korte tijd is er in Nederland sprake geweest van een gedoogbeleid, maar in die periode werd in enkele zaken, die van belang waren voor de rechtsontwikkeling, juist wel vervolging ingesteld. Daardoor kon de Hoge Raad zich uiteindelijk uitspreken over de toepasselijkheid van overmacht in euthanasiezaken, en werd door de jurisprudentiële ontwikkeling de reikwijdte van het strafrecht ingeperkt. Daardoor doet het OM euthanasiezaken sindsdien niet met een beleidssepot maar met een technisch sepot af: de strafbaarheid van de gedraging is niet meer aanwezig. Op die manier kon het op zorgvuldige wijze toepassen van het opportuniteitsbeginsel ertoe leiden, dat er een ontwikkeling in de rechtspraak kwam waarna geen gedoogbeleid meer hoefde te worden gevoerd, ook niet in de fase waarin de wetgever nog niet was opgetreden.[144]

Sinds de inwerkingtreding van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, en de oprichting van de regionale toetsingscommissies, is er een veel beperkter aantal zaken waarin een beleidssepot kan worden overwogen, omdat de meeste meldingen van euthanasie tot de conclusie zullen leiden dat er geen strafbaar feit heeft plaatsgevonden.[145] De beslissing omtrent vervolging is zodanig geproceduraliseerd dat ervan uit mag worden gegaan dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen nog een beslissing tot vervolging zal worden gegeven. Die kunnen echter nog steeds dienen ter verdere ontwikkeling van het materiële recht.[146] In ieder geval kan uit de huidige stand van het materiële recht inzake euthanasie nog steeds niet volgen, dat het OM vrijwel nooit tot vervolging kan overgaan; daarvoor is ook de beoordeling van de noodtoestand te zeer verweven met de concrete omstandigheden van het geval.[147] Het besluit om in grensgevallen toch te vervolgen zal sterk afhangen van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.[148] Voorlopig lijkt het erop dat het OM een zeer terughoudend beleid voert.[149] Of een intensivering zal leiden tot een verdere decriminalisering van euthanasie,[150] of niet,[151] is moeilijk te voorspellen. Maar wanneer een wat actiever vervolgingsbeleid wordt gevoerd, bijvoorbeeld in gevallen waarin euthanasie is

144 Weyers 2002, p. 353-354; Griffiths, Bood & Weyers 1998, p. 86-88.
145 Voor kritiek op het hoge aantal als zorvuldig ingeschatte meldingen in het eerste jaarverslag zie Hubben 2000. Zie ook Sorgdrager 2000.
146 Zie de Aanwijzing vervolgbeslissing inzake levensbeëindiging op verzoek (euthanasie en hulp bij zelfdoding), *Stcrt.* 2012, nr. 26899. Zie ook Groenhuijsen & Van Laanen 2007, p. 19, 213-214 en Van der Wal & Van der Maas 1996, p. 136-151.
147 In dat opzicht is er weinig veranderd sinds Van Binsbergen 1974, Schalken 1985, p. 154-157 en Stolwijk 1996. Voor voorbeelden zie Legemaate 2006, p. 73-75, Cuperus-Bosma, Van der Wal & Van der Maas 1997 en Cuperus-Bosma, Van der Wal & Van der Maas 1998, Den Hartogh 2013.
148 Ter Kuile 2002, p. 57-58; Tak 2002a, p. 90-91.
149 Duijst 2009, p. 95-96.
150 Onwuteaka-Philipsen e.a. 2007.
151 Buijsen 2007.

toegepast bij demente patiënten, kan het zijn dat daarover discussie ontstaat.[152] De vraag is wel in hoeverre grensgevallen gemeld worden bij de toetsingscommissies; onder artsen bestaat geen groot vertrouwen in een goede inschatting door juristen van beslissingen rond het levenseinde.[153]

6.6 Vervolging van publiekrechtelijke rechtspersonen

6.6.1 De aanwijzingsbevoegdheid als probleem

Een specifiek materieelrechtelijk probleem waarin het opportuniteitsbeginsel een rol speelt, is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen. Naar huidig Nederlands recht is de Staat niet strafrechtelijk aansprakelijk,[154] terwijl lagere overheden slechts aansprakelijk zijn voor gedragingen die zij uitvoeren in het kader van een exclusieve overheidstaak.[155] Af en toe steken discussies over deze immuniteiten de kop op, waarbij het bestaan van een controlestelsel rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel als argument wordt gebruikt tegen het aannemen van aansprakelijkheid van de Staat. Met name de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie (artikel 127 RO) wordt daarbij als problematisch gezien.[156] Wanneer de Staat immers voor zijn gedragingen strafrechtelijk aansprakelijk zou zijn, zou de Minister van Justitie via die bevoegdheid invloed kunnen uitoefenen op de te nemen vervolgingsbeslissing. De mogelijkheid van politieke beïnvloeding ligt in een democratische rechtsstaat gevoelig: de kans bestaat dat de minister van Justitie zijn aanwijzingsbevoegdheid gebruikt om vervolging tegen te houden, teneinde de regering niet in verlegenheid te brengen. Ook zouden zijn bevoegdheden juist kunnen worden aangewend om gedragingen te vervolgen die zijn gepleegd onder verantwoordelijkheid van een collega-bewindspersoon van een andere politieke partij, om bij naderende verkiezingen daaruit politiek gewin te verkrijgen. Daarnaast schept een mogelijk gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid spanning binnen de ministerraad: bewindspersonen die verantwoordelijk zijn voor een departement of dienst waar een strafbare gedraging is verricht, zullen mogelijk druk willen uitoefenen op de minister van Justitie om vervolging te voorkomen.

152 Nijboer 1996; Hubben 2007. Zie bijvoorbeeld Rozemond 2012 en Den Hartogh 2012. Of dat leidt tot meer rechtszekerheid is volgens Groenhuijsen 2007, p. 23, nog maar de vraag.
153 Van Tol 2005, p. 226-227.
154 HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598 m.nt. G.J.M. Corstens.
155 HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. J. de Hullu.
156 Brants & De Lange 1996, p. 84-86.

6.6.2 Mogelijke oplossingen

Voor deze problemen zijn verschillende oplossingen aan te dragen. De commissie-Roelvink, die adviseerde over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat, stelde voor om de aanwijzingsbevoegdheid van artikel 127 RO in het geheel uit te sluiten wanneer het een gedraging van een onderdeel van de Staat betrof. Het OM zou daarnaast ook heel goed in staat zijn om in dergelijke gevoelige procedures een zorgvuldige toepassing aan het opportuniteitsbeginsel te geven.[157] De regering stelde zich echter op het standpunt dat de aanwijzingsbevoegdheid niet zou moeten worden ingeperkt, maar ongelimiteerd beschikbaar zou dienen te blijven, omdat de verantwoordelijkheid van de minister jegens het parlement ook onbeperkt is.[158] Simmelink zoekt daarin een middenweg: hij stelt voor om de aanwijzingsbevoegdheid slechts in te perken ten aanzien van het geven van negatieve aanwijzingen, en de minister van justitie de ruimte te laten om een positieve aanwijzing tot vervolging te geven. Zulke aanwijzingen zijn door de waarborgen van artikel 128 RO onderworpen aan discussie met het College van procureurs-generaal. Ook worden ze opgenomen in het procesdossier en kunnen daardoor worden verdisconteerd in de beslissing van de strafrechter.[159]

Een andere oplossing ligt in de modellering naar het voorbeeld van de procedure waarmee een beslissing wordt genomen tot vervolging van ministers en staatssecretarissen voor door hen gepleegde ambtsdelicten. Deze procedure is geregeld in artikel 119 Gw, artikel 76 RO, de artikelen 483-485 Sv en de Wet ministeriële verantwoordelijkheid. De commissie-Roelvink vond een dergelijke inbedding niet noodzakelijk, omdat strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen juist zoveel mogelijk als gewone strafzaken zouden moeten worden behandeld.[160] Voor weer een andere variant is gekozen in het Wetsvoorstel in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers.[161] In dat voorstel wordt de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie niet beperkt, maar is de vervolgingsbeslissing, in alle gevallen waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon de verdachte is, opgedragen aan de officier van justitie bij het functioneel parket. Wanneer het wetsvoorstel ongewijzigd in werking treedt en daarmee de strafrechtelijke immuniteit van de Staat is opgeheven, blijft de bijzondere procedure voor de vervolging van ambtsmisdrijven bestaan naast de nieuwe mogelijkheid om de Staat en niet-bewindspersonen als feitelijk leidinggevers te vervolging in een reguliere strafprocedure. Er ontstaan daardoor wel ingewikkelde afgrenzingsproblemen tussen de verschillende organen

157 Roelvink e.a. 2002, p. 33-37.
158 *Kamerstukken II* 2001/02, 25 294, nr. 15, p. 2.
159 Simmelink 2004, p. 226-228.
160 Roelvink e.a. 2002, p. 36.
161 Het gewijzigd voorstel van wet is te vinden in *Kamerstukken I* 2012/13, 30 538, nr. A.

aan wie de vervolgingsbeslissing en daarmee ook de toepassing van het opportuniteitsbeginsel dan is opgedragen.[162]

Een belangrijke verschil tussen beide procedures lijkt mij, dat tegen niet-vervolging voor ambtsmisdrijven via de procedure bij de Hoge Raad, in beginsel geen beklagmogelijkheid openstaat bij het Gerechtshof in de normale artikel 12 Sv-procedure.[163] Wanneer vervolging van de Staat, en van feitelijk leidinggevers aan een strafbaar feit door de Staat gepleegd, wordt opgedragen aan de officier van justitie bij het functioneel parket, lijkt het logisch dat tegen diens beslissingen wel beklag mogelijk is. Dat zou de deur openen voor veel klaagschriften die wellicht voor een groot deel ongegrond zijn, maar wel veel ruchtbaarheid kunnen veroorzaken. Het kan ook zo zijn dat klaagschriften worden ingediend gebaseerd op internationale vervolgingsverplichtingen die dan niet hun bindende werking door het Gerechtshof kan worden ontzegd. In beginsel brengen deze internationale verplichtingen tot het doen van onderzoek of het instellen van vervolging geen beperkingen met zich mee ten aanzien van de toedeling van de bevoegdheid om te beslissen over het instellen van vervolging.[164] Daarom kunnen beroepen op dergelijke verplichtingen van de kant van burgers voorlopig door de beklagrechter worden afgewezen op de grond dat politieke organen met de vervolgingsbeslissing zijn belast wanneer het gaat om ambtsmisdrijven. Als het mogelijk wordt om op de voet van artikel 12 Sv beklag in te dienen tegen een beslissing om de Staat niet te vervolgen, kan daarbij eventueel een beroep worden gedaan op vervolgingsverplichtingen uit internationaal en Europees recht.[165] Hoe een dergelijke verandering moet worden gewaardeerd is niet met zekerheid te zeggen. De mogelijkheid bestaat dat 'beroepsklagers' grote hoeveelheden ongegronde klaagschriften zullen indienen. Aan de andere kant is het misschien ook juist de bedoeling in een rechtsstaat dat het eventueel strafrechtelijk relevant handelen van de overheid bij de onafhankelijke rechter ter discussie kan worden gesteld. In ieder geval verschuift de discussie over het strafrechtelijk verwijtbaar handelen van de Staat van het terrein van de immuniteiten naar de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.[166]

162 Daarover de indieners van het wetsvoorstel in reactie op een brief van het College van Procureurs-Generaal: *Kamerstukken II* 2012/13, 30 538, nr. 15.

163 HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 244 m.nt. ThWvV, HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 108 m.nt. ThWvV, HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 538, HR 7 april 2006, *NJ* 2006, 243.

164 HR 19 oktober 2007, *NJ* 2008, 26 m.nt. E.A. Alkema.

165 Zelfs al zou Europees recht dwingen tot vervolging, wat helemaal niet duidelijk is, dan dwingt het in ieder geval niet tot introductie van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat, volgens Hof 's-Gravenhage 12 december 2012, *LJN* BY6448.

166 Van Sliedregt 2013, p. 197.

6.6.3 Vervolging van Europese instellingen

Naast de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat, die nog steeds is uitgesloten, speelt de vraag of internationale organisaties, waaronder de Europese Unie en de talrijke daarbij behorende diensten en agentschappen, in het nationale strafrecht aansprakelijk kunnen worden gehouden. Vanwege het politiek gevoelige karakter van strafvervolgingen van internationale organisaties voor nationale rechtbanken zijn deze meer materieelrechtelijke vragen nauw verbonden met de vormgeving van de concrete vervolgingsbeslissing. Tamelijk recent nog heeft de Hoge Raad beslist dat aan Euratom in beginsel naar internationaal recht immuniteit toekomt, zij het dat die zich alleen uitstrekt voor zover het gaat om gedragingen die onmiddellijk verband houden met de aan Euratom opgedragen taken.[167] De merkwaardige procesgang in deze zaak laat zien dat de beantwoording van deze rechtsvragen met gevoeligheden is omkleed: Euratom was gedagvaard voor het begaan van enkele milieudelicten, maar beriep zich in een bezwaarschriftprocedure op strafrechtelijke immuniteit, waarna het OM de dagvaarding introk en de officier van justitie een kennisgeving van niet verdere vervolging verzond. De raadkamer heeft zich daardoor niet over het bezwaarschrift uitgelaten. Naar verluidt is de intrekking van de dagvaarding gevolgd op een overleg van de Europese Commissie met het ministerie van Buitenlandse Zaken, waarin de Commissie de immuniteit van Europese organisaties duidelijk naar voren heeft gebracht. Hoe de ambtelijke communicatie verder is gelopen, is niet helemaal duidelijk, maar heeft er blijkbaar toe geleid dat het OM de dagvaarding introk.[168] Naar aanleiding daarvan diende Greenpeace beklag in bij het Gerechtshof Amsterdam tegen de beslissing tot niet-vervolging. Het Hof oordeelde dat Euratom inderdaad geen immuniteit toekwam en beval het OM tot verdere vervolging over te gaan.[169] Tegen die beschikking van het Hof werd door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad cassatie in het belang der wet ingesteld, waarna de Hoge Raad tot het oordeel kwam dat Euratom wel immuniteit genoot.

Hoe moet deze gang van zaken worden gewaardeerd? Wanneer het belang van een loyale en effectieve handhaving door de lidstaten wordt benadrukt, is het misschien opmerkelijk dat zij de mogelijkheden ontberen om Europese instellingen via de strafrechtelijke weg te bestraffen wanneer deze een overtreding begaan.[170] Aan de andere kant is er ook wat voor te zeggen om strafrechtelijke procedures op Europees niveau te concentreren,[171] maar die rechtsgang bestaat nu eenmaal niet en daarvoor is ook geen rechtsgrondslag aan-

167 HR 13 november 2007, *NJ* 2008, 147 m.nt. N. Keijzer. Daarover ook Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 10.4 op art. 51.
168 Zie over deze kwestie ook *Handelingen II* 2004-2005, 31, p. 2043-2048.
169 Daarover Veldt-Foglia 2006 en Klip 2006b, p. 1069-1070.
170 Klip 2006b, p. 1069.
171 Zoals die, onder andere voor Euratom-ambtenaren, ooit wel voorzien is, zie onder meer Rozie 1977.

wezig in de Verdragen. Helaas heeft geen van de Nederlandse rechterlijke colleges die zich over deze zaak gebogen heeft, aanleiding gezien tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, dat had allicht wat meer helderheid kunnen bieden en in ieder geval de eenvormige interpretatie kunnen bevorderen van de immuniteit van Europese diensten en agentschappen.[172] Vooralsnog zullen dergelijke gevallen, mede vanwege het zeldzame karakter daarvan, kunnen uitgroeien tot gevoelige politieke kwesties in buitengewone procedures, waarin onder andere de toepassing van het opportuniteitsbeginsel een punt van discussie kan zijn.

6.7 Het opportuniteitsbeginsel en strafuitsluitingsgronden

6.7.1 Toepassing in elkaars verlengde?

Het opportuniteitsbeginsel vertoont in zijn uitwerking overeenkomsten met het stelsel van strafuitsluitingsgronden: gedragingen waarvoor een wettelijke delictsomschrijving strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, hoeven niet te leiden tot een daadwerkelijke veroordeling. Rechters en officieren van justitie juridiseren niet elke gedraging die onder een strafrechtelijke delictsomschrijving kan worden gekwalificeerd. De rechter vindt daartoe uitwegen in strafuitsluitingsgronden, eventueel zelfs buitenwettelijke, terwijl het OM die uitweg vindt in het sepotbeleid.[173] Deze twee manieren om veroordeling te voorkomen zijn daarmee in hoge mate verschillend. Het opportuniteitsbeginsel is procesrechtelijk ingebed, terwijl de strafuitsluitingsgronden onmiskenbaar materieelrechtelijk van aard zijn. Vervolgingsuitsluitingsgronden zijn daar tussenin te situeren. Deze betekenen niet dat de strafwaardigheid ontbreekt, maar dat er een andere reden bestaat waarom strafrechtelijk ingrijpen niet opportuun is.[174] De strafuitsluitingsgronden vormen een instrument in de handen van de strafrechter, terwijl deze de toepassing van het opportuniteitsbeginsel slechts toetst op verenigbaarheid met beginselen van een goede procesorde.

Beide spelen ook een rol in de fasen voorafgaand aan de berechting, want een mogelijk succesvol beroep op een strafuitsluitingsgrond kan in het kader van de beoordeling van de haalbaarheid heel goed tot een (technisch) sepot leiden. Het OM zal in evidente gevallen vaak van vervolging afzien.[175] Daarbij zal meestal gekozen worden voor een technisch sepot en niet voor een beleidssepot, omdat de opportuniteitscomponent nog niet aan de orde gekomen is. Toch valt ook in dit verband een activistische tendens in het vervolgingsbeleid

172 Aldus ook Klip 2006b, p. 1069 en Veldt-Foglia 2006, p. 165-166.
173 Broekman & 't Hart 1980, p. 115.
174 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 142.
175 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 150; De Hullu 2009, p. 375; Van Rest 1991, p. 1.

te bespeuren, bijvoorbeeld bij het vervolgen van geweld gepleegd tijdens een burgeraanhouding dan wel noodweersituatie.[176] Het beeld dat er sprake zou zijn van een nogal repressief beleid ten opzichte van de aanhoudende dan wel zich verdedigende burger, heeft er toe geleid dat het OM een Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer heeft opgesteld.[177] De aanwijzing heeft een bijzondere strekking, namelijk dat de toepassing van het dwangmiddel aanhouding moet worden beperkt wanneer de burger bij het verrichten van de aanhouding heeft gehandeld uit noodweer of noodweerexces.[178] De eventuele toepasselijkheid van een strafuitsluitingsgrond heeft dus al zijn uitwerking lang voordat berechting of vervolging plaatsvindt, namelijk – nadrukkelijk in een beleidsregel vastgelegd – in de opsporingsfase.

Er bestaat daarmee een wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en de strafuitsluitingsgronden: het bestaan van het opportuniteitsbeginsel betekent dat de strafuitsluitingsgronden geen volledig, sluitend systeem hoeven te vormen.[179] Het opportuniteitsbeginsel kan worden toegepast in gevallen waarin minder duidelijk een beroep op een rechtvaardigingsgrond of een schulduitsluitingsgrond mogelijk lijkt, maar waarin desondanks wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid niet of nauwelijks aanwezig zijn. Tot op zekere hoogte kunnen gedragingen waarvoor geen strafuitsluitingsgronden beschikbaar zijn, maar die desondanks niet strafwaardig worden geacht, daardoor buiten het bereik van het strafrecht worden gehouden.[180] De aanwijzing gebruik sepotgronden geeft daarvoor de ruimte middels sepotgrond 42, 'geringe strafwaardigheid van het feit', die als volgt wordt toegelicht: 'hoewel aan de formele eisen van een strafbaar feit is voldaan en een rechtvaardigingsgrond of schulduitsluitingsgrond (overmacht, noodweer e.d.) in strikte zin ontbreekt, is het gebeurde ten aanzien van een strafuitsluitingsgrond een zodanig randgeval dat een strafvervolging onevenredig zwaar zou zijn.' De strafuitsluitingsgronden en de daarop aansluitende mogelijkheden van het opportuniteitsbeginsel fungeren gezamenlijk als uitzonderingen op de regel dat aansprakelijkstelling in het strafrecht mogelijk is wanneer een gedraging kan worden gekwalificeerd onder een wettelijke delictsomschrijving.[181]

Als voorbeeld kan gedacht worden aan een kwestie als absolute overmacht in psychische zin, die een academisch karakter heeft en dat waarschijnlijk ontleent aan het zelden voorkomen ervan, maar misschien ook wel aan de

176 Naeyé 2010, p. 8-9.
177 *Stcrt.* 2010, 20474.
178 Vergelijk in dit verband ook de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren, laatst gewijzigd bij Besluit van 4 oktober 2012, *Stb.* 2012, 458. Daarin zijn enkele bepalingen opgenomen die duidelijk verband houden met noodweer, zoals artikel 8 lid 1.
179 Van Veen 1986; De Hullu 2012, p. 284-285, 369-370.
180 Zie voor enkele voorbeelden daarvan Van Bemmelen 1931, p. 15-17.
181 Vellinga 1985.

filterende werking van het opportuniteitsbeginsel.[182] Ook een schulduitsluitende noodtoestand is in de jurisprudentie niet ontwikkeld, omdat het OM gevallen die daartoe aanleiding zouden kunnen geven, om opportuniteitsredenen seponeert.[183] Vooral bij de overmacht komt duidelijk naar voren dat de wetgever restrictief wenste op te treden, vertrouwend op een terughoudend vervolgingsbeleid.[184] De Hullu wijst op de conclusie van A-G Tak voor het opticien-arrest. Deze wijst het beroep op overmacht nog af, opmerkend dat de gedragingen in kwestie nooit tot straffeloosheid kunnen leiden, maar slechts het nut van de vervolging of de strafmaat kunnen beïnvloeden.[185] De Hoge Raad besliste anders.[186] Ook het relatief slapende bestaan van de strafuitsluitingsgrond van handelen ter uitvoering van een wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr) zou toe te schrijven zijn aan de matigende werking van het opportuniteitsbeginsel.[187] Belangrijker wellicht is dat de tamelijk strikte omschrijving van de ontoerekenbaarheid nogal wat gevallen niet bestrijkt, zoals dat van een geestelijke stoornis die opgekomen is nadat de strafrechtelijk relevante gedraging is verricht. De opportuniteitsvraag moet in dergelijke gevallen uitkomst bieden.[188] Een strafrechtelijke reactie bij bijvoorbeeld strafbare feiten gepleegd binnen psychiatrische inrichtingen moet niet bij voorbaat kansloos worden geacht wegens vermeende ontoerekenbaarheid, maar is vaak haalbaar en kan zelfs bijdragen aan de psychiatrische behandeling. Daarom is het belangrijk dat wordt onderkend dat bij niet-vervolging van dergelijke zaken gebruik wordt gemaakt van het opportuniteitsbeginsel, en dat een transparant vervolgingsbeleid wordt geformuleerd.[189]

Ingewikkelder voorbeelden van de samenhang van het opportuniteitsbeginsel met de strafuitsluitingsgronden zijn ook voorhanden. Als een politieambtenaar geen mededelingen doet over een onrechtmatige toestand, is dat niet voldoende om een beroep op verontschuldigbare rechtsdwaling op te leveren. Zo'n beroep kan alleen slagen wanneer de ambtenaar ter zake stellige mededelingen heeft gedaan.[190] Zulk zwijgen kan echter ook worden gezien als een politiesepot, waardoor een beroep op het vertrouwensbeginsel eventueel een niet-ontvankelijkheid oplevert. Materieel recht en toepassing van het opportuniteitsbeginsel liggen hier heel dicht tegen elkaar aan.[191] Ook andere voorbeelden illustreren dat toepassing van het opportuniteitsbeginsel vaak in het

182 De Hullu 2012, p. 289.
183 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 303.
184 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 300-301; Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 4 bij art. 40 en aant. 10 bij art. 189.
185 De Hullu 2012, p. 294.
186 HR 15 oktober 1923, *NJ* 1923, p. 1329.
187 De Hullu 2012, p. 327, 329.
188 De Hullu 2012, p. 335.
189 Harte, Van Leeuwen & Nederpelt 2010.
190 HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180, m.nt. BVAR.
191 De Hullu 2009, p. 360.

verlengde ligt van een beroep op een strafuitsluitingsgrond. Zo wordt een beroep op overmacht in de zin van noodtoestand niet gemakkelijk aannemelijk gevonden bij een ongewenst verklaarde vreemdeling die wordt vervolgd voor overtreding van artikel 197 Sr. Wanneer zo'n vreemdeling echter keer op keer wordt vervolgd voor hetzelfde misdrijf, omdat hij het land niet kan verlaten, kan de opportuniteit van een nieuwe vervolging ontbreken. Het Hof Amsterdam verklaarde in een dergelijke zaak zelfs het OM niet-ontvankelijk wegens strijd met de beginselen van een goede procesorde, omdat de nieuwe vervolging geen enkel redelijk doel zou dienen.[192] Volgens Van Kempen en Pieters zou het beter zijn om voor dit soort gevallen de reikwijdte van de overmacht te verruimen, zodat er geen behoefte meer is aan de toepassing van het opportuniteitsbeginsel en de controle daarop.[193]

6.7.2 Buitenwettelijke rechtvaardigingsgronden en wederrechtelijkheid

Het opportuniteitsbeginsel kan dus dienen als aanvulling op de strafuitsluitingsgronden. Wanneer men niet op die aanvullende werking wil vertrouwen, kan worden gezocht naar een ruime uitleg van de strafuitsluitingsgronden, of een wettelijke uitbreiding daarvan. Zo bezien vormen de strafuitsluitingsgronden en het opportuniteitsbeginsel communicerende vaten. Een methode van uitbreiding van de reikwijdte van de strafuitsluitingsgronden, waardoor minder sterk op het opportuniteitsbeginsel hoeft te worden geleund, kan worden gevonden in het aanvaarden van buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden. De grootste rol daarin lijkt te zijn weggelegd voor de afwezigheid van alle schuld. Aan de buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid wordt in de hedendaagse doctrine niet of nauwelijks waarde toegekend.[194] Dat er geen noodzaak bestaat om een dergelijke buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond te gebruiken zou een gevolg kunnen zijn van een terughoudend vervolgingsbeleid ter zake van maatschappelijk onbesliste vraagstukken, maar zou ook veroorzaakt kunnen zijn doordat bepaalde delictsbestanddelen terughoudend worden geïnterpreteerd met het oog op die vraagstukken. Volgens Remmelink bieden die beide methoden, tezamen met de door hem voorgestelde rol van een 'contraveniërende norm', adequate oplossingen, die de noodzaak van het aanvaarden van een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond wegnemen.[195] Ook Holland ziet mogelijkheden voor het gebruiken van het opportuniteitsbeginsel wanneer restrictieve interpretatie niet mogelijk lijkt te zijn, naast toepassing van het rechterlijk pardon in

192 Hof Amsterdam 10 november 1998, *NJ* 1999, 454; zie ook Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 5 bij art. 197.
193 Van Kempen & Pieters 2006.
194 De Hullu 2012, p. 347-348.
195 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 351-353.

gevallen waarin toch wordt vervolgd.[196] Groenhuijsen stelt dat de controverse rondom het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid zijn scherpe kanten heeft verloren doordat die kwestie in beginsel behoort te worden opgenomen in de vervolgingsbeslissing.[197] Daarmee krijgt toepassing van het opportuniteitsbeginsel een duidelijk normatief karakter: het beleidssepot vult de wederrechtelijkheid nader in, door in concrete gevallen als aanvulling op de rechtvaardigingsgronden te functioneren. In die gevallen waarin wel kwalificatie onder een delictsomschrijving mogelijk zou zijn, en ook geen beroep op een rechtvaardigingsgrond kan worden gedaan, maar waarin desondanks onvoldoende redenen bestaan om te oordelen dat er wederrechtelijk gehandeld is, kan vervolging achterwege worden gelaten, en daarmee wordt een andere, maar vergelijkbare uitkomst verkregen: er wordt geen toepassing gegeven aan het materiële strafrecht.

Een specifieke manier om tot een terughoudende toepassing van materieelrechtelijke normen te komen is om deze te interpreteren in het licht van het achterliggende belang.[198] De centrale rol die het erkennen van een bepaald belang in deze methode speelt, maakt dat er een verband bestaat met het opportuniteitsbeginsel, dat immers legitimeert tot het achterwege laten van vervolging, wanneer dat in het algemeen belang is. Een oriëntatie op het door de materieelrechtelijke norm beschermde rechtsbelang legt daardoor een rechtstreeks verband met de grond voor niet-vervolging. Kenmerkend is echter, dat wanneer het ontbreken van een rechtsbelang een rol speelt bij de kwalificatiebeslissing, in het algemeen een nauwkeuriger bepaling van het betreffende belang zal moeten worden gegeven, dan wanneer vervolging achterwege wordt gelaten. Het algemeen belang is daarvoor te sterk een verzamelbegrip, en daarnaast dwingt de formeelrechtelijke inbedding van de vervolgingsbeslissing niet tot een precieze motivering van het sepot. Hoe dan ook zou het sepot volgens Schaffmeister en Heijder zelden als oplossing nodig zijn, omdat de rechter veel mogelijkheden heeft om via een concretisering van de wederrechtelijkheid tot een terughoudende interpretatie van de delictsomschrijving te komen. Voor een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond bestaat daarom nauwelijks noodzaak, formeelrechtelijke oplossingen als het sepot zouden voldoende zijn en bovendien als gelijkwaardig moeten worden gezien aan materieelrechtelijke oplossingen door middel van wetgevend ingrijpen. Voor een dergelijke gelijkwaardigheid zouden de democratische en rechterlijke controle rondom het vervolgingsbeleid voldoende garanties bieden.[199]

Aan de gelding van strafrechtelijke normen en de daarmee samenhangende wederrechtelijkheid kan tot op zekere hoogte ook worden afgedaan door een weinig intensief vervolgingsbeleid. In dat verband is het de vraag, of de

196 Holland 1989, p. 303.
197 Groenhuijsen 2002, p. 444.
198 Uitgebreid daarover Schaffmeister & Heijder 1983.
199 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 472-473.

overheid kan volstaan met het opstellen van normen waarvan de overtreding met straf bedreigd wordt, of dat een minimale intensiteit van vervolging en bestraffing noodzakelijk is om de inhoud van die normen tot een levend onderdeel van het rechtsbewustzijn te laten zijn. Wanneer aan het strafrecht een sociaal-ethische doelstelling wordt toegedicht, waarin het als taak heeft de in de samenleving levende overtuigingen te beïnvloeden, kan het als noodzakelijk worden beschouwd dat daadwerkelijk vervolging en bestraffing wordt toegepast naar aanleiding van een strafbaar feit, om de relevante normen te laten doordringen tot maatschappelijke overtuigingen. De mate waarin de materieelrechtelijke normen kunnen rekenen op maatschappelijke erkenning is in die visie mede afhankelijk van de vervolgingsintensiteit.[200] Of dat een overtuigende visie is, is de vraag. In ieder geval zou de redenering ook kunnen worden omgedraaid: de intensiteit waarmee materieelrechtelijk normen worden gehandhaafd kan afhankelijk worden gemaakt van de mate waarin deze normen geacht kunnen worden door een aanzienlijk gedeelte van de samenleving te worden onderschreven.

6.7.3 Het algemeen belang verwerkt in een strafuitsluitingsgrond

Die normatieve verbinding komt ook tot uitdrukking in het voorstel van De Doelder, dat een algemene strafuitsluitingsgrond zou kunnen worden geïntroduceerd als een soort rest-rechtvaardigingsgrond. Op grond hiervan zou het niet strafbaar moeten zijn om een gedraging te verrichten die het algemeen belang meer bevordert dan het achterwege laten van die gedraging.[201] Daarin valt zelfs in het gebruik van de term 'algemeen belang' een duidelijk raakvlak met het opportuniteitsbeginsel te herkennen.

Diezelfde term komt voor in de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 261 lid 3 en artikel 273 lid 2 Sr. Volgens Bogert betekent de term 'algemeen belang' in deze bijzondere strafuitsluitingsgrond echter niet hetzelfde als in artikel 167 lid 2 Sv. Een verschil zou volgens hem zijn dat het algemeen belang, zoals dat bij toepassing van het opportuniteitsbeginsel wordt gebruikt, vooral gerelateerd is aan 'de kosten en de verschillende andere effecten van opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten en subsocialiteit', terwijl het algemeen belang in deze bijzondere strafuitsluitingsgronden nader ingevuld kan worden in de context van het specifieke strafbare feit. Een meer overtuigend verschil is er volgens hem in gelegen, dat het criterium van het algemeen belang in zijn rol als grondslag voor de opportuniteitsbeslissing een typisch strafvorderlijke functie heeft, terwijl het criterium bij de bijzondere strafuitsluitingsgronden van een andere orde is. Het gaat bij dat laatste volgens Bogert 'om maatschappelijk en/of persoonlijke overwegingen met betrekking tot of

200 Daarover Vermunt 1984, p. 153-160.
201 De Doelder 2008, p. 58-59.

interpretaties van het 'algemeen belang' in een bijzondere strafuitsluitingsgrond'. Het OM dient de mogelijkheid te hebben om een zaak voor de rechter te brengen wanneer het dat in het algemeen belang wenselijk acht, bijvoorbeeld om bij te dragen aan de rechtsvorming ten aanzien van het 'algemeen belang' uit de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Hoewel het algemeen belang gediend kan zijn met het plegen van een bepaalde belediging, waardoor de strafbaarheid zou kunnen komen te vervallen op grond van artikel 261 lid 3 Sr, is het ook mogelijk dat het algemeen belang zoals dat is verwoord in artikel 167 Sv zodanig kan worden toegepast dat tot vervolging wordt overgegaan in het belang van de rechtsontwikkeling. Bogert komt vervolgens tot de conclusie dat verschillende rechtstoepassers verschillend kunnen oordelen omtrent de betekenis en de invulling van een bepaald bestanddeel. Verder zou volgens hem de bijzondere strafuitsluitingsgrond van het algemeen belang naar civielrechtelijke lijnen worden geïnterpreteerd, terwijl het algemeen belang als vervolgingscriterium wordt uitgelegd in zijn functie binnen de strafrechtelijke handhaving.[202]

De conclusie dat een bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgrond door verschillende rechtstoepassers anders wordt uitgelegd lijkt mij weinig opzienbarend. Dat civielrechtelijke inspiratie bij de interpretatie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond een rol speelt, dient, zoals Bogert aangeeft, vooral in het licht van deze specifieke beledigingsdelicten te worden gezien. De omstandigheid dat het in artikel 261 Sr een klachtdelict betreft, laat zien dat ook in de strafrechtelijke regeling het belang erkend wordt van de persoonlijke omstandigheden en voorkeuren van de bij het delict betrokkenen. Dat deze bij de strafrechtelijke handhaving uit het oog verloren zouden worden, is niet te verwachten, te meer daar het algemeen belang als vervolgingscriterium tot op grote hoogte deze persoonlijke aspecten kan bevatten. Daardoor kan in de vervolgingsbeslissing evenzeer rekening worden gehouden met de verhouding tussen slachtoffer en verdachte, als bij de interpretatie van het algemeen belang als bestanddeel van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 261 Sr. Hoewel in de bijzondere strafuitsluitingsgrond vanwege zijn delictspecifieke context een beperkte invulling van het algemeen belang naar voren komt, treedt ook hier een verbondenheid van het opportuniteitsbeginsel met het materiële strafrecht naar voren. Het criterium van het algemeen belang blijkt zelfs letterlijk terug te vinden in het materiële recht. Daardoor ligt het voor de hand om de invulling van het opsporings- en vervolgingsbeleid mede vorm te geven langs de lijnen die zijn neergelegd in de strafuitsluitingsgronden.[203] Een helder voorbeeld daarvan vormt de Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer.

202 Bogert 2005, p. 177-178.
203 Bogert 2005, p. 215.

6.7.4 Opportuniteit en afwezigheid van alle schuld

De afwezigheid van alle schuld vormt in de praktijk een belangrijke tegenhanger van het opportuniteitsbeginsel. Dat het OM bij gebrek aan strafrechtelijk relevante schuld geen vervolging instelt, is uiteraard geen toepassing van het opportuniteitsbeginsel, omdat het daarbij gaat om haalbaarheidssepots.[204] Omdat het schuldbeginsel, sinds het aanvaarden daarvan door de Hoge Raad in het Melk en Water-arrest,[205] ontegenzeggelijk deel uitmaakt van het materiële strafrecht, moet er een technisch sepot volgen wanneer wegens het ontbreken van verwijtbaarheid van vervolging wordt afgezien. Dat wil niet zeggen dat voordat de Hoge Raad het schuldbeginsel erkende, bij overtredingen ook in randgevallen veelvuldig tot vervolging over werd gegaan. In die context functioneerde het opportuniteitsbeginsel volgens Remmelink als aanvulling op de wettelijke mogelijkheden om niet verwijtbare gedragingen buiten het strafrecht te houden.[206] Een ruimer gebruik van de strafuitsluitingsgrond van afwezigheid van alle schuld maakt het inmiddels mogelijk zijn toevlucht te zoeken in het materiële recht. De noodzaak om het opportuniteitsbeginsel in te roepen varieert, afhankelijk van de betekenis die aan de strafuitsluitingsgrond van afwezigheid van alle schuld wordt toegekend. Grensgevallen zijn zeer goed denkbaar, waardoor een grijs gebied tussen haalbaarheid en opportuniteit kan ontstaan en het opportuniteitsbeginsel en de afwezigheid van alle schuld als elkaar aanvullende voorzieningen kunnen worden gezien.[207]

Die overeenkomst in functie tussen afwezigheid van alle schuld en het opportuniteitsbeginsel gaat echter niet zover, dat het verontschuldigbaar zou zijn om te handelen in een te groot vertrouwen op de terughoudendheid van het OM, op grond waarvan een beroep op avas zou kunnen slagen. Dat was althans het oordeel van de Hoge Raad in de zaak waarin een seksbioscoop wegens het ontbreken van een vergunning was vervolgd. De rechtbank had de verdachte wegens afwezigheid van alle schuld ontslagen van rechtsvervolging, omdat het OM al geruime tijd geen vervolgingen meer instelde voor de tenlastegelegde gedragingen, en een wetswijziging aanstaande was. De rechtbank aanvaardde de afwezigheid van alle schuld, terwijl zij een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid verwierp. Vanwege de summiere onderbouwing van het oordeel van de rechtbank kon de Hoge Raad weinig anders dan casseren. De Advocaat-Generaal wees bovendien op het feit dat de verdachte wist dat hij de benodigde vergunning miste, en dat na

204 Vellinga 1982, p. 10; Van Dijk 2008, p. 83; De Hullu 2012, p. 359-360.
205 HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681.
206 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 375.
207 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 291; zie ook Hof Arnhem 14 februari 1984, *VR* 1985, 55 m.nt. C.J.G. Bleichrodt.

de op handen zijnde wetswijziging een vergunningenstelsel zou blijven bestaan.[208]

6.7.5 Onderlinge verbondenheid

Vooral wanneer een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt gehanteerd, vallen strafuitsluitingsgronden duidelijk te positioneren ten opzichte van het opportuniteitsbeginsel. Waar strafuitsluitingsgronden een uitzondering vormen op de regel dat strafrechtelijke aansprakelijkheid gegeven is met de vervulling van de delictsomschrijving, biedt het opportuniteitsbeginsel een zelfde soort uitzondering: ondanks strafrechtelijke aansprakelijkheid volgt geen (opsporing en) vervolging, vanwege feiten of omstandigheden die, in het licht van het algemeen belang, in de weg staan aan de inzet van strafrechtelijke middelen. Het opportuniteitsbeginsel speelt in die negatieve interpretatie een duidelijk aanvullende rol ten opzichte van de strafuitsluitingsgronden. Een beroep op een strafuitsluitingsgrond dat niet geheel slaagt, kan dan leiden tot een beleidssepot.

De speelruimte voor het opportuniteitsbeginsel is daarmee omgekeerd evenredig aan de welwillendheid waarmee strafuitsluitingsgronden worden uitgelegd. Het is mogelijk deze nogal terughoudend te interpreteren, als excepties met eigen karakteristieken die elkaar bovendien kunnen overlappen, en die niet te sterk hoeven te worden gekoppeld aan de elementen van wederrechtelijkheid en schuld.[209] In dat geval bestaat er meer behoefte aan een corrigerende rol van het opportuniteitsbeginsel, dan wanneer de strafuitsluitingsgronden worden gezien als een stelsel dat strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluit bij het ontbreken, of vrijwel ontbreken, van wederrechtelijkheid en schuld. In dat laatste geval treden vooral de overmacht en de buitenwettelijke afwezigheid van alle schuld op de voorgrond, als methoden om in het materiële recht overwegingen een plaats te geven die ook in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel kunnen worden verwerkt.[210] Ook komt die onderlinge verbondenheid tot uitdrukking in de bijzondere strafuitsluitingsgronden van artikel 261 en 273 Sr, waarin het criterium van het algemeen belang als voorwaarde is opgenomen. Ten slotte kan vanuit wetgevingsperspectief de vraag rijzen of het wenselijk is te vertrouwen op een zorgvuldige toepassing van het opportuniteitsbeginsel, of dat de introductie van aanvullende (bijzondere) strafuitsluitingsgronden de voorkeur verdient.[211]

---

208 HR 19 april 1977, *NJ* 1977, 410 m.nt. GEM.
209 De Hullu 2012, p. 282-283, 369-372.
210 Daarover ook Van Dijck 2003, p. 184-235.
211 Bogert 2005, p. 86-87.

6.8 Opportuniteit en subsocialiteit

6.8.1 Het voorstel van Vrij

In zijn Groningse afscheidsrede suggereerde Vrij dat, naast de elementen van wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid, een derde element zou moeten worden erkend als algemene voorwaarde voor strafbaarheid. Dit derde element, 'het subsociale', of de subsocialiteit, zou als aanvulling op de vier algemeen erkende voorwaarden voor strafbaarheid moeten dienen. Daarmee zou het op materieelrechtelijke wijze diverse praktijken in de strafrechtspleging kunnen verklaren, waarbij op een of andere manier geen straf wordt opgelegd, terwijl er wel sprake is van een menselijke gedraging die, vallend onder een wettelijke delictsomschrijving, wederrechtelijk en aan schuld te wijten is. Daarbij dacht Vrij met name aan het rechterlijk pardon, als mogelijkheid om geen straf op te leggen hoewel er wel een veroordeling wordt gegeven, aan de verjaring als beletsel voor het vervolgen van feiten die overigens wel strafbaar zijn, en aan het toepassen van het opportuniteitsbeginsel, waarmee geen vervolging wordt ingezet in gevallen waarin dat om redenen van algemeen belang niet opportuun wordt geacht.

Deze voorgestelde wijziging in de theorievorming omtrent strafbare feiten is duidelijk geïnspireerd op de praktijk van de strafrechtspleging. Zo stelt Vrij de onontkoombaarheid van het opportuniteitsbeginsel voorop, ook voor de opsporing, of althans de keuze tussen het opportuniteitsbeginsel met zijn controlemechanismen aan de ene kant en het legaliteitsbeginsel met ruime uitzonderingsgronden aan de andere kant. Hoogstens zou in een politiek instabiel bestel, vanwege de sterkere rechtswaarborgen, voor een gemitigeerd legaliteitsbeginsel kunnen worden gekozen. In beide gevallen doet zich echter het verschijnsel voor dat feiten die formeel strafbaar zijn, onbestraft blijven.[212]

Ten aanzien van de strafbare feiten waarbij door toepassing van het opportuniteitsbeginsel strafrechtelijke sancties uitblijven, onderscheidt Vrij twee situaties.[213] Ten eerste noemt hij de bagateldelicten, waaronder hij die strafbare feiten verstaat die weliswaar onder een wettelijke delictsomschrijving vallen, in veel gevallen zelfs een misdrijf zijn, maar desondanks zo weinig ernstig zijn dat de gemeenschap die door de vingers kan en mag zien. In die op de gemeenschap gerichte formulering klinkt het element van de subsocialiteit duidelijk door. Deze delicten stelt Vrij overigens tegenover de strafbare feiten die slechts bestaan vanwege een te ruime strafbaarstelling door onzorgvuldige of gehaaste wetgeving. Daar treedt volgens hem het opportuniteitsbeginsel weliswaar ter correctie op, maar is blijkbaar geen sprake van zulk onrecht dat is voldaan aan de overige vier voorwaarden voor strafbaarheid. De wederrechtelijkheid ontbreekt daar kennelijk aan. Heden ten dage zouden

212 Vrij 1948, p. 5-8.
213 Vrij 1948, p. 8-10.

we daarvoor overigens niet noodzakelijkerwijs het opportuniteitsbeginsel inzetten, omdat er bij het ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake is van een strafbaar feit. De werkelijke bagateldelicten behelzen wel wederrechtelijkheid en schuld, maar zijn onvoldoende om de gemeenschap tot strafrechtelijk optreden te bewegen. Dit wordt ofwel vormgegeven door toepassing van het opportuniteitsbeginsel, dan wel door het rechterlijk pardon, dat volgens Vrij als verlengstuk van het opportuniteitsbeginsel werkt.

Ten tweede noemt Vrij de strafbare feiten waarbij weliswaar voldoende redenen bestaan om vervolging te rechtvaardigen, maar waar grotere belangen een rol spelen, die ervoor zorgen dat strafrechtelijk optreden niet opportuun is. Bij de bagateldelicten is er sprake van een gebrek aan redenen om tot vervolging over te gaan, terwijl bij deze tweede categorie een positieve keuze voor niet-vervolging wordt gemaakt, vanwege doorslaggevende redenen die buiten de reikwijdte van het betrekkelijke feit gelegen zijn. Als voorbeeld voert Vrij de niet-vervolging aan van hoge staatsambtenaren wegens fraude, waarvoor in sommige gevallen gekozen kan worden omdat anders het voortbestaan van de staat in gevaar zou kunnen komen. Daardoor heeft de gemeenschap een groter belang bij het onvervolgd blijven van het strafbare feit dan bij een strafrechtelijke reactie, hoewel die zonder twijfel vanuit het oogpunt van wederrechtelijkheid en schuld gerechtvaardigd zou zijn. Hier fungeert het gemeenschapsperspectief dus duidelijk als grondslag onder de sepotbeslissing. Verder noemt Vrij het jeugdstrafrecht, waarin veelvuldig geseponeerd wordt teneinde jeugdigen een terechtzitting te besparen, alsmede delicten die te groot in aantal zijn om adequaat te kunnen worden verwerkt.

Dat in al deze gevallen, op verschillende manieren, niet strafrechtelijk wordt opgetreden, zou te verklaren zijn uit het ontbreken van gemeenschapsbelang, en daaruit volgt volgens Vrij dat er kennelijk voor strafbaarheid benodigd is, dat de strafbare gedraging ook een subsociaal element in zich draagt. Niet alleen bij het ontbreken van die subsocialiteit is dat gezichtspunt relevant, ook in gevallen waarin juist wel strafrechtelijk optreden volgt, kan subsocialiteit mede verklaren waarom voor die afdoening is gekozen. Daardoor wordt dit derde element naast de wederrechtelijkheid en de schuld geplaatst, die weliswaar hun voornaamste betekenis laten zien wanneer zij ontbreken, of wanneer dat ontbreken wordt aangevoerd, maar die in overige gevallen geacht worden een grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te verschaffen.[214]

Een volgend argument voor de aanvaarding van het subsociale als element van het strafbare feit vond Vrij in de samenhang die daardoor wordt gevonden tussen enerzijds de voorwaarden voor strafbaarheid en anderzijds de zin van de daarop volgende straf. Het onder de invloed van de Moderne richting veranderde strafbegrip, dat zich meer oriënteerde op het door de dader gevormde gevaar dan op de aan hem te verwijten schuld, zou weerspiegeld moeten worden in een aangepast delictsbegrip. De straf zou mede een reactie

214 Vrij 1948, p. 10-11.

moeten zijn op het door de dader opgeroepen gevaar, en daarom zou dat gevaar ook een zelfstandige plaats moeten krijgen in de theorie over hetgeen een strafbaar feit constitueert. Naast het onrecht en de schuld is dat dus de subsocialiteit, inhoudende het gevaar dat jegens de gemeenschap in het leven is geroepen. Wanneer de subsocialiteit als derde element wordt erkend, is te verklaren dat in de schaal van straftoemeting, waarin toepassing van het opportuniteitsbeginsel volgens Vrij de laagst mogelijke graad vormt, dit gevaar jegens de gemeenschap wordt gereflecteerd. De straf vereffent dan overigens niet zozeer het gevaar zelf, als wel de maatschappelijke toestand van onrust, ontstemming of verstoring die door dat gevaar is veroorzaakt. Dat onmaatschappelijke gevaar valt volgens Vrij niet te reduceren tot onrecht en schuld, maar dient als eigen element van het delict te worden beschouwd.[215]

Dat onmaatschappelijke kan verder worden gespecificeerd naar het effect dat het strafbare feit heeft gehad op verschillende groepen personen. Allereerst betreft het de persoon van de dader, die door het feit kan zijn bewogen tot herhaling, welke drang kan worden verminderd door de op te leggen straf. Vervolgens betreft het de derden, die eveneens door het begaan zijn van het feit geprikkeld kunnen raken en aangezet kunnen worden tot navolging, hetgeen door het opleggen van straf aan de dader zou kunnen worden tegengegaan. Verder bevindt het slachtoffer zich uiteraard in een positie waarin hij om vergoeding vraagt van de schade, aan het herstel waarvan het bestraffen van de dader een bijdrage kan leveren. Meer op afstand zou de ontdaanheid die door het feit ontstaat bij vierden dienen te worden gecompenseerd door een adequate strafoplegging. Ten slotte delen al deze posities zich volgens Vrij mee aan de over de straf beraadslagende rechter, die door de straf streeft naar vereffening van de maatschappelijke effecten van het strafbare feit, die bij deze verschillende groepen personen zijn te constateren. De straf vereffent naast onrecht en schuld deze vier 'sociaal-psychologische beroeringen'. Bij het opleggen van maatregelen zijn onrecht en schuld nauwelijks relevant, maar zijn deze 'beroeringen' vrijwel uitsluitend bepalend.[216]

Volgens Vrij zou de aanvaarding van subsocialiteit als derde element van het strafbare feit voor de praktijk en de wetenschap belangrijke betekenis kunnen bezitten. De straftoemeting en -tenuitvoerlegging zouden er baat bij hebben dat er een helderder geformuleerd 'sociaal-psychologisch minus' onderkend wordt, dat houvast kan geven bij in de praktijk te nemen beslissingen. Dat vraagt van de criminologie een inspanning om deze minussituaties te onderkennen en te onderzoeken, teneinde de verwerking daarvan door de betrokkenen in de strafrechtspleging te faciliteren. De mogelijkheden om het strafrechtelijk apparaat doelmatig in te zetten en, indien mogelijk, vaker van bestraffing af te zien, zouden kunnen worden vergroot door algemene invoe-

215 Vrij 1948, p. 11-15.
216 Vrij 1948, p. 15-18.

ring van het rechterlijk pardon[217] en door het beperken van het aantal gevaarzettingsdelicten. Vanuit rechtssociologisch perspectief wordt daarmee nog duidelijker dat de strafrechtelijke handhaving een instrument wordt ter uitvoering van sociale politiek, omdat het zich rechtstreeks oriënteert op de mogelijke uitwerking van bepaalde gedragingen op de gehele maatschappij.[218] Daarom bewijst volgens Vrij de aanvaarding van het subsociale als derde element van het delict dat het strafrecht in wezen een publiekrechtelijk karakter heeft, terwijl onrechtmatigheid en schuld in beginsel ook een privaat strafrecht kunnen funderen. Het strafbare feit krijgt door de insluiting van de subsocialiteit als wezenskenmerk dat het de maatschappelijke veiligheid aantast. Daardoor wordt de gemeenschap tot hoofdbelanghebbende en het strafrecht tot publiekrecht.[219]

6.8.2 Eerste reacties

De reacties op deze afscheidsrede van Vrij waren nogal kritisch, maar waarderende opmerkingen werden zeker ook gemaakt. Een belangrijk punt van discussie was de formeelrechtelijke consequentie van een mogelijke aanvaarding van de subsocialiteit als derde element van het strafbare feit.

Langemeijer wees er in een eerste beschouwing op, dat aan de verdachte die toegeeft dat hij wederrechtelijk en verwijtbaar heeft gehandeld, maar die bestrijdt dat die gedraging subsociaal was, waarschijnlijk niet een welwillende behandeling gegeven zal worden.[220] Dat standpunt hangt samen met de overtuiging van Langemeijer, dat Vrij enkele categorieën van strafzaken onterecht binnen de reikwijdte van materieel recht heeft gebracht door die in het nieuwe concept van de subsocialiteit te plaatsen. Volgens Langemeijer is er geen wezenlijke grondslag te vinden in enig aspect van materieel strafrecht dat verklaart dat om redenen van staatsbelang het opportuniteitsbeginsel wordt toegepast, zoals bijvoorbeeld het geval is bij het in de doofpot stoppen van ambtsmisdrijven. Ook de omstandigheid dat een verdachte de door hem veroorzaakte schade aan het slachtoffer heeft vergoed, waarop een beleidssepot kan volgen, ligt zo ver van het eigenlijke delict af, dat het er niet wezenlijk voor is. Bij bagateldelicten zou volgens Langemeijer misschien enige betekenis toekomen aan het subsociale, dat daardoor in feite wordt getransformeerd tot een met de inhoud van de delictsomschrijving samenhangende strafwaardigheid.

Het formeelrechtelijke effect van de introductie van subsocialiteit zal daarom, naar het standpunt van Langemeijer, ook niet direct kunnen zijn dat

217 Toentertijd nog voorbehouden aan de kantonrechter en in de bijzondere rechtspleging.
218 Vrij 1948, p. 18-19.
219 Vrij 1948, p. 19-20.
220 Langemeijer 1950.

verdachten zich beroepen op een soort subsocialiteitsuitsluitingsgrond, omdat een dergelijke stelling in de praktijk neerkomt op een beroep op een terughoudende interpretatie van de delictsomschrijving en daarmee op een kwalificatieverweer. Maar ook inhoudelijk heeft Langemeijer problemen met het in de doofpot stoppen van ambtsmisdrijven: daardoor sluipt vergif de samenleving in.[221] Een belangrijk inzicht dat volgens Langemeijer uit de rede naar voren komt, is dat ook in gevallen waarin de strafbaarheid niet kan worden ontkend, de mogelijkheid van het ontbreken van subsocialiteit onder ogen moet worden gezien, en daarmee tevens de mogelijkheid om niet te vervolgen. Het niet vervolgen is daardoor geen abnormaliteit, maar 'een bestanddeel van de handhaving van het strafrecht, waarvan de onmisbaarheid uit het wezen zelf van dat stuk recht voortvloeit.'[222]

Nagel wijst erop, dat deze onmisbare rol van de niet-vervolging en zelfs van de niet-verbalisering, naar de mening van Vrij vooral op de voorgrond treedt in het sociaaleconomische strafrecht. Het commune strafrecht zou vooral een reactie geven op de krenking van de rechtsorde, en deze daarmee herstellen, terwijl het sociaaleconomische strafrecht er juist naar streeft een orde te vestigen. In dat verband is de doelmatigheid van de strafrechtelijke reactie van groot belang, en daarom zouden zelfs opsporingsambtenaren bij de handhaving van het ordeningsstrafrecht principieel alle recht hebben om verbalisering achterwege te laten en in plaats daarvan te waarschuwen of anderszins te corrigeren.[223]

Ook volgens Van Veen werpt Vrijs standpunt nieuw licht op het opportuniteitsbeginsel: of een vervolging zin heeft, hangt volgens hem ten nauwste samen met de balans tussen wat de rechtsorde nodig heeft aan berechting, en wat de rechtsorde zonder schade kan verdragen aan ongestrafte delicten. De omvang en aard van de subsociale invloed van het strafbare feit zouden doorslaggevend zijn voor de beslissing omtrent strafrechtelijk ingrijpen. Daarin sluit Van Veen duidelijk aan bij zijn voorganger Vrij, maar hij voegt daaraan toe, dat steeds voorafgaand aan het nemen van een vervolgings- of straftoemetingsbeslissing een voorlichtingsrapport wenselijk zou zijn, om de subsociale werking van het delict adequaat te kunnen vaststellen. Hij vult dat aan met de verwachting dat zich op den duur, nadat op die wijze een rol voor de voorlichtende reclassering is vormgegeven, de uitkomsten van die rapporten zullen worden verwerkt aan de hand van een stelsel van regels dat richting geeft aan de beslissing over het al dan niet vervolgen. Zo'n ontwikkeling zou zowel vanuit het perspectief van doelmatigheid, als van dat van rechtvaardigheid, winst betekenen.[224] In dit standpunt van Van Veen is daarmee een voorbode te herkennen van de ontwikkeling van de strafvorderingsrichtlijnen

221 Langemeijer 1950, p. 16. In die zin ook Rozemond 1965, p. 89-90.
222 Langemeijer 1950, p. 18.
223 Nagel 1955, p. 19.
224 Van Veen 1952, p. 134.

van het OM, zoals die vanaf de jaren zeventig en tachtig van de twintigste eeuw zijn opgesteld. In de lijn van Van Veen zou de inhoud van deze richtlijnen als een concretisering van de subsocialiteit kunnen worden beschouwd.

Kritischer is Röling, die het standpunt van Vrij verwierp, omdat het subsociale in wezen niets anders zou zijn dan de wijze waarop de schuld van de dader en diens onrecht op de maatschappij hun uitwerking hebben. Vrij zou de behoefte aan het derde element van de subsocialiteit hebben gecreëerd, door de inhoud van de elementen wederrechtelijkheid en schuld te veronachtzamen. De door het delict ontstane maatschappelijke situatie en hetgeen daarover in de strafprocedure naar voren komt betreft de werking van het feit, en niet het feit zelf.[225] Ook staat hij afwijzend tegenover Van Veens aanvullende bijdrage. Dat de subsocialiteit volgens Van Veen een theorie kan bieden voor de verjaring, de voorwaardelijke invrijheidstelling en de gratie, net als voor de hogere strafmaat bij door het gevolg gekwalificeerde delicten, is volgens Röling niet overtuigend. Die invloeden op de aansprakelijkheid en de straftoemeting zijn alle terug te voeren op het in meer of mindere mate aanwezig zijn van wederrechtelijkheid en met name schuld.[226] Wanneer naast de vergelding van schuld tevens sociaalpsychologische beroeringen zouden moeten worden vereffend, zou bovendien een bis in idem-probleem ontstaan.[227]

In zijn afwijzing oriënteert Röling zich vooral op de betekenis van het subsociale voor de strafbaarheid en de straftoemeting. Hij is minder expliciet over de achtergrond van de introductie van het derde element, namelijk de constatering dat toepassing van het opportuniteitsbeginsel veel strafbare feiten buiten de strafrechtspleging houdt. Hij erkent overigens wel dat onder omstandigheden de constatering van een strafbaar feit, dat is een feit dat valt te kwalificeren onder een wettelijke delictsomschrijving, niet zou hoeven te leiden tot een strafrechtelijke reactie. Sterker nog: de beginselen van de rechtsorde kunnen meebrengen dat straf in dergelijke gevallen moet uitblijven. Daarbij denkt Röling voornamelijk aan de wederrechtelijkheid en de schuld als onmisbare voorwaarden voor strafbaarheid. Hij betrekt daar echter ook de niet-vervolging bij, en zoekt in zoverre aansluiting bij de opmerkingen van Langemeijer.[228]

Een vergelijkbare opvatting is te vinden in de bespreking van de afscheidsrede van Vrij door Jonkers, die wijst op de redactie van artikel 12 Sv (oud), dat voor toepassing van het opportuniteitsbeginsel het bestaan van een strafbaar feit veronderstelt. Subsocialiteit, als verwerkt in de aanwending van het opportuniteitsbeginsel, is dus iets dat volgt op de vaststelling van strafbaarheid, en daar geen deel van uitmaakt. Jonkers sluit zich ook aan bij Langemeijer

225 Röling 1953, p. 273, 277.
226 Röling 1953, p. 271-282.
227 Röling 1953, p. 282.
228 Röling 1953, p. 261, 281.

in diens afwijzing van de doofpotzaken als illustratie voor het ontbreken van subsocialiteit; die zaken worden wel degelijk als strafwaardig aangemerkt, maar alleen vanwege het bestaan van een zwaarwegend staatsbelang van vervolging uitgezonderd. Om een terughoudende strafrechtelijke behandeling van bagateldelicten en delicten begaan door jeugdigen te verkrijgen, ziet Jonkers een grotere rol voor de rechter weggelegd in een terughoudende interpretatie van delictsbestanddelen. Wanneer dat niet mogelijk is, zou toepassing van het opportuniteitsbeginsel de enige optie zijn.[229]

Rölings kritische opmerkingen leidden bij Vrij en Van Veen tot de wens gezamenlijk te reageren, hetgeen door het overlijden van Vrij onmogelijk werd. Van Veen publiceerde noodgedwongen zelfstandig een reactie.[230] Hij stelt daarin dat de voornaamste bedoeling van het voorstel van Vrij was, om beter te kunnen verklaren waarom in sommige gevallen wel werd vervolgd, berecht en gestraft, in sommige gevallen in het geheel niet en in andere wel tot vervolging en berechting werd gekomen maar geen straf werd opgelegd. Met de introductie van een derde element worden de toepassing van het rechterlijk pardon en het opportuniteitsbeginsel beter verklaarbaar. Er wordt volgens Van Veen, in weerwoord op Röling, niet gestreefd naar een verhoging van de strafmaat of een ten tweeden male bestraffen van een enkele gedraging, maar slechts naar een nadere ontleding van hetgeen er in de strafoplegging plaatsvindt.[231] Verder zet hij nogmaals uiteen dat de subsocialiteit als materieelrechtelijke theorie een onderbouwing biedt voor een utilistische invulling van de straftoemeting. De elementen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid vormen het kader voor vergelding, maar het nastreven van doelmatigheid in de straftoemeting zou worden verklaard doordat het delict zelf een dusdanige toestand heeft veroorzaakt in de maatschappij en bij de dader zelf, dat deze toestand door de functie van de straf moet worden vereffend. Het introduceren van de subsocialiteit geeft daarmee een grondslag in het materiële recht voor een verenigingstheoretische straftoemeting, waarin retributivistische aspecten reageren op wederrechtelijkheid en schuld, en utilitaristische aspecten de subsocialiteit vereffenen.[232]

Wel erkent Van Veen dat de subsociale werking pas na voltooiing van het delict intreedt, en dat daarom de subsocialiteit eerder als voorwaarde voor straf dan als voorwaarde voor strafbaarheid moet worden gezien.[233] Hij illustreert welke consequenties deze opvatting van subsocialiteit heeft voor het opportuniteitsbeginsel. Vervolging zou namelijk uitblijven wanneer de subsocialiteit dusdanig gering is, dat bij vervolging wel een veroordeling kan

229 Jonkers 1953, p. 167-168.
230 Van Veen 1957.
231 Van Veen 1957, p. 34-36, 45.
232 Van Veen 1957, p. 37-39, 49-50.
233 Van Veen 1957, p. 43-45.

worden behaald, maar een geringe straf of een rechterlijk pardon zal volgen. Niet-vervolging is dan ook niet zozeer gebaseerd op het ontbreken, maar op het slechts in geringe mate aanwezig zijn van het subsociale. Daarom valt toepassing van het opportuniteitsbeginsel te beschouwen als een vooruitlopen op de straftoemetingsbeslissing, en houdt het geen rechtstreeks verband met een oordeel over wederrechtelijkheid of schuld.[234]

Ook Mulder is niet overtuigd door de betogen van Vrij en Van Veen, dat subsocialiteit moet worden erkend als derde element van het strafbare feit. Hij is wel bereid, om de manier waarop bij de straftoemeting rekening wordt gehouden met de invloed die het delict heeft op de dader en de maatschappij, te benoemen als een verwerking van het subsociale. Het ontstaan van de subsocialiteit plaatst hij namelijk niet alleen in het feit zelf, maar ook in de manier waarop daarmee in het strafproces wordt omgegaan: de verdachte wordt door het instellen en uitvoeren van de strafprocedure geïnfameerd, en het zou niet rechtvaardig zijn wanneer dat bovendien tot verzwaring van de straf zou leiden. Daarom is Mulder van mening dat de subsocialiteit, voor zover die kan meewerken bij de straftoemeting, wel moet worden gezien als voortkomend uit het strafbare feit, maar als de werking daarvan, en niet als een element. Subsocialiteit is volgens hem een kwaliteit van het delict.

Dit illustreert Mulder onder meer door zijn opvatting te plaatsen tegenover die van Vrij, in het licht van wat Vrij schreef over het opportuniteitsbeginsel.[235] Hij signaleert bij Vrij twee manieren waarop subsocialiteit doorwerkt in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. In zijn Groningse afscheidsrede zou Vrij die toepassing zien als een afweging tussen enerzijds de subsocialiteit die uitgaat van het begane strafbare feit, en anderzijds de subsocialiteit die uitgaat van de naar aanleiding daarvan ingestelde vervolging en berechting. In latere geschriften zou hij zich hebben voorgesteld dat niet deze afweging zou leiden tot een sepotbeslissing, maar dat het ontbreken van subsocialiteit een vervolgingsbeletsel zou vormen. Mulders voorkeur ging uit naar de eerdere visie: een afweging van twee factoren zou een betere benadering bieden van de rol van subsocialiteit in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.[236] Het door Mulder afgewezen standpunt lijkt de lijnen van een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel te volgen, terwijl de door hem onderschreven visie in Vrij's afscheidsrede, meer weg heeft van een belangenafweging gegrond in een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.

Mulder gaat ook in op de verschillende typen delicten die Vrij gebruikte bij de uiteenzetting van zijn theorie.[237] De bagateldelicten zijn daarvan het belangrijkste voorbeeld. Dat deze veelvuldig geseponeerd worden, verklaart

234 Van Veen 1957, p. 42-43.
235 Mulder 1957.
236 Mulder 1957, p. 232-233.
237 Mulder 1957, p. 233-234.

Mulder vanuit het gezichtspunt dat deze niet subsociaal genoeg zijn om vervolging te rechtvaardigen. Als een gedraging door terughoudende interpretatie buiten de reikwijdte van een strafbaarstelling blijft, of wanneer er sprake is van afwezigheid van alle schuld, ontbreekt de subsocialiteit volgens Mulder in zijn geheel. Van bagateldelicten gaat dus wel enige subsocialiteit uit, maar onvoldoende om vervolging te rechtvaardigen. Het gaat om een afweging tussen de aanwezige schuld en wederrechtelijkheid aan de ene kant en aan de andere kant de subsocialiteit die veroorzaakt wordt door een vervolging en berechting. Dit geldt volgens hem des te meer bij overtredingen die weinig ernstig zijn, maar wel voldoen aan de omschrijving van een naar zijn aard ernstig delict. Vanwege de gevolgen die een veroordeling voor een ernstig feit kan hebben, dient met de vervolging voor dat delict terughoudend te worden omgesprongen in gevallen die niet heel ernstig zijn. Bij de tweede categorie, die van de jeugdcriminaliteit, kunnen volgens Mulder soortgelijke overwegingen gebruikt worden. De derde categorie, van de massale criminaliteit, vraagt om een andere oplossing: daar zou juist selectief vervolgd moeten worden. Omdat een grote hoeveelheid vervolgingen leidt tot vermindering van het onderscheidend karakter van de straf, zouden enkele voorbeelden moeten worden gesteld. Dit vraagt dus om een zorgvuldige toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Met subsocialiteit heeft dat volgens Mulder echter niets te maken. Een terughoudende vervolging van massadelicten wordt immers niet ingegeven vanwege een beperkte subsociale werking van deze feiten, maar vanwege een strategische keuze tot het stellen van voorbeelden.

Verder stelt Mulder dat met deze drie categorieën de werking van het opportuniteitsbeginsel niet is uitgeput. In andere gevallen kan op grond van het opportuniteitsbeginsel gekozen worden voor een voorwaardelijk sepot als einde van de strafrechtelijke behandeling, hetgeen volgens Mulder in feite een vorm van straftoemeting is. Ook wordt geseponeerd terwijl een delict wel ernstig van aard is, en daarmee ook als subsociaal kan worden gezien, maar 'objectieve omstandigheden vervolging niet noodzakelijk maken'.[238] Die omstandigheden vallen niet altijd te reduceren tot subsocialiteit, nog los van de vraag of dat als derde element van het delict wordt gezien, of, waarnaar Mulders voorkeur uitgaat, als kwaliteit van het delict. Daarom is volgens Mulder de verdienste van Vrij ook niet zozeer geweest dat hij het belang van de subsocialiteit voor de straftoemeting en voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel duidelijk heeft gemaakt, maar dat hij utilitaristische aspecten van de straf heeft willen onderbrengen in de theorie over de opbouw van het strafbare feit.[239]

238 Mulder 1957, p. 235.
239 Mulder 1957, p. 242.

6.8.3 Latere beschouwingen

Met deze eerste reacties zijn de meeste argumenten op tafel gelegd die in latere beschouwingen over subsocialiteit blijven opduiken. De meeste auteurs staan kritisch ten opzichte van de aanvaarding van een derde element als algemene voorwaarde voor strafbaarheid, en zien geen noodzaak voor het onderbouwen van de straftoemeting of de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in een materieelrechtelijke theorie over de aard van het delict. Deels berust dat op de overtuiging dat omstandigheden die meewegen bij de straftoemeting of het vervolgingsbeleid soms zo ver verwijderd zijn van de gedraging die de verdachte verweten wordt, dat het niet zinvol is om die omstandigheden te beschouwen als een element van die gedraging zelf. Toepassing van het opportuniteitsbeginsel en straftoemeting worden daarom niet per se geacht om nauw verbonden te zijn met de aard en ernst van het delict, met wederrechtelijkheid en schuld. Binnen de grenzen die het recht stelt kunnen, in beslissingen om op te sporen, te vervolgen en straf op te leggen, omstandigheden meewegen die niet rechtstreeks samenhangen met de gedraging die aanleiding gaf tot het inschakelen van het strafrechtelijke apparaat. Voor het opportuniteitsbeginsel betekent dat, dat de toepassing ervan sterk wordt gepositioneerd in het procesrecht. Het seponeren om opportuniteitsredenen betekent niet alleen dat het veronderstelde element subsocialiteit ontbreekt. Dat komt duidelijk naar voren in latere beschouwingen die aandacht besteden aan de subsocialiteit, zoals bijvoorbeeld bij Peters. Volgens hem heeft Vrij veronachtzaamd, dat de redenen waarom het OM zou moeten vervolgen, andere kunnen zijn dan de redenen waarom de rechter zou moeten straffen. Het strafproces heeft immers volgens Peters een zelfstandige functie, en bij de beslissing tot het instellen van een strafproces kunnen daarom ook meer gezichtspunten meespelen dan bij het al dan niet opleggen van een straf, namelijk gezichtspunten die gelegen zijn in de aard en effecten van die strafprocedure als zodanig.[240]

Een ander gevolg van de theorie van Vrij is volgens Peters dat het onmogelijk is om de door het strafbare feit ontstane subsocialiteit te effenen wanneer de strafrechtelijke reactie die daarvoor moet zorgen in een systeem van strenge regels is ingekapseld. Dat hangt samen met de opkomst van het ordeningsstrafrecht, dat meer ruimte voor beleidsoverwegingen noodzakelijk maakte, en eveneens een expliciete verbinding tussen het materiële recht en de toepassing daarvan door middel van de invulling van discretionaire beslissingsruimte. De flexibiliteit die in de strafrechtelijke handhaving geëist werd in het ordeningsstrafrecht hoefde echter niet ongestructureerd te zijn, want daarbij zouden de uitwerkingen van het strafbare feit die samen de subsocialiteit vormen als leidraad kunnen dienen, namelijk het gevaar voor herhaling, de navolgingsdrang bij derden, de gevoelens van onvoldaanheid bij het slachtoffer en de

240 Peters 1966, p. 284-287.

gevoelens van angst of morele verontwaardiging bij het publiek. Vrij zou daarmee volgens Peters de eerste zijn geweest 'die een theoretische analyse maakte van de rol van discretionaire beslissingsmacht in de strafrechtspleging en die aan zulke bevoegdheden een theoretische status toekende in de strafrechtstheorie'.[241]

6.9 Het opportuniteitsbeginsel, vage normen en interpretatie

6.9.1 Een balans tussen interpretatie en opportuniteitstoepassing

Het strafrecht is omvangrijk, en in de toepassing ervan moeten beleidskeuzes worden gemaakt. Hoe ver het materiële strafrecht zich uitstrekt, is echter niet steeds duidelijk. De precieze gelding van het strafrecht zal altijd een kwestie van interpretatie blijven, en daarom staat niet bij voorbaat vast of een bepaalde gedraging in rechte zal leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dat de beoordeling van de haalbaarheid van een zaak niet steeds een eenduidig antwoord oplevert, heeft ook gevolgen voor de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing. In een stelsel waarin een ruime uitleg wordt gegeven aan het opportuniteitsbeginsel zijn beide componenten niet goed te scheiden, en lopen haalbaarheids- en opportuniteitsoverwegingen door elkaar.[242]

Deze vage grens tussen haalbaarheid en opportuniteit wordt mede veroorzaakt door de inhoud van het materiële strafrecht zelf. Er zijn gevallen waarin inzet van het strafrecht niet wenselijk wordt geacht, maar waarin geen ruimte is om opportuniteitsafwegingen te maken. Soortgelijke overwegingen worden dan soms verwerkt in beslissingen omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid. In het HIV IV-arrest geeft de Hoge Raad daar duidelijk blijk van.[243] De statistische gegevens die in die zaak beschikbaar waren, wezen op een kans op besmetting met HIV die in de medische wereld groot werd geacht. Volgens de Hoge Raad was er echter geen sprake van een aanmerkelijke kans op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel, die voor voorwaardelijk opzet nodig is. Aan die statistieken zou onvoldoende gewicht toekomen gelet 'op de terughoudendheid die – ook volgens de opvatting van de betrokken ministers (vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 157, blz. 5-9) – mede in verband met volksgezondheidsbelangen ten aanzien van de bijzondere situatie van het gevaar van Hiv-besmetting dient te worden betracht bij het aanvaarden van strafrechtelijke aansprakelijkheid'. De Hoge Raad verwerkt hier het volksgezondheidsbelang in het voorwaardelijk opzet op een manier die dogmatisch niet voor de hand ligt. Hiertoe is blijkbaar besloten om het aanvaarden van

241 Peters 1993, p. 128-130. Over de in dat verband noodzakelijke beleidsvrijheid ook Moons 1969, p. 490-491.
242 Zie daarover ook paragraaf 4.2.4.
243 HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313.

strafrechtelijke aansprakelijkheid te ontlopen. Volgens Rozemond heeft het OM in deze zaak de rechter klemgezet, door een discrepantie te laten ontstaan tussen zijn eigen vervolgingsbeleid en de politieke beleidsoverwegingen van het Ministerie van Justitie.[244] Het gevolg van dat beleid is uiteindelijk een vanuit dogmatisch oogpunt merkwaardige rechtsvorming.

Vaak wordt de nadruk gelegd op het belang van een goede balans tussen strafrechtelijke interpretatie en toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Remmelink maakt daarover een aantal opmerkingen die vermeld moeten worden, vanwege de gebruikte voorbeelden. Zo bestrijdt hij de opvatting dat een delictsomschrijving die 'opzettelijk wederrechtelijk' bevat, kleurloos opzet, in plaats van boos opzet, vereist. Die interpretatie is om verschillende redenen niet aanvaardbaar, maar kan volgens Remmelink ook worden afgewezen omdat men in dat geval te vaak een beroep op het opportuniteitsbeginsel moet doen.[245] Daaruit blijkt dat het bestaan van het opportuniteitsbeginsel kan leiden tot een bepaalde interpretatie van een delictsomschrijving. De omvang van de beleidsvrijheid die men uit het opportuniteitsbeginsel afleidt is daarbij van belang. Wanneer het opportuniteitsbeginsel in zijn negatieve interpretatie wordt gehuldigd, kunnen strafbaarstellingen in het vervolgingsbeleid weliswaar worden gematigd, maar daarop kan niet al te zwaar worden geleund. Bij een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel bestaat er minder belang bij het scherp afbakenen van een strafbaarstelling. In beide interpretaties zorgt het opportuniteitsbeginsel ervoor dat de rechter niet hoeft te vluchten in gekunstelde restrictieve wetsinterpretatie wanneer strafrechtelijke aansprakelijkheid van bepaalde gedragingen onwenselijk voorkomt, mits het OM hem daartoe althans niet uitlokt.

Wanneer in de rechtspraak geen terughoudende benadering te construeren is, kan slechts de niet-vervolging door het OM een oplossing zijn om conflicten tussen maatschappelijke opvattingen en het positieve recht te omzeilen. Die oplossing in het vervolgingsbeleid was volgens Remmelink niet nodig bij de strafrechtelijke behandeling van openbare vertoningen van pornografische films, waarvan de inhoud door de Hoge Raad niet aanstotelijk voor de eerbaarheid werd geacht zolang de toegang tot de vertoning was voorbehouden aan personen boven de leeftijd van achttien jaar. Door die interpretatie aan artikel 240 Sr (oud) te geven, werd het bereik van de strafwet zo ingeperkt dat het vervolgingsbeleid minder vaak als instrument hoefde te worden ingezet om dezelfde resultaten te bereiken.[246] Als voorbeeld van de omgekeerde situatie wijst Remmelink op de uitleg van samenspanningsdelicten. Daarbij is het de vraag of de strafbaarheid van samenspanning langs jurisprudentiële weg beperkt zou kunnen worden, zodat alleen diegenen strafbaar zijn die in de

244 Rozemond 2008, p. 15.
245 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 218.
246 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 8 bij Wederrechtelijkheid. Zie ook Schaffmeister & Heijder 1983, p. 467-470.

voorstelling van de samenspanners het delict zouden gaan plegen, en niet diegenen die alleen bij het maken van de plannen betrokken zijn. Zo'n restrictieve interpretatie zou echter leiden tot ingewikkelde jurisprudentie, die bovendien weinig rechtszekerheid zou scheppen. In plaats daarvan geeft Remmelink de voorkeur aan een grotere reikwijdte van de samenspanning, gecorrigeerd door toepassing van het opportuniteitsbeginsel.[247]

6.9.2 Een minder dogmatisch strafrecht

Een strikt dogmatische benadering van het materiële strafrecht ligt in een stelsel dat gekenmerkt wordt door het opportuniteitsbeginsel niet erg voor de hand. Doordat veel *hard cases* eindigen in een sepot, blijven er minder gevallen over die zich lenen als aanknopingspunt voor dogmatische verfijning. Wanneer het verkrijgen van dogmatische helderheid een belangrijke doelstelling zou zijn van het strafrechtelijke systeem, zou juist in twijfelgevallen gestreefd moeten worden naar een rechterlijke uitspraak. Het opportuniteitsbeginsel maakt het tegenovergestelde mogelijk. Dat heeft ook betekenis voor de rechtswetenschap. In de dogmatische bewerking van strafrechtelijke leerstukken mag de formele context waarbinnen het materiële strafrecht tot ontwikkeling komt, inclusief het opportuniteitsbeginsel, niet worden veronachtzaamd. Wanneer getracht wordt om materieelrechtelijke leerstukken zoveel mogelijk onafhankelijk te ontwikkelen, blijkt dat op punten een gebrekkige invulling wordt gevonden.

Dit is de invloed van het opportuniteitsbeginsel, op grond waarvan vooral zaken worden vervolgd waarvan verwacht wordt dat de rechter tot de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid zal komen. Dat kan ook teruggevonden worden in het proefschrift van Van Dijk, die het controleprincipe vooropstelt als normatieve grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zijn behandeling van het daderschap en van de garantenstellung als invulling van de culpa, is begrensd doordat daarover, door een terughoudend vervolgingsbeleid, weinig rechtspraak ontstaat.[248] Desondanks komt hij tot de opstelling van zes voorwaarden die de subjectieve component van de culpa kunnen aantasten. Hierbij merkt hij op dat deze component in de rechtspraak zelden aan de orde komt, mogelijk vanwege een verstandige invulling van het opportuniteitsbeginsel.[249] Het is de vraag of, in het licht van die formeelrechtelijke context, zulke gedetailleerde dogmatiek geen schijnzekerheden bevat. Zolang het OM veel culpoze delicten seponeert, zijn dogmatische verfijningen in de

247 Conclusie Remmelink voor HR 22 juni 1976, *NJ* 1976, 563 m.nt. ThWvV.
248 Van Dijk 2008, p. 9, 70.
249 Van Dijk 2008, p. 71.

praktijk weinig relevant.[250] Wanneer een actiever vervolgingsbeleid wordt nagestreefd neemt het belang van dergelijke onderscheidingen uiteraard toe.

De beperkte waarde van een dogmatische benadering is om nog een andere reden van belang voor het opportuniteitsbeginsel. De invulling van materieelrechtelijke leerstukken in een concreet geval is steeds meer afhankelijk van een oordeel omtrent de aard van de gedraging en de omstandigheden van het geval, van algemene ervaringsregels en van toerekeningsconstructies. Doordat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid met die ontwikkeling meer casuïstisch zijn geworden, is het moeilijker geworden om de haalbaarheid van een zaak te beoordelen voorafgaand aan de rechterlijke behandeling. Dat brengt het gevaar van willekeurige handhaving met zich mee.[251] Dat het strafrecht zich in toenemende mate van dergelijke open begrippen bedient, betekent echter ook dat het in staat is zich een blijvende maatschappelijke aanvaarding te verwerven. Die open begrippen worden immers mede bepaald door dat deel van het maatschappelijke leven, waarop zij worden toegepast, en staan daarmee dus in voortdurende wisselwerking. Dat maakt de grens tussen wat strafrechtelijk relevant gedrag is en wat niet, minder scherp, maar wel meer legitiem.[252] Daarvoor is het echter nodig dat die maatschappelijke oriëntatie daadwerkelijk in een normatieve dimensie wordt gezocht, en dat de invulling van die open normen niet geschied aan de hand van de beoordeling van de overige bestanddelen van het delict. Dan treedt de geïsoleerde behandeling van het strafbare feit te zeer op de voorgrond, ten koste van de op de maatschappelijke betekenis gerichte beoordeling.[253]

De vage, ruime of open normen die het Nederlandse materiële strafrecht heden ten dage karakteriseren, betekenen dat de handhaving ervan zich niet kan verlaten op een helder afgebakende strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een door Mevis gesignaleerd gevolg daarvan is, dat de betrokkenen bij een bepaalde gebeurtenis geen genoegen nemen met een sepotbeslissing van het OM op de grond dat de gedraging in kwestie geen strafrechtelijk verwijt oplevert. Hij gebruikt een voorbeeld uit de gezondheidszorg, waarin cliënten alleen genoegen nemen met een uitdrukkelijk oordeel van de strafrechter met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus.[254] Wanneer de grenzen van de aansprakelijkheid zo casuïstisch zijn geworden, is een preliminair haalbaarheidsoordeel immers minder overtuigend. In die context bezitten strafvorderlijke keuzes noodzakelijkerwijs een sterker beleidskarakter, waardoor de mogelijkheid van discussie groeit of die discussie in ieder geval op een ander vlak gevoerd kan worden, bijvoorbeeld rondom de vervolgings-

250 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 9 bij Culpa.
251 Over die ontwikkeling naar een casuïstisch materieel strafrecht: Rozemond 2007.
252 Reijntjes 2005, p. 14.
253 Voor een voorbeeld daarvan: Kwakman 2009.
254 Mevis 2011. Zie daarover ook Duijst 2009, p. 142-143.

beslissing. Deze open textuur van het strafrecht heeft dus gevolgen voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

Vanuit het omgekeerde perspectief kan worden gezegd, dat het bestaan van het opportuniteitsbeginsel van belang is voor de inhoud van de materieelrechtelijke normen. De handhaving daarvan is namelijk mede bepalend voor de uiteindelijke inhoud die aan die normen verleend wordt. Een standpunt daarover wordt, in het kader van de categorie van strafrechtelijke zorgplichtbepalingen, ingenomen door Visser, die pleit voor een zeer terughoudende opstelling van het OM bij het vervolgen van feiten waarvan het onduidelijk is of ze onder het betekenisbereik van de relevante strafbepaling vallen. Het lex certa-beginsel en het belang van rechtszekerheid bij de betrokkene, zouden meebrengen dat het OM slechts tot vervolging zou mogen overgaan bij zeer onwenselijke gedragingen, die liggen op de grens tussen de kern van de strafbepaling en het omringende grijze gebied. Tegelijkertijd stelt zij dat vervolging van strafbare feiten op basis van de kern van de strafbepaling tot duidelijkheid zal leiden over het betekenisbereik van de bepaling.

Dat pleidooi is echter weinig overtuigend: waarom zou die duidelijkheid ontstaan wanneer er vervolgd wordt in een geval dat duidelijk tot de kern van de strafbepaling behoort? Die duidelijkheid valt eerder te verkrijgen door het oordeel van de rechter te vragen over een feit dat in het grijze gebied rond de kern valt te plaatsen. Dat is in het licht van het legaliteitsbeginsel weliswaar kwestieus, maar het bezwaar van rechtsonzekerheid voor de verdachte zou kunnen worden weggenomen door een heldere omschrijving van het feit in de tenlastelegging. Visser vindt deze oplossing onaanvaardbaar, omdat het lex certa-beginsel zo zou worden verward met het specificiteitvereiste van de tenlastelegging.[255] Een rechtenconceptie van legaliteit hoeft echter niet slecht aan te sluiten bij de maatschappelijke realiteit. Veel verdachten staan de potentieel voor hen relevante delictsomschrijvingen niet in het bijzonder voor de geest, en deze verkrijgen voor hen pas betekenis in een concrete strafrechtelijke procedure. Het verkrijgen van duidelijkheid omtrent open, ruime of vage delictsomschrijvingen door een actief vervolgingsbeleid van het OM is dan ook niet per se onwenselijk. In ieder geval is niet duidelijk hoe het betekenisbereik van deze delictsomschrijvingen anders verduidelijkt kan worden. Zo'n actieve opstelling zou echter wel gepaard moeten gaan met een versterkte belangstelling voor de kwaliteit van de tenlastelegging, en liefst ook met een zorgvuldig uitgewerkt vervolgingsbeleid. Bovendien zouden relevante maatschappelijke sectoren, wanneer die als zodanig te identificeren zijn, bij een dergelijk vervolgingsbeleid moeten worden betrokken. Het nadeel daarvan blijft, dat het vervolgingsbeleid vanwege de inherente afwijkingsbevoegdheid formeelrechtelijk een minder dwingend karakter bezit dan materiële wetgeving, waardoor het minder zekerheid kan bieden.[256]

---

255 Visser 2001, p. 434-436.
256 Nan 2011, p. 247.

6.9.3 Opportuniteitsbeginsel en rechtsvorming

Het mag dan onvermijdelijk zijn om vage wetsteksten op te stellen, dat moet echter niet zo ver gaan dat delictsomschrijvingen worden opgesteld die meer dan relatief onbepaald zijn. Wanneer de omschrijving van met straf bedreigde gedragingen zo ruim wordt dat de norm niet meer voldoende geconcretiseerd kan worden, dreigt willekeur van de zijde van de handhavende overheid. De wet moet altijd hanteerbaar blijven, en laveren tussen de uitersten van starheid en vaagheid. Daarom is het lex certa-beginsel volgens Mulder ook geen rechtsregel, maar slechts een beginsel, dat in zijn uitwerking kan worden gerelativeerd, en dat ook toestaat dat de inhoud van vage normen verder wordt geconcretiseerd door de specifieke context waarbinnen de relevante gedragingen plaatsvinden.[257] Die onbepaaldheid plaatst niet alleen de rechter, maar ook het OM voor toepassings- en interpretatieproblemen. Wanneer het OM een beleid zou voeren van al te terughoudende interpretatie, zou dat een miskenning in kunnen houden van de functie en de achtergronden van de strafwet als 'wankel evenwicht tussen algemene en individuele belangen': het strafrecht is (ook) een instrument van de met de zorg voor het algemeen belang belaste overheid.[258]

De keuzes omtrent het algemeen belang die verankerd liggen in de strafwet, kunnen door het OM met de nodige preciseringen worden doorgetrokken naar het vervolgingsbeleid. Dat er bepaalde opvattingen over het algemeen belang ten grondslag liggen aan de wetgeving, betekent dat daaraan niet zonder meer voorbij gegaan kan worden bij de bepaling van wat het algemeen belang vraagt van het strafvorderingsbeleid. Dat het strafrecht ook een instrumentele functie heeft, betekent in deze context dat gedragingen die niet onmiskenbaar onder de kern van een strafbepaling vallen, niet per definitie onvervolgd moeten blijven. Daarin valt overigens een afwijzing van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel te lezen: de instrumentele opvattingen die ten grondslag liggen aan de strafwet, zouden van betekenis moeten zijn voor het op die wetgeving te baseren beleid. In een situatie waarin de strafwet voortdurend wordt geactualiseerd, en daarmee abstracte rechtsgoederen worden beschermd, is het niet wenselijk dat in het vervolgingsbeleid op autonome wijze een van de strekking van die wet afwijkende lijn wordt gevolgd. Die keuze is beter te verdedigen wanneer de strafwetgever op een bepaald terrein erg inactief is.[259] In een gedifferentieerde interpretatie van het opportuniteitsbeginsel bestaat dan ook een noodzaak om de norm en de waarden die daaraan ten grondslag liggen daadwerkelijk tot uitdrukking te brengen, ook bij gedragingen die niet duidelijk in de kern van een strafbaarstelling liggen.

---

257 Mulder 1987.
258 Enschedé 1979, p. 55-57.
259 Over die tweedeling Groenhuijsen 1987, p. 53-62.

Volgens Remmelink kan in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel een bepaalde interpretatie van het materiële strafrecht doorklinken. Bij de discussie over het karakter van artikel 131 Sr wijst hij op twee standpunten: Polenaar en Heemskerk zijn van mening dat opruiing een materieel delict is, waarbij het gevolg slechts daarin gelegen is, dat iemand door de opruiende handeling tot het plegen van een strafbaar feit kan zijn aangezet. Remmelink zelf ziet opruiing als een formeel delict. De relevantie daarvan is betrekkelijk: het OM zal volgens Remmelink bij de opportuniteitsvraag meestal het criterium van Polenaar en Heemskerk hanteren.[260] Deels spreekt dat voor zich. De vervolging van een bepaalde uiting die niet tot een strafbare gedraging kan hebben aangezet, is weinig opportuun. Bij de vervolgingsbeslissing zal dus veel belang worden gehecht aan de uitwerking van de geuite mening. Daarmee wordt de betekenis van het materiële strafrecht voor het opportuniteitsbeginsel duidelijk: een bepaalde interpretatie van het materiële strafrecht kan de basis vormen voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

De keuze om door middel van het vervolgingsbeleid de arm van het strafrecht minder ver te laten reiken dan mogelijk is, kan daarom gezien worden als de keuze om het onderliggende materiële recht op een bepaalde manier te interpreteren. In het algemeen kan op deze manier de wederrechtelijkheid van gedragingen terughoudend worden ingevuld. Een voorbeeld daarvan is de wijze waarop het geven van toestemming relevant is voor de wederrechtelijkheid. Het kan strafrechtelijk relevant zijn wanneer het slachtoffer, voordat het delict is gepleegd, daarvoor toestemming heeft gegeven, maar in beginsel is het irrelevant als die toestemming achteraf gegeven wordt. Het opportuniteitsbeginsel geeft, samen met de straftoemetingsvrijheid van de rechter, toch handvatten om deze achteraf verleende toestemming in de strafrechtelijke reactie te laten meewerken.[261] Een ander voorbeeld is te vinden in de vervolgingsrichtlijnen en -aanwijzingen van het OM. In dit verband valt te denken aan de Richtlijn voor strafvordering ambtsdwang,[262] gebaseerd op artikel 179, 180 en 181 Sr, waarbij ook samenloop kan optreden met artikel 284, 285, 300 of 350 Sr. De richtlijn stelt voorop dat ambtsdwang gepleegd kan worden in twee vormen, namelijk door geweld of door bedreiging met geweld. Voorts worden drie basisdelicten gedefinieerd: ambtsdwang door geweld tegen goederen, ambtsdwang door geweld tegen personen en ambtsdwang door bedreiging met geweld. Aan de hand van die basisdelicten wordt vervolgens in een verfijnd puntensysteem bepaald tot welke afdoening men dient te komen. Iets dat in eerste instantie niet opvalt, maar waarachter wel een keuze schuilt voor een bepaalde interpretatie, is dat de reikwijdte van ambtsdwang beperkt is tot het gebruikmaken van geweld of van bedreiging met geweld. Artikel 179 stelt namelijk ook de ambtsdwang strafbaar die wordt

260 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 7 bij art. 131.
261 Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 7 op boek I, titel VII.
262 Richtlijn voor strafvordering ambtsdwang, *Stcrt.* 1999, 62.

gepleegd door een andere feitelijkheid of de bedreiging daarmee. De stellige formulering van de richtlijn, dat ambtsdwang gepleegd kan worden in twee limitatief opgesomde vormen, lijkt weinig ruimte over te laten voor een vervolging van de overige modaliteiten, die in artikel 284 en 285 Sr nog worden aangevuld. De richtlijn brengt daarmee een interpretatie aan die de strafrechtelijke aansprakelijkheid beperkt ten opzichte van de wetstekst. Een interessante vraag is dan, of er ruimte overblijft om ambtsdwang gepleegd door een andere feitelijkheid ook te vervolgen. Daarmee wordt de richtlijn zelf ook object van interpretatie. Op die manier is er sprake van meervoudige interpretatieve relaties, tussen wetgeving, beleidsregels en rechtspraak. Die relaties kunnen met name optreden wanneer de wetgever niet in staat is de strafwet aan de actualiteit aan te passen. Het OM kan dan als 'loco-wetgever' een politiek geïnspireerd vervolgingsbeleid voeren, ter invulling van in de wetgeving neergelegde open normen.[263]

Het is echter niet gebruikelijk om interpretatieve activiteiten in een triasmodel te plaatsen.[264] Meestal wordt de interpretatie van het materiële strafrecht gezien als een onderonsje tussen wetgever en rechter, waarbij de wetgever algemene regels neerlegt, die soms veel nadere uitleg vergen, en de rechter daaraan invulling geeft. In die verhouding is de onderlinge communicatie erg belangrijk, en daardoor komt veel nadruk te liggen op de parlementaire voorbereiding en op de inhoud van vonnissen en arresten.[265] Als ook het OM gezien wordt als volwaardige deelnemer aan de rechtsvorming, kan dat licht werpen op bepaalde problemen met de interpretatie van het materiële strafrecht. Dat geldt bijvoorbeeld voor het door Borgers opgeworpen probleem of er op grond van Europese implementatieverplichtingen moet worden overgegaan tot de introductie van vaag, open of ruim omschreven strafbaarstellingen.[266] De speelruimte van de rechter zal weliswaar beperkt zijn wegens zijn verplichting tot conforme interpretatie, maar ook in het vervolgingsbeleid kunnen keuzes worden gemaakt die de betekenis van de geïmplementeerde rechtsnorm verder vormgeven in het licht van het doel en de bewoordingen van de richtlijn of het kaderbesluit dat eraan ten grondslag ligt. Een implementatie van Europese strafrechtelijke regelgeving zou in een interpretatieve driehoeksverhouding vorm kunnen krijgen. Daaraan kunnen uiteraard tevens kwaliteitseisen worden gesteld in termen van communicatie, rechtsbescherming en voorzienbaarheid. Wellicht zijn die waarden zelfs beter te verwezenlijken in een meer transparante en flexibele werkwijze, waarin het vervolgingsbeleid van het OM volwaardig betrokken is.

Inzet van het opportuniteitsbeginsel kan echter ook leiden tot een gebrek aan dialoog omtrent de betekenis van strafbaarstellingen. Buruma constateert

263 Nieboer 1991, p. 52-53
264 Zie als voorbeeld De Hullu 2012, p. 97-98. Zie ook MacCormick 2005 p. 47.
265 Borgers 2011.
266 Borgers 2011, p. 173-174.

iets dergelijks in de context van euthanasie, waar onafhankelijke toetsingscommissies beoordelen of gehandeld is in overeenstemming met de geldende zorgvuldigheidseisen. Een negatief oordeel van de commissie is een belangrijke overweging bij de daaropvolgende vervolgingsbeslissing. De materiële zorgvuldigheidsnorm, die wettelijk is neergelegd in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, en waarnaar verwezen wordt in artikel 293 Sr, wordt op die manier niet meer uitsluitend door de rechter geïnterpreteerd, maar vooral door een onafhankelijke commissie. Volgens Buruma loopt daarbij de voorzienbaarheid gevaar. Hij stelt daarom dat in extreme gedoogsituaties het opportuniteitsbeginsel raakt aan het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel.[267] Dat probleem valt wellicht te ondervangen door in het vervolgingsbeleid niet te snel te kiezen voor een proceduralisering van een maatschappelijk probleem, maar zoveel mogelijk een ontwikkeling van de materiële norm te blijven bevorderen. Zeker bij verschuivende maatschappelijke opvattingen zal dat moeilijk te verwezenlijken zijn, maar wanneer meer duidelijkheid is ontstaan over de inhoud van de (zorgvuldigheids)normen, zou kunnen worden overgegaan tot het materialiseren van het vervolgingsbeleid ter zake.

Er is ook een combinatie mogelijk van de bagatelbenadering zoals die eerder naar voren is gekomen, met een interpretatief aspect zoals hierboven aan de orde kwam. Voor een dergelijke benadering kan het een en ander ontleend worden aan de oratie van Verkade, over een dergelijke combinatie op het rechtsgebied van de intellectuele eigendom. Veel intellectuele eigendomsrechten zijn als harde regels vormgegeven waaruit bagatelinbreuken niet kunnen worden weggeïnterpreteerd, maar daarnaast bestaan er enkele zorgvuldigheidsnormen waarin kwantitatieve elementen kunnen worden verwerkt. De hardere normen kunnen volgens Verkade echter ook worden gerelativeerd, en wel door ze te interpreteren op een wijze die de achterliggende waarden en belangen van de betreffende norm vooropstelt. Wanneer daar vanuit wordt gegaan, vallen de bagatelinbreuken niet meer te kwalificeren als een inbreuk op het intellectuele eigendomsrecht, omdat ze de door de norm gewaarborgde waarden of belangen geen significante schade toebrengen. Het Hof van Justitie zou een dergelijke benadering kunnen ondersteunen, terwijl het Benelux Gerechtshof daar niet zo duidelijk ruimte voor geeft.[268] Een dergelijke benadering lijkt ook in het strafrecht mogelijk te zijn, wanneer gebruik gemaakt wordt van teleologische interpretatie. Breed geformuleerde delictsomschrijvingen kunnen zo worden geïnterpreteerd dat bagatelzaken daar niet onder vallen, zodat deze buiten de strafrechtspleging worden gehouden, zonder dat daarvoor het opportuniteitsbeginsel hoeft te worden gebruikt. Er kleeft wel een risico aan deze methode, namelijk dat de reikwijdte van de delictsomschrijving erg versnipperd wordt. Als er een grote hoeveelheid rechterlijke uitspraken is die concrete gedragingen buiten het bereik van een strafbepaling plaatst, kan deze

267 Buruma 2000, p. 71-73.
268 Verkade 2002, p. 18-19.

bepaling een weinig voorspelbare inhoud krijgen. Dat gevaar van verminderde rechtszekerheid kan deels worden voorkomen door in de rechtspraak duidelijk te wijzen op het beschermd belang dat de restrictieve interpretatie rechtvaardigt.

6.10 Het opportuniteitsbeginsel en de harmonisatie van het coffeeshopbeleid

6.10.1 Opportuniteitsbeginsel en coffeeshops in Nederland

De verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht kan goed worden onderzocht door het Nederlandse softdrugsbeleid als voorbeeld te nemen. Voor de juridische inbedding van het Nederlandse beleid omtrent coffeeshops vormt het opportuniteitsbeginsel namelijk de noodzakelijke grondslag. Dit coffeeshopbeleid is bovendien in Europees perspectief één van de interessantste toepassingen van het opportuniteitsbeginsel, omdat het daarbij gaat om een materie die op Europees niveau geharmoniseerd is en daarnaast een uitwaaierend effect heeft op enkele nabijgelegen andere lidstaten van de EU. In het Nederlandse vervolgingsbeleid zijn zogeheten AHOJGI-criteria voor coffeeshops opgenomen,[269] en coffeeshophouders die zich daaraan houden hebben geen overheidsingrijpen te duchten. Wanneer het OM tot vervolging overgaat zonder dat deze criteria zijn overschreden, volgt in beginsel niet-ontvankelijkheid, tenzij de afwijking van het beleid degelijk gemotiveerd kan worden. Dit betreft een vergaande toepassing van het opportuniteitsbeginsel, die ertoe leidt dat strafbare gedragingen niet worden vervolgd en bestraft als men zich aan bepaalde, gepubliceerde voorwaarden houdt. Toezicht en handhaving van deze voorwaarden zijn verdeeld over bestuursrechtelijke en strafrechtelijke trajecten, waardoor een methode van integrale handhaving wordt gebruikt.

Het bezit van de kleinste hoeveelheden cannabis, dat in artikel 11 Opiumwet als overtreding wordt gekwalificeerd, is weinig strafwaardig, ook in Europees perspectief. De bedoeling achter het sterk getrapte stelsel van sanctienormen was om de eindgebruiker zoveel mogelijk strafrechtelijk te ontzien, maar de handelaars en producenten niet vrijuit te laten gaan. Daarom is ook in de Aanwijzing Opiumwet[270] het onderscheid gemaakt tussen het gedoogbeleid ten aanzien van een aantal strafbare feiten aan de ene kant, en het toekennen van een lage opsporingsprioriteit aan de andere kant. Ten aanzien van het gedoogbeleid stelt de Aanwijzing dat het belang van handhaving moet

269 Deze vereisen van coffeeshops: geen afichering, geen harddrugs, geen overlast, geen jongeren, geen grote hoeveelheden en geen toegang voor ingezetenen. Zie voor de specifieke regelingen de Aanwijzing Opiumwet, *Stcrt.* 2012, 26938.

270 *Stcrt.* 2012, 26938.

wijken voor het algemeen belang van de volksgezondheid en de handhaving van de openbare orde. Onafhankelijk van de beschikbare capaciteit wordt daarom een 'positieve beslissing' genomen om de strafbare feiten die onder het gedoogbeleid vallen niet op te sporen en te vervolgen. De reden om te kiezen voor de andere optie, het toekennen van een lage opsporingsprioriteit, is volgens de Aanwijzing gelegen in de betrekkelijk geringe ernst van de relevante feiten, afgezet tegen de beschikbare capaciteit van opsporing en vervolging.

Voor coffeeshops geldt in Nederland een gedoogbeleid, en dat heeft tot aanzienlijke spanningen geleid met andere lidstaten van de Europese Unie. Het duidelijkste voorbeeld hiervan is de tot op diplomatiek niveau spelende botsing met Frankrijk in 1996. Inmiddels heeft Nederland getracht op diverse manieren de problemen met buitenlandse drugstoeristen en -koeriers te verminderen. De aanscherping van het drugsbeleid is niet alleen het gevolg van het reageren op internationale en Europese ontwikkelingen, ook op nationaal niveau lijkt de mate waarin drugsgebruik getolereerd wordt af te nemen. Een proef waarmee de laatste jaren in het coffeeshopbeleid is gewerkt betreft de introductie van het zogenaamde 'woonlandbeginsel' in Maastricht. Op grond daarvan hadden alleen ingezetenen van Nederland toegang tot coffeeshops in deze plaats. De verenigbaarheid van deze regelgeving met het Europese recht is onderwerp geweest van enkele procedures, die ook een uitspraak aan het Hof van Justitie hebben ontlokt. Later verwerkte de regering dit woonlandbeginsel in een verscherping van het coffeeshopbeleid, door aan de gedoogcriteria een B- en een I-criterium toe te voegen. Deze houden respectievelijk in dat coffeeshops alleen nog gedoogd worden wanneer zij een besloten club zijn met ten hoogste 2000 leden, en dat zij alleen toegang mogen verschaffen aan leden die ingezetene zijn van Nederland. Die toegevoegde criteria (ook wel de 'wietpas' genoemd) werden vanaf 1 mei 2012 van toepassing in de drie zuidelijke provincies, en zouden op 1 januari 2013 voor heel Nederland gaan gelden. Door maatschappelijke discussie en verdringingsproblematiek is er na een half jaar van afgezien om het besloten club-criterium verder te handhaven. Wat betreft de handhaving van het ingezetenencriterium is aanzienlijke verscheidenheid ontstaan, omdat elke gemeente waarin coffeeshops gevestigd zijn in overleg mag kiezen of het overgaat tot handhaving van dit criterium.[271]

Een belangrijk discussiepunt met betrekking tot de coffeeshops betreft de zogenaamde 'achterdeurproblematiek': het gegeven dat de verkoop van kleine hoeveelheden cannabis aan eindgebruikers onder het gedoogbeleid valt, terwijl dat niet het geval is met de leverantie aan de coffeeshop. Wanneer het aanleveren van cannabis aan de 'achterdeur' van coffeeshops daadwerkelijk op strafrechtelijk ingrijpen zou kunnen rekenen, zouden coffeeshops niet kunnen bestaan. Daarmee zou de doelstelling van het gedoogbeleid, de bevordering

271 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 24 077, nrs. 309 en 310.

van de volksgezondheid en de handhaving van de openbare orde, in gevaar komen. Het kan dus niet anders dan dat die leveranties aan de achterdeur een dusdanig lage opsporingsprioriteit krijgen dat er in uitwerking weinig onderscheid meer is met het gedoogbeleid. In ieder geval wordt daartegen niet geregeld actie ondernomen op een soortgelijke wijze als tegen hennepkwekerijen. De strafrechtelijke behandeling van de gehele bedrijfskolom van wietproductie tot -consumptie kenmerkt zich dan ook door concentratie op de aanpak van de productie aan de ene kant, het vrijwel geheel ongemoeid laten van persoonlijke consumptie aan de andere kant, en daartussenin een glijdende schaal waarbij de verkoop in coffeeshops nog worden gedoogd, maar niet alle handelingen die de levering betreffen een even hoge opsporingsprioriteit krijgen. Desondanks betekent dat niet dat vanwege de achterdeurproblematiek het OM niet-ontvankelijk zou worden verklaard wanneer het een vervolging instelt voor gedragingen die buiten de AHOJGI-criteria vallen, maar als er duidelijk sprake is van het in voorraad houden van redelijke hoeveelheden om te voorzien in de dagelijkse bedrijfsvoering van coffeeshops, kan het weinig strafwaardig karakter daarvan wel resulteren in een rechterlijk pardon.[272] Sommigen roepen op tot de legalisering, of althans het gedogen, van de gehele bedrijfskolom die zich met cannabis bezighoudt. Een aanpak die onderscheidt maakt tussen de verschillende handelingen die met cannabis worden gepleegd zou niet consequent zijn. Met de huidige wetstekst van artikel 11 Opiumwet is legalisering van de gehele wietteelt moeilijk te realiseren, omdat de strafmaat sterk toeneemt bij grote hoeveelheden of beroeps- of bedrijfsmatige teelt. Coffeeshops mogen volgens het G-criterium precies zoveel cannabis in voorraad hebben dat ze nog niet onder de reikwijdte vallen van artikel 11 lid 5 Opw. Hierin wordt de strafmaat op verschillende gedragingen fors verhoogd wanneer er sprake is van grote hoeveelheden.

6.10.2 Interpretatie van de Aanwijzing Opiumwet

Het gegeven dat beleidsregels worden opgesteld die beslissingen omtrent opsporing en vervolging nader sturen, betekent dat niet alleen de wet die daarbij toegepast wordt, maar ook die beleidsregels voor interpretatie vatbaar zijn. Een voorbeeld kan dit illustreren. Artikel 11 lid 3 Opiumwet stelt een strafmaximum van zes jaar of een geldboete van de vijfde categorie op beroeps- of bedrijfsmatige hennepteelt. De Aanwijzing Opiumwet bevat ter beoordeling van de professionaliteit van de teelt een tabel, waarin indicatoren zijn opgenomen zoals belichting, bodem en de ruimte waarin de teelt plaatsvindt. Daglicht leidt tot een lage indicatie van professionaliteit, kunstverlichting die wordt bestuurd met tijdklokken tot een hoge indicatie. Aarde of potgrond als bodem geeft een lage indicatie, speciaal verrijkte aarde of potgrond, steenwol of

272 Rb 's-Gravenhage 21 december 2012, *LJN* BY7120.

hydrocultuur een hoge. Een hoge indicatie wordt verder toegekend wanneer de teelt plaatsvindt in een kas of een grote, verdeelde en afgeschermde ruimte binnen of buiten. Teelt in een afgescheiden ruimte in huis levert een gemiddelde indicatie op, en teelt op een balkon of in een tuin een lage indicatie. Tezamen leiden deze indicatoren tot een oordeel over de professionaliteit van de teelt, die gecombineerd met de factoren van schaalgrootte en het doel van de teelt tot een oordeel leiden omtrent het bestanddeel van het beroeps- of bedrijfsmatig karakter. Opmerkelijk is daarbij, dat de aanwijzing bepaalt dat er sprake is van beroeps- of bedrijfsmatig handelen, wanneer, ongeacht de hoeveelheid planten, 'wordt voldaan aan twee of meer punten' van de lijst met indicatoren. Betekent dat, dat er sprake is van professionaliteit wanneer er nog maar op twee punten een lage indicatie is, of moet er op twee punten een hoge indicatie zijn? Vermoedelijk het laatste, maar helemaal duidelijk is het niet, zeker wanneer de indicaties tussen hoog en laag in liggen. Door deze onduidelijke formulering vraagt de aanwijzing zelf weer om een interpretatie van de eigen interpretatie van het wettelijke bestanddeel beroeps- of bedrijfsmatige teelt.

Die interpretatie van de zijde van de rechter blijft dan ook niet uit. De rechter verwijst daarbij niet altijd expliciet naar de Aanwijzing van het OM, maar beoordeelt in beginsel zelfstandig de vraag of het bestanddeel van beroeps- of bedrijfsmatige teelt is vervuld.[273] De rechter kan zich ook explicieter verhouden tot de Aanwijzing. Zo oordeelde de Hoge Raad dat ook in een woning sprake kan zijn van beroeps- of bedrijfsmatig handelen, omdat er sprake was van geregelde en stelselmatige verkoop van softdrugs.[274] Voor de beoordeling van het beroeps- of bedrijfsmatige karakter van de verkoop ging de Hoge Raad te rade bij de wetsgeschiedenis over dit bestanddeel. De Aanwijzing bevat immers alleen indicatoren met betrekking tot de beroeps- of bedrijfsmatige teelt, en niet voor de verkoop van cannabis. Advocaat-Generaal Vellinga wijst ook op het ontbreken daarvan in zijn conclusie, waarbij hij wel het bestaan van de indicatoren voor de teelt benoemt.[275] Wanneer de beleidsregels dus geen uitspraak doen over de uitleg van een onderdeel van de wettelijke delictsomschrijving, zoals in dit geval het beroeps- of bedrijfsmatig verkopen van softdrugs, kunnen deze moeilijk in de rechtspraak worden betrokken. De rechter kan dan in zijn interpretatie wel gebruik maken van de indicatoren voor professionaliteit die beschikbaar zijn in de Aanwijzing ten aanzien van een ander, vergelijkbaar bestanddeel.

273 Zoals bijvoorbeeld in Rb 's-Gravenhage 10 april 2009, *LJN* BI2403.
274 HR 1 juli 2008, *NJ* 2008, 410.
275 Overweging 12 van de conclusie.

6.10.3 Discussies voorafgaand aan het kaderbesluit drugshandel

Het Nederlandse drugsbeleid, en met name het gedogen van coffeeshops, roept in Europees verband nogal eens spanningen op. Dat betekent ook dat bij de opstelling van harmonisatie-instrumenten inzake de strafrechtelijke handhaving van verdovende middelen het opportuniteitsbeginsel een rol speelt. Een voorbeeld daarvan is te vinden bij de totstandkoming van het kaderbesluit illegale drugshandel, waar de Nederlandse onderhandelaars hebben ingezet op een resultaat dat het opportuniteitsbeginsel onverlet laat. Het kaderbesluit bevat mede daarom slechts verplichtingen tot wetgevende activiteit, en niet tot daadwerkelijke handhaving. Bij de onderhandelingen over de inhoud van het kaderbesluit was het de vraag of het coffeeshopbeleid onaangetast kon blijven. Uit die onderhandelingen kwam ook naar voren dat er twee verschillen in opvatting bestonden onder de lidstaten. Het ene verschil in opvatting betrof het eigenlijke drugsbeleid, en welke vorm dat zou moeten aannemen. Het andere verschil in opvatting betrof de vraag welke rol er hierin voor de Europese Unie zou moeten zijn.[276]

Eén van de voorlopige versies van het kaderbesluit bevatte tijdens de onderhandelingsfase de bepaling dat ook het bezit van de kleinste hoeveelheid cannabis met een maximumstraf van tenminste achttien maanden zou moeten worden bedreigd. Tijdens een algemeen overleg met de vaste commissie voor Justitie kwam de vraag aan de orde of dat zou betekenen dat het coffeeshopbeleid geheel zou moeten worden herzien. De minister van Justitie stelde tijdens het overleg dat het niet duidelijk was of een dergelijk kaderbesluit, als dat aangenomen zou worden, het opportuniteitsbeginsel zou uitsluiten. Meer duidelijkheid over zijn standpunt gaf hij in een brief aan de vaste Kamercommissie. Daarin geeft hij toe dat het logisch lijkt, dat met een verhoging van de strafmaat een hogere prioriteit aan opsporing en vervolging wordt gegeven, maar dat het kaderbesluit niets zegt over coffeeshops of over het opportuniteitsbeginsel. Volgens de minister moet er dan ook van worden uitgegaan, dat het regelen van opsporing en vervolging geheel aan de lidstaten wordt overgelaten. 'Dit betekent dat het Kaderbesluit het geldende opportuniteitsbeginsel onverlet laat.'[277] De regering stelde zich met andere woorden op het standpunt dat de harmonisatie van strafbaarstellingen in beginsel geen gevolgen heeft voor het vervolgingsbeleid ten aanzien van die geharmoniseerde delicten.

276 Buruma & Verrest 2004, p. 26.
277 *Kamerstukken II* 2002/03, 23 490, nr. 246.

6.10.4 Discussies bij de implementatie van het kaderbesluit

Ook bij de implementatie van het kaderbesluit[278] zijn er in de parlementaire behandeling woorden gewijd aan de mogelijke beïnvloeding van het opportuniteitsbeginsel, en dan met name voor zover het coffeeshopbeleid daarop is gebouwd. De regering was daarbij ook van mening dat slechts wetgevende activiteit wordt verlangd door het kaderbesluit, en dat dit niet ziet op het vervolgingsbeleid van de lidstaten. Daartoe verwees zij naar overweging negen van het kaderbesluit, waaruit dat duidelijk zou blijken.[279] Deze overweging zou van groot belang zijn voor het coffeeshopbeleid, ten aanzien waarvan uit het kaderbesluit geen enkele verplichting zou voortvloeien die verdergaat dan tot aanpassing van de strafwetgeving, zodat ook na de implementatie van het kaderbesluit de (inmiddels) AHOJGI-criteria het kader bieden waaraan de coffeeshops zich moeten houden.[280]

Het regeringsstandpunt stuitte in de parlementaire behandeling wel op enig weerwoord. Zo vroeg de CDA-fractie zich af, of ondanks het ontbreken van een effect op het vervolgingsbeleid, de implementatie van het kaderbesluit niet toch een aanleiding zou kunnen zijn om het drugsbeleid aan te scherpen. De PvdA-fractie wilde juist weten of het ontbreken van dit effect misschien zou kunnen betekenen dat de gehele bedrijfskolom van de wietteelt zou kunnen worden gedoogd, en of het kaderbesluit dat wel of niet mogelijk maakte. Bij deze fractie en de fractie van de ChristenUnie bestonden vragen over de oplosbaarheid van de achterdeurproblematiek in het licht van het kaderbesluit.[281]

Nogmaals benadrukt de regering dat de Nederlandse inzet is geweest dat het kaderbesluit slechts verplichtingen tot wetgevend optreden schept, en geen vervolgingsverplichtingen in het leven roept. De verhoging van de strafmaxima zou echter wel tot uitdrukking moeten komen in een aanpassing van het vervolgings- en strafvorderingsbeleid van het OM. Daar zou echter niet het kaderbesluit 'als voorwendsel' voor moeten worden gebruikt.[282] Met betrekking tot de implementatie van de verplichting tot strafbaarstelling van onder andere het in voorraad hebben van een grote hoeveelheid drugs, uit artikel 4 lid 2 onder a van het kaderbesluit, is iets bijzonders aan de hand. De lidstaten hebben met opzet achterwege gelaten wat precies moet worden verstaan onder het begrip 'grote hoeveelheden'. De Nederlandse wetgever achtte zich daarom vrij om de betekenis daarvan nader te regelen bij AMvB. Deze hoeveelheid is

278 Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, *PbEU* 2004, L 335/8.
279 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 3, p. 1.
280 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 3, p. 2.
281 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 6.
282 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 7, p. 2.

vastgesteld op – onder andere – 500 gram hennep.[283] Deze grens is met opzet gekozen om daarmee aan te sluiten bij de maximale handelsvoorraad voor coffeeshops, het G-criterium uit de Aanwijzing Opiumwet van het OM.[284] De vormgeving van deze gelede strafbaarstelling is dus toegesneden op het vervolgingsbeleid: de invulling van het opportuniteitsbeginsel heeft ertoe geleid dat de grens van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het in artikel 11 lid 5 Opw opgenomen verbod gelegd is op 500 gram hennep.

In de Eerste Kamer werd de stelling van de minister dat de implementatie geen vervolgingsverplichtingen met zich meebrengt ter discussie gesteld. Leden van de CDA-fractie merkten op dat het kaderbesluit verwarring schept omdat het stelt dat de lidstaten maatregelen treffen opdat bepaalde gedragingen 'worden bestraft'. De Engelse tekst spreekt van 'punishable', en de Kamerleden betreuren dat de Nederlandse tekst in dit opzicht verwarring wekt. Ook wijzen zij op artikel 8 van het kaderbesluit, dat de lidstaten verplicht rechtsmacht te vestigen ten aanzien van de in het kaderbesluit genoemde feiten en deze te vervolgen wanneer ze door eigen onderdanen buiten het eigen grondgebied zijn gepleegd. Deze leden achten de opmerking van de minister dat het kaderbesluit niet noopt tot aanscherping van het vervolgingsbeleid verder enigszins in tegenspraak met zijn voorstel dat de vervolgings- en strafvorderingsrichtlijnen van het OM zullen worden aangepast aan de verhoogde strafmaxima. Ook ten aanzien van de implementatie van het bestanddeel 'grote hoeveelheden' bestaan nog vragen: het is namelijk niet uitgesloten dat een Nederlandse rechter een prejudiciële vraag zal stellen aan het Hof van Justitie daarover, omdat de term immers afkomstig is uit Europese wetgeving, en als gevolg daarvan zou de Nederlandse implementatie, die nu nog gelijk oploopt met het vervolgingsbeleid, eventueel moeten worden aangescherpt.[285]

De minister onderschrijft dat de tekst van het kaderbesluit ongelukkig is vertaald waar het spreekt over 'wordt bestraft', maar benadrukt dat daarmee niet anders is bedoeld dan te verplichten tot aanpassen van de wetgeving. Volgens de minister behelst artikel 8 van het kaderbesluit een *aut dedere aut judicare*-verplichting, zodat alleen in gevallen waarin een lidstaat niet tot overlevering van een eigen onderdaan overgaat hij verplicht is om deze te vervolgen. Buiten die context bestaat er dus geen vervolgingsverplichting, zodat lidstaten nog steeds kunnen beslissen over de vervolging van strafbare feiten die binnen hun eigen grenzen zijn begaan, en artikel 8 voor Nederland geen vervolgingsopdracht bevat. Dat de interpretatie van het begrip 'grote hoeveelheid' ruimte laat voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kan op instemming rekenen van de minister. Daarbij merkt hij op dat het volledig afhankelijk is van de uitspraak van die instantie welke

283 Art. 1 lid 2 Opiumwetbesluit.
284 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 7, p. 4.
285 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, A.

inhoud dat begrip zal blijken te bezitten.[286] Als deze visie juist is, betekent dat dat er ruimte bestaat voor het Hof van Justitie om deze begrenzing van aansprakelijkheid nader in te vullen, waardoor de strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 11 lid 5 Opiumwet, zoals nader gespecificeerd in het Opiumwetbesluit, uit de pas zou kunnen gaan lopen met het G-criterium uit de Aanwijzing Opiumwet. In dat geval zou het voor de hand liggen om het vervolgingsbeleid analoog in te vullen aan het eventueel gewijzigde Opiumwetbesluit.

6.10.5 Effectieve handhaving en het coffeeshopbeleid

Dat het coffeeshopbeleid in het geheel niet wordt geraakt door het Kaderbesluit illegale drugshandel en zijn implementatie, lijkt me echter minder vanzelfsprekend dan de minister deed voorkomen. Dat is met name het geval vanwege het erkennen door het Hof van Justitie dat Europese wetgeving door de lidstaten doeltreffend, evenredig en afschrikkend moet worden gehandhaafd, en dat overtredingen daarvan op gelijkwaardige wijze moeten worden behandeld als overeenkomstige overtredingen van nationaal recht. Het meest expliciet in het trekken van de consequentie dat daaruit ook verplichtingen tot strafrechtelijke vervolging voortvloeien is het Hof tot nu toe geweest in het arrest *Vo*. Deze verplichtingen kunnen voortvloeien uit instrumenten ter harmonisatie van materieel strafrecht, waarbij de verplichting om strafrechtelijk op te treden tegen inbreuken niet absoluut is, maar afhankelijk van de mate waarin dit optreden kan bijdragen aan een doeltreffende, evenredige en afschrikkende handhaving. Verplichtingen om strafrechtelijk op te treden zijn dus met name aanwezig bij die delicten die de doeltreffendheid van het onderliggende Europese beleid het sterkst in gevaar brengen.[287]

De norm van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties is ook expliciet opgenomen in het kaderbesluit illegale drugshandel. Overweging 5 stelt dat de lidstaten in straffen moeten voorzien die doeltreffend, evenredig en afschrikkend dienen te zijn. Verder geeft deze overweging aan, dat voor de bepaling van de straf rekening dient te worden gehouden met feitelijke gegevens, zoals de hoeveelheden en de aard van de verhandelde drugs en de vraag of het strafbare feit in het kader van een criminele organisatie is gepleegd. Deels zijn deze omstandigheden ook verwerkt in de minimale maximumstraffen die het kaderbesluit voorschrijft, maar deze overweging heeft duidelijk betrekking op de straftoemeting. De eis dat de lidstaten doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties mogelijk maken is ook opgenomen in artikel 4 lid 1, dat zich uitstrekt over alle in het kaderbesluit genoemde gedra-

286 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, B.
287 Zie over deze rechtspraak meer in detail paragraaf 3.4.

gingen die betrekking hebben op verdovende middelen, inclusief de uitlokking daarvan, de medeplichtigheid daaraan en de poging daartoe.

De eisen van evenredige, doeltreffende en afschrikkende sancties, die volgens het Hof van Justitie in het arrest *Vo*[288] een verplichting tot vervolging kunnen inhouden, zouden in het verband van het coffeeshopbeleid ook tot inspanningen van de strafvorderlijke autoriteiten kunnen verplichten. Of dat daadwerkelijk het geval is, valt nog te bezien. Zowel bij het Kaderbesluit illegale drugshandel als bij het Kaderbesluit illegale binnenkomst, doortocht en verblijf, dat een rol speelde in de zaak *Vo*, waren de bewoordingen van de verplichting tot strafbaarstelling niet altijd gelukkig gekozen. Zoals hierboven vermeld wees de minister erop, dat het de bedoeling was dat het kaderbesluit slechts verplichtingen tot strafbaarstelling in het leven zou roepen, en dat daarom de Nederlandse vertaling ten onrechte in artikel 2 lid 1 spreekt van 'bestraft worden'. Misschien betekent het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Vo* echter dat het Hof niet bereid is om hierin een vertaalfout te herkennen. In dat geval ligt het voor de hand dat het Hof ook in het kaderbesluit illegale drugshandel een vervolgingsverplichting leest.

Maar ook wanneer het Hof van Justitie niet van de veronderstelling is uitgegaan dat de Europese wetgever een verplichting tot bestraffing heeft opgenomen in de rechtsinstrumenten ter harmonisatie van het materiële strafrecht, is het mogelijk om toch tot de conclusie te komen dat een vervolgingsverplichting bestaat. Daartoe is de overeenkomst tussen de in de harmonisatie-instrumenten neergelegde eisen van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties enerzijds, met de interpretatie van de verplichting tot loyale uitvoering van het Unierecht (artikel 4 lid 3 VEU) anderzijds, eenvoudigweg te groot. Wanneer de lidstaten dus op grond van het kaderbesluit illegale drugshandel niet alleen verplicht zijn tot strafbaarstelling, maar ook tot daadwerkelijk opsporen en vervolgen, om daarmee uitvoering te geven aan het kaderbesluit, is de vervolgvraag tot welke activiteiten die regelgeving dan precies verplicht. Zoals eerder aangegeven[289] lijkt het niet waarschijnlijk om uit de jurisprudentie van het Hof categorische vervolgingsverplichtingen af te leiden. De eis dat het optreden van de lidstaten doeltreffend, evenredig en afschrikkend dient te zijn laat meer differentiatie toe. Die eis heeft echter wel een sterk utilitaristische inhoud, waardoor de nationale autoriteiten vooral de doelstellingen van het relevante Europese beleid in ogenschouw moeten nemen bij het bepalen van hun strafrechtelijk beleid ter uitvoering van de regelgeving. In de context van het drugsbeleid en de uitvoering van het kaderbesluit moeten die doelstellingen vooral uit de bepalingen en de overwegingen van het kaderbesluit worden afgeleid.

Het kaderbesluit geeft gelukkig vrij veel informatie over zijn doelstellingen. In overweging 1 stelt het dat de illegale drugshandel een bedreiging vormt

288 HvJ EU 10 april 2012, zaak C-83/12, n.n.g. (Vo).
289 Zie paragraaf 3.4.

voor de gezondheid, veiligheid en levenskwaliteit van de burgers van de Europese Unie, en voor de wettige economie, de stabiliteit en de veiligheid van de lidstaten. Verder is het duidelijk dat persoonlijk drugsgebruik niet strafwaardig wordt geacht (artikel 2 lid 2), en dat zulks wel geldt voor het handelen in het verband van een criminele organisatie (overweging 5, artikel 4 lid 3). Ook uit de strafmaxima komt een beeld naar voren met betrekking tot de doelstellingen van het kaderbesluit: gedragingen met betrekking tot grote hoeveelheden drugs of zeer schadelijke drugs (artikel 4 lid 2) worden ernstig geacht. De meest strafwaardige gedragingen zijn die, die gepleegd zijn in het kader van een criminele organisatie, waarbij de strafwaardigheid minder sterk is wanneer in dat kader slechts voorbereidingshandelingen zijn gepleegd (artikel 4 lid 3 en 4). Ook uit enkele bijzondere omstandigheden die moeten kunnen meewegen bij de straftoemeting blijkt van bepaalde opvattingen ten aanzien van de doelstellingen van het kaderbesluit (artikel 5). Daarbij gaat het om het afzien van criminele activiteiten wat betreft de drugshandel, of om het verstrekken van informatie waarmee de gevolgen van het strafbare feit kunnen worden voorkomen of verminderd, de daders kunnen worden aangewezen, bewijs verzameld of nieuwe strafbare feiten worden voorkomen (zie ook overweging 6). Uit dit geheel komt naar voren dat de doelstellingen van het kaderbesluit nadrukkelijk zijn gericht op het voorkomen van gezondheidsschade, de bevordering van maatschappelijke veiligheid en stabiliteit en het bestrijden van de georganiseerde drugshandel, waarbij het persoonlijk gebruik weinig strafwaardig wordt geacht en zelfs aanzienlijke strafvermindering mogelijk moet worden gemaakt voor zich coöperatief opstellende verdachten, teneinde daardoor nieuwe schade te voorkomen.

Als we deze bevindingen in verband brengen met het Nederlandse coffeeshopbeleid, vallen in ieder geval enkele overeenkomsten te ontdekken. Overeenstemming bestaat over de grondslag van het strafrechtelijke drugsbeleid als bevordering van de volksgezondheid en de openbare orde. Die ratio achter het Nederlandse drugsbeleid lijkt, in algemene termen gesteld, in het geheel niet op gespannen voet te staan met de doelstellingen van het Kaderbesluit illegale drugshandel. Ook de geringe strafwaardigheid van persoonlijk drugsgebruik komt zowel tot uitdrukking in het kaderbesluit (artikel 2 lid 2) als in de Opiumwet (artikel 10 lid 6 en artikel 11 lid 6 en 7). De strafverzwaring bij deelneming aan een criminele organisatie is eveneens in de Opiumwet opgenomen wanneer het gaat om softdrugs (artikel 11a), omdat de strafmaxima bij de harddrugs al hoog genoeg waren om aan de implementatieverplichtingen op dit punt te voldoen. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de gedraging heeft plaatsgevonden met betrekking tot een grote hoeveelheid drugs (artikel 11 lid 5 Opiumwet). De schadelijkheid van de drugs als strafverzwarende omstandigheid (artikel 4 lid 2 van het kaderbesluit) kan geacht worden te zijn gereflecteerd in de verschillende regimes voor hard- en softdrugs. Grosso modo kan dus worden gezegd dat de wetgeving in Nederland dezelfde

accenten legt als het kaderbesluit, behalve dat de onderlinge verhouding die tussen de verschillende gedragingen in het kaderbesluit gemaakt wordt niet altijd in de Opiumwet tot uitdrukking komt, omdat de Nederlandse strafmaxima terzake niet hoefden te worden aangepast. In dat verband is het de vraag of de implementatieverplichtingen enigszins minimalistisch moeten worden opgevat, waarbij strafmaxima alleen worden aangepast wanneer het Nederlandse maximum onvoldoende hoog is, of dat er ook gestreefd moet worden naar een vergelijkbare verhouding tussen de verschillende maximumstraffen als in het harmonisatie-instrument is opgenomen.

Dat de Nederlandse wetgeving vergelijkbare uitgangspunten laat zien als het kaderbesluit, betekent echter nog niet dat de uitvoering daarvan conform Europese doelstellingen is. Daarbij is het coffeeshopbeleid het meest opvallend. Verschillende voor- en tegenargumenten zijn aan te voeren met betrekking tot de legitimiteit van het coffeeshopbeleid in Europees perspectief. Met het oog op het kaderbesluit kan dat beleid wellicht worden gerechtvaardigd vanwege de kennelijke doelstelling dat persoonlijk gebruik niet gecriminaliseerd moet worden. De maximale hoeveelheid van vijf gram cannabis voor verkoop door de coffeeshop laat het niet of nauwelijks toe dat daarmee grootschalige doorverkoop plaatsvindt. Desondanks gaat het bij de gedragingen van de coffeeshophouder wel om verkoop van aanzienlijke hoeveelheden, hoewel door het gebruik wat de Nederlandse wetgever van zijn implementatieruimte heeft gemaakt de strafverzwarende omstandigheid van artikel 11 lid 5 Opiumwet precies gelijk is aan de maximale handelsvoorraad van de coffeeshop. Ook de overlastbestrijding zou steun kunnen vinden in het kaderbesluit, vanwege de doelstelling de veiligheid en levenskwaliteit van de burgers en de stabiliteit en veiligheid van de lidstaten te beschermen. Problematischer is het dat het kaderbesluit veel nadruk legt op de bestrijding van georganiseerde criminaliteit, en bij de coffeeshops zijn banden met handelaars en telers niet altijd afwezig, terwijl het bedrijf dat de coffeeshop exploiteert zelf meestal ook een georganiseerd samenwerkingsverband vormt.

Bij deze stand van zaken is het niet ondenkbaar dat het Nederlandse coffeeshopbeleid vanuit het Europese recht bezien onder sterkere druk komt te staan. Gezien de toenemende aanscherping van het Nederlandse drugsbeleid hoeft dat niet te betekenen dat het vigerende beleid doorkruist zal gaan worden. Een verdere versoepeling van het beleid omtrent coffeeshops zal echter niet kunnen worden doorgezet zonder dat daaraan een zorgvuldige inschatting is voorafgegaan van wat het Europese recht vereist. Met name de eis dat geharmoniseerde strafbaarstellingen doeltreffend, evenredig en afschrikkend gehandhaafd moeten worden brengt met zich mee dat in gevallen waarin de met de Europese norm corresponderende gedoogcriteria, zoals de regel met betrekking tot de maximale handelsvoorraad, worden geschonden, daartegen in enigerlei vorm moet worden opgetreden. De doelstellingen van het Europese recht inzake drugsbestrijding zullen door de lidstaten op loyale wijze moeten worden omgezet in daadwerkelijke handhavingsinspanningen. Daarbij vormen

de coffeeshops een duidelijk grensgeval, waarbij moeilijk te zeggen is in hoeverre het Europese recht noopt tot een strengere aanpak en in hoeverre daarbij nog nationale beleidsvrijheid mag worden benut.

6.10.6 Coffeeshops, vrij verkeer en discriminatie

Het coffeeshopbeleid kan nog vanuit een ander perspectief worden belicht: staat het Europese recht misschien in de weg aan een aanscherping van het beleid, met name wanneer daarin een woonlandbeginsel of ingezetenencriterium wordt opgenomen? Met andere woorden: is het vanwege het vrij verkeer van goederen of diensten toegestaan om de verkoop van illegale drugs aan Nederlandse ingezetenen voor te behouden? Het *Josemans*-arrest van het Hof van Justitie geeft daar een antwoord op: in beginsel wordt de verkoop van drugs niet beschermd door de bepalingen inzake het vrij verkeer, omdat het handelswaar betreft waarvan in Europese wetgeving, namelijk het Kaderbesluit illegale drugshandel, is bepaald dat onder andere de verkoop daarvan door de lidstaten strafbaar moet worden gesteld. Coffeeshophouders kunnen zich daarom niet met een beroep op het vrij verkeer van diensten verzetten tegen een regeling die het verkopen van deze drugs voorbehoudt aan ingezetenen. Wat betreft de overige goederen die verkocht worden in de coffeeshops geldt dat het vrije verkeersrecht wel wordt geschonden door de toegang tot coffeeshops te beperken tot Nederlandse ingezetenen, maar dat deze inbreuk wordt gerechtvaardigd. Deze goederen, alcoholvrije dranken en etenswaren, kunnen op zoveel plaatsen worden gekocht dat de inbreuk op het vrije verkeer evenredig is.[290]

De onderbouwing geeft op een belangrijk punt onvoldoende blijk van een goed inzicht in het Nederlandse drugsbeleid. De kern van het Nederlandse beleid is volgens het Hof dat zodanig toepassing wordt gegeven aan het opportuniteitsbeginsel, dat de verkoop van cannabis met het oog op een doeltreffende strafvervolging in zeer beperkte hoeveelheden en onder gecontroleerde omstandigheden wordt gedoogd en prioriteit wordt gegeven aan de vervolging van andere als gevaarlijker beschouwde strafbare feiten.[291] Het feit dat dit gedoogbeleid bestaat doet volgens het Hof van Justitie niets af aan het illegale karakter van de verkoop van verdovende middelen. Het verbod wordt volgens het Hof niet ontkracht wanneer de autoriteiten 'wegens met name de beperkte personele en materiële mogelijkheden een lagere prioriteit toekennen aan de vervolging van een bepaald soort handel in verdovende middelen, omdat zij andere soorten gevaarlijker achten. Die houding kan in geen geval leiden tot gelijkstelling van de illegale handel in verdovende middelen met het door de bevoegde autoriteiten strikt gecontroleerde handels-

290 HvJ EU 16 december 2010, zaak C-139/09, *NJ* 2011, 290 m.nt. Klip (Josemans).
291 Overwegingen 12-14 van het arrest.

verkeer in de medische en wetenschappelijke sfeer. Dit laatste is immers daadwerkelijk gelegaliseerd, terwijl de illegale handel, ook al wordt hij gedoogd, verboden blijft.'[292] Hiervoor is echter opgemerkt dat het kenmerk van het coffeeshopbeleid nu juist is dat er in de Aanwijzing Opiumwet niet slechts een lage opsporingsprioriteit wordt toegekend aan deze gedragingen, maar dat er uitdrukkelijk voor wordt gekozen om onder materiële voorwaarden geen strafrechtelijke reactie te doen volgen. Dat wil inderdaad niet zeggen dat er een volledige legalisatie heeft plaatsgevonden, maar de strafrechtelijke behandeling van coffeeshops is niet puur een capaciteitskwestie. Deze overweging van het Hof geeft dan ook blijk van een miskenning van de juridische inbedding van het coffeeshopbeleid. De overweging is afkomstig uit het arrest *Happy Family*,[293] waarbij het Hof in aanvulling daarop nog overwoog, dat 'de politie er te allen tijde tegen kan optreden wanneer de bevoegde autoriteiten dat opportuun achten.'[294] Blijkbaar vond het Hof die laatste opmerking niet meer voldoende aansluiten bij de juridische werkelijkheid om hem te herhalen in het *Josemans*-arrest. Als dat zo is, is het niet helemaal begrijpelijk waarom het eigen karakter van het gedoogbeleid toch niet goed naar voren komt in die uitspraak. De eventuele consequentie dat de verkoop van cannabis door de vrije verkeersrechten zou worden beschermd zal daar te radicaal voor zijn geweest, waarbij de ferme stellingname van advocaat-generaal Bot misschien ook heeft bijgedragen aan een gematigde uitkomst.[295]

6.11 DEELCONCLUSIE

Met de bespreking in dit hoofdstuk is getracht een antwoord te verkrijgen op de vijfde deelvraag van dit onderzoek, die luidde: 'wat is de verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht in het licht van de verplichting tot implementatie van Europees recht?' In dit hoofdstuk lag daarom de nadruk op de wisselwerking tussen het materiële strafrecht en het opportuniteitsbeginsel. Wanneer aan dat beginsel een ruime uitleg wordt gegeven, bestaat er weinig noodzaak om in het materiële recht precies uitdrukking te geven aan de strafwaardigheid van omschreven gedragingen, omdat altijd in het vervolgingsbeleid kan worden bepaald op welke gedragingen in de strafrechtelijke handhaving de nadruk moet liggen, en welke ongestraft mogen blijven. Een weinig terughoudende interpretatie van delictsomschrijvingen en een aanzienlijke uitbreiding van strafbaarheid door middel van algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid is in het licht van een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel dan ook niet per se

292 Overweging 43 van het arrest.
293 HvJ EG 5 juli 1988, zaak 289/86, *Jur.* 1988, p. 3655 (Happy Family).
294 Overweging 29.
295 Te vinden in *Jur.* 2010, p. I-13019.

verdacht, mits erop vertrouwd kan worden dat strafvorderlijke bevoegdheden door de daartoe gerechtigde autoriteiten met prudentie worden toegepast. Bij een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel is er meer noodzaak om de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid te bewaken. Desondanks kan ook daarbij gebruik worden gemaakt van sepotgronden die de toepassing van het materiële strafrecht binnen de perken houden.

Het spanningsveld tussen het recht als steeds voorlopig en bediscussieerbaar resultaat van meningsvorming en overtuiging aan de ene kant, en aan de andere kant het recht als heldere en zekerheid verlenende waarborg tegen overheidsoptreden, zal vooralsnog niet worden weggenomen.[296] Dat hoeft misschien ook niet. Wat wel mogelijk is, is het analyseren van de manier waarop het recht zich in dit spanningsveld beweegt, en in het bestek van dit proefschrift is die analyse verricht vanuit het perspectief van het opportuniteitsbeginsel. De meerwaarde van dat beginsel is dat het flexibiliteit biedt aan de strafrechtelijke rechtshandhaving zonder elk richtinggevend karakter te verliezen. Op die manier kan het een rol vervullen in het spanningsveld tussen de twee hiervoor geschetste uitersten. De mogelijkheden van het opportuniteitsbeginsel bieden een aanvulling voor het gebruikelijke tweespan van wetgever en rechter in de rechtsontwikkeling op materieelrechtelijk gebied, omdat het OM daardoor een heel eigen rol kan vervullen als mederechtsvormer.

Deze stand van zaken heeft het Nederlandse materiële strafrecht tamelijk sterk afhankelijk gemaakt van een zorgvuldige toepassing van het opportuniteitsbeginsel, en daarnaast van de straftoemetingspraktijk. Wanneer de harmonisatie van materieel strafrecht binnen het kader van de Europese Unie betekent dat die inbedding van het materiële recht van karakter verandert, is het misschien verstandig dat de vormgeving van concrete strafbaarstellingen en de betekenis van algemene leerstukken daaraan wordt aangepast.[297] Strafbaarstellingen die te gelden hebben als een implementatie van Europees recht bevatten immers een daaraan inherente handhavingsaanspraak. Dat kan gelden voor een delict dat uitdrukkelijk onderwerp is geweest van harmonisatie, waarvan het aantal toeneemt en die niet alleen beperkt zijn tot de in artikel 83 lid 1 VWEU genoemde delictscategorieën, hoewel die al een groot deel van de ernstiger delicten omvatten. Ook minder voor de hand liggende delicten kunnen in een concreet geval relevant blijken te zijn voor de strafrechtelijke bescherming van Europese beleidsterreinen of verdragsrechten zoals de fundamentele vrijheden. Dat betekent dat het materiële strafrecht niet langer kan worden gezien als een manier om de inzet van het strafrecht te regelen, zodanig dat die later altijd nog in het vervolgingsbeleid kan worden gecorrigeerd.

Een ander aspect van de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht betreft de betekenis van het materiële recht voor de invulling van het algemeen belang en de toepassing van het opportuniteits-

296 MacCormick 2005, p. 12-31.
297 Buruma 2002b, p. 802.

beginsel. De inhoud van het vervolgingsbeleid vertoont op punten duidelijke overeenkomsten met materieelrechtelijke bepalingen. Zo vormt het systeem van sanctiepunten in de richtlijnen en aanwijzingen van het OM een duidelijke verfijning van de manier waarop de relatieve ernst van gedragingen in de strafwet tot uitdrukking komt. Ook zijn diverse sepotgronden gerelateerd aan onderwerpen van vervolgbaarheid en aansprakelijkheid. Een open vraag is nog hoe de betekenis van het Europese recht voor het materiële strafrecht kan doorwerken in de invulling van het algemeen belang in concrete gevallen en de opstelling van het algemene vervolgingsbeleid.

Daartoe is in dit hoofdstuk een concreet voorbeeld gebruikt, namelijk het Nederlandse coffeeshopbeleid. Daaruit wordt duidelijk dat het opportuniteitsbeginsel een grondslag biedt voor de specificatie van in materiële strafwetgeving neergelegde verbodsnormen, waarmee het kan bijdragen aan een verheldering van het geldingsbereik van het strafrecht. Een groot verschil tussen het treffen van materieelrechtelijke voorzieningen en het vertrouwen op de toepassing van het opportuniteitsbeginsel is uiteraard dat de mate van rechtsbescherming in die beleidscontext minder sterk is. Daardoor ontstaat door toepassing van het opportuniteitsbeginsel een argumentatieve ruimte, die tot uitdrukking komt door een interpretatie te geven van het algemeen belang. Daardoor kan worden bijgedragen aan de uiteindelijke omvang van de strafrechtelijke handhaving: wanneer bijzondere omstandigheden afwijking van het beleid rechtvaardigen, is dat mogelijk zonder de beginselen van goede procesorde te schenden. Die omstandigheden moeten dan wel gemotiveerd in het strafproces naar voren worden gebracht. Daarin klinkt het argumentatieve aspect duidelijk door. Mijns inziens zal die motivering, om geloofwaardig te kunnen zijn, wel georiënteerd dienen te zijn op een interpretatie van het algemeen belang in verbinding met het materiële recht. Daardoor wordt voorkomen dat aanwending van de afwijkingsbevoegdheid een al te verruimend effect zal verkrijgen. Voor de wijze waarop het algemeen belang zou moeten worden geïnterpreteerd, en met name de rol die het Europese effectiviteitsvereiste daarbij kan spelen, zij verwezen naar hoofdstuk 3.

7 Conclusies

7.1 Het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde

De hoofdvraag waarop in dit onderzoek antwoord wordt gegeven luidt: 'wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde?' Daarmee wordt gepoogd een weergave te bieden van de stand van het recht in het licht van de spanningen die in de literatuur worden geconstateerd tussen het opportuniteitsbeginsel en het Europese recht. De voornaamste aandacht gaat daarbij uit naar het opportuniteitsbeginsel en hoe dat moet worden begrepen, gegeven het feit dat het Europese recht een groter wordende druk uitoefent op het strafrecht van de lidstaten van de Europese Unie, en op de beleidsvrijheid waarmee zij strafrechtelijke handhaving kunnen vormgeven. Het opportuniteitsbeginsel kan niet puur op nationaal niveau worden gelokaliseerd, als rechtsbeginsel heeft het een betekenis die niet per se tot het nationale strafrechtssysteem is beperkt. Wanneer immers op Europees niveau strafvorderlijke autoriteiten in het leven worden geroepen, bestaat ook daar de mogelijkheid om aan hun optreden bepaalde vormen van beleidsvrijheid toe te kennen.

In dit onderzoek is voor de verheldering van de belangrijkste concepten aansluiting gezocht bij de rechtstheorie van Neil MacCormick, waarin het recht wordt beschouwd als institutionele normatieve orde. Dat betekent onder meer dat het recht gezien wordt als een geheel van normen, die in het menselijk samenleven worden gevormd en die daarin, vanwege redenen van handhaving en toepassing, een geïnstitutionaliseerde positie verkrijgen in een geordende structuur. De belangrijkste normen waar het in dit onderzoek om gaat, zijn normen van materieel strafrecht, waarvan de handhaving is opgedragen aan de strafvorderlijke overheid. De strafvorderlijke beleidsvrijheid waarmee de overheid die normen handhaaft kan op drie manieren worden vormgegeven, die traditioneel in de strafrechtelijke theorie worden onderscheiden en die aansluiten op de drie typen van toepasselijkheid waarin materieelrechtelijke normen volgens MacCormick kunnen worden onderscheiden.

De onderverdeling in drie typen betreft het legaliteitsbeginsel, de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel en de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel, dat zich aan het ene uiterste van het spectrum bevindt, betekent dat materieelrechtelijke normen absoluut toepasselijk zijn: als de betreffende norm is overtreden, dienen de rechtsgevolgen die aan overtreding van die norm verbonden zijn, in te treden. Wanneer

dat legaliteitsbeginsel in de wet is neergelegd bestaat er dus een verplichting tot vervolging ten aanzien van elk strafbaar feit. Daarop kunnen wel uitzonderingen worden gemaakt, maar die geven dan een beperkte, aan wettelijke voorwaarden gebonden mogelijkheid om ondanks de geldende verplichting van vervolging af te zien. Het andere uiterste, de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, houdt in dat, zelfs als aan de voorwaarden van de norm is voldaan, een volledige beleidsvrijheid geldt voor het verbinden van gevolgen daaraan. Wanneer dat uitgangspunt is aanvaard, is het dus steeds noodzakelijk om zowel de strafbaarheid vast te stellen als tot de conclusie te komen dat het algemeen belang gediend is met een strafrechtelijke reactie. De negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, die een tussenpositie inneemt, betekent dat meestal aan het overtreden van de norm gevolgen zullen worden verbonden, maar dat die gevolgen in sommige gevallen achterwege kunnen worden gelaten, wanneer daardoor de achterliggende waarden van de norm beter tot uitdrukking komen. Als dat uitgangspunt geldt, betekent het feit dat een strafbaar feit geconstateerd is en tot een veroordeling zou kunnen leiden in beginsel wel dat daarop ook een reactie moet volgen, maar is dat wettelijk geenszins verplicht. Bij wijze van uitzondering kan een dergelijke reactie achterwege worden gelaten wanneer dat, naar de inschatting van degene die daarover beslist, in het algemeen belang raadzaam is.

De negatieve en de positieve interpretatie bezitten wel gemeenschappelijke kenmerken. Terwijl in de negatieve interpretatie het opportuniteitsbeginsel een legitimatie biedt om in het algemeen belang een uitzondering te maken op de regel dat alle misdrijven moeten worden vervolgd, betekent het opportuniteitsbeginsel in de positieve interpretatie, dat op grond van het algemeen belang een uitzondering kan worden gemaakt op de regel om misdrijven niet te vervolgen. Beide interpretaties van het opportuniteitsbeginsel zijn daarmee te beschouwen als grondslag voor het maken van uitzonderingen, en in beide interpretaties fungeert het algemeen belang als criterium voor het maken van deze uitzonderingen. De inhoud van het algemeen belang hoeft echter niet gelijk te zijn. Een verdere overeenkomst is, dat beide interpretaties meestal worden gezien als geldend voor alle strafbare feiten: volgens de negatieve interpretatie geldt voor alle delicten dat strafbaarheid in beginsel een voldoende voorwaarde is voor strafvorderlijk optreden, terwijl volgens de positieve interpretatie voor alle delicten een aanvullende voorwaarde van opportuniteit wordt gesteld. In die zin zijn de positieve en negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel overeenkomstig in hun categorisch karakter.

Een belangrijke consequentie van de oriëntatie op materieelrechtelijke normen in MacCormicks institutionele rechtstheorie, is dat de procesrechtelijke inbedding daarvan variabel is, en afhangt van de manier waarop die materiële normen tot uitdrukking worden gebracht. Daarom kunnen normen verschillen in hun toepasselijkheid, zij kunnen namelijk absoluut, gebonden of discretionair toepasselijk zijn. Deze drie vormen van toepasselijkheid komen overeen met de drie systemen waarop aan de strafvorderlijke overheid beleidsvrijheid kan

worden verleend. Het legaliteitsbeginsel betekent daarom dat het materiële recht absoluut wordt gehandhaafd, conform het positief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel is het materiële recht van discretionaire toepassing en volgens het negatief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel is het materiële recht van gebonden toepassing. Dat in de institutionele rechtstheorie de materiële normen als uitgangspunt worden genomen en van daaruit de procesrechtelijke inbedding wordt bezien, heeft als voornaamste consequentie dat de mate van procesrechtelijke beleidsvrijheid waarmee materieelrechtelijke normen tot gelding worden gebracht kan variëren. Het is dus ook niet noodzakelijk om één van de drie uitgangspunten ten aanzien van strafvorderlijke beleidsvrijheid te doen gelden voor alle delicten.

De aansluiting bij de institutionele rechtstheorie geeft verder de mogelijkheid om de betekenis van de Europeesrechtelijke context voor het nationale recht te beschouwen als een vanzelfsprekendheid, omdat de nationale en de Europese rechtsorde daarin niet als van elkaar gescheiden worden gezien. Het uitgangspunt dat het recht bestaat uit geïnstitutionaliseerde normen van menselijk samenleven geeft de mogelijkheid om het recht van de staat als slechts één voorbeeld van dat recht te beschouwen, en het recht van de Europese Unie als een ander voorbeeld daarvan. De onderlinge verhouding tussen die rechtsordes is echter problematisch, onder meer omdat de Europese rechtsorde autonomie claimt door middel van de leerstukken van voorrang en rechtstreekse werking. De nationale rechtsordes van de meeste lidstaten beschouwen het Europese recht als afgeleide van het nationale recht, en hoewel daarover in Nederland veel discussie is, is er ook een significante stroming in de literatuur die het Europese recht ziet als van kracht zijnde in de Nederlandse rechtsorde omdat de Grondwet die werking aan het Europese recht verleent. Een dergelijke opvatting roept de mogelijkheid van een constitutioneel conflict op. Dat conflict is in MacCormicks rechtstheorie echter niet onoplosbaar. Weliswaar kunnen zowel de Europese als de nationale rechtsorde aanspraak maken op *Kompetenz-Kompetenz*, maar de pluralistische verhouding tussen beide wordt beheerst door normen van internationaal recht, omdat de Europese rechtsorde en de nationale rechtsorde aan de gelding daarvan zijn onderworpen.

Wat het opportuniteitsbeginsel betreft is er in de inleiding geconstateerd dat er sprake kan zijn van een dergelijk constitutioneel conflict. Dat conflict is gelegen in de aanspraak die het Europese recht maakt op strafrechtelijke handhaving, welke aanspraak niet is gebaseerd op rechtstreeks werkend Unierecht of op een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Zeker wanneer het Nederlandse constitutionele recht langzamerhand minder monistisch wordt, gaat een constitutioneel conflict op dit punt tot de mogelijkheden behoren, omdat het om een aanspraak gaat waaraan niet door toepassing van artikel 93 en 94 Gw uitvoering kan worden gegeven. Om in die situatie van constitutioneel conflict desondanks een oplossing te kunnen vinden, zullen

Europese handhavingsaanspraken in verband moeten worden gebracht met de drie mogelijke uitgangspunten voor strafvorderlijke beleidsvrijheid: het legaliteitsbeginsel en het opportuniteitsbeginsel in zijn negatieve en positieve interpretatie. Meer concreet heeft een dergelijke Europeesrechtelijke invloed fundamentele betekenis voor de prioriteiten die in de Nederlandse strafrechtelijke handhaving worden gesteld, en voor de invulling die aan strafvorderlijke beleidsvrijheid wordt gegeven.

7.2 BELEIDSVRIJHEID IN DE STRAFRECHTELIJKE HANDHAVING

De rechtsgeschiedenis laat zien dat er in Nederland altijd ruimte is geweest om strafrechtelijke afdoening achterwege te laten, of om een alternatieve weg te bewandelen. Vóór de Franse tijd bestond er een uitgebreide praktijk van buitengerechtelijke afdoening, die onder invloed van de Franse wetgeving vrijwel geheel verdween. Het legaliteitsbeginsel is nooit in Nederlandse wetgeving neergelegd. Daarvoor heeft altijd te sterk de overtuiging geleefd, dat het OM de mogelijkheid moet hebben om in uitzonderlijke gevallen, met name wegens persoonlijke omstandigheden van de dader, een strafbaar feit niet aan de rechter voor te leggen. Dit leidde tot de codificatie van het opportuniteitsbeginsel in het huidige Wetboek van Strafvordering. De wet spreekt sindsdien over het opportuniteitsbeginsel in een negatieve interpretatie: het algemeen belang kan een reden zijn om van vervolging af te zien. Sindsdien is de reikwijdte ervan in belangrijke mate verruimd, met als meest in het oog lopende ontwikkeling de opkomst van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel aan het eind van de jaren zestig en het begin van de jaren zeventig van de twintigste eeuw. Volgens die interpretatie zou, zoals gezegd, niet-vervolgen de regel moeten zijn en vervolgen de uitzondering. De daarop gebaseerde geleidelijke opstelling van strafrechtelijk beleid in richtlijnen en aanwijzingen van het OM, heeft een verregaande invloed gehad op de strafrechtelijke handhaving in Nederland. Een belangrijk aspect van die ontwikkeling was, dat de toepassing van het opportuniteitsbeginsel niet beperkt bleef tot de vervolgingsbeslissing, maar invloed ging uitoefenen op de opsporing. Het opportuniteitsbeginsel heeft zich daarmee ontwikkeld tot een fundament van het Nederlandse strafrechtelijk beleid.

De opkomst en aanvaarding van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel betekende een paradigmawisseling. Deze interpretatie van het opportuniteitsbeginsel was aantrekkelijk, omdat een te automatische toepassing van het strafrecht in de jaren zestig tot een ernstige justitiële crisis had geleid. Een terughoudender opstelling van strafvorderlijke autoriteiten zou een aanmerkelijke verbetering kunnen betekenen van de legitimiteit van het strafrechtelijk optreden, en daarom zou het belangrijk zijn om in de praktijk steeds de vraag te beantwoorden, met welk doel strafvorderlijke bevoegdheden worden ingezet. Sindsdien is er aandacht gekomen voor tekorten in de rechts-

handhaving en werd de legitimiteit van gedogen, als oplossing voor zowel capaciteitsgebrek als maatschappelijke problemen, ter discussie gesteld. Dit heeft de aandacht verlegd naar de vraag of de intensiteit van de strafrechtelijke rechtshandhaving wel een voldoende niveau bereikt. Of met een keuze voor een stevig strafrechtelijk beleid afstand is genomen van het positief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel staat niet direct vast, maar de overtuiging dat geldende materiële rechtsregels niet slechts een legitimerende werking hebben voor het strafvorderlijk optreden, maar daaraan tevens minimumeisen stellen, lijkt daarmee inderdaad op gespannen voet te staan.

Volgens schattingen van het Centraal Bureau voor de Statistiek worden in Nederland jaarlijks miljoenen misdrijven gepleegd. In een groot aantal gevallen (1,2 miljoen) wordt door de politie proces-verbaal opgemaakt. Van die geregistreerde criminaliteit worden tussen de 220.000 en 250.000 misdrijfzaken door de politie doorgestuurd naar het OM. Het OM doet ongeveer een derde daarvan zelf af, en brengt een groot deel van de resterende zaken voor de strafrechter.[1] Dit illustreert hoe selectief het Nederlandse strafrechtelijk systeem is. Deze selectiviteit wordt enerzijds bereikt doordat beslissers in de strafrechtelijke handhaving van oordeel zijn dat er geen juridische gronden zijn voor een strafrechtelijke reactie, en anderzijds doordat zij die reactie, hoewel mogelijk volgens de geldende rechtsregels, niet wenselijk achten. Oordelen van deze laatste soort verkrijgen hun legitimatie voor een belangrijk deel door het opportuniteitsbeginsel.

Niet in alle gevallen waarin een strafbaar feit is gepleegd, is het immers wenselijk om een formele strafrechtelijke reactie te laten volgen. De voornaamste manier waarop dit vorm krijgt is vanouds het niet voorleggen van strafbare feiten aan de strafrechter, oftewel het niet instellen van strafrechtelijke vervolging in gevallen waarin een veroordeling wel haalbaar zou zijn. Het Wetboek van Strafvordering van 1926 geeft in de artikelen 167 en 242 de mogelijkheid om van (verdere) vervolging af te zien om redenen van algemeen belang, ook wanneer een veroordeling wel haalbaar zou zijn. De officier van justitie, die de belangrijkste functionaris is die beslist over vervolging, kan bij deze beslissingen dus het opportuniteitsbeginsel hanteren. Tussen de uitersten van zo'n onvoorwaardelijk sepot aan de ene kant en vervolging voor het zwaarst mogelijke feit aan de andere kant, zijn verschillende andere wijzen van afdoening mogelijk. Het OM kan onder voorwaarden seponeren; daarnaast zijn de mogelijkheden om het vervolgingsrecht af te kopen door een transactie sterk verruimd. Onlangs is daar de mogelijkheid van de strafbeschikking bijgekomen. Wanneer een strafbaar feit niet buitengerechtelijk door het OM wordt afgedaan, maar wordt vervolgd voor de rechter, biedt het opportuniteitsbeginsel ook de ruimte om de omvang van het geding te beperken. De rechter is volgens de grondslagleer immers gebonden aan de inhoud van de tenlasteleg-

1 Van Rosmalen, Kalidien & De Heer-de Lange 2012.

ging, die door de officier van justitie is opgesteld. Ook kan de officier ervoor kiezen om een gedeelte van de bewijsbare feiten ad informandum te voegen, zodat de rechter zich daarover niet hoeft uit te spreken, maar die wel bij de straftoemeting kan laten meewegen. Deze mogelijkheden bieden een grote vrijheid aan de officier om strafbare feiten naar eigen inzicht af te doen.

Zowel beide interpretaties van het opportuniteitsbeginsel als het legaliteitsbeginsel zijn slechts uitgangspunten, die een nadere uitwerking vergen. Toepassing van het opportuniteitsbeginsel kan in potentie leiden tot willekeur, wanneer die toepassing niet zorgvuldig en beleidsmatig geschiedt. Onverkorte toepassing van het legaliteitsbeginsel kan leiden tot onwenselijke vervolgingen en overbelasting van het strafrechtelijk systeem. Daarom worden in landen die ten aanzien van de vervolging uitgaan van het legaliteitsbeginsel, uitzonderingen daarop in de wet vastgelegd. De voornaamste beperking in een dergelijk stelsel wordt gevormd door een terughoudende vormgeving van het materiële strafrecht: gedragingen die niet strafwaardig worden gevonden, moeten bij een streng legaliteitsbeginsel zoveel mogelijk worden uitgesloten van strafbaarheid. Als het niet goed mogelijk is om daaraan in het materiële recht uitdrukking te geven, kunnen uitzonderingsgronden op de vervolgingsverplichting worden geformuleerd.

Wanneer wordt uitgegaan van het opportuniteitsbeginsel, met name bij een positieve interpretatie, is het noodzakelijk dat beleidsregels worden vastgesteld. Deze moeten verzekeren dat de toepassing van het opportuniteitsbeginsel niet ontaardt, en dat controle mogelijk is, bijvoorbeeld door de strafrechter die de vervolgingsbeslissing kan beoordelen op zijn verenigbaarheid met de beginselen van een goede procesorde. Dat behelst een verdergaande toetsing dan aan de conformiteit van de vervolgingsbeslissing met de gepubliceerde beleidsregels, op grond waarvan gerechtvaardigd opgewekt vertrouwen volgens het vertrouwensbeginsel moet worden gehonoreerd. Ook het gelijkheidsbeginsel, het verbod van willekeur en het verbod van détournement de pouvoir brengen beperkingen met zich mee voor de invulling van de strafvorderlijke beleidsvrijheid. Verder wordt de toepassing van het opportuniteitsbeginsel binnen aanvaardbare grenzen gehouden doordat tegen beslissingen tot niet-vervolging beklag mogelijk is bij het Gerechtshof. Democratische controle is via het parlement mogelijk, door de minister van Justitie aan te spreken op het gebruik dat hij maakt van de bevoegdheid algemene en bijzondere aanwijzingen te geven aan het OM met betrekking tot de vervulling van de bij wet opgedragen taken. Binnen de hiërarchische structuur van het OM kan er effectief worden gestuurd in de taakuitoefening van dit orgaan, waarbij de zeggenschap over de opsporing van strafbare feiten verzekert dat deze sturing zich ook over de opsporingsfase kan uitstrekken. Het controlestelsel rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel behelst een voornamelijk procesrechtelijke context, waarbij de materiële invulling van het algemeen belang slechts marginaal wordt getoetst. Hiermee verschilt dit stelsel duidelijk

van een systeem waarin de inhoudelijke voorwaarden voor beslissingen omtrent opsporing en vervolging wettelijk zijn vastgelegd.

Zowel wanneer een legaliteitsbeginsel wordt gekozen, als wanneer een opportuniteitsbeginsel geldt, negatief dan wel positief, bestaan er correctiemechanismen die de strafrechtelijke handhaving binnen aanvaardbare grenzen moeten houden. Het is echter opmerkelijk dat de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel slechts in beperkte mate gepaard is gegaan van een herziening van het stelsel van controlemechanismen rondom de vervolgingsbeslissing. De beklagmogelijkheid tegen niet-vervolging bij het Gerechtshof, die open staat voor elke rechtstreeks belanghebbende, is vooral belangrijk wanneer een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel geldt. In dat stelsel is niet-vervolging immers de uitzondering, die daarom in sterkere mate aan rechterlijke controle zou moeten kunnen worden onderworpen dan de voorkeursuitkomst van de vervolgingsbeslissing. Een verschuiving naar de positieve interpretatie, zo die al volledig is uitgevoerd en doordacht, heeft in ieder geval niet geleid tot het mogelijk maken van rechterlijke controle in volle omvang op de niet als vanzelfsprekend geziene keuze voor het instellen van vervolging. Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding strekt zich immers niet uit tot de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing, en de toetsing aan de beginselen van een goede procesorde is ook als marginaal te beschouwen. Wanneer serieus werk zou worden gemaakt van een doorvoering van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel zou volledige rechterlijke toetsing van de opportuniteitscomponent daarvan het logisch uitvloeisel zijn.

Een ander kritiekpunt op de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, waarbij de vraag rijst of dat beginsel eigenlijk nog positief moet worden geïnterpreteerd, betreft de manier waarop in de praktijk van het OM wordt gehandeld om tot beslissingen inzake afdoening van strafbare feiten te komen. Voor een aanzienlijk aantal delicten wordt tot besluitvorming overgegaan door de geautomatiseerde toepassing van beslissingssystemen, waarin de inhoud van de richtlijnen en aanwijzingen is verwerkt. De uitkomst van dit geautomatiseerde beslissingsproces geeft informatie over welke wijze van afdoening volgens het vastgestelde vervolgingsbeleid is aangewezen. Dat heeft als voordeel dat een gecentraliseerd vervolgingsbeleid kan worden gevoerd, gebaseerd op rationele keuzes met betrekking tot de ernst van strafbare feiten, de mate waarin deze maatschappelijk gezien onwenselijk zijn, en de capaciteit van de stelsels van opsporing, vervolging en tenuitvoerlegging. Aan een dergelijke invulling van het strafrechtelijke beleid kleven echter ook nadelen: hoewel een algemene afwijkingsbevoegdheid onderdeel uitmaakt van het beleid van het OM, vereist een afwijking van de uitkomst van de geautomatiseerde voorbereiding van de beslissing een aparte denkstap en bijbehorende beslissing. Daarbij moet worden bedacht dat deze besluitvorming tot op grote hoogte is gemandateerd aan parketsecretarissen, althans anderen dan officieren van justitie. Een praktijk waarin in een groot aantal gevallen gevolg zal worden gegeven aan de uitkomst van het geautomatiseerde besluitvormingsproces,

vertoont sterke overeenkomsten met de automatische strafrechtelijke handhaving, die de aanleiding is geweest voor de opkomst van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Om deze redenen is het dan ook verantwoord om te stellen dat de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in Nederland geen geldend recht meer is, althans dat de praktijk van strafrechtelijke rechtshandhaving geen aanleiding geeft om een zodanige geldigheid te bevestigen.

7.3 Het algemeen belang

De invulling van het algemeen belang houdt verband met de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Wordt dat beginsel negatief geïnterpreteerd, en geeft het daarmee slechts de bevoegdheid om in individuele gevallen van vervolging af te zien, dan is het algemeen belang een verzamelbegrip, dat allerlei persoonlijke omstandigheden kan omvatten, specifieke zaakskenmerken en andere gezichtspunten die betrekking hebben op individuele strafzaken. Als het opportuniteitsbeginsel positief wordt geïnterpreteerd, dan moet steeds het algemeen belang een grondslag bieden voor strafrechtelijk ingrijpen. Dat algemeen belang kan worden gelijkgesteld met de taak van het OM, uitgelegd als handhaving van recht, waarbij die taak van rechtshandhaving zowel een instrumenteel als een rechtsbeschermend karakter heeft. Wanneer deze taak zo wordt uitgelegd is daarbij essentieel, dat aan de individuele burger een sfeer van vrijheid wordt gegarandeerd waarbinnen hij zich kan ontplooien.

Gezichtspunten die een rol kunnen spelen bij de vaststelling van het algemeen belang kunnen uiteenlopen van de persoonlijke omstandigheden van betrokkenen en de kenmerken van het strafbare feit, tot overwegingen die samenhangen met de beperkte capaciteit van het justitiële systeem. Als de verdachte bijvoorbeeld ernstig ziek is, zou strafvervolging niet alleen onwenselijk kunnen zijn vanwege de kans dat de verdachte voor het einde van het proces komt te overlijden, of kort daarna, waardoor het proces zijn doel niet zou bereiken, maar ook omdat het aanspannen van een strafproces tegen een ernstig zieke voor deze persoon zeer nadelige gevolgen kan hebben, en daarmee inhumaan kan zijn. Ook meer banale omstandigheden kunnen met de verdachte samenhangen. Bijvoorbeeld dat hij niet meer in het land is, terwijl het land waarheen hij vertrokken is ook rechtsmacht heeft over het gepleegde feit. Een voorbeeld hiervan biedt de zaak-Pinochet.[2] Ook persoonlijke omstandigheden aan de kant van het slachtoffer kunnen meespelen. Wanneer de dader van een strafbaar feit de daardoor veroorzaakte schade heeft vergoed en het slachtoffer daarmee genoegdoening heeft verkregen, is het mogelijk minder wenselijk om de dader strafrechtelijk te vervolgen. Het is verder mogelijk dat het slachtoffer vervolging wil afhouden, bijvoorbeeld als

2 Klip 2002a.

hij opziet tegen een openbaar strafproces, waarin hij als getuige een onprettige verklaring zal moeten afleggen over de toedracht van het gepleegde feit. Aan de andere kant kan een openbare terechtzitting juist in het belang van het slachtoffer zijn, omdat hij daarmee publiekelijk als zodanig wordt erkend. Andersoortige belangen kunnen ook onder deze categorie worden begrepen, zoals het belang dat de staat kan hebben bij niet-vervolging, als door een strafproces bepaalde staatsgeheimen in de openbaarheid zouden komen.

Ook de kenmerken van het strafbare feit zelf kunnen een aanleiding vormen om terughoudend te zijn met strafrechtelijke handhaving. Niet van alle gedragingen die naar Nederlands recht een strafbaar feit opleveren, wordt het als wenselijk gezien dat zij worden vervolgd of bestraft. Het materiële strafrecht heeft een grote reikwijdte, veroorzaakt door een weinig precieze redactie van delictsomschrijvingen en een geleidelijke uitbreiding van het bereik van algemene leerstukken. Hierdoor worden veel strafbare gedragingen niet strafwaardig genoeg geacht om een formele strafvorderlijke reactie te rechtvaardigen. Dit systeem houdt zichzelf in stand: door het bestaan van het opportuniteitsbeginsel lijkt er geen noodzaak te bestaan om strafbaar gedrag scherp te definiëren.

Daarnaast spelen overwegingen een rol die te maken hebben met de capaciteit van de instanties die belast zijn met opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging. Zeker gezien de grote hoeveelheid aan gepleegde strafbare feiten is het onvermijdelijk dat wordt gekozen welke van die gedragingen in het strafrechtelijk systeem moeten worden betrokken. Dit leidt ertoe dat aan bepaalde strafbare feiten of categorieën daarvan een hoge prioriteit wordt toegekend en dat andere een lage of zelfs helemaal geen prioriteit krijgen. Wanneer een bepaalde zaak erg veel werk lijkt te gaan kosten terwijl er weinig zwaarwegende redenen zijn om over te gaan tot vervolging, kan inzet van het strafrecht niet gewenst worden gevonden. Volgens het gezegde *de minimis non curat praetor* zouden onbeduidende zaken niet door de rechter moeten worden behandeld. Dit uitgangspunt wordt door velen onderschreven, maar over wie daarvoor moet zorgen, lopen de meningen uiteen. Volgens Buruma moet de rechter zelf overgaan tot het volledig toetsen van de vervolgingsbeslissing bij bagateldelicten.[3] Het is echter de vraag of de rechter de aangewezen staatsmacht is om hierin beslissingen te nemen, en of het OM als hiërarchische, beleidvoerende organisatie niet veel beter toegerust is om af te wegen welke zaken wel en niet voor de rechter zouden moeten komen. Ook is de besluitvorming van het OM sterker democratisch gecontroleerd, hoewel de parlementaire bemoeienis met het vervolgingsbeleid minder hoog op de agenda lijkt te staan dan de ontwikkeling van nieuwe wetgeving.

Dat deze omstandigheden een rol spelen bij de beslissing om al dan niet tot vervolging over te gaan, is al lange tijd gemeengoed. Boot noemde in 1885

3 Buruma 2006, anders: Spek 2007.

zes categorieën van gevallen waarin om opportuniteitsredenen niet vervolgd zou moeten worden. Ten eerste kunnen volgens hem bagateldelicten onvervolgd blijven. Ten tweede moet vervolging uitblijven als het strafproces vruchteloos zou zijn, bijvoorbeeld als de verdachte lijdt aan een dodelijke ziekte. Ten derde dient vervolging achterwege gelaten te worden als de kosten en moeiten van een proces niet in verhouding staan tot het te bereiken effect. Ten vierde moeten grote nadelen voor derden, die het gevolg zouden zijn van een veroordeling, de vervolging beletten. Ten vijfde kunnen de openbare orde, staatsveiligheid e.d. maken dat vervolging niet opportuun is. Ten zesde zou vervolging uit moeten blijven als het feit volgens vaste jurisprudentie niet onder de strafwet te brengen zou zijn.[4] Het laatste geval zou tegenwoordig echter neerkomen op een haalbaarheidsoordeel, en niet op een overweging met betrekking tot de opportuniteit.

In het traditionele beeld van de vervolgingsbeslissing weegt de officier van justitie alle relevante belangen van de betrokkenen tegen elkaar af, besluit hij op grond daarvan welke strafrechtelijke reactie gewenst is, en stuurt daarop aan door ofwel te seponeren, of vervolging in te stellen voor een bepaald strafbaar feit, of een transactie aan te bieden. Dat er een noodzaak bestaat voor dergelijke op het concrete geval toegesneden besluitvorming, ligt aan de basis van de keuze voor het opportuniteitsbeginsel. Het opportuniteitsbeginsel kan immers 'worden gegrond op de gedachte dat niet bij voorbaat in alle gevallen in abstracto kan worden vastgesteld dat strafvervolging een adequate reactie op het plegen van een strafbaar feit vormt.'[5] Wanneer de besluitvorming door het OM wordt gezien als een concrete belangenafweging, wordt aan die gedachte recht gedaan. In de praktijk is het tegendeel echter vaak het geval, omdat, zoals hierboven al naar voren kwam, de beleidsvrijheid betreffende de vervolgingsbeslissing wordt ingevuld met beleidsregels die in veel gevallen strikt worden opgevolgd. Weliswaar bestaat daarbij altijd ruimte voor afwijking, maar inhoudelijk gezien volgt de voorkeur voor een bepaalde afdoening uit de beoordeling van de delictskenmerken aan de hand van de beleidsregels. Door die methode kan het vervolgingsbeleid gaan lijden aan dezelfde kwaal waaraan de wet lijdt bij een strikt legaliteitsbeginsel of een negatief geïnterpreteerd opportuniteitsbeginsel: verstarring en automatische wetstoepassing. Minstens even belangrijk is dat deze beleidstoepassing sterk op de kenmerken van het delict is gebaseerd, en weinig ruimte laat om persoonlijke omstandigheden van betrokkenen bij het strafbare feit te verdisconteren in de afdoeningsbeslissing. Dat is ook moeilijk te realiseren in een geautomatiseerd beslissysteem, maar dat is misschien precies de reden waarom dergelijke systemen niet verkieslijk zijn.

4 Boot 1885, p. 22-23.
5 Corstens/Borgers 2011, p. 526.

Aan welke gezichtspunten doorslaggevende waarde moet worden toegekend, hangt af van het doel waarmee een bepaalde bevoegdheid wordt gebruikt. Het instellen van vervolging kan, naast het verkrijgen van een veroordeling van de verdachte, verschillende doeleinden dienen, zoals de openbare beoordeling door de onafhankelijke rechter van een bepaald feit, of het uitlokken van een rechterlijke uitspraak over een juridisch vraagstuk. Toch staat de vraag naar de wenselijkheid van bestraffing volgens velen centraal, en in die redenering worden theorieën over de gerechtvaardigdheid en het nut van strafoplegging, mutatis mutandis, toegepast op beslissingen die op de straftoemeting vooruitlopen, zoals de vervolgingsbeslissing en de toepassing van het opportuniteitsbeginsel daarbij. Theorieën over het doel en de rechtvaardiging van straffen kunnen daarmee inzicht bieden in de aard en achtergrond van de verschillende gezichtspunten die een rol spelen bij de vaststelling van het algemeen belang. Dat geldt niet alleen voor beslissingen in individuele strafzaken, maar ook voor het strafrechtelijk beleid. Ook daarin zullen opvattingen besloten liggen over doel en rechtvaardiging van de strafrechtstoepassing.

Het waarborgen van een minimaal niveau van rechtshandhaving is een middel om potentiële daders af te houden van het begaan van strafbare feiten. In opportuniteitsafwegingen kan daarom rekening gehouden worden met het effect dat de keuze voor een bepaalde afdoening heeft op derden.[6] Hier is een spanning te zien tussen het karakter van strafrecht als ultimum remedium, en de behoefte aan de inzet van het strafrecht als instrument van criminaliteitsbestrijding. Gevoelens van ontdaanheid in de samenleving vragen om strafrechtelijke maatregelen, als die het enige middel zijn dat voldoet als reactie op een ernstig feit dat de rechtsorde heeft geschokt. Soms is een energieke inzet van het strafrecht nodig om maatschappelijke onrust die het gevolg is van een zwaar vergrijp te kanaliseren, en zo de beroering in de samenleving tot rust te brengen. Betrokkenheid op de samenleving heeft echter ook een andere kant: met straf bedreigde gedragingen kunnen door maatschappelijke ontwikkelingen langzamerhand genormaliseerd zijn. Er is dan geen enkele aantasting van wat maatschappelijk geaccepteerd is, wanneer een norm die met straf wordt bedreigd geschonden is. In zo'n situatie kan het OM van oordeel zijn dat het niet opportuun is om tot strafvervolging over te gaan, omdat het dusdoende een norm zou handhaven die niet meer als geldend wordt ervaren. Het inzetten van strafrechtelijke handhaving om die normen opnieuw maatschappelijke acceptatie te laten verkrijgen zou in die optiek misbruik van recht kunnen opleveren.

In dit onderzoek wordt gesuggereerd om de metafoor van de belangenafweging niet langer te hanteren als onderdeel van de theorie over de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. In plaats daarvan kan de concrete beslis-

6 Zie ook Van der Linden 1847 (§ 4.3) die Cicero aanhaalt: quis ignorat maximam illecebram esse peccandi impunitatis spem.

sing omtrent de opportuniteit van de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden beter worden gezien als een beslissing waarbij allereerst in ogenschouw moet worden genomen welke redenen er bestaan om te kiezen voor een bepaalde vorm van afdoening. Wanneer die redenen zijn geïnventariseerd, kan op basis van een normatief ideaal een keuze worden gemaakt uit de mogelijke handelingen. Het normatieve ideaal dat daarbij gebruikt kan worden, kan de overtuiging zijn dat het de taak van het strafrecht is om de basisvoorwaarden voor een *civil society* te garanderen. Wanneer geïnventariseerd is welke gevoelens er leven omtrent een bepaald strafbaar feit, waarvoor voldoende bewijs bestaat, zou die afdoening moeten worden gekozen die dat ideaal dichterbij brengt, waarbij die gevoelens zorgvuldig worden verdisconteerd.[7]

In elk concreet geval moet op die manier een conclusie bereikt worden over welke aard, zwaarte en modaliteit gepast zijn voor de sanctie waarop het OM zal aansturen. Het normatieve ideaal dat daarbij door het OM wordt gebruikt, en als taakomschrijving kan worden genomen, zou kunnen worden bepaald als het nastreven van de basisvoorwaarden voor een *civil society*. Wanneer concrete beslissingen in het licht van die waardencatalogus worden gemotiveerd, kan daarvan een sterke legitimerende werking uitgaan. Dat zal ook kunnen bijdragen aan het voorkomen van rechtsongelijkheid en willekeur. Daarnaast biedt vervolgingsbeleid een instrument om in algemene zin tot een belangenafweging te komen over de wenselijkheid van strafrechtelijk ingrijpen. Daarmee kan ook maatschappelijke sturing tot doel van het vervolgingsbeleid worden. Voor deze vormgeving van de structuur van het nemen van strafvorderlijke beslissingen is aansluiting gezocht bij MacCormicks theorieën over de praktische rede, waarin een besluitvormingsmodel ligt besloten dat een plek geeft aan relevante gevoelens van betrokkenen bij een bepaald feit, en deze bovendien gestructureerd laat bezien vanuit een normatief gezichtspunt.

7.4 Gevolgen van Europese integratie

Nederland is, als lidstaat van de Europese Unie, niet meer in de positie om geheel zelfstandig vorm te geven aan het binnen zijn grenzen geldende recht. Dat geldt ook voor het strafrecht, dat steeds sterker door het Unierecht wordt beïnvloed. Dat betekent echter niet dat de inzet van het nationale strafrecht ten bate van de handhaving van Europese regelgeving een kwestie is van alles of niets. Het Europese recht moet doeltreffend, evenredig en afschrikkend worden gehandhaafd, en tegen overtredingen van Europese regelgeving moet even energiek worden opgetreden als tegen overtredingen van het nationale recht. Deze effectiviteitseisen vloeien volgens het Hof van Justitie voort uit de Unietrouw van artikel 4 lid 3 VEU. Verder zijn in diverse harmonisatie-

7 Zie daarover in meer detail paragraaf 3.2.4; MacCormick 2007b, p. 207-221; MacCormick 2008, p. 29, 123-125, 150 en 202-205.

instrumenten verplichtingen opgenomen om, voor gevallen waarin de daarin genoemde overtredingen zich voordoen, sancties mogelijk te maken die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. De combinatie van deze eisen leidt tot een subtiele beïnvloeding van de strafvorderlijke beleidsvrijheid van de lidstaten. Deze eisen behelzen echter geen legaliteitsbeginsel wat betreft strafrechtelijke vervolging, maar vestigen resultaats- en inspanningsverplichtingen *sui generis,* die verdisconteerd moeten worden in elke beslissing omtrent opsporing en vervolging waarbij er sprake is van de implementatie van Europees recht. Dat is niet alleen het geval wanneer er een strafbaar feit is gepleegd dat valt te kwalificeren als een overtreding van een delictsomschrijving die als omzetting van Europese wetgeving geldt, hoewel het daarbij wel om de duidelijkste gevallen gaat. Ook wanneer een gedraging deels wordt bestreken door regelgeving die binnen de Europese Unie is geharmoniseerd, valt deze binnen de reikwijdte van het Unierecht, zonder dat daarbij in kwantitatieve zin hoge eisen worden gesteld.[8] Bovendien werken onder andere de bepalingen met betrekking tot het vrije verkeer in het nationale strafrecht door, op een manier die niet tot bepaalde strafbaarstellingen beperkt is, zodat in beginsel vele delicten in aanmerking komen om als een inbreuk op de vrije verkeersrechten te worden gezien.[9]

Dat het Unierecht vervolgingsplichten met zich mee kan brengen, wordt al enige tijd gesignaleerd.[10] De veel gebruikte zinsnede, dat vervolging moet worden ingesteld 'overeenkomstig het nationale recht' zou volgens sommigen zó kunnen worden uitgelegd, dat het opportuniteitsbeginsel mag worden gehanteerd.[11] Dat wil echter niet zeggen dat de beoordeling of strafvervolging moet worden ingesteld, in het geheel niet beïnvloed wordt door het recht van de Europese Unie. De eisen die in de uitleg van de Unietrouw (artikel 4 lid 3 VEU) gesteld worden aan nationale handhaving laten dit zien. Deze effectiviteitseisen vormen een fijner en flexibeler instrument dan categorische vervolgingsverplichtingen, opgenomen in een Verdrag, kaderbesluit of richtlijn, zouden zijn. Een vergelijking met dergelijke verplichtingen kan inzicht opleveren in de betekenis van de eisen die het Hof stelt aan handhaving door de lidstaten. Werkelijk categorische vervolgingsverplichtingen zijn voorlopig nog niet in het Europese recht aan te wijzen, al lijkt het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Vo* daar dicht bij in de buurt te komen.[12] Bij een nauwkeurige beschouwing daarvan is het echter verantwoord om daarin een conditionele verplichting te lezen: hoe ernstiger de overtreding is, beoordeeld aan de hand

8 HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-617/10, *NJ* 2013, 348 m.nt. M.R. Mok (Åkerberg Fransson).
9 HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *Jur.* 1997, p. I-6959 (Commissie/Frankrijk).
10 Buruma 1990, p. 41-42.
11 Buruma 1990, p. 42; Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad tot versterking van het strafrechtelijk kader voor de bestrijding van verontreiniging vanaf schepen, COM(2003) 227 def., p. 9.
12 HvJ EU 10 april 2012, zaak C-83/12, n.n.g. (Vo).

van de inhoud van het harmonisatie-instrument, hoe sterker de lidstaat in kwestie tot strafrechtelijk optreden verplicht is.

De invloed van het effectiviteitsvereiste op het Nederlandse recht kan dan ook niet goed worden uitgedrukt in vervolgingsverplichtingen. Van belang is namelijk niet alleen of het strafbare feit gekwalificeerd kan worden als de overtreding van een geharmoniseerde norm, maar ook hoe ernstig het feit in kwestie was, en in hoeverre het strafvorderlijk optreden evenredig is aan het bereiken van de achterliggende doelstellingen van het betreffende beleidsterrein. Daarom moet niet de conclusie getrokken worden, dat er in een procedure met Europeesrechtelijke aspecten maar één juiste uitkomst is. Het is mogelijk dat lidstaten de vrijheid hebben om te kiezen tussen de vervolging voor een opzetvariant of een overtredingsvariant.[13] Er kan ook expliciet ruimte worden gelaten om niet te vervolgen, bijvoorbeeld voor bagateldelicten, door deze expliciet uit te zonderen van een verplichting tot strafbaarstelling.[14] Anders dan in landen die een stelsel op basis van het opportuniteitsbeginsel kennen, roept het bestaan van beleidsvrijheid vragen op in landen die uitgaan van het legaliteitsbeginsel, zoals Duitsland.[15]

Andere verplichtingen tot strafrechtelijk ingrijpen behelzen geen afwijking van het opportuniteitsbeginsel, maar een andere bevoegdheidsverdeling ten aanzien van de vervolgingsbeslissing. Dat is bijvoorbeeld het geval bij de vervolgingsplicht voor de lidstaten ter zake van schending van atoomgeheimen en meineed voor het Hof van Justitie. Deze verplichtingen voor lidstaten worden pas in het leven geroepen als in een concreet geval door de Commissie of een lidstaat, respectievelijk het Hof van Justitie, de vervolging is bevolen. De lidstaten worden hierdoor niet geconfronteerd met een categorische vervolgingsplicht, maar met een plicht tot vervolging na een concreet bevel. Deze figuur is vergelijkbaar met de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid van artikel 127 RO, met dit verschil dat ze niet door een nationale, maar door een supranationale autoriteit wordt uitgeoefend. Daarom maakt deze bevoegdheid niet per se inbreuk op het opportuniteitsbeginsel, in die zin dat het mogelijk blijft om de inzet van het strafrecht afhankelijk te maken van een zorgvuldige afweging van alle betrokken belangen.[16]

Enkele voorstellen die in het kader van de oprichting van een Europees OM zijn gedaan introduceren wel expliciet het legaliteitsbeginsel, maar dan met betrekking tot de werkzaamheden van dat Europees OM. In sommige van

13 Zoals bijvoorbeeld wordt toegestaan in art. 1 lid 2 sub a van de Verordening betreffende de maatregelen die moeten worden genomen ten aanzien van bepaalde begunstigden van uit het EOGFL, afdeling Garantie, gefinancierde verrichtingen: Verordening (EG) nr. 1469/95 (*PbEG* 1995, L 145/1). Zie hierover uitgebreid Gil Ibáñez 1999, p. 211-225.

14 Zoals in het Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad over aanvallen op informatiesystemen en tot intrekking van Kaderbesluit 2005/222/JBZ van de Raad, COM(2010) 517, artikel 3, 4 en 5.

15 OLG Düsseldorf 28 juni 2000, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2000, p. 1105-1110.

16 Simmelink 2004, p.193.

de voorbereidende documenten is in het geheel geen sprake van een vervolgingsverplichting, of worden daarop uitzonderingen mogelijk gemaakt voor gevallen waarin schuld erkend en schade vergoed is. Ook is de mogelijkheid voor een transactie opengelaten, onder ongeveer dezelfde voorwaarden,[17] om te voorkomen dat het systeem door een te hoge *caseload* zou vastlopen.[18] Het is duidelijk dat bij invoering van een Europees OM, vooral wanneer dat gebonden wordt aan een legaliteitsbeginsel, door Nederland goed moet worden nagedacht over de verenigbaarheid met het opportuniteitsbeginsel.[19] In het door de Commissie gepresenteerde Groenboek over de mogelijke invoering van een Europees OM, stelt zij dat het legaliteitsbeginsel zou moeten gelden omdat de bescherming van de financiële belangen van de EU een uniforme en dus verplichte vervolging vereist.[20] Wel zouden er meer uitzonderingen dan de bovengenoemde moeten komen, waaronder de mogelijkheid 'een bepaalde persoon slechts te vervolgen ten aanzien van een toereikend gedeelte van de tenlastelegging.'[21] De meeste reacties op het Groenboek stemmen in met de keuze voor het legaliteitsbeginsel, zij het dat wordt benadrukt dat vervolging alleen verplicht zou moeten zijn voor zaken die een bepaalde ondergrens overschrijden.[22] Dat er tal van andere redenen kunnen zijn waarom vervolging beter achterwege kan blijven, klinkt in deze discussie niet voldoende door.[23]

Hoe moet vervolgens aan de Europese invloed recht worden gedaan in de concrete vervolgingsbeslissing? Het is een te eenvoudige voorstelling van zaken om in de invloed die het Europees recht heeft op het Nederlandse vervolgingsbeleid, een legaliteitsbeginsel te herkennen. De eisen die aan de handhaving van Europees recht worden gesteld, kunnen in ieder concreet geval een andere uitkomst opleveren, en zijn daarmee moeilijk in abstracte bepalingen om te zetten. Dit is de reden waarom het voorstel van Keulen,[24] om voor bepaalde feiten door middel van AMvB's een vervolgingsverplichting in het leven te roepen als daar wegens internationaal recht grond voor is, onvoldoende recht doet aan de Europeesrechtelijke eisen aan handhaving. Het is ook onwenselijk om Europese eisen aan strafvervolging te implementeren door ze op te nemen in het vervolgingsbeleid, waarin het OM slechts zichzelf bindt,

17 Art. 19 lid 4 en art. 22 lid 2 onder b. Zie Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001, dl. I, p. 199 en 202.
18 Delmas-Marty & Van den Wyngaert 1998, p. 130.
19 Vervaele & Klip 2001, p. 663-666.
20 Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie, COM(2001) 715 def., p. 54.
21 Groenboek, p. 55.
22 Vervolgverslag over het Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie, COM(2003) 128 def., p. 16-17.
23 De Wijkerslooth & Simonis 2004, p. 364-365.
24 Keulen 2005, p. 327-329.

en dat tot op zekere hoogte afwijkingen toelaat. Bij de huidige stand van zaken is het door de gebrekkige structurering van de vervolgingsbeslissing in artikel 167 Sv niet goed mogelijk om in die beslissing een plaats te geven aan Europeesrechtelijke verplichtingen.

7.5 EEN GEDIFFERENTIEERDE INTERPRETATIE VAN HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL

Dit onderzoek begon vanuit het onderscheid tussen drie verschillende uitgangspunten met betrekking tot strafvorderlijke beleidsvrijheid: het legaliteitsbeginsel, de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel en de positieve interpretatie daarvan. De geconstateerde spanningen tussen het opportuniteitsbeginsel en het Europese recht vormen tot op zekere hoogte een constitutioneel conflict, omdat de doorwerking van Europees recht via het stelsel van artikel 93 en 94 van de Grondwet niet adequaat kan voorzien in het buiten werking stellen van de gelding van het opportuniteitsbeginsel in gevallen waarin een ieder verbindende bepalingen van Europees recht aan de strafvorderlijke beleidsvrijheid van de lidstaten beperkingen stellen. Dat constitutionele conflict is echter oplosbaar, ook wanneer daarvoor binnen het nationale recht en het Europese recht geen oplossingen kunnen worden gevonden. Beide zijn onderworpen aan het internationale recht, waarvan in het licht van dit onderzoek met name de norm *pacta sunt servanda* relevant is. Vanwege de gelding van die norm dienen de lidstaten van de Europese Unie de verdragen die zij hebben gesloten getrouw uit te voeren, een verplichting die ook gereflecteerd wordt in artikel 4 lid 3 VEU. Deze internationaalrechtelijke norm maakt het de lidstaten van de Europese Unie onmogelijk om bij de handhaving van het Europese recht ongebreidelde strafvorderlijke beleidsvrijheid te hanteren, zelfs wanneer geen sprake is van een via artikel 94 Gw in het Nederlandse recht werkzaam Europees recht.

De verplichting om het recht van de Europese Unie loyaal ten uitvoer te brengen betekent dat, wanneer dergelijke normen strafrechtelijk worden gehandhaafd, het opportuniteitsbeginsel in ieder geval in die context niet geldt in zijn positieve interpretatie. In het licht van MacCormicks opvatting van constitutioneel pluralisme is de belangrijkste bevinding van dit onderzoek, waarmee antwoord wordt gegeven op de kernvraag naar de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in de geëuropeaniseerde rechtsorde, dat geen van deze drie uitgangspunten categorische gelding heeft. Het is afhankelijk van de juridische context waarbinnen een norm van materieel strafrecht van toepassing is, met welke mate van strafvorderlijke beleidsvrijheid deze norm kan worden gehandhaafd. Daarbij is vooral aandacht geweest voor de betekenis van het recht van de Europese Unie voor de juridische context waarbinnen het materiële strafrecht tot gelding wordt gebracht.

Wanneer een Europees OM wordt opgericht dat wordt gebonden aan een vervolgingsverplichting, zal in die context sprake zijn van gelding van het

legaliteitsbeginsel, waarbij wel enkele uitzonderingen mogelijk zijn. De eis van doeltreffende, evenredige en afschrikkende handhaving, waarbij gelijkwaardig tegen overtredingen van Europees en nationaal recht moet worden opgetreden, lijkt wel verenigbaar met het opportuniteitsbeginsel. Of dat in die context negatief of positief moet worden geïnterpreteerd staat niet vast, maar wel dat de doelstellingen van het Europese beleid bepalend zijn voor de invulling van het algemeen belang als criterium bij de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

Het Europese recht brengt dus met zich mee dat het opportuniteitsbeginsel gedifferentieerd moet worden geïnterpreteerd. Discussies over het opportuniteitsbeginsel zouden daarom niet slechts moeten zijn gericht op de vraag voor welke interpretatie van het opportuniteitsbeginsel zou moeten worden gekozen, alsof gekozen kan worden voor de gelding van één uitgangspunt met betrekking tot strafvorderlijke beleidsvrijheid voor alle strafbare feiten. Dat geeft de mogelijkheid om meer precies te beoordelen welke omvang van beleidsvrijheid voor welk delict of voor welke delictscategorie van toepassing is, en om binnen die beleidsruimte te komen tot het vaststellen van strafvorderlijke beleidsinstrumenten die verdisconteren welke beleidsruimte, gezien de juridische context van de materie, van toepassing is. Daarnaast betekent deze bevinding dat het concept van een gedifferentieerde interpretatie van het opportuniteitsbeginsel gevolgen heeft voor de structuur van de concrete vervolgingsbeslissing.

7.6 Een vervolgingsbeslissing met drie componenten?

Er wordt gewoonlijk van uitgegaan dat de beslissing omtrent de vervolging uit twee componenten bestaat.[25] In de haalbaarheidscomponent vormt de officier van justitie zich een oordeel over de uitspraak die verwacht wordt wanneer de strafzaak voor de rechter zou worden gebracht. Op grond van de resultaten van het opsporingsonderzoek of het gerechtelijk vooronderzoek anticipeert hij op de rechterlijke beslissing, naar aanleiding van de vragen van het beslissingsmodel van artikel 348 en 350 Sv. Deze stap eindigt ofwel in een technisch sepot wanneer veroordeling onhaalbaar lijkt, ofwel in de gevolgtrekking dat vervolging haalbaar is en daartoe dus zou kunnen worden besloten. In de tweede stap, de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing, beslist de officier van justitie over de vraag of er een strafrechtelijke reactie gewenst is en zo ja, welke. Sinds de aanvaarding van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in het jaarverslag van het OM over 1970,[26]

25 Corstens 1974, p. 23-24; Valkenburg 1993, p. 42-51; Corstens/Borgers 2011, p. 525-529.
26 Jaarverslag Openbaar Ministerie 1970, *Bijl. Handelingen II* 1972/73, 12 000, Hfd. VI, nr. 3, bijl. IV.

volgend op een invloedrijk pleidooi van Moons,[27] fungeert opportuniteit als een voorwaarde voor elke strafvervolging, en zou daarover in elke strafzaak moeten worden besloten, of zou in ieder geval niet tot een strafrechtelijke afdoening moeten worden overgegaan zonder dat daartoe volgens het vastgestelde vervolgingsbeleid aanleiding bestaat.

Het is moeilijk om in deze structuur van de vervolgingsbeslissing een plaats te geven aan verplichtingen die het Europese recht aan de Nederlandse rechtshandhaving oplegt. Tot nu toe worden internationale verplichtingen soms verwerkt in opportuniteitsafwegingen, zoals de Aanwijzing handhaving milieurecht laat zien:

> 'Bij overtreding van andere bepalingen dan kernbepalingen is inzet van het strafrecht in de regel niet opportuun, tenzij sprake is van bijzondere, vanuit strafrechtelijk oogpunt relevante *omstandigheden.* Bij constatering van een overtreding van een *niet-kernbepaling* wordt *geen proces-verbaal* opgemaakt, *tenzij* naar het oordeel van de officier van justitie op basis van de onderzoeksbevindingen één of meer van de hierna genoemde *omstandigheden* zich in zodanige mate voordoen, dat strafrechtelijk optreden niettemin geboden is. Deze omstandigheden zijn: (…) internationaal recht dwingt tot handhavend optreden en er is geen bestuurlijk bevoegd gezag dat doeltreffend kan optreden'.[28]

De opsporingsopportuniteit wordt in die aanwijzing mede ingevuld door internationaalrechtelijke verplichtingen. Dit is volgens Vervaele het voornaamste effect van Europese eisen aan handhaving: het algemeen belang wordt anders ingevuld dan wanneer het OM zou beslissen op basis van een puur nationale belangenafweging.[29] Desondanks is dat een merkwaardige gang van zaken, want waarom zou een internationale verplichting in een nationale belangenafweging worden meegenomen?

In plaats van het betrekken van internationale en Europese randvoorwaarden aan vervolgingsbeslissingen bij de invulling van het algemeen belang, is het beter om aan deze verplichtingen een zelfstandige positie te geven in de vervolgingsbeslissing. Dat zorgt ervoor dat een helderder onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds de bepaling van de wenselijkheid van de strafrechtelijke reactie en anderzijds de bepaling van de omvang van de beleidsruimte waarbinnen de wenselijkheid van strafrechtelijke afdoening mag worden beoordeeld. Dat onderscheid leidt ertoe dat op een andere manier moet worden nagedacht over de structuur van de vervolgingsbeslissing, waarbij traditioneel een haalbaarheids- en een opportuniteitscomponent worden onderscheiden. In de alternatieve structuur die ik voorstel, wordt er aan die twee componenten één toegevoegd, waarin de omvang van de beleidsvrijheid wordt vastgesteld

27 Moons 1969. Zie ook 't Hart 1976, p. 12; 't Hart 1994a, p. 121-126.
28 Aanwijzing handhaving milieurecht van 15 februari 2010, *Stcrt.* 2010, 2953; registratienummer 2010A004. Nadruk in het origineel.
29 Vervaele 2004, p. 5; Vervaele 2006, p. 643.

die de beslisser in het concrete geval toekomt. Naast de component van haalbaarheid waarin de bewijspositie wordt geëvalueerd, wordt dan in de tweede component van beleidsvrijheid vastgesteld welke omvang van beleidsruimte aan de betrekkelijke materieelrechtelijke norm is verbonden, waarna in een derde component van opportuniteit die beleidsruimte (zo die er is) kan worden ingevuld, waarbij het algemeen belang kan worden toegepast.

In deze alternatieve structuur voor de vervolgingsbeslissing waarin drie componenten worden onderscheiden, staan daarmee drie verschillende vragen centraal. In de eerste component stelt de beslissende strafvorderlijke autoriteit zichzelf de vraag wat hij met het dossier kan: is een veroordeling op basis van het voorliggende materiaal haalbaar, en op basis van welke norm van materieel strafrecht? De tweede component behelst de vraag wat hij mag: welke beleidsruimte laten de relevante materieelrechtelijke normen open op grond van hun institutionele context? In de derde component komt aan de orde wat de beslissende strafvorderlijke autoriteit, binnen deze mogelijkheden, wil: welke belangen zijn relevant bij de keuze hoe de zaak afgehandeld moet worden, en voor welke afdoening moet worden gekozen in het licht van de waardencatalogus die daarvoor is opgesteld? Dit driecomponenten-model biedt de mogelijkheid om een gedifferentieerde benadering van strafvorderlijke beleidsvrijheid te incorporeren, en de mogelijkheid om bij de concrete beslissing omtrent de vervolging aan de orde te laten komen, binnen welke grenzen de nationale strafrechtelijke handhaving moet blijven op grond van Europese verplichtingen. Hoe een beslissing omtrent vervolging tot stand komt, wordt ook inzichtelijker als de bepaling van de omvang van de beleidsruimte wordt gescheiden van de invulling daarvan.

Hoe komen in een dergelijk model nu de relevante Europeesrechtelijke elementen naar voren? Dat is voornamelijk het geval bij de tweede en de derde component, die van beleidsvrijheid en opportuniteit. De haalbaarheidscomponent betreft de bewijspositie, waarop in feite weinig invloed wordt uitgeoefend vanuit het perspectief van het Europese recht. Daarbij past wel de nuance dat de haalbaarheid van een veroordeling deels een opportuniteitskwestie is, omdat in een zaak waarin een strafrechtelijke reactie wenselijk wordt geacht, maar nog niet haalbaar, de aanvullende toepassing van opsporingsbevoegdheden de haalbaarheid uiteraard kan vergroten.[30] De componenten van de vervolgingsbeslissing kunnen dus niet strikt worden gescheiden, wat bij de toevoeging van een derde component daaruit blijkt, dat internationaal of Europees recht bijvoorbeeld kan dwingen tot het doen van meer onderzoek naar een feit, zoals op grond van positieve verplichtingen.

De tweede component waarin de beleidsvrijheid wordt bepaald, houdt duidelijker verband met Europees recht. Daarin kunnen de eisen geplaatst worden dat de handhaving van het Europese recht doeltreffend, afschrikkend en evenredig moet zijn, en dat even daadkrachtig moet worden opgetreden

30 Zie paragraaf 4.2.4.

tegen overtredingen van Europees recht als tegen vergelijkbare overtredingen van nationaal recht.[31] Ten aanzien van normen van materieel strafrecht die als implementatie van Europees recht kunnen worden gezien, is er daarom een gebonden beleidsvrijheid, waarbij besluitvorming is gebonden aan die effectiviteitsvereisten. Een ander Europees element is aanwezig in de beslissing omtrent vervolging die de Europese officier van justitie moet maken in zaken waarin de financiële belangen van de EU zijn geschaad. Deze beslissing zal waarschijnlijk worden gebonden aan het legaliteitsbeginsel, waarbij weinig mogelijkheden tot buitengerechtelijke afdoening worden opengelaten.[32] Deze Europese context maakt duidelijk dat het belangrijk is om in een afzonderlijke component van de vervolgingsbeslissing te bepalen welke omvang van beleidsvrijheid toepasselijk is. Of toepassing gegeven kan worden aan het opportuniteitsbeginsel in zijn negatieve of positieve interpretatie of aan het legaliteitsbeginsel is daarbij afhankelijk van de juridische context waarin de toepasselijke materieelstrafrechtelijke norm is ingebed.[33] Een gedifferentieerde interpretatie van het opportuniteitsbeginsel geeft de theoretische grondslag om deze aanvullende component als zelfstandig onderdeel van de beslissing omtrent vervolging te erkennen. In die erkenning klinkt vooral de betekenis van het Europese recht door als een bron van randvoorwaarden en beperkingen aan de strafrechtelijke handhaving.

De derde component van de vervolgingsbeslissing waarin de opportuniteit, of anders gezegd het algemeen belang, wordt vastgesteld, wordt eveneens door het Europese recht beïnvloed. Het vereiste dat doeltreffend, afschrikkend, evenredig en gelijkwaardig wordt opgetreden tegen overtredingen van Europees recht, is niet slechts een beperking van de beleidsruimte die strafvorderlijke autoriteiten hebben bij hun beslissingen. Wanneer bij een materieelstrafrechtelijke norm vanwege zijn Europese achtergrond een gebonden beleidsruimte van toepassing is, dient de invulling van het algemeen belang bij strafvorderlijke beslissingen gebonden te zijn aan de Europese waarden en doelstellingen waarvan de materiële norm als een uitdrukking moet worden gezien.[34] Bij de invulling van deze derde component wordt die Europese dimensie verwerkt in het gehanteerde model waarmee opportuniteitsbeslissingen kunnen worden genomen. Dat model behelst een inventarisatie van redenen die bestaan voor verschillende vormen van strafrechtelijke afdoening, en een keuze uit die redenen op grond van een normatief ideaal, zoals de overtuiging dat het strafrecht dient om de basisvoorwaarden van een *civil society* te garanderen.[35] Beide onderdelen in dit model kunnen worden verrijkt met Europese elementen. Ten eerste kunnen de relevante gezichtspunten die worden geïnventari-

31 Zie paragraaf 3.4.
32 Zie paragraaf 5.4.
33 Zie paragraaf 1.5.4.
34 Daarover bijvoorbeeld in paragraaf 6.10.5.
35 Zie paragraaf 3.2.4.

seerd mede bestaan uit Europese aanspraken op handhaving, die bijvoorbeeld kunnen worden teruggevoerd op de financiële belangen van de Unie. Ten tweede kan het normatieve ideaal dat bij de keuze voor een bepaalde afdoening in het licht van de geïnventariseerde redenen wordt gebruikt, mede worden gevoed door de overtuiging dat het belang van Europese integratie en effectieve, niet-discriminerende handhaving een belang is dat de samenleving als geheel ten goede komt.

Deze structuur van de vervolgingsbeslissing waarin drie componenten worden onderscheiden kan uiteraard worden uitgebreid naar het vervolgingsbeleid. Ook daarin kan tot uitdrukking komen in welke mate de haalbaarheid van een uiteindelijke veroordeling relevant is voor het nemen van strafvorderlijke afdoeningsbeslissingen, welke mate van beleidsvrijheid mag worden toegepast bij de afdoening van bepaalde categorieën van strafbare feiten, en op welke manier tot een invulling van het algemeen belang kan worden gekomen. Bij de tweede component moet in de beleidsregels van het OM de Europese context die voor bepaalde typen delicten met name in het oog springt, worden verdisconteerd. Voor de derde component is van belang dat een normatief ideaal wordt geëxpliciteerd dat de besluitvorming rondom afdoening van strafbare feiten kan leiden en waarin ook aan de belangen en waarden van Europese integratie kan worden vormgegeven. Zo kan op het concrete niveau van de vervolgingsbeslissing en op het abstracte niveau van het vervolgingsbeleid uitdrukking worden gegeven aan de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde.

Samenvatting

Om de handhaving van strafrechtelijke normen in de praktijk aan te laten sluiten op maatschappelijke behoeften, en om de beschikbare capaciteit van strafvorderlijke autoriteiten doelmatig aan te wenden, beschikken deze autoriteiten over een zekere mate van beleidsvrijheid. Deze wordt in het Nederlandse strafrecht onderbouwd door de aanvaarding van het opportuniteitsbeginsel. Op grond daarvan kan de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden steeds afhankelijk gemaakt worden van de invulling van het, bij het opportuniteitsbeginsel centraal staande, criterium van het algemeen belang. De uitoefening van strafvorderlijke beleidsvrijheid en de invulling van het algemeen belang staan echter in toenemende mate onder druk, als gevolg van het groeiende belang van het Europese recht. De ontwikkeling van de Europese rechtsorde tot een orde die vrijwel alle aspecten van het maatschappelijk leven bestrijkt, inclusief de wijze waarop bepaalde gedragingen strafrechtelijk dienen te worden behandeld, heeft ertoe geleid dat de nationale en Europese rechtsordes onderling sterk verbonden zijn geraakt; dit geldt ook voor de strafrechtspleging. Dat roept diverse spanningen op. De spanning tussen het Europese recht en het opportuniteitsbeginsel staat in dit onderzoek centraal.

Deze spanning blijkt in diverse gedaanten op te treden. Zo kunnen nationale autoriteiten verplicht worden om strafvervolging in te stellen bij schending van atoomgeheimen, of bij meineed voor het Hof van Justitie. Meer in het algemeen stelt het Verdragsvereiste van Unietrouw randvoorwaarden aan de wijze waarop de lidstaten van de Europese Unie optreden tegen overtredingen van Europese regelgeving. Dat geldt in het bijzonder voor de maatregelen die genomen moeten worden ter bescherming van de financiële belangen van de Unie, zoals bij de bestrijding van fraude en corruptie bij de verstrekking van EU-subsidies. De harmonisatie van nationaal materieel en formeel strafrecht roept daarnaast de vraag op of een aanpassing van wetgeving niet ook betekent dat die geharmoniseerde strafbepalingen met een bepaalde voortvarendheid moeten worden gehandhaafd. Wanneer dat het geval zou zijn, betekent dat een inperking van strafvorderlijke beleidsvrijheid en dat is problematisch in het licht van het opportuniteitsbeginsel. Vergelijkbare vragen doen zich voor bij de onderlinge samenwerking in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie. Deze samenwerking is gebaseerd op het beginsel van wederzijdse erkenning, waarbij strafvorderlijke autoriteiten onderling samenwerken op een manier die weinig vrijblijvend is. Ook de introductie van Eurojust en met name de mogelijke oprichting van een Europees Openbaar Ministerie

leveren spanningen op met het uitgangspunt van het opportuniteitsbeginsel, omdat daardoor de mate waarin de nationale strafrechtshandhaving zijn eigen prioriteiten kan vaststellen, zowel in concrete gevallen als in de beleidsvorming, sterk verminderd wordt.

Deze problemen zijn in dit onderzoek gecategoriseerd in verschillende groepen: de spanningen die tussen het Nederlandse opportuniteitsbeginsel en het Europese recht bestaan leveren een dogmatisch, een rechtscultureel, een constitutioneel en een integratieprobleem op. Het is onduidelijk of er met enige zekerheid kan worden gezegd wat de inhoud is van het opportuniteitsbeginsel als strafrechtelijk uitgangspunt, het is onduidelijk of de Europese invloed betekent dat achterliggende waarden als gematigdheid en terughoudendheid, die in het opportuniteitsbeginsel doorklinken, behouden kunnen blijven, het is onduidelijk in hoeverre het opportuniteitsbeginsel een wezenlijk bestanddeel van de democratische rechtsstaat vormt, en welke gevolgen dat in Europees perspectief heeft, en tenslotte is het onduidelijk op welke manier het Europese recht van betekenis is in de nationale rechtsorde, en of het opportuniteitsbeginsel een oorzaak zou kunnen zijn voor het ontstaan van een constitutioneel conflict. Het centrale probleem van dit onderzoek bestaat eruit, dat er in de theorie onzekerheid bestaat over de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde. In het verlengde daarvan is de hoofdvraag als volgt geformuleerd: *wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde?*

De problemen die een aanleiding vormden voor het onderzoek, de vraagstelling en de methode die gevolgd is om deze vraag te beantwoorden, worden alle beschreven in het *eerste hoofdstuk*. Daarin is het onderzoek ook afgebakend en beperkt tot de invloed van het recht van de Europese Unie op het uitgangspunt van het opportuniteitsbeginsel in de context van beslissingen en beleidsvorming omtrent opsporing en vervolging van strafbare feiten. In potentie kunnen drie uitgangspunten van strafvorderlijke beleidsvrijheid worden gekozen: het opportuniteitsbeginsel in twee verschillende interpretaties, en het legaliteitsbeginsel. Wanneer een legaliteitsbeginsel geldt, bestaat een wettelijke vervolgingsverplichting, die met uitzonderingen kan worden afgezwakt. Het opportuniteitsbeginsel in zijn negatieve interpretatie betekent dat, wanneer er een bewijsbaar strafbaar feit is geconstateerd, het instellen van vervolging de regel is, maar dat bij wijze van uitzondering in het algemeen belang het instellen van vervolging achterwege kan worden gelaten. De positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel betekent, dat om over te gaan tot het instellen van vervolging niet alleen een bewijsbaar strafbaar feit noodzakelijk is, maar daarnaast ook een reden van algemeen belang.

Om te bepalen welke interpretatie van het opportuniteitsbeginsel in Europees perspectief geldend is, of dat wellicht het legaliteitsbeginsel geldt, is de beantwoording van de hoofdvraag toegespitst op de verticale verhouding tussen het Unierecht en de Nederlandse rechtsorde. De methode die is toe-

gepast is gericht op enkele rechtstheoretische uitgangspunten, die aanknopingspunten kunnen bieden voor het beantwoorden van de vraagstelling. Voor deze theoretische onderbouwing van het onderzoek is aansluiting gezocht bij het werk van Neil MacCormick, waarin het recht wordt gezien als institutionele normatieve orde. Normen die kunnen rekenen op een zekere maatschappelijke aanvaarding worden in deze theorie geacht te zijn geïnstitutionaliseerd in formele systemen en daarin geordend te zijn opgenomen. Normen van materieel strafrecht zijn ofwel van absolute toepassing, ofwel van discretionaire toepassing, ofwel van gebonden toepassing, waarbij in het laatste geval de handhaving van de materiële norm gebonden is aan de achterliggende waarden van die norm. Deze theorie kenmerkt zich door een oriëntatie op de materieelrechtelijke norm als beginpunt voor formalisering, en door een inherent pluralisme, hetgeen zich ook manifesteert op constitutioneel niveau. Dit constitutioneel pluralisme kent niet zonder meer voorrang toe aan het Europese recht, of een soevereine positie aan de nationale rechtsorde. Botsingen tussen nationaal en Europees recht die als constitutioneel conflict kunnen worden gezien, kunnen echter wel worden opgelost door hun respectieve aanspraken op gelding onder internationaal recht te beoordelen. Deze theoretische uitgangspunten vormen de achtergrond waartegen de hoofdvraag wordt beantwoord, waarbij vijf deelvragen worden onderscheiden die elk in een afzonderlijk hoofdstuk worden beantwoord.

In het *tweede hoofdstuk* wordt antwoord gegeven op de eerste deelvraag: *wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafrecht in historisch perspectief?* Deze deelvraag is van belang om de herkomst en ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel te kunnen gebruiken als achtergrond bij de beoordeling van de betekenis van dit beginsel in Europees perspectief. Bij de beantwoording van deze deelvraag wordt met name stilgestaan bij de kwestie, of de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel een steeds toenemende mate van beleidsvrijheid laat zien, of dat veeleer sprake is van een voortdurend proces van het omvangrijker en minder omvangrijk worden van de beleidsruimte die strafvorderlijke autoriteiten bij hun taakuitvoering mogen toepassen. Daartoe is er enige aandacht voor strafvorderlijke beleidsvrijheid in het recht van vóór de Franse tijd, bij de toepassing waarvan misstanden niet goed konden worden voorkomen. De invoering van het Franse recht heeft het strafprocesrecht sterk geüniformeerd. Dat ging echter niet gepaard met een introductie van uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende vervolgingsverplichtingen, omdat die al uit de Franse wetboeken waren verwijderd voordat deze in Nederland tot geldend recht werden verklaard.

In de literatuur is veel discussie geweest over de vraag of de Nederlandse Wetboeken van Strafvordering van 1838 en 1886 uitgingen van een opportuniteitsbeginsel, of dat daarin nog een legaliteitsbeginsel was opgenomen. Hoewel dat beginsel al in het Franse recht afwezig was toen dat recht in Nederland werd ingevoerd, zou het legaliteitsbeginsel wel aansluiten bij de toenmalige

rechtscultuur. Uiteindelijk moet het erop worden gehouden dat het negentiende-eeuwse strafprocesrecht steeds een opportuniteitsbeginsel heeft gekend. Het heeft overigens nooit ter discussie gestaan dat er in de praktijk terughoudend kon worden omgegaan met de wettelijke bevoegdheden. In Duitsland kwam die terughoudende toepassing echter onder druk te staan, vanwege het gevaar dat gezien werd in politieke beïnvloeding van het vervolgingsbeleid. De Duitse wetgever meende door een legaliteitsbeginsel te aanvaarden de behoefte aan beleidsvorming te minimaliseren, zodat er geen politieke verantwoordelijkheid voor het optreden van de strafvorderlijke autoriteiten noodzakelijk was. Deze keuze speelde een rol in de voorbereiding van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering van 1926. Oorspronkelijk was daarin een samengaan van het opportuniteitsbeginsel en het legaliteitsbeginsel beoogd. In de uiteindelijke versie is slechts het opportuniteitsbeginsel overgebleven in de huidige artikelen 167 en 242 Sv. De wettelijke omschrijving kenmerkt zich door een keuze voor de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel: het algemeen belang kan worden gebruikt als een reden om vervolging achterwege te laten.

In de jaren zestig en zeventig van de twintigste eeuw werd deze interpretatie ter discussie gesteld; een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel werd als wenselijk gezien. Ook het Openbaar Ministerie constateerde dat een dergelijke ontwikkeling gewenst was. Tot wetgevend ingrijpen heeft dat niet geleid, maar in de literatuur heeft deze interpretatie veel aanhang verkregen. Als uitgangspunt werd genomen dat, naast de haalbaarheid van een veroordeling, ook het algemeen belang voorwaarde moest zijn voor het instellen van een vervolging. Mede vanwege het feit dat deze interpretatie nooit gecodificeerd is, is niet geheel duidelijk in hoeverre de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel daadwerkelijk moet worden gezien als juridisch geldend uitgangspunt voor strafvorderlijke beleidsvrijheid, en de vraag of dat wel ooit zo geweest is, blijft moeilijk te beantwoorden. In ieder geval heeft de rechter gereageerd op de grotere beleidsvrijheid bij de taakuitoefening van politie en Openbaar Ministerie, door hun verrichtingen te beoordelen in het licht van de beginselen van een goede procesorde. De laatste decennia staat de ruime strafvorderlijke beleidsvrijheid weer sterk ter discussie, vanwege het bestaan van handhavingstekorten, de geringe maatschappelijke aanvaarding van het gedogen, en vanwege de opkomst van een veranderd idee van de rechtsstaat, waarin niet alleen burgers beschermd moeten worden tegen het optreden van de overheid, maar waaruit ook een noodzaak tot handhavend optreden kan voortvloeien. Het begrip dat men er ten aanzien van de taak van rechtshandhaving op na houdt, heeft rechtstreeks betekenis voor de invulling van het algemeen belang als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, en voor de mate waarin strafvorderlijke beleidsvrijheid legitiem wordt geacht. In het verlengde daarvan luidt het antwoord op de eerste deelvraag, dat er geen voortdurende toename valt te constateren in de omvang van strafvorderlijke beleidsvrijheid. De mate van beleidsvrijheid die

uit het opportuniteitsbeginsel wordt afgeleid varieert, maar er is historisch gezien niet een eenduidige ontwikkeling in waar te nemen.

In het *derde hoofdstuk* wordt antwoord gegeven op de tweede deelvraag: *wat is de betekenis van het algemeen belang als grondslag voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, in het licht van het Europese vereiste van effectiviteit?* Het behandelt de inhoud van het algemeen belang als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, de redenen die in dat algemeen belang verscholen kunnen liggen, en de betekenis van het Europese recht daarvoor, waarbij met name het effectiviteitsvereiste van belang is. Bij de beantwoording van deze deelvraag wordt vooropgesteld, dat het bij de invulling van het algemeen belang gaat om het maken van een keuze tussen verschillende redenen om te handelen, waarbij deze keuze geïnformeerd wordt door normatieve uitgangspunten. Als zodanig kunnen er twee dimensies onderscheiden worden in de beslissing omtrent de inhoud van het algemeen belang, die zijn aangeduid als catalogisch en axiologisch. De ene dimensie is gericht op het inventariseren van relevante gezichtspunten, de andere op het expliciteren van normatieve uitgangspunten die bij een keuze worden gehanteerd.

Een concretere blik op de invulling van het algemeen belang in de context van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in de Nederlandse strafrechtspleging, levert op dat de normatieve invulling daarvan in belangrijke mate een reflectie is van theorieën over de rechtvaardiging en het doel van straffen, waarin retributivistische en utilitaristische elementen een rol spelen. Verder is de invulling van het algemeen belang afhankelijk van de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel: bij een negatieve interpretatie fungeert het algemeen belang als een verzamelbegrip voor allerlei redenen waarom er in een concreet geval niet tot de inzet van strafvorderlijke bevoegdheden wordt overgegaan. Bij een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel vormt het algemeen belang een grondslag onder de vervolgingsbeslissing, naast een oordeel omtrent de haalbaarheid van veroordeling. De negatieve en positieve interpretatie vertalen zich in de manier waarop het algemeen belang inhoudelijk tot uitdrukking komt respectievelijk in de catalogus van sepotgronden die het Openbaar Ministerie hanteert voor de gevallen waarin om redenen van algemeen belang wordt afgezien van het instellen van vervolging, en in de aanwijzingen en richtlijnen waarin het Openbaar Ministerie invulling geeft aan zijn vervolgingsbeleid. Het meest pregnant komt dat laatste naar voren in de toepassing van geautomatiseerde beslissingssystemen die door functionarissen bij het Openbaar Ministerie worden gehanteerd bij het nemen van afdoeningsbeslissingen.

Het Europese vereiste van effectiviteit stelt eisen aan de handhavingsinspanningen van de lidstaten, en eist dat het optreden tegen overtredingen van Europees recht doeltreffend, evenredig en afschrikkend is en dat even voortvarend tegen dergelijke overtredingen wordt opgetreden als tegen vergelijkbare overtredingen van nationaal recht. Deze vereisten kunnen voortvloeien

uit de algemene Verdragsbepaling van Unietrouw, of uit de bepaling die specifiek ziet op de bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie. Ook zijn dergelijke vereisten van effectieve strafbedreiging neergelegd in secundair Unierecht. Dat heeft het Hof van Justitie er onder meer toe gebracht om een vervolgingsverplichting te aanvaarden op het gebied van hulpverlening bij illegale binnenkomst, doortocht en verblijf. Kenmerkend voor de wijze waarop het Hof van Justitie deze effectiviteitsvereisten toepast, is verder dat in de evenredigheidsmaatstaf niet alleen de eis is opgenomen dat het overheidshandelen niet meer ingrijpend mag zijn dan noodzakelijk is, maar tevens dat het minstens zo streng moet zijn dat het achterliggende doel van de overtreden norm bereikt kan worden, en daarmee de handhaving van het Unierecht wordt verzekerd.

Nu de randvoorwaarden van effectieve handhaving van Europees recht op gespannen voet blijken te staan met een ongelimiteerde invulling van beleidsvrijheid, is de vraag of daaraan in de Nederlandse context adequaat invulling kan worden gegeven. Daartoe is een vergelijking gemaakt met de in het Nederlandse bestuursrecht ontwikkelde beginselplicht tot handhaving. Deze beginselplicht lijkt een veel minder ruime beleidsvrijheid te laten aan bestuursorganen, dan het opportuniteitsbeginsel aan de strafvorderlijke autoriteiten verleent. Uit het onderzoek blijkt echter dat het verschil niet erg groot is, onder meer omdat de beginselplicht tot handhaving zich beperkt tot het omgevingsrecht, maar ook omdat er uitzonderingen bestaan, zoals een mogelijke onevenredigheid en een concreet zicht op legalisatie. Vooral de erkenning van de bindende werking van een door bestuursorganen vastgesteld terughoudend beleid, lijkt de scherpste kanten van de beginselplicht tot handhaving te hebben weggenomen. Dat neemt niet geheel weg dat de bestuursrechter het algemeen belang dat met handhaving is gediend voorop plaatst in zijn beoordeling van het achterwege laten van handhavend ingrijpen en de aanspraak die belanghebbenden op dat ingrijpen hebben.

Het antwoord op de tweede deelvraag luidt daarom, dat het algemeen belang kan worden benaderd als een begrip waarin een beslissingssysteem is gelegen waarbij inventarisatie en normatieve waardering van redenen om te handelen in een strafvorderlijke context worden geplaatst. Daarin speelt het Europese effectiviteitsvereiste een rol, die niet geheel een plaats kan worden gegeven door in strafrechtelijke context een concept zoals de beginselplicht tot handhaving te aanvaarden, maar die moet worden verdisconteerd in concrete beslissingen en in algemene beleidsvorming.

In het *vierde hoofdstuk* wordt antwoord gegeven op de derde deelvraag*: wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in zijn procedurele en institutionele context binnen de geëuropeaniseerde democratische rechtsorde?* Bij de behandeling van deze deelvraag worden verschillende bevoegdheden besproken die samenhangen met het opportuniteitsbeginsel, en de manier waarop de uitoefening

van deze bevoegdheden aan controle kan worden onderworpen. Op meerdere punten is bij deze thema's een Europeesrechtelijke dimensie gezocht.

Vooropgesteld is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel als algemeen uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht, dat niet vereenzelvigd moet worden met een of meerdere concrete strafvorderlijke rechtsfiguren, zoals de mogelijkheid om af te zien van het instellen van strafvervolging, het buitengerechtelijk afdoen van strafbare feiten of het beperken van de omvang van de in te stellen vervolging. Deze bevoegdheden kunnen beter wettelijk worden vastgelegd, dan dat hun gelding wordt afgeleid uit het bestaan van het opportuniteitsbeginsel. Ook moet onderscheid worden gemaakt tussen de inhoud van het opportuniteitsbeginsel en het vervolgingsmonopolie: dat laatste uitgangspunt bepaalt wie bevoegd is te beslissen over het instellen van vervolging; uit het opportuniteitsbeginsel vloeit voort dat bij die beslissing het algemeen belang als criterium mag worden gehanteerd. Wanneer een opportuniteitsbeginsel is aanvaard valt de vervolgingsbeslissing uiteen in een haalbaarheids- en een opportuniteitscomponent, hoewel die componenten niet strikt te scheiden zijn.

Concrete bevoegdheden die in samenhang kunnen worden gezien met het opportuniteitsbeginsel, zijn de bevoegdheid van de officier van justitie om in de opstelling van de tenlastelegging de omvang van de vervolging te beperken, en om in plaats van vervolging te kiezen voor de buitengerechtelijke afdoening van een strafbaar feit, zoals door middel van een voorwaardelijk sepot. In beide gevallen staat te bezien of, en op welke manier deze bevoegdheden door het Europees Openbaar Ministerie zouden kunnen worden uitgeoefend, mocht een dergelijke instelling worden opgericht. Voor beide bevoegdheden geldt dat ze minder ruim kunnen worden toegepast door een Europees Openbaar Ministerie dan de vergelijkbare mogelijkheden onder nationaal recht door de nationale autoriteiten kunnen worden gebruikt.

Een ander onderwerp dat raakt aan de institutionele en procedurele context van het opportuniteitsbeginsel, betreft de positie van het slachtoffer. Europese harmonisatieverplichtingen hebben, hoewel niet sterk afwijkend van nationale behoeften, het strafprocesrechtelijke kader voor slachtoffers merkbaar beïnvloed. Voorlopig is nog geen doorslaggevende stem aan het slachtoffer gegeven bij het nemen van de vervolgingsbeslissing, maar met zijn belangen moet wel rekening gehouden worden. Bovendien bestaat er onder Europees recht de verplichting om het procesrecht zo in te richten, dat kan worden afgezien van vervolging wanneer slachtoffers van delicten zoals mensenhandel zelf ook strafbare feiten hebben gepleegd.

De mogelijkheid voor opsporingsambtenaren om geconstateerde strafbare feiten te seponeren wordt gezien als een mogelijkheid om al in de opsporingsfase uitdrukking te geven aan het opportuniteitsbeginsel. Deze mogelijkheid is inmiddels ook in het Wetboek van Strafvordering opgenomen, waarbij duidelijk is gemaakt dat het Openbaar Ministerie toezicht houdt op de uitoefening van het politiesepot. Ook in de context van het driehoeksoverleg is er

sprake van een intensieve samenwerking tussen Openbaar Ministerie en politie. Evenals de praktijk van het mandateren van beslissingen binnen het Openbaar Ministerie, geven al deze vormen aan dat de spreiding van bevoegdheden ook de toepassing van het opportuniteitsbeginsel minder eenduidig maakt, in ieder geval wat de procedurele inkadering betreft.

Hoe omvangrijker de beleidsruimte bij het toepassen van strafvorderlijke beslissingen is, hoe relevanter de vraag is op welke wijze de toepassing daarvan aan controle moet kunnen worden onderworpen. Dat uit zich bijvoorbeeld in de rechterlijke toetsing van het optreden van strafvorderlijke autoriteiten aan de beginselen van een goede procesorde. Maar ook binnen de organisatie van het Openbaar Ministerie is controle mogelijk, en de Minister van Justitie is aan het parlement verantwoording schuldig over het gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid die hij heeft ten aanzien van het handelen van het Openbaar Ministerie. Een vergelijkbare constructie blijkt op Europees niveau te bestaan. De mogelijkheden om de nationale autoriteiten te verplichten een vervolging in te stellen in het geval van meineed voor het Hof van Justitie, of van schending van geheimen in de context van het Euratom-verdrag, zijn te vergelijken met de aanwijzingsbevoegdheden inzake het optreden van het Openbaar Ministerie die op nationaal niveau bestaan. Deze vormen daarmee geen inbreuk op het opportuniteitsbeginsel, maar slechts een andere inrichting van de bevoegdheid om te beslissen over het instellen van vervolging.

In het *vijfde hoofdstuk* wordt antwoord gegeven op de vierde deelvraag: *hoe dient het opportuniteitsbeginsel te worden begrepen gegeven de sterker wordende institutionele structuur van de Europese strafrechtelijke samenwerking?* Het behandelt onder meer de vraag in hoeverre het opportuniteitsbeginsel een legitimatie biedt om rechtshulpverzoeken van andere staten af te wijzen, en in hoeverre daar verandering in is gekomen door de intensivering van de onderlinge samenwerking in strafzaken tussen de lidstaten van de Europese Unie. Ook de institutionele structuren die op Europees niveau zijn of worden opgericht, kunnen een ander licht werpen op de betekenis van het opportuniteitsbeginsel.

Het opportuniteitsbeginsel dient echter niet primair te worden gezien als een mogelijkheid om samenwerkingsverzoeken te weigeren. De gronden voor weigering hebben soms wel enige overeenkomst met het algemeen belang als criterium voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, maar in de meeste gevallen is de inhoud van een andere orde. Tot op zekere hoogte kan de weigeringsgrond die wordt aangeduid als de territorialiteitsclausule nog wel worden gezien als een methode om de integriteit in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel te waarborgen. Een beoordeling van de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in de strafrechtelijke samenwerking is interessanter wanneer deze wordt beschouwd vanaf de andere zijde: als een mogelijkheid om beleidsbeslissingen te nemen over het doen uitgaan van verzoeken en bevelen in het kader van de internationale samenwerking in strafzaken. Zeker nu binnen de Europese Unie rechtstreeks contact tussen de strafvorderlijke

autoriteiten als uitgangspunt wordt genomen, en niet steeds de politieke autoriteiten betrokken zijn bij het verlenen van rechtshulp, is dit perspectief van belang. Strafvorderlijke beslissingen krijgen daardoor rechtsgevolg binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, waarbij de in punitieve zin meer indringende beslissingen meer effect sorteren dan beslissingen om terughoudend of in het geheel niet te reageren op een strafbaar feit. Een gevolg is bijvoorbeeld te zien in de transnationale werking van het beginsel van *ne bis in idem*.

Een voor het opportuniteitsbeginsel ingrijpende ontwikkeling in de Europeanisering van het strafrecht is te zien in de oprichting van Eurojust, en de voorgestelde instelling van een Europees Openbaar Ministerie. Deze instituties hebben of krijgen de mogelijkheid om beslissingen te nemen die niet zonder meer door de nationale autoriteiten kunnen worden genegeerd, en die de inhoud van de vervolgingsbeslissing betreffen. Zo kan Eurojust verzoeken om een opsporingsonderzoek of een vervolging in te stellen, of om een dergelijke stap juist aan een andere lidstaat over te laten. Deze verzoeken kunnen alleen met een inhoudelijke motivering worden afgewezen. Waar Eurojust berust op de inbreng van afgevaardigde leden van de nationale strafvorderlijke autoriteiten, en daarom tot op grote hoogte kan worden gezien als een orgaan waarin de nationale autoriteiten onderling samenwerken en hun taakuitoefening coördineren, is dat bij het eventueel op te richten Europees Openbaar Ministerie volstrekt anders. Deze instelling zal een bindende aanwijzing kunnen geven aan bepaalde afgevaardigde officieren in de nationale stelsels, om voor de nationale rechtbanken een vervolging in te stellen in zaken waarin de financiële belangen van de Europese Unie zijn geschaad. Uit het voorbereidende werk dat aan de oprichting van deze instelling is voorafgegaan, kan worden afgeleid dat het Europees Openbaar Ministerie waarschijnlijk aan een vervolgingsverplichting zal worden gebonden. Daarmee wordt een *zero tolerance* beleid tot uitdrukking gebracht, en zal het niet nodig zijn om een politiek verantwoordelijke aan te wijzen voor de taakuitoefening van deze instelling. De afgevaardigde officier van justitie van het Nederlandse Openbaar Ministerie wordt zo geconfronteerd met een dubbele loyaliteitsverhouding: zijn superieuren binnen het Nederlandse Openbaar Ministerie kunnen hem aanwijzingen geven op grond van de beleidsruimte die het opportuniteitsbeginsel biedt, en de Europese officier van justitie kan, gebonden aan het legaliteitsbeginsel, hem aanwijzen bepaalde opsporings- of vervolgingshandelingen te verrichten. Dit zou met name tot problemen kunnen leiden waar het gaat om de toekenning van opsporingscapaciteit, die op het materiële gebied van fraudebestrijding bepaald van belang is, en waarover de Europese officier van justitie blijkens de voorbereidende documenten geen zeggenschap kan uitoefenen.

In het *zesde hoofdstuk* wordt antwoord gegeven op de vijfde deelvraag: *wat is de verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht in het licht van de verplichting tot implementatie van Europees recht?* In dit hoofdstuk

verschuift het perspectief van de strafprocesrechtelijke invalshoek uit hoofdstuk vier en vijf naar een materieelrechtelijke benadering. De omvang van strafvorderlijke beleidsvrijheid heeft betekenis voor de verdeling tussen het materiële en het formele recht in de manier waarop het strafrechtelijk systeem ervoor zorgt dat gedragingen die niet strafwaardig worden geacht ook niet van een strafrechtelijke reactie worden voorzien. Wanneer een omvangrijke beleidsvrijheid bestaat, is het niet nodig dat het materiële strafrecht de omvang van strafrechtelijke aansprakelijkheid uiterst nauwkeurige definieert, omdat door een terughoudende toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden de niet-strafwaardige gedragingen nog kunnen worden gevrijwaard van strafrechtelijke bemoeienis. Bij een minder omvangrijke beleidsvrijheid is de situatie omgekeerd: dan dient vooral het materiële strafrecht te bepalen of, en zo ja welke, strafrechtelijke reactie aangewezen is.

De verbondenheid tussen het materiële strafrecht en het opportuniteitsbeginsel is in verschillende thema's onderzocht. De meest voor de hand liggende verbanden zijn te vinden in leerstukken van vervolgbaarheid, omdat deze tussen het procesrecht en het materiële recht te positioneren zijn. Dit betreft onder meer de leeftijdsgrenzen voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, de verjaringsregeling en de klachtdelicten. Bij deze onderwerpen is geregeld een taakverschuiving te zien, waarbij het opportuniteitsbeginsel wordt ingezet als vervanging van een materieelrechtelijke regeling, of andersom. Dergelijke verschuivingen zijn bij veel thema's te herkennen, zoals bij de rechtsmachtregeling. De belangrijkste problematiek betreft daar de Nederlandse bepalingen van extraterritoriale rechtsmacht voor internationale misdrijven die als rechtsmachtvoorwaarde kennen dat de verdachte aanwezig moet zijn op het Nederlandse territoir. Deze voorwaarde kan volgens sommigen beter worden gezien als een opportuniteitsargument, hoewel een nadeel daarvan kan zijn dat veel beklagprocedures tegen niet-vervolging zullen worden ingesteld.

Ook bij thema's die meer tot de kern van het materiële strafrecht behoren is een wisselwerking met het opportuniteitsbeginsel geconstateerd. Een ruime uitleg van algemene leerstukken of van specifieke delictsomschrijvingen kan worden gecompenseerd door een terughoudend vervolgingsbeleid te voeren. Daarbij treden strafvorderlijke autoriteiten compenserend op ten opzichte van de wetgever, die een omvangrijke strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft geschapen. Wanneer aan het materiële strafrecht een sturende werking op de handhaving wordt toegekend, is het van belang om de kwaliteit van wetgeving, de discussies in de parlementaire behandeling, en de democratische legitimiteit van de daaruit voortvloeiende materieelrechtelijke normen, weerklank te laten vinden in de wijze waarop die normen in de praktijk worden gehandhaafd. Daarbij kan de opstelling van het Openbaar Ministerie afhankelijk zijn van de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel: bij een positieve interpretatie kan het zich sterk onafhankelijk opstellen ten opzichte van de wetgever, bij een negatieve interpretatie heeft het in beginsel een meer volgende rol. Een andere spanning tussen de staatsmachten kan relevant worden

wanneer overheidsorganen strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld, zeker wanneer internationaal- of Europeesrechtelijke vervolgingsverplichtingen worden aangedragen om het instellen van vervolging te rechtvaardigen.

Ook bij de strafuitsluitingsgronden is een wisselwerking te herkennen tussen het materiële strafrecht en het opportuniteitsbeginsel. Zeker wanneer het opportuniteitsbeginsel negatief wordt geïnterpreteerd, ligt het logisch in het verlengde van het toepassen van strafuitsluitingsgronden: bij wijze van uitzondering wordt in het algemeen belang geen vervolging ingesteld waar dat wel mogelijk was. Uit deze verbondenheid blijkt ook de betekenis van het opportuniteitsbeginsel voor wederrechtelijkheid en schuld als algemene voorwaarden voor strafbaarheid. Concreet komt dat naar voren bij het thema van de subsocialiteit, als voorgesteld, maar nooit geheel aanvaard leerstuk van materieel strafrecht. Redenen waarom met toepassing van het opportuniteitsbeginsel van het instellen van vervolging wordt afgezien, zouden kunnen worden herleid tot het ontbreken van subsocialiteit als derde element van het delict. Dat een dergelijke visie nooit is aanvaard, laat zien dat in het Nederlandse strafrecht de toepassing van het opportuniteitsbeginsel overwegend in het strafprocesrecht wordt geplaatst, en dat de materieelrechtelijke relevantie weinig belicht wordt. Dat geldt ook voor het belang van het bestaan van strafvorderlijke beleidsvrijheid voor de interpretatie van delictsomschrijvingen. Door een keuze voor het opportuniteitsbeginsel kunnen moeilijke beslissingen in de rechtsvorming deels worden ontlopen, doordat geen vervolgingen worden ingesteld in grensgevallen. Dat maskeert wellicht dat er een interpretatieve driehoeksverhouding bestaat waarbinnen wetgever, rechter en Openbaar Ministerie hun eigen rol hebben en bijdragen aan strafrechtelijke rechtsvorming, waarbij de laatste van deze drie het meest zichtbaar het opportuniteitsbeginsel hanteert.

Een laatste thema waarbij de verhouding tussen het materiële strafrecht en het opportuniteitsbeginsel wordt belicht, betreft het Nederlandse coffeeshopbeleid, waarbij de Europese dimensie sterk aanwezig is. Het coffeeshopbeleid vormt het duidelijkste voorbeeld van een vergaande toepassing van het opportuniteitsbeginsel. In het vervolgingsbeleid wordt uitdrukkelijk voor een gedoogbeleid gekozen, waarbij een terughoudende strafrechtstoepassing vanwege andere dan capaciteitsredenen wenselijk wordt geacht. Aanscherpingen in het gedoogbeleid hebben tot Europese rechtspraak geleid over de verenigbaarheid met het vrije verkeer dat binnen de Europese Unie geldt, maar deze rechtspraak heeft er niet toe geleid dat Nederland zijn beleid moest aanpassen. Europese wetgeving heeft wel effect gehad op de Opiumwet, door aanpassingen aan de strafbedreigingen en de introductie van nieuwe strafverzwarende omstandigheden. In het licht van de Unietrouw en de daaruit voortvloeiende Europese verplichtingen tot effectieve handhaving, is het niet ondenkbaar dat het Nederlandse coffeeshopbeleid onder grotere druk zal komen te staan. Een terughoudend beleid zal moeilijk kunnen worden gevolgd wanneer de doelstellingen van de Europese Unie op het gebied van drugsbestrijding in gevaar

komen. Daarmee is een voorbeeld gegeven van de manier waarop het Europese recht ingrijpt in de verhouding tussen het materiële strafrecht en het opportuniteitsbeginsel.

In het *zevende hoofdstuk* worden de antwoorden van de deelvragen bij elkaar gebracht en wordt antwoord gegeven op de hoofdvraag. Daarbij moet worden vooropgesteld dat in de geconstateerde gevallen van een constitutioneel conflict tussen de Nederlandse rechtsorde en de Europese, waarbij het bestaan van het opportuniteitsbeginsel in de weg staat aan een effectieve handhaving van het recht van de Europese Unie, dat laatste recht wegens het internationaalrechtelijke uitgangspunt van *pacta sunt servanda* de overwinnaar is. Dat betekent dat, wanneer de Grondwet de Europese handhavingsafspraken niet kan accomoderen door het buiten toepassing laten van de sepotbevoegdheid, de strafvorderlijke autoriteiten toch beperkt zijn in hun beleidsvrijheid. Naast deze bijzondere betekenis die het Europese recht kan verkrijgen zou ook, wanneer een Europees Openbaar Ministerie wordt opgericht en Nederland zich daarbij aansluit, een vervolgingsverplichting in het leven worden geroepen die nog minder beleidsruimte overlaat. Dat alles betekent dat de vraag welke van drie verschillende uitgangspunten van strafvorderlijke beleidsvrijheid, het legaliteitsbeginsel, de negatieve interpretatie of de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, moet gelden in een geëuropeaniseerde rechtsorde, niet van een categorisch antwoord kan worden voorzien. In plaats daarvan is de omvang van beleidsvrijheid afhankelijk van de specifieke institutionele context. De wijze waarop in MacCormicks rechtstheorie de toepasselijkheid van de norm afhankelijk is van zijn institutionalisering, geeft aanknopingspunten om de omvang van beleidsvrijheid gedifferentieerd te interpreteren. Afhankelijk van de inbedding van normen van materieel strafrecht behoren deze te worden gezien als van absolute toepassing, van gebonden toepassing of van discretionaire toepassing. Deze stand van zaken vraagt om verwerking in het model van de vervolgingsbeslissing: naast de haalbaarheid en de opportuniteit moet ook worden beslist over de omvang van beleidsvrijheid, in een aparte component.

Een dergelijke benadering steunt in belangrijke mate op de bevindingen uit de verschillende hoofdstukken en de antwoorden die daarin op de deelvragen zijn gegeven. Uit het historisch overzicht bleek dat de ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel niet een steeds ruimere omvang van beleidsvrijheid laat zien, waardoor ook veranderingen in interpretatie niet als een breuk met de achtergronden van het opportuniteitsbeginsel moeten worden gezien. Uit de behandeling van het algemeen belang en de Europeesrechtelijke eis van effectiviteit kwam de handhavingsaanspraak naar voren als onverbrekelijk samenhangend met normen van Europese herkomst, en werd voorgesteld om strafvorderlijke beslissingen te beschouwen als tot stand gekomen na een inventarisatie van alle relevante gezichtspunten en een daaropvolgende keuze vanuit een normatief uitgangspunt. Uit de behandeling van de institutionele

en procedurele context van het opportuniteitsbeginsel kwam naar voren dat de bevoegdheden die met dat beginsel samenhangen en de controle die daarop bestaat, mede onder Europese invloed steeds minder coherentie vertonen, waardoor verschillen ontstaan die afhankelijk zijn van de aard en achtergrond van de gehandhaafde norm. De bespreking van de strafrechtelijke samenwerking in strafzaken liet zien dat opportuniteitskeuzes hun werking krijgen binnen de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht. Hierdoor wordt een centrale strafrechtelijke jurisdictie, waarbinnen op autonome wijze een rationeel vervolgingsbeleid kan worden gevoerd, steeds meer een illusie, zeker wanneer een Europees Openbaar Ministerie wordt opgericht. Tenslotte bleek uit de behandeling van de relevantie van het materiële strafrecht, dat dit sterk samenhangt met het opportuniteitsbeginsel. Een gedifferentieerde interpretatie van dit beginsel waarin de interpretatie daarvan varieert naar gelang de institutionalisering van materieelrechtelijke normen, kan dus mede worden vormgegeven vanuit een wederzijdse betrokkenheid van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel met het materiële strafrecht.

Het antwoord op de hoofdvraag luidt daarmee dat het opportuniteitsbeginsel gedifferentieerd moet worden geïnterpreteerd. In concrete beslissingen waarin toepassing wordt gegeven aan het opportuniteitsbeginsel, en in de vorming van strafrechtelijk beleid, zullen de strafvorderlijke autoriteiten zich bewust moeten zijn van de omvang van de beleidsvrijheid die zij bij hun taakuitoefening hebben en de mate waarin deze wordt beïnvloed door het recht van de Europese Unie.

Summary

THE EXPEDIENCY PRINCIPLE AND EUROPEAN UNION LAW
A study of the meaning of discretion in criminal procedure within the Europeanised legal order

In order to align the practical enforcement of substantive criminal law with societal needs and to utilize the available capacity of criminal procedural authorities in an effective manner, these authorities have a certain degree of policy freedom at their disposal. In Dutch criminal law, this policy freedom is based on the acceptance of the expediency principle. On the basis of this principle, the exercise of criminal procedural competencies can always be made dependent on the criterion of the public interest, which is the central criterion when applying the expediency principle. In the Netherlands, the exercise of policy discretion in criminal procedure and the interpretation of the public interest is however increasingly brought under pressure as a consequence of the growing importance of European law. The development of the European legal order into an order which covers virtually all aspects of societal life, including the manner in which certain behaviours should be criminalised and enforced, has led to the development of strong interconnections between the national and the European legal order, which is also true in the field of criminal justice. This gives rise to various tensions, of which the tension between European Union law and the Dutch expediency principle is central in this research.

This tension has different problematic manifestations. National authorities may be obliged to institute criminal prosecution for the violation of secrets relating to nuclear energy, or for perjury before the Court of Justice. More generally, the Treaty requirement of loyal cooperation sets preconditions for the manner in and intensity with which member states of the European Union must act against violations of European legislation. This is particularly so for the measures which must be taken for the protection of the financial interests of the Union, such as in the combatting of fraud and corruption with regard to EU subsidies. The harmonization of national substantive and procedural criminal law further raises the question whether this also brings with it the duty to enforce with a certain effectiveness. Similar questions arise in relation to mutual cooperation in criminal matters between the member states of the European Union. This cooperation is based on the principle of mutual recognition, whereby criminal procedural authorities cooperate in a manner which

cannot be deemed noncommittal. The introduction of Eurojust and particularly the possible establishment of a European Public Prosecutor's Office also results in tensions with the expediency principle, as due to such developments, the degree in which national criminal law enforcement authorities can determine their own priorities in concrete cases as well as shape criminal policy, is strongly diminished.

In this study, these diverse problems, which create a problematic tension between the expediency principle and European law obligations, have been categorized in different groups: they result in dogmatic, legal cultural, constitutional and integration problems. The dogmatic problem is, that the precise content is of the expediency principle as a point of departure of criminal law is unclear. The legal cultural problem is, that it is unclear if the European influence means that underlying values such as toleration and restraint, which resonate in the expediency principle, may be preserved. The constitutional problem is, that it is uncertain to which extent the expediency principle is an essential component of the democratic law-state and what consequences that may have in a European perspective. Finally, the integration problem is that it is unclear what effect European law has in the national legal order and if the expediency principle could give rise to a constitutional conflict between the two legal orders. The central over-arching problem addressed in this study is that, in theory, there is uncertainty about the meaning of the expediency principle in a Europeanised legal order. Therefore, the following main question has been formulated: *what is the meaning of the expediency principle in a Europeanised legal order?*

The issues which are the reason for this research, the research question and the method followed in order to answer the research question, are all described in the *first chapter*. Therein, some grounds are given why the research has been limited to the influence of European Union law on the expediency principle. Furthermore, the study was limited to the context of decisions and policy-making in relation to the investigation and prosecution of criminal offences. Potentially, three points of departure can be chosen for discretion in criminal procedure: the legality principle and the expediency principle in two different interpretations. If the principle of legality applies, there is a statutory duty to prosecute, unless exceptions exist. In its negative interpretation, the expediency principle means that a prosecution is the rule if a provable criminal offence has been discerned, unless, by way of exception, there is a public interest in non-prosecution. In its positive interpretation, the expediency principle not only requires that a provable criminal offence has been discerned, but that a reason of public interest also exists for prosecution.

In order to determine which of the three possible points of departure for discretion in criminal procedure applies in a European perspective, the research has been oriented on the vertical relationship between Union law and the Dutch legal order. Because the focus is on the Dutch expediency principle,

rather than conduct comparative research, a legal theoretical approach has been chosen as a method in this study. For its theoretical foundations, inspiration has been found in the work of Neil MacCormick, in which law is viewed as an institutional normative order. Within this theory, norms which can rely on a certain societal acceptance are held to be institutionalized in formal systems and to be admitted therein in an ordered manner. The duty to enforce substantive criminal law norms is either absolute, discretionary, or conditional, in which latter case the duty to enforce is dependent on the underlying values of that norm. This theory is characterized by an orientation on the substantive law norm as a starting-point for formalization, and by an inherent pluralism, which also manifests itself on a constitutional level. This constitutional pluralism does not clearly give precedence to European law or a sovereign position to the national legal order. Conflicts between national and European law which may be seen as constitutional conflicts, may however be resolved by evaluating their respective claims to validity under international law. These theoretical points of departure constitute the framework against which the research question has been answered, whereby five sub-questions are distinguished, which have been answered in separate chapters.

In the *second chapter* an answer is given to the first sub-question: *what is the meaning of the expediency principle in Dutch criminal law, from a historical perspective?* This sub-question is important in order to be able to utilize the origin and development of the expediency principle as a background in the evaluation of the meaning of this principle in a European perspective. In answering this sub-question, particular attention will be paid to the issue whether the evolution of the expediency principle shows that policy freedom continually increases or rather, there is a process in which the room for policy-making alternately grows and diminishes. To that end, the historical overview starts with paying attention to the limited possibilities to control criminal procedural policy discretion before the French period. Whilst the introduction of French law strongly unified Dutch criminal procedure, this did not bring with it the introduction of strong prosecutorial obligations based on the principle of legality, as such obligations had already been removed from the French codes before these were promulgated in the Netherlands.

It has been much debated in literature which point of departure was chosen following the French period, in the Dutch Codes of Criminal Procedure of 1838 and 1886, whether this was one of the two interpretations of the expediency principle or the principle of legality. Although the principle of legality was no longer part of French law, its premises nevertheless were still well-aligned with the legal culture of that time. Ultimately, it must be accepted that nineteenth century criminal procedural law always recognized an expediency principle, whereby it was further never a matter of discussion that in practice, statutory competencies were regularly applied with restraint. In Germany however, that restrained application came under pressure because

of the hazards which were seen in political influence on prosecutorial policy. By accepting a legality principle, it was thought that the need for policy-making would become minimal and as such also that no political responsibility would be required for the actions of criminal procedural authorities. This German choice played a role in the preparation of the Dutch Criminal Procedural Code of 1926. Whilst initially a merger of the expediency principle and the principle of legality was envisioned therein, in the final version, only the expediency principle remained, as it is now laid down in articles 167 and 242 DCCP. The statutory description of these articles is characterized by a choice for the negative interpretation of the principle: the public interest may function as a basis to refrain from prosecution.

In the seventies and the eighties of the previous century, this interpretation came under discussion, as a positive interpretation of the expediency principle came to be seen as desirable. The Public Prosecution Service also acknowledged that such a development was seen as desirable. This did not lead to legislative action, but this interpretation did gain substantial support in literature. As a result, it was held that a requirement for prosecution was not only that it would be feasible, but also in the public interest. In part because of the lack of action on the part of the legislator, it is not entirely clear to which extent this interpretation actually took hold as a legally valid point of departure. It remains difficult to answer the question if that has ever been the case. In any event, the judge has responded to a broadening of policy freedom in the execution of duties by the police and the public prosecution, by developing a framework for evaluating their actions in light of so-called principles of proper procedural order. The concept of broad criminal procedural policy freedom has again been the subject of strong debate in the last decades, due to the existence of enforcement deficits, weak societal acceptance of tolerance policy and the rise of the idea of a law-state in which protection should be offered not only for civilians against actions of the government, but from which also strong enforcement duties may flow forth. One's understanding of what the duty of law enforcement entails, has direct meaning for the manner in which the public interest is interpreted as a criterion for the application of the expediency principle and for the extent in which criminal procedural policy discretion is thought to be legitimate. Following from this historical overview, the answer to the first sub-question is that no continual increase is to be discerned in the scope of criminal procedural policy discretion. The degree of policy discretion which is derived from the expediency principle does vary somewhat, but from a historical perspective, there is no unequivocal development to be observed therein.

In the *third chapter*, an answer is given to the second sub-question: *what is the meaning of the public interest as a foundation for the application of the expediency principle, in light of the European requirement of effectiveness?* Here the content of the public interest as a criterion for the application of the expediency prin-

ciple, the reasons which may be hidden in that public interest criterion and the meaning that European law has for the criterion are at issue, in which regard the effectiveness requirement is particularly important. In answering this sub-question, it is taken as a given that in the interpretation of the public interest criterion, the making of a choice between different reasons to act is at issue, whereby this choice is informed by normative viewpoints. As such, two dimensions may be distinguished in the decision regarding the content of the public interest criterion, for which the terms catalogical and axiological have been used in this study, meaning that the decision is firstly oriented on inventorizing relevant perspectives and secondly on making explicit which normative viewpoints are deployed in a choice.

A more concrete view of the interpretation of the public interest criterion. in the context of the application of the expediency principle in Dutch criminal law shows that the normative content of that criterion is, to an important degree, a reflection of theories about the justification for and the goals of punishment, in which retributive and utilitarian elements play a role. The interpretation of the public interest criterion is further dependent on the interpretation of the expediency principle. With a negative interpretation, the public interest functions as a collective term for various reasons why, in a concrete case, criminal procedural competencies are not deployed. With a positive interpretation of the expediency principle, the public interest criterion is the foundation for the decision to prosecute, next to feasibility of conviction. Negative and positive interpretation become manifest in the manner in which the public interest criterion is expressed, respectively in the catalogue of grounds for dismissal which the Public Prosecution utilizes for the cases in which prosecution is not instituted for reasons of public interest, and in the directions and guidelines in which the Public Prosecution gives shape to its prosecutorial policy. That comes most clearly to the fore in the application of automated decision making systems which are used by functionaries of the Public Prosecution Service in making case-ending decisions.

European effectiveness requirements impose standards on law enforcement efforts of the member states, requiring that action against violations of European law is effective, proportionate and deterrent and that action taken against such violations is as effective as action against similar violations of national law. These standards may flow forth from the general Treaty provision on loyal cooperation (Article 4 par. 3 TEU), or from the provision which is specifically concerned with the protection of the financial interests of the European Union (Article 325 TFEU). Such requirements of effectiveness are also laid down in secondary Union law. The latter have led the Court of Justice, amongst other things, to accept a duty to prosecute in cases of facilitating unauthorised entry, transit and residence. Characteristic for the manner in which the Court of Justice applies these requirements of effectiveness is that in the standard of proportionality, there is not only a requirement that government action should not be more invasive than necessary, but that it is also at least as stringent

as to guarantee the effectuation of the underlying goal of the violated norm and therewith the enforcement of Union law.

As there seems to be tension between the preconditions of effective enforcement of European law and an unlimited interpretation of policy discretion, the question is how this should be adequately implemented in the Dutch context. To that end, in this study a comparison was made between the Dutch concept of a general administrative enforcement duty and the expediency principle. This administrative enforcement duty seems to leave much less room for policy discretion to administrative organs than the expediency principle confers upon criminal procedural authorities. The research shows however that the difference between the two principles is not substantial, amongst other things because the scope of the general administrative enforcement duty is mainly limited to planning and environmental law, but also because of exceptions to it, such as in the event of possible disproportionality and that of pending probable legalization. Particularly the recognition of the binding effect of restrictive policy guidelines seems to have taken the sharpest edges off the general administrative enforcement duty. This does not mean to say that the administrative judge always places the public interest served by enforcement on the forefront of his evaluation of non-enforcement decisions vis-à-vis the claim that interested parties have to enforcement.

The answer to the second sub-question is therefore that the public interest may be approached as a concept which contains a decision making system, whereby inventorization and normative appraisal of the reasons to act are placed in a criminal procedural context. The European requirement of effectiveness plays a role herein which cannot be entirely resolved by transplanting a concept such as the general administrative enforcement duty to a criminal law context, but which must be addressed in concrete decision and general policy-making.

In the *fourth chapter*, an answer is given to the third sub-question: *what is the meaning of the expediency principle in its procedural and institutional context within the Europeanised democratic legal order?* In answering this sub-question, different themes were discussed relating to the competencies which are connected to the expediency principle and with the manner in which the execution of these competencies can be controlled. With regards to these themes, a European law dimension has been sought.

It must be taken as a point of departure that, as a general principle of Dutch criminal law, the meaning of the expediency principle must not be equated with one or more specific competencies in criminal procedural law, such as refraining from the institution of criminal prosecution, settling criminal offences extrajudicially or limiting the scope of the indictment. It is more desirable to demarcate these different competencies in specific statutory provisions, than to derive their validity from the existence of the expediency principle. A distinction should also be made between the expediency principle

and the monopoly of prosecution: the last point of departure determines who is competent to decide about the institution of prosecution, while the expediency principle holds that in making that decision, the public interest may be utilized as a criterion. This means that, if an expediency principle is accepted, the prosecutorial decision is divided in a component of feasibility and a component of expediency, although these components cannot be strictly distinguished.

Concrete competencies which may be regarded as connected to the expediency principle are the competence of the prosecutor to limit the scope of the indictment, and to choose for extrajudicial settlement of a criminal offence instead of instituting prosecution, such as by way of a conditional dismissal. It was examined how these competencies could be exercised by the European Public Prosecutor's Office, should such an institution be established. In both cases, its competencies are foreseen to be less broad than the comparable competencies under national law.

Another subject which touches on the institutional and procedural context of the expediency principle regards the position of the victim in criminal proceedings. Although not in a manner that strongly deviates from national needs, European harmonization obligations have noticeably influenced the criminal procedural framework for victims. As of yet, the victim has not been given a decisive vote in prosecutorial decision-making, but his interests must be taken into account. Furthermore, under European law, the obligation does exist to organize criminal procedural law in such a manner that prosecution may be refrained from if victims of offences have also committed criminal offences, which happens for instance in cases of trafficking in human beings.

The competence for investigative officials to drop charges for an ascertained criminal offence is seen as a possibility to express the expediency principle already in the investigative phase of criminal procedure. This possibility has also been codified in the Dutch Code of Criminal Procedure, which specifically states that the Public Prosecution Service supervises the execution of police dismissals. There is also intensive cooperation between the Public Prosecution Service and the police within the context of so-called triangle consultation. As in the practice of mandating decisions within the Public Prosecution Service, these forms show that the spreading of competencies over multiple actors can make the application of the expediency principle less unambiguous, in any event where its procedural framing is concerned.

The more room for policy-making is available in criminal procedure, the more relevant the question is in which manner the application of criminal procedural competences should be made subject to supervision. That is manifest, for example, in the judicial review of the actions of criminal procedural authorities against the principles of a proper procedural order. However, supervision is also possible within the organization of the Public Prosecution Service, and on a political level, the Minister of Justice is accountable to parliament for the use of his competence to instruct the Public Prosecution Service.

A similar construction appears to exist on the European level. The possibility to oblige the national authorities to institute prosecution in the event of perjury before the Court of Justice, or in the event of the violation of secrets in the context of the Euratom-treaty, is comparable to the ministerial instruction competency regarding the Public Prosecution Service that exists on the national level. As such, these instruction competencies do not infringe the expediency principle, but are to be seen as a specific way of distributing the decision to prosecute in a multi-level context.

In the *fifth chapter*, an answer is given to the fourth sub-question: *how should the expediency principle be understood given the increased strengthening of the institutional structure of cooperation in criminal matters within the European Union?* In this regard, two questions are of specific concern. Firstly, to what extent can the expediency principle be seen as a principle which legitimizes refraining from action by national authorities following a request for assistance by another state? Secondly, to what extent has that state of affairs changed through the intensified cooperation in criminal matters which has been developed between the member states of the European Union? The institutional structures relating to criminal law cooperation which have been and will be established on the European level, can also cast light on the evolving meaning of the expediency principle.

The expediency principle should however not be primarily seen as a possibility to refuse requests for assistance in criminal matters. The grounds that exist for refusal do sometimes resemble the public interest as a criterion for the application of the expediency principle, but in most cases, the content of these grounds for refusal is of a different nature. To a certain extent, the ground for refusal which can be described as the territoriality clause may be seen as a method to guarantee the integrity in the application of the expediency principle. Evaluating the meaning of the expediency principle in the field of cooperation in criminal matters is more interesting when it is viewed from the opposite perspective: as a possibility to make policy decisions about requesting assistance and issuing orders. Particularly now that in the European Union, cooperation is based on direct contact between criminal procedural authorities, and political authorities are mostly not involved in legal assistance, this perspective is important. Because of that, decisions of criminal law authorities have legal consequences within the area of freedom, security and justice. Decisions which are more invasive in a punitive sense have more effect than decisions to exercise restraint or to refrain from responding to a criminal offence entirely. Legal effects may for example be seen in the transnational operation of the ne bis in idem principle.

A substantial development in the Europeanization of criminal law is to be seen on the institutional terrain, where Eurojust has been set up and where the establishment of a European Public Prosecution Service is being discussed. These institutions have or will obtain the possibility to make decisions which

as such cannot be ignored by national authorities and which regard the content of the prosecutorial decision. In this respect, Eurojust can request that an investigation or prosecution be instituted, or rather that such a step be left to another member state. These requests can only be refused by a reasoned decision. Where Eurojust relies on the input of delegated members of the national criminal procedural authorities, and therefore can be seen as an organ in which national authorities mutually cooperate and coordinate the exercise of their duties, that is entirely different when it comes to the European Public Prosecutor's Office which may be established. This institution will be able to give binding directions to certain delegated prosecutors in the national systems, to institute a prosecution before the national courts in cases in which the financial interests of the European Union have been damaged. It can be deduced from the preparatory work that has preceded the establishment of this institution that the European Public Prosecutor's Office will probably be bound by a duty to prosecute. The legislator's choice for this duty to prosecute expresses a zero tolerance policy, and the reluctance to appoint a person who will be politically responsible for the exercise of the European Public Prosecutor's duties. The delegated European prosecutor, who is also placed within the Dutch Public Prosecution Service, is therewith confronted with a situation in which he must be loyal to two masters. His superiors within the Dutch Public Prosecution Service can give him directions on the basis of the policy freedom offered by the expediency principle, and, bound to the principle of legality, the European Public Prosecutor's Office must direct him to take certain investigative or prosecutorial actions. This could lead to problems when it comes to the allocation of investigative capacity, which is particularly important in the area of combatting fraud, and concerning which, as appears from the preparatory documents, the European Public Prosecutor's Office cannot exercise clear authority.

In the *sixth chapter* an answer is given to the fifth sub-question: *what is the relationship between the expediency principle and substantive criminal law in light of the obligations to implement European Law?* In this chapter, the perspective shifts from the criminal procedural point of view that was taken in chapter four and five to a substantive law approach. The scope of policy discretion in criminal procedure has meaning for the division between substantive and procedural law in their combined efforts to ensure that behaviour which is not deemed to merit prosecution will not receive any formal reaction from the criminal justice system. If extensive policy freedom exists, it is not necessary that substantive criminal law determines the scope of criminal liability in a highly accurate manner, because behaviours which do not merit a criminal law response can be excluded from intervention by a restrained exercise of criminal procedural competencies. When less extensive policy freedom exists, the situation is the opposite: in that case, it is mainly the substantive criminal law which determines if and if so, which criminal law response is suitable.

In this study, the connection between substantive criminal law and the expediency principle was researched via different themes. The most evident connections are to be found in some issues which can, by their nature, be positioned in-between procedural and substantive law. Amongst other things, they regard the age limits for criminal liability, the statute of limitations and offences which may only be prosecuted on the basis of a complaint. A shift is regularly to be seen with regards to these subjects, whereby sometimes the expediency principle is deployed and sometimes a substantive law solution is chosen. Such shifts are recognizable in many themes, such as also in the definition of criminal law jurisdiction. There, the most important issue concerns the Dutch provisions for extraterritorial jurisdiction for offences of international criminal law, which have a specific jurisdictional requirement that the suspected person must be present on Dutch territory. According to some, this requirement may better be seen as an expediency argument, although a disadvantage of that line of thinking can be that many procedures will be instituted complaining about non-prosecution.

A reciprocal relationship with the expediency principle was also researched with regards to themes which more clearly belong to the core of substantive criminal law. Extensive interpretation of general doctrines or of specific offence definitions can be compensated by following a restrained prosecutorial policy. In doing so, criminal procedural authorities act in a manner which is compensatory in relation to the legislator, who has created a broad definition of criminal liability. If substantive criminal law is to be seen as directing law enforcement, it is important for the manner in which the norms are enforced in practice to take into account the quality of legislation, the preceding parliamentary deliberations, and the democratic legitimacy of the substantive law norms which flow forth from that. In that regard, the attitude of the Public Prosecution Service can be dependent on the interpretation of the expediency principle: with a positive interpretation, it can position itself quite independently vis-à-vis the legislator, whilst with a negative interpretation it must, in principle, take the legislator's lead. Another form of tension between state powers can become relevant when government organs can be held criminally liable, certainly when international or European law obligations are put forward in order to justify the institution of prosecution.

A relationship of reciprocity between substantive criminal law and the expediency principle is also to be recognized in the operation of defences. Particularly when the expediency principle is interpreted negatively, logically, it connects to the functioning of defences in criminal law: by way of an exception, no prosecution is instituted in the public interest, where that would nevertheless have been possible. Also, the expediency principle has its meaning for the general conditions for criminal liability of unlawfulness and culpability. This is also demonstrated in the suggested, but never entirely accepted theme of so-called subsociality as a doctrine of substantive criminal law. Reasons why criminal law authorities refrain from prosecution through application

of the expediency principle could be explained by the absence of subsociality as a third element of the offence, next to unlawfulness and culpability. That such a vision has never been accepted, shows that in Dutch criminal law, the application of the expediency principle is placed primarily in criminal procedural law and that its relevance for substantive law is seldom inquired into. That also holds true for the importance of procedural policy freedom for the interpretation of offence definitions. Through a choice for the expediency principle, some difficult choices in legal interpretation can be evaded, because no prosecutions are instituted in borderline cases. That possibly obscures that an interpretative triangle relationship can be seen, in which the legislator, the judge and the Public Prosecution Service have their own role and all contribute to the development of substantive criminal law, whereby the latter of these three most can most visibly involve the expediency principle in that activity.

A final theme in which the relationship between substantive criminal law and the expediency principle comes to light regards the Dutch policy relating to coffee shops, in which the European dimension is strongly present. The coffee shop policy forms the clearest illustration of a far-reaching application of the expediency principle. In prosecutorial policy, a policy of tolerance is explicitly chosen, in which a restrained application of criminal law is thought to be desirable for reasons other than relating to the capacity of the criminal justice system. The tightening of this policy of tolerance has led to European jurisprudence with regards to its compatibility with free movement rights applying within the European Union, but this jurisprudence has not led to the Netherlands having to adapt its policy. European legislation has had effect on the Dutch Narcotics Act, through amendments of penalty levels and the introduction of new, penalty increasing circumstances. In light of the duty of loyal cooperation and the European obligations regarding effective enforcement which flow forth from that, it is not unthinkable that the Dutch coffee shop policy will come under stronger pressure. It will particularly be difficult to follow a restrained policy if the aims of the European Union in the area of combatting illegal drugs are jeopardized. With that, an illustration is given of the manner in which European law has its effect on the relationship between substantive criminal law and the expediency principle.

In the *seventh chapter*, the answers to the sub-questions are brought together and an answer is given to the main research question. Thereby, it must be put to the fore that in the discerned cases of conflict between the Dutch and the European legal orders, whereby the existence of the expediency principle stands in the way of an effective enforcement of the law of the European Union, that latter law is the victor in that constitutional conflict, due to the international law principle of *pacta sunt servanda*. This means that, when the Constitution cannot accommodate the European enforcement requirements by excluding the competence to dismiss criminal offences, criminal procedural authorities are nevertheless limited in their policy freedom. Besides this special

meaning that European law can attain, an obligation to prosecute which leaves even less policy room could also be created if a European Public Prosecutor's Office is established which the Netherlands joins. This all means that the question which of the three points of departure of criminal procedural policy discretion, namely the principle of legality and the negative and positive interpretation of the expediency principle, applies in a Europeanized legal order cannot be answered categorically. Instead, the scope of policy freedom is dependent on the specific institutional context. The manner in which, in MacCormick's legal theory, the application of substantive norms is dependent on their institutionalization, offers starting-points to interpret the scope of policy freedom in a differentiated manner. Depending on the manner in which substantive criminal law norms are institutionally and procedurally embedded, these should be seen as of absolute application, conditional application or discretionary application. This state of affairs calls for incorporation in the model of the prosecutorial decision: besides feasibility and expediency, a decision should also be made about the scope of policy freedom, as a separate component.

Such an approach relies to an important extent on the findings from the different chapters of this study and the answers to the sub-questions which are given therein. From the historical overview, it was apparent that the development of the expediency principle does not show an ever widening scope of policy freedom, for which reason changes in interpretation should not necessarily lead to a departure from the backgrounds of the expediency principle. The discussion of the public interest criterion and the European law requirement of effectiveness has shown that the enforcement claim is indissolubly connected with norms of European origin. The suggestion has been made that decisions about the deployment of criminal law should be seen as having been taken after an inventorization of all relevant viewpoints and a choice from a normative perspective. The discussion of cooperation in criminal law matters showed that expediency choices operate within the area of freedom, security and justice, for which reason a centralized criminal law jurisdiction, in which a rational prosecutorial policy can be followed in an autonomous manner, increasingly becomes illusory, particularly in the event that a European Public Prosecutor's Office is established. Finally, the discussion of the relevance of substantive criminal law showed a strong connection to the expediency principle. A differentiated interpretation of this principle, in which the interpretation thereof varies in accordance with the institutionalization of substantive criminal law norms, can therefore be informed by the interconnection of the application of the expediency principle with substantive criminal law.

The answer to the main research question is therefore that the expediency principle should be interpreted in a differentiated manner. In concrete decisions in which the expediency principle is applied and in policy-making, criminal procedural authorities must be aware of the scope of policy freedom they have

in the exercise of their duties and the degree in which this is influenced by the law of the European Union.

Literatuur

Adriaanse, Barkhuysen & Van Emmerik 2006

P.C. Adriaanse, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EU-recht en bestuurlijke punitieve sancties', in: *Europeesrechtelijke eisen bij de toepassing van bestuurlijke punitieve sancties* (Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 18-50.

Ahrens 1978

W. Ahrens, *Die Einstellung in der Hauptverhandlung gem. §§ 153 II, 153 a II StPO. Eine empirische Analyse über neue Formen der Bekämpfung der Bagatellkriminalität* (diss. Göttingen), Göttingen: Schwarz 1978.

Albers 2004

C.L.G.F.H. Albers, 'De 'beginselplicht' tot handhaving. Een stoelendans tussen rechter en bestuur?', *De Gemeentestem* 2004, p. 233-243.

Albers 2005

C.L.G.F.H. Albers, 'De beginselplicht tot handhaving. Een nieuwe benadering?', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2005, p. 192-207.

Alkema 2010

E.A. Alkema, 'International Law in Domestic Systems', *Electronic Journal of Comparative Law* 2010-3.

Ambos & Stegmiller 2013

K. Ambos & I. Stegmiller, 'Prosecuting international crimes at the International Criminal Court: is there a coherent and comprehensive prosecution strategy?', *Crime, Law and Social Change* 2013.

Amtenbrink & Van den Berg 2010

F. Amtenbrink & P.A.J. van den Berg (red.), *The Constitutional Integrity of the European Union*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2010.

De Angelis 1996

F. de Angelis, 'The Action of the European Commission of the Community in Criminal Matters', in: M. Delmas-Marty (red.), *What Kind of Criminal Policy for Europe?*, Den Haag: Kluwer Law International 1996, p. 329-332.

Arendse 2013

S.S. Arendse, 'Wet tot aanpassing van de regeling van de vervolgingsverjaring', *Ars Aequi* 2013, p. 230-234.

Ashworth 2006

A. Ashworth, 'Prosecutorial Discretion and its Limits', in: International Academy of Comparative Law, *Convergence of legal systems in the 21st century. General reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law*, Brussel: Bruylant 2006, p. 1541-1564.

Van Baars 1971
J. van Baars, *Point d'intérêt, point d'action* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Buijten & Schipperheijn 1971.
Backes 2003
Ch.W. Backes, 'Soortenbescherming - quo vadis?', in: B.P.M. van Ravels & M.A. van Voorst van Beest (red.), *Natuurlijk van belang* (Van Wijmen-bundel), Deventer: Kluwer 2003, p. 277-294.
Bakker & Bastein 2004
R.C.S. Bakker & B. Bastein, 'Over beginselplicht en belangen bij handhaving', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2004, p. 333-338.
Barents 2006
R. Barents, 'De denationalisering van het strafrecht', *Sociaal-Economische Wetgeving* 2006, p. 358-374.
Barkhuysen, Griffioen & Voermans 2004
T. Barkhuysen, H. Griffioen, & W.J.M. Voermans, 'Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 2289-2290.
Bassiouni 2008
M.C. Bassiouni, 'The Duty to Prosecute and/or Extradite: *Aut Dedere Aut Judicare*', in: M.C. Bassiouni (red.), *International Criminal Law. Volume II: Multilateral and Bilateral Enforcement Mechanisms*, Leiden: Martinus Nijhoff 2008, p. 35-45.
Bassiouni & Wise 1995
M.C. Bassiouni & E.M. Wise, *Aut dedere aut judicare. The duty to extradite or prosecute in international law*, Dordrecht: Nijhoff 1995.
Baudet 2012
T.H.P. Baudet, *The Significance of Borders. Why Representative Government and the Rule of Law Require Nation States* (diss. Leiden) 2012.
Beck 2011
G. Beck, 'The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court, the Primacy of EU Law and the Problem of *Kompetenz-Kompetenz*: A Conflict between Right and Right in Which There is No *Praetor*', *European Law Journal* 2011, p. 470-494.
Beijer 2010
A. Beijer, 'Rantsev v. Cyprus en Rusland. Een korte schets van de situatie in Nederland wat betreft mensenhandel', *Ars Aequi* 2010, p. 684-691.
Belinfante 1958
A.D. Belinfante, 'Is het wenselijk, met het oog op de toenemende behartiging van belangen in internationaal verband, die belangen hier te lande strafrechtelijk te beschermen, en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?', *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1958-I, p. 161-229.
Van Bemmelen 1868
P. van Bemmelen, 'Boekbespreking' (bespreking van: B. de Bosch Kemper, *De strafvordering in hare hoofdtrekken beschouwd* (diss. Leiden), Amsterdam: Müller 1865), *Themis* 1868, p. 269-285.
Van Bemmelen 1931
J.M. van Bemmelen, *De beteekenis van het strafrecht voor den normalen mensch* (oratie Leiden), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1931.

Van Bemmelen 1957
J.M. van Bemmelen, *Strafvordering. Leerboek van het Nederlandsche strafprocesrecht*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1957.
Van Bemmelen 1958
J.M. van Bemmelen, 'Is het wenselijk, met het oog op de toenemende behartiging van belangen in internationaal verband, die belangen hier te lande strafrechtelijk te beschermen, en zo ja, in hoeverre en op welke wijze?', *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1958-I, p. 231-316.
Van Bemmelen 1973
J.M. van Bemmelen, 'Positieve criteria voor strafbaarstelling', in: J.F. Glastra van Loon, R.A.V. van Haersolte & J.M. Polak (red.), *Speculum Langemeijer. 31 rechtsgeleerde opstellen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 1-14.
Van Bemmelen/Van Veen 1981
J.M. van Bemmelen/Th.W.van Veen (bew.), *Ons strafrecht. Deel 4: Strafprocesrecht*, Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1981.
Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003
J.M. van Bemmelen/Th.W.van Veen/D.H. de Jong & G. Knigge (bew.), *Ons strafrecht. Deel 1: Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.
Bergsmo 2011
M. Bergsmo, 'Prosecutorial Discretion: Institutional or Professional Reform?', *FICHL Policy Brief Series* 2011-7.
Berkemeier 2008
A. Berkemeier, *Das Opportunitätsprinzip unter Berücksichtigung kantonaler Jugendstrafrechtspflegegesetze (BS, BE, FR, GE, GL, ZH), des Jugendstrafgesetzes und der künftigen eidgenössischen Jugendstrafprozessordnung* (diss. Freiburg), Zürich: Schulthess 2008.
Bertea 2009
S. Bertea, 'Boekbespreking' (bespreking van: N. MacCormick, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press 2008), *Journal of Law and Society* 2009, p. 403-407.
Besselink e.a. 2002
L.F.M. Besselink e.a. (red.), *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2002.
Besselink 2005
L.F.M. Besselink, 'De invloed van Europeanisering op de constitutionele verhoudingen in Nederland', *B en M: beleid en maatschappij* 2005, p. 45-55.
Besselink & Wessel 2009
L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.
Beyer-Katzenberger 2009
M. Beyer-Katzenberger, 'Judgment of the Bundesverfassungsgericht, Second Senate of 30 June 2009 in joint cases 2 BvE 2/08, 2BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08 and 2 BvR 182/09 (Lisbon Treaty)', *ERA-Forum* 2009, p. 625-641.

Beyer-Katzenberger 2011
M. Beyer-Katzenberger, 'Judicial activism and judicial restraint at the Bundesverfassungsgericht: Was the Mangold judgement of the European Court of Justice an ultra vires act?', (11) *ERA-Forum* 2011-4, p. 517-523.

Bhamra 2011
M.K. Bhamra, *The Challenges of Justice in Diverse Societies: Constitutionalism and Pluralism*, Farnham: Ashgate 2011.

Bieber 2009
R. Bieber, ''An Association of Sovereign States'', *European Constitutional Law Review* 2009, p. 391-406.

Van den Biggelaar 1990
G.J.M. van den Biggelaar, 'De vervolging van drugsdelikten: harmonisatie of differentiatie?', in: G.P.M.F. Mols (red.), *Dissonanten bij het akkoord van Schengen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 97-109.

Van Binsbergen 1961
W.C. van Binsbergen, 'Beveiliging uit defensieoverwegingen van Euratomgeheimen en het Nederlandse strafrecht', (2) *Sociaal-Economische Wetgeving Europa* 1961, p. 1-13, 73-85.

Van Binsbergen 1963
W.C. van Binsbergen, *Integratie, een revolutie?* (oratie Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963.

Van Binsbergen 1974
W.C. van Binsbergen, 'Euthanasie - een aantal kanttekeningen', *Delikt en Delinkwent* 1974, p. 459-471.

Van Binsbergen 1986
W.C. van Binsbergen, *Poenaal panorama. Strafrechtshistorische verkenningen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986.

Blad & De Doelder 2007
J.R. Blad & H. de Doelder, 'Rechtshandhaving door het Openbaar Ministerie', in: J.R. Blad (red.), *Strafrechtelijke rechtshandhaving. Aspecten en actoren belicht voor het academisch onderwijs*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 65-92.

Blad 2010
J.R. Blad, 'Openbaar Ministerie en herstelrecht', *Strafblad* 2010, p. 494-507.

Blichner 2011
L.C. Blichner, 'Juridification from Below: The Dynamics of MacCormick's Institutional Theory of Law', in: A.J. Menéndez & J.E. Fossum (red.), *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory. The Post-Sovereign Constellation*, Dordrecht: Springer 2011, p. 27-53.

Blok 1908
A.J. Blok, *Positie en taak van het openbaar ministerie* (oratie Leiden), Leiden: Brill 1908.

Boerefijn & Loenen 2009
I. Boerefijn & T. Loenen, 'Positieve verplichtingen bij vrouwenmishandeling', *NJCM-Bulletin* 2009, p. 758-780.

Bogert 2005
P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting. De bijzondere strafuitsluiting in strafrechtsdogmatisch en wetgevingstechnisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2005.

Boksem 1996
J. Boksem, *Op den grondslag der telastlegging. Beschouwingen naar aanleiding van het Nederlandse grondslagstelsel* (diss. Nijmegen), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996.

Boksem 1998
J. Boksem, 'Over de politiefunctionaris die wel/niet mag dagvaarden', *Advocatenblad* 1998, p. 137-139.

Van Boom 2009
W.H. van Boom, 'De Minimis Curat Praetor. Redress for Dispersed Trifle Losses', *The Journal of Comparative Law* 2009, p. 171-185.

Boot 1885
W. Boot, *De afhankelijkheid van het Openbaar Ministerie ten opzichte van het instellen der strafvordering* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Portielje 1885.

Borgers 2011
M.J. Borgers, 'De communicatieve strafrechter', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 103-185.

De Bosch Kemper 1865
B. de Bosch Kemper, *De strafvordering in hare hoofdtrekken beschouwd* (diss. Leiden), Amsterdam: Müller 1865.

De Bosch Kemper 1838-1840
J. de Bosch Kemper, *Wetboek van Strafvordering, naar deszelfs beginselen ontwikkeld, en in verband gebragt met de algemeene regtsgeleerdheid*, Amsterdam: Müller 1838-1840.

De Bosch Kemper 1847
J. de Bosch Kemper, 'Het Wetboek van Strafvordering aan ervaring en wetenschap getoetst', (9) *Nederlandsche jaarboeken voor Regtsgeleerdheid en wetgeving* 1847.

Bosch 2011
A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Boutellier 2005
J.C.J. Boutellier, 'Uitdijend strafrecht', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 109-116.

Brants & Field 1995
C. Brants & S. Field, 'Discretion and Accountability in Prosecution: a Comparative Perspective on Keeping Crime out of Court', in: Ph. Fennell e.a. (red.), *Criminal justice in Europe. A comparative study*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 127-148.

Brants & De Lange 1996
C.H. Brants & R. de Lange, *Strafvervolging van overheden*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Brants e.a. 2003
C.H. Brants e.a., 'Op zoek naar grondslagen', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 1-27.

Van den Brink 2011
A. van den Brink, 'Subsidiariteit in Luxemburg en Karlsruhe na Lissabon. Perspectieven op nieuwe ijkpunten en verdergaande rechterlijke toetsing?', *Sociaal-Economische Wetgeving* 2011, p. 262-270.

Brinkhorst 2008
L.J. Brinkhorst, *Europese Unie en nationale soevereiniteit* (oratie Leiden), Leiden: Universiteit Leiden 2008.

Van den Broek 1990
J.L. van den Broek, '«Internationale meineed»: een oneigenlijk klachtdelict', *Delikt en Delinkwent* 1990, p. 308-315.

Broekman & 't Hart 1980
J.M. Broekman & A. C. 't Hart, *Normverleggend gedrag en justitieel beleid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1980.

Brouwer 2010
H.N. Brouwer, ''Met inachtneming van het opportuniteitsbeginsel': de politiek en de vrije beleidsruimte van het Openbaar Ministerie', *Strafblad* 2010, p. 207-216.

Von Brucken Fock 1987
E.P. von Brucken Fock, 'De gerechtigden tot het indienen of intrekken van een klacht', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 81-92.

De Bruijn-Lückers & De Pauw Gerlings-Dohm 1999
M.L.C.C. de Bruijn-Lückers & S. B. de Pauw Gerlings-Dohm, 'Strafbare feiten gepleegd door 12-minners', *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 1999, p. 197.

Buijsen 2007
M.A.J.M. Buijsen, 'Verdere decriminalisering euthanasie ongewenst', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 2027-2028.

Buisman 2008
A.J.R. Buisman, *Internationaal strafrecht in Nederland. De uitvoering van de internationale verplichting tot strafbaarstelling en vervolging van internationale misdrijven*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Van der Burg 1961
F.H. van der Burg, *Preventieve justitie en plaatselijke politie. Enige historische en juridische beschouwingen over het begrip politie in het Nederlands recht* (diss. Utrecht), Arnhem: Vuga-boekerij 1961.

Buruma 1990
Y. Buruma, 'Het naderend einde van het souvereine strafrecht: een tendens in het zicht van 1992', in: J.L.M. Boek e.a. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990, p. 23-46.

Buruma 1996
Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996.

Buruma 1999
Y. Buruma, 'Inleiding: een strafrechtelijke ideeëngeschiedenis van de 20ste eeuw', in: Y. Buruma (red.), *100 jaar strafrecht. Klassieke teksten van de twintigste eeuw*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1999, p. 11-46.

Buruma 2000
Y. Buruma, 'Het legaliteitsbeginsel in een veranderende democratische rechtsstaat', in: P.C. Bogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 65-78.

Buruma 2002a
Y. Buruma, 'Dwangmiddelen volgens Strafvordering 2001: het derde interimrapport', *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 237-260.

Buruma 2002b
Y. Buruma, 'Straf(proces)recht in de Unie', *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 796-812.

Buruma 2003
Y. Buruma, 'Wanneer eist de rechtsstaat strafrechtelijk optreden?', *Delikt en Delinkwent* 2003, p. 343-352.

Buruma 2004
Y. Buruma, 'Grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 71-93.

Buruma 2006
Y. Buruma, 'Flutzaken: een pleidooi voor rechterlijke toetsing van vervolgingsbeslissingen', *Delikt en Delinkwent* 2006, p. 364-375.

Buruma & Mevis 1999
Y. Buruma & P.A.M. Mevis, 'De Nationale ombudsman en het strafprocesrecht: capita selecta bij een afscheid', *Delikt en Delinkwent* 1999, p. 691-706.

Buruma & Verrest 2004
Y. Buruma & P.A.M. Verrest, *Introductie internationaal strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.

Buß 2010
S. Buß, *Staatsanwaltschaft und Crown Prosecution Service. Ein Vergleich der Anklagebehörden in Deutschland und England im Hinblick auf die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft* (diss. Augsburg), Baden-Baden: Nomos 2010.

Calewaert 1977
W. Calewaert, 'Naar een Europees strafrecht?', in: W. Calewaert e.a., *Liber amicorum Hermann Bekaert* (Bekaert-bundel), Gent: Snoeck-Ducaju 1977, p. 1-23.

Cassese 1990
A. Cassese, 'Remarks on Scelle's Theory of "role splitting" (dédoublement fonctionnnel) in International Law', *European Journal of International Law* 1990, p. 210-231.

Cleiren 1989
C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Cleiren 1992
C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht. Een onderzoek naar de betekenis van artikel 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Cleiren 2001
C.P.M. Cleiren, 'Waarheid in het strafrecht: niet tot elke prijs', in: C.P.M. Cleiren, R.H. de Bock & C.J.M. Klaassen, *Het procesrecht en de waarheidsvinding* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 9-31.

Cleiren 2003
C.P.M. Cleiren, 'De wetgever aan zet', in: C.H. Brants e.a. (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvordering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 55-79.

Cleiren e.a. 2012
C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.

Cnopius 1905
A.A. Cnopius, 'Art. 33 van het Wetboek van Strafvordering', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1905, p. 197-201.

Corstens 1974
G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid* (diss. Amsterdam UvA), IJmuiden: Vermande 1974.

Corstens & Tak 1982
G.J.M. Corstens & P.J.P. Tak, *Het Openbaar Ministerie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982.

Corstens 1983
G.J.M. Corstens, *De verhouding rechter - openbaar ministerie. Een lat-relatie in het strafrecht* (oratie Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1983.

Corstens 1987
G.J.M. Corstens, 'De wet als bron van strafprocesrecht. De betekenis van art. 1 Sv', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 93-104.

Corstens & Pradel 2003
G.J.M. Corstens & J. Pradel, *Het Europese strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Corstens 2005
G.J.M. Corstens, 'Artikel 12 Sv als laatste strohalm', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 101-108.

Corstens 2006
G.J.M. Corstens, 'Naar een Europees strafrecht?', *Strafblad* 2006, p. 469-478.

Corstens & Fokkens 2011
G.J.M. Corstens & J.W. Fokkens, 'Internationalisering van de rechtspleging', in: W.A.M. van Schendel, J. Storm & M. Beentjes (red.), *Verslag over 2009-2010*, Den Haag: Hoge Raad der Nederlanden 2011, p. 5-12.

Corstens/Borgers 2011
G.J.M. Corstens/M.J. Borgers (bew.), *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Côté 2005
L. Côté, 'Reflections on the Exercise of Prosecutorial Discretion in International Criminal Law', *Journal of International Criminal Justice* 2005, p. 162-186.

Crijns 2012
J.H. Crijns, 'Strafrecht als ultimum remedium. Levend leidmotief of archaïsch desideratum?', *Ars Aequi* 2012, p. 11-18.

Crijns & Geelhoed 2011
J.H. Crijns & W. Geelhoed, 'Wederzijdse erkenning van toezichtmaatregelen als alternatief voor voorlopige hechtenis. Een sprankje hoop voor de preventief gehechte?', in: J.P. van der Leun e.a. (red.), *De vogel vrij* (Moerings-bundel), Den Haag: Boom Lemma 2011, p. 27-44.

Cuperus-Bosma, Van der Wal & Van der Maas 1997
J.M. Cuperus-Bosma, G. van der Wal, & P.J. van der Maas, 'Physician-assisted Death: Policy-making by the Assembly of Prosecutors General in the Netherlands', *European Journal of Health Law* 1997, p. 225-238.

Cuperus-Bosma, Van der Wal & Van der Maas 1998
J.M. Cuperus-Bosma, G. van der Wal, & P.J. van der Maas, 'De rol van het Openbaar Ministerie in de meldingsprocedure euthanasie', *Nederlands Juristenblad* 1998, p. 547-554.

Curtin & Mortelmans 1994
D.M. Curtin & K.J.M. Mortelmans, 'Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script', in: D.M. Curtin & T. Heukels (red.), *Institutional Dynamics of European Integration* (Schermers-bundel, dl. II), Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers 1994, p. 423-466.

Curtin 1997
D.M. Curtin, *Postnational democracy. The European Union in search of a political philosophy* (oratie Utrecht), Den Haag: Kluwer Law International 1997.

Cuyvers 2011
A. Cuyvers, 'Een soeverein hof bewaakt de soevereine staat om het soevereine volk te behoeden voor een soeverein Europa: Het Lisbon Urteil als these en antithese voor de verhouding van Nederland tot de EU', in: J.M.J. van Rijn van Alkemade, J. Uzman, *Soevereiniteit of pluralisme? Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil* Leiden: Universiteit Leiden 2010.

Van Daele 2002
D. van Daele, *Openbaar Ministerie en strafrechtelijk beleid. Een rechtsvergelijkend onderzoek in België, Nederland en Duitsland* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2002.

Van Daele 2003
D. van Daele, *Het Openbaar Ministerie en de afhandeling van strafzaken in Nederland*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2003.

Dando 1970
S. Dando, 'System of Discretionary Prosecution in Japan', *The American Journal of Comparative Law* 1970, p. 518-531.

Danner 2005
A.M. Danner, *Enhancing the Legitimacy and Accountability of Prosecutorial Discretion at the International Criminal Court* 2005.

De Hert, Paepe & Griffioen 2006
P. De Hert, P. Paepe, & H. Griffioen, 'Europees milieustrafrechtarrest. Minder ruimte voor nationale strafbevoegdheden', *Nieuw juridisch weekblad* 2006, p. 482-495.

Delmas-Marty 1994
M. Delmas-Marty, 'Incompatibilities between Legal Systems and Harmonisation Measures. Final Report of the Working Party on a Comparative Study on the Protection of the Financial Interests of the Community', in: *The Legal Protection of the Financial Interests of the Community. Progress and Prospects since the Brussels Seminar of 1989*, Dublin: Oak Tree Press 1994, p. 59-93.

Delmas-Marty 1997
M. Delmas-Marty, *Corpus juris: portant dispositions pénales pour la protection des intérêts financiers de l'Union européenne = introducing penal provisions for the purpose of the financial interests of the European Union*, Parijs: Economica 1997.

Delmas-Marty & Van den Wyngaert 1998
M. Delmas-Marty (leiding), *Corpus Juris houdende strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie*, Antwerpen: Intersentia Rechtswetenschappen 1998.

Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001
M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele (red.), *The implementation of the Corpus Juris in the member states. Penal provisions for the protection of European finances*, Antwerpen: Intersentia 2000-2001.

Delmas-Marty & Vervaele 2001
M. Delmas-Marty & J.A.E. Vervaele (red.), *Corpus juris 2000. Strafbepalingen ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Unie*, Utrecht: Centrum voor Rechtshandhaving en Europese Integratie 2001.

Delmas-Marty 2012
M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford: Hart 2012.

Dettmar 2008
J.S. Dettmar, *Legalität und Opportunität im Strafprozess. Reformdiskussion und Gesetzgebung von 1877 bis 1933*, Berlijn: Berliner Wissenschafts-Verlag 2008.

Van Deutekom 1995
F.A.P.M. van Deutekom, 'Heenzenden', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Dynamisch strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 59-67.

Van Dijck 2003
M. van Dijck, *Gedogen. Over vermogen en onvermogen tot handhaving van wet en recht* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.

Van Dijk 2008
A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen* (diss. Groningen), Apeldoorn: Maklu 2008.

Doek 1980
J.E. Doek, 'Vervolging van minderjarigen en de rol van de kinderrechter', in: V.H. Davelaar-van Tongeren, N. Keijzer & U. van de Pol (red.), *Strafrecht in perspectief*, Arnhem: Gouda Quint 1980, p. 317-327.

De Doelder & 't Hart 1976
H. de Doelder & A.C. 't Hart, 'Verbaliseringsbeleid en opportuniteitsbeginsel', *Delikt en Delinkwent* 1976, p. 204-211.

De Doelder & 't Hart 1985
H. de Doelder & A.C. 't Hart, 'De zeggenschap van het OM over de opsporing en het politiesepot', in: J.C.H. Blom e.a. (red.), *Redenen van wetenschap. Opstellen over de politie veertig jaar na Politiebesluit 1945*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 1-9.

De Doelder 2000
H. de Doelder, 'OM mandaat', *Trema* 2000, p. 279-283.

De Doelder 2002
H. de Doelder, 'Europese opsporing en vervolging', *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 712-725.

De Doelder 2005
H. de Doelder, 'De teloorgang van het opportuniteitsbeginsel', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjesbundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 109-122.

De Doelder 2008
H. de Doelder, 'De strafuitsluitingsgronden anders opgeschreven', in: H. de Doelder (red.), *Caribisch Wetboek van Strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 51-65.

Dohmen 2011
J. Dohmen, 'OM liet misbruikzaken Kerk opzettelijk verjaren in een kastje', *NRC Handelsblad* 2011.

Döhring 1999
S. Döhring, *Ist das Strafverfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht?* (diss. Passau), Frankfurt am Main: Lang 1999.

Domela Nieuwenhuis 1908
J. Domela Nieuwenhuis, 'Boekbespreking' (bespreking van: B. Gewin, *Beginselen van strafrecht*, Leiden: Brill 1907), *Tijdschrift voor Strafrecht* 1908, p. 159-173.

Dommering 1982
E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1982.

Van Dongen 2000
R. van Dongen, 'De Decembermoorden berecht?', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 1137-1144.

Donner 1994
J.P.H. Donner (voorz.), *Het functioneren van het Openbaar Ministerie binnen de rechtshandhaving. Rapport van de Commissie Openbaar Ministerie*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1994.

Donner 2004
J.P.H. Donner, 'De toekomst van strafrechtelijke samenwerking in de Europese Unie', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht* (Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 342-351.

Doorenbos 1992
D.R. Doorenbos, 'EG-recht en strafwetgeving', *Delikt en Delinkwent* 1992, p. 1041-1057.
Dowrick 1983
F.E. Dowrick, 'A Model of the European Communities' Legal System', *Yearbook of European Law* 1983, p. 169-237.
Drenth 1939
J.H. Drenth, *Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij 1939.
Duijst 2009
W.L.J.M. Duijst, *Gezondheidsstrafrecht*, Deventer: Kluwer 2009.
Duisterwinkel 1965
G. Duisterwinkel, *Enige facetten van de taak van het Openbaar Ministerie naar Nederlands recht* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1965.
Duisterwinkel 1968
G. Duisterwinkel, 'Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?', *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1968-I, p. 195-251.
Duisterwinkel 1977
G. Duisterwinkel, 'Taak en functioneren van het Openbaar Ministerie', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1977, p. 121-137.
Duk 1988
W. Duk, 'Beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1988, p. 156-169.
Duker 2010
M.J.A. Duker, 'Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter', *Trema* 2010, p. 238-243.
Duyx 2004
P.D. Duyx, 'De opportuniteit van een onderzoeks- en vervolgingsplicht bij het universaliteitsbeginsel; een rol voor het EHRM?', in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeben (red.), *Via Straatsburg* (Myjer-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 311-341.
Dworkin 1977
R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1977.
Dworkin 1986
R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Belknap Press 1986.

Eckert 1914
M. Eckert, *Legalität und Opportunität im deutschen Strafprozess* (diss. Breslau), Schweidnitz 1914.
Eijsbouts 2010
W.T. Eijsbouts, 'Wir Sind Das Volk. Notes About the Notion of 'The People' as Occasioned by the *Lissabon-Urteil*', *European Constitutional Law Review* 2010, p. 199-222.

Ellian 2008
A. Ellian, 'Enkele overpeinzingen over het islamitische terrorisme en het juridisch onvermogen', in: M. Lauriks (red.), *Strafrecht ad fundum. Een bezinning op de rol van strafrechtelijke fundamenten in de hedendaagse maatschappij*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 29-65.

Van Elst & Boot-Matthijssen 2002
R. van Elst & M. Boot-Matthijssen, 'Wetsvoorstel internationale misdrijven. Enkele knelpunten en mogelijke verbeteringen', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 1742-1750.

Elzinga 2004
H.K. Elzinga, 'Over het laten verjaren van het recht de gevangenisstraf ten uitvoer te leggen', *Ars Aequi* 2004, p. 504-511.

Van Emmerik 2008
M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2008, p. 145-161.

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

Enschedé 1979
Ch.J. Enschedé, 'Wetten en rechters', in: P. Abas e.a. (red.), *Non sine causa* (G.J. Scholten-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1979, p. 49-69.

Enschedé/Bosch 2008
Ch.J. Enschedé/M. Bosch (bew.), *Beginselen van strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008.

Erb 1999
V. Erb, *Legalität und Opportunität. Gegensätzliche Prinzipien der Anwendung von Strafrechtsnormen im Spiegel rechtstheoretischer, rechtsstaatlicher und rechtspolitischer Überlegungen* (hab. Mainz), Berlijn: Duncker und Humblot 1999.

Eriksen & Fossum 2004
E.O. Eriksen & J.E. Fossum, 'Europe at a Crossroads: Government or Transnational Governance?', in: C. Joerges, I.-J. Sand & G. Teubner (red.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart 2004, p. 115-146.

Eriksen & Fossum 2011
E.O. Eriksen & J.E. Fossum, 'Bringing European Democracy Back In - Or How to Read the German Constitutional Court's Lisbon Treaty Ruling', *European Law Journal* 2011, p. 153-171.

Espina Ramos & Vicente Carbajosa 2009
J.A. Espina Ramos & I. Vicente Carbajosa (red.), *The Future European Public Prosecutor's Office*, Madrid: Centro de Estudios Juridicos 2009.

Faber 2009
S. Faber, *De zaak van de Zeeuwse meisjes (1870-1970) en de grenzen van het strafrecht* (afscheidsrede Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit 2009.

Feenstra/Winkel 2002
R. Feenstra/L.C.Winkel (bew.), *Vergelding en vergoeding. Enkele grepen uit de geschiedenis van de onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2002.

Feith 1867
P.R. Feith, 'Bibliographisch album. Regtsgeleerdheid. Letterkundig overzicht', *De Gids* 1867-III, p. 562-586.

Von Feuerbach 1812
P.J.A. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts*, Giessen: Heyer 1812.
Fijnaut & Groenhuijsen 2002
C.J.C.F. Fijnaut & M.S. Groenhuijsen, 'Een Europees openbaar ministerie: kanttekeningen bij het Groenboek', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 1234-1241.
Fionda 1995
J. Fionda, *Public prosecutors and discretion. A comparative study*, Oxford: Clarendon Press 1995.
Foqué & 't Hart 1990
R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
Franssen, Hartmann & Mein 2007
J.J.M. Franssen, A.R. Hartmann & A.G. Mein, *Mandaatregeling Parketmedewerkers Openbaar Ministerie*, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum 2007.
Frederiks 1918
K.J. Frederiks, *Het Oud-Nederlandsch strafrecht. Deel 1*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1918.

Gatgens 2007
E. Gatgens, *Ermessen und Willkür im Straf- und Strafverfahrensrecht. Eine dogmatische und rechtstheoretische Untersuchung zu den Grundlagen strafjuristischer Entscheidungsfindung* (diss. München), Frankfurt am Main: Peter Lang 2007.
Geelhoed 2008a
W. Geelhoed, 'Eurojust en het Europees Openbaar Ministerie', *Strafblad* 2008, p. 598-606.
Geelhoed 2008b
W. Geelhoed, 'Europeesrechtelijke eisen aan de beslissing omtrent de omvang van de vervolging', in: J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & J.M. ten Voorde (red.), *De waarde van waarheid. Opstellen over waarheid en waarheidsvinding in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 139-161.
Geelhoed 2009
W. Geelhoed, 'Omzetting van het kaderbesluit slachtofferzorg in beleidsregels van het Openbaar Ministerie of in formele wetgeving?', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2009, p. 328-334.
Geelhoed 2010a
W. Geelhoed, 'De officier van justitie als *Nichtverfolger*. Een vergelijking tussen het opportuniteitsbeginsel en de beginselplicht tot handhaving', in: G.K. Schoep e.a. (red.), *Vervlechting van domeinen* (De Wijkerslooth-bundel), Deventer: Kluwer 2010, p. 1-15.
Geelhoed 2010b
W. Geelhoed, 'Een Europees Openbaar Ministerie, het opportuniteitsbeginsel en de theorie van *dédoublement fonctionnel*', *Strafblad* 2010, p. 246-256.
Geelhoed 2010c
W. Geelhoed, 'Omzetting van het kaderbesluit slachtofferzorg in formele wetgeving of in beleidsregels van het Openbaar Ministerie? Commentaar op een

implementatietraject', in: M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 69-107.

Geelhoed 2010d
W. Geelhoed, 'Transposition of European Legislation into Prosecution Policy Guidelines: The Example of the Dutch Implementation of the Framework Decision on the Standing of Victims in Criminal Proceedings', *New Journal of European Criminal Law* 2010, p. 328-342.

Geelhoed 2012
W. Geelhoed, 'Europeanisering van het algemeen belang in de strafrechtelijke handhaving', *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 3015-3019.

De Geest 2004
G. de Geest, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap?', *Nederlands Juristenblad* 2004, p. 58-66.

Gérard 2011
Ph. Gérard, 'Het Bundesverfassungsgericht en *ultra vires*-controle na Lissabon: retorische dissidentie', *Sociaal-Economische Wetgeving* 2011, p. 505-524.

Gerards 2011
J.H. Gerards, 'Bescherming van de nationale constitutie tegen internationaal recht? Artikel 94 herzien - een horror juris?', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2011, p. 117-120.

Van Gestel e.a. 2007
R.A.J. van Gestel e.a., 'Rechtswetenschappelijke artikelen. Naar criteria voor methodologische verantwoording', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 1448-1461.

Gewin 1913
B. Gewin, *Beginselen van strafrecht*, Leiden: Brill 1913.

Gil Ibáñez 1999
A.J. Gil Ibáñez, *The Administrative Supervision and Enforcement of EC Law: Powers, Procedures and Limits* (diss. Florence), Oxford: Hart Publishing 1999.

Goldstein & Marcus 1977
A.S. Goldstein & M. Marcus, 'The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, and Germany', *Yale Law Journal* 1977, p. 240-283.

Greeve 1886
L.G. Greeve, 'Boekbespreking' (bespreking van: W. Boot, *De afhankelijkheid van het Openbaar Ministerie ten opzichte van het instellen der strafvordering* (diss. Amsterdam), Amsterdam: Portielje 1885), *Themis* 1886, p. 116-123.

Griffiths, Bood & Weyers 1998
J. Griffiths, A. Bood & H. Weyers, *Euthanasia and Law in the Netherlands*, Amsterdam: Amsterdam University Press 1998.

Grimm 2009
D. Grimm, 'Defending Sovereign Statehood against Transforming the European Union into a State', *European Constitutional Law Review* 2009, p. 353-373.

Groenhuijsen 1985
M.S. Groenhuijsen, *Schadevergoeding voor slachtoffers van delicten in het strafgeding* (diss. Leiden), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1985.

Groenhuijsen 1987
M.S. Groenhuijsen, *Straf en wet. Beschouwingen over de betekenis van het legaliteitsbeginsel in het hedendaagse strafrecht, tegen de achtergrond van actuele legitimatieproblemen* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1987.

Groenhuijsen 1993
M.S. Groenhuijsen, 'Een verhaal over strafrecht en grondslagentheorie', in: G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuijsen & W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 147-163.

Groenhuijsen 1997
M.S. Groenhuijsen, 'De aandacht van de strafrechter' (bespreking van: Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter* (oratie Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1996), *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1997, p. 331-332.

Groenhuijsen & Knigge 2001a
M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 1-55.

Groenhuijsen & Knigge 2001b
M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Groenhuijsen 2002
M.S. Groenhuijsen, 'De dreigende verdachtmaking van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafprocesrecht', *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 437-445.

Groenhuijsen & Knigge 2002
M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002.

Groenhuijsen & Kwakman 2002
M.S. Groenhuijsen & N.J.M. Kwakman, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 773-978.

Groenhuijsen & Knigge 2004
M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Afronding en verantwoording. Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 3-185.

Groenhuijsen 2007
M.S. Groenhuijsen, 'Euthanasia and the Criminal Justice System', *Electronic Journal of Comparative Law* 2007-3.

Groenhuijsen & Van Laanen 2007
M.S. Groenhuijsen & F. van Laanen (red.), *Euthanasia in international and comparative perspective*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Groenhuijsen & Kooijmans 2010
M.S. Groenhuijsen & T. Kooijmans, 'Probleemoplossing door voortschrijdende wetgeving in het strafrecht?', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 419-457.

Grosman 1970
B.A. Grosman, 'The Role of the Prosecutor in Canada', *The American Journal of Comparative Law* 1970, p. 498-507.

Guldenmund, Harding & Sherlock 1995
R.M.A. Guldenmund, C. Harding & A. Sherlock, 'The European Community and Criminal Law', in: Ph. Fennell e.a. (red.), *Criminal justice in Europe. A comparative study*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 107-126.

Hall Williams 1988
J.E. Hall Williams (red.), *The role of the prosecutor*, Aldershot: Avebury 1988.

Van Hamel 1880
G.A. van Hamel, *De grenzen der heerschappij van het strafrecht* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Van Kampen 1880.

Handboek 1823
Handboek voor schouten en assessoren, hoofden van plaatselijke besturen, commissarissen van politie, vrederegters, officieren van justitie; mitsgaders verdere ambtenaren van het openbaar ministerie en van administratieve en regterlijke politie, Gorinchem: Jacobus Noorduyn 1823.

Handleiding rubricering sepotgronden 1983
Ministerie van Justitie, *Handleiding rubricering sepotgronden*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1983.

Harding 1996
C. Harding, 'Models of Enforcement: Direct and Delegated Enforcement and the Emergence of a 'Joint Action' Model', in: C. Harding & B. Swart (red.), *Enforcing European Community Rules. Criminal Proceedings, Administrative Procedures and Harmonization*, Aldershot: Dartmouth 1996, p. 22-42.

Harding 2000a
C. Harding, 'Exploring the Intersection of European Law and National Criminal Law', *European Law Review* 2000, p. 374-390.

Harding 2000b
C. Harding, 'The Identity of European Law: Mapping out the European Legal Space', *European Law Journal* 2000, p. 128-147.

't Hart 1976
A.C. 't Hart, *Om het O.M.* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1976.

't Hart 1983
A.C. 't Hart, 'Spanning en overspanning van de rechtshandhaving', in: A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid*, Leuven: Acco 1983, p. 377-411.

't Hart 1994a
A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving. Een verkenning*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

't Hart 1994b
A.C. 't Hart, 'Straf, recht en waarden', in: M. Moerings (eindred.), *Hoe punitief is Nederland?*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 31-44.

't Hart 1996
A.C. 't Hart, 'Algemeen belang en opportuniteit als rechtsoordelen', in: T.M. Schalken e.a., *De inhoud van het gezag*, Den Haag: Openbaar Ministerie 1996, p. 89-112.

't Hart 2001
A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001.

Hart 2012
H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press 2012.
Harte, Van Leeuwen & Nederpelt 2010
J.M. Harte, M.E. van Leeuwen, & G. van Nederpelt, 'Geweld tegen hulpverleners in de psychiatrie. Strafrechtelijke reactie of niet?', *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 1229-1233.
Harteveld 2001
A.E. Harteveld, 'Positie OM in relatie tot het onderzoek ter terechtzitting; de tenlastelegging als grondslag voor het strafproces', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 179-194.
Den Hartogh 2013
G.A. den Hartogh, 'De definitie van euthanasie in het onderzoek naar medische beslissingen bij het levenseinde', *Nederlands Juristenblad* 2013, p. 798-805.
Den Hartogh 2012
G. den Hartogh, 'De betekenis van de schriftelijke wilsverklaring', *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 734-739.
Hatje & Terhechte 2010
A. Hatje & J.P. Terhechte (red.), *Grundgesetz und europäische Integration. Die Europäische Union nach dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, Baden-Baden: Nomos 2010.
Haveman 1998
R.H. Haveman, *Voorwaarden voor strafbaarstelling van vrouwenhandel* (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 1998.
Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996
J. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.
Hediger 1974
B. Hediger, *Quantitative Betrachtungsweise im Strafrecht und ihre Anwendung im Rahmen des aargauischen Opportunitätsprinzips. Dargestellt am Beispiel der Opportunitätseinstellungen gegenüber den Verkehrsdelikten* (diss. Zürich), Zürich 1974.
Heijder 1983
A. Heijder, 'Tolerantiegrenzen', *Het Tijdschrift voor de Politie* 1983, p. 609-616.
Hellmann 1926
K.F. Hellmann, *Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach heutigem Strafprozeßrecht* (diss. Würzburg) 1926.
HEUNI 1986
HEUNI, *Non-prosecution in Europe. Report of the European seminar held in Helsinki, Finland, 22-24 March 1986*, Helsinki: Helsinki Institute for Crime Prevention and Control 1986.
Hirsch Ballin 1997
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Soevereiniteit in de Europese Unie', *Nederlands Juristenblad* 1997, p. 2005-2010.
Hirsch Ballin 2005
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Constitutionele rechtsvorming in Europees perspectief', *Ars Aequi* 2005, p. 500-504.

Hoekstra 2008
O. Hoekstra, ''Waarom zouden ouderen niet vervolgd hoeven worden?' Officier Kiki Plugge over de 'Rollatorzaak'', *Opportuun* 2008-11, p. 6-8.
Van der Hoeven & Van Loon 1987
E. van der Hoeven & A. van Loon, 'Seponeren en verbaliseren op grond van punten. Een bespreking van het Rotterdamse politiesepot in jeugdzaken', *Delikt en Delinkwent* 1987, p. 356-370.
Hoge Raad der Nederlanden 2010
Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag over 2009-2010*, Den Haag: Hoge Raad der Nederlanden 2010.
Holland 1989
W.A. Holland, *Gewetensbezwaren en strafuitsluitingsgronden* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989.
Horstmann 2002
M. Horstmann, *Zur Präzisierung und Kontrolle von Opportunitätseinstellungen* (diss. Keulen), Berlijn: Duncker & Humblot 2002.
Hubben 2000
J.H. Hubben, 'Toetsingscommissies euthanasie: de vlag uit?', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 1148-1149.
Hubben 2007
J.H. Hubben, 'Naar een alerter strafrecht in de gezondheidszorg', *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 1571-1576.
De Hullu 1993
J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?* (oratie Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993.
De Hullu 2000
J. de Hullu, 'Internationale invloeden op het materiële strafrecht', in: G.J.M. Corstens & M.S. Groenhuijsen (red.), *Rede en recht* (Keijzer-bundel), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 323-341.
De Hullu 2009
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009.
De Hullu 2012
J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2012.
Huls 1985
I. Huls, 'Herbezinning bij het Openbaar Ministerie?', *Ars Aequi* 1985, p. 77-82.
Hulsman 1965
L.H.C. Hulsman, *Handhaving van recht* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1965.
Hulsman 1984
L.H.C. Hulsman, 'Een brief aan Wim over capaciteitstekorten, het niet-tenuitvoerleggen van strafrechtelijke beslissingen en expansieve strafrechtspolitiek', in: J.A. Borman e.a. (red.), *Recht op scherp* (Duk-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 215-227.

Ingelse & Van der Wilt 1996
Ch. Ingelse & H. van der Wilt, 'De Zaak Pinochet. Over Universele Rechtsmacht en Hollandse Benepenheid', *Nederlands Juristenblad* 1996, p. 280-285.
Ingelse 1988
P. Ingelse, 'VN-comité Rassendiscriminatie: kantonrechter ontbindt arbeidsovereenkomst in strijd met verdrag. Te summier gemotiveerde beslissing van Comité laat verdragsschending door Officier van Justitie en Gerechtshof ongemoeid', *Rechtshulp* 1988-11, p. 4-14.

s' Jacob 1936
P. s' Jacob, *Geschiedenis, theorie en practijk van artikel 74 Wetboek van Strafrecht* (diss. Leiden), 's-Gravenhage: Nijhoff 1936.
Jallow 2005
H.B. Jallow, 'Prosecutorial Discretion and International Criminal Justice', *Journal of International Criminal Justice* 2005, p. 145-161.
Jancic 2010
D. Jancic, 'Caveats from Karlsruhe and Berlin: Whither Democracy after Lisbon?', *Columbia Journal of European Law* 2010, p. 337-383.
Jehle & Wade 2006
J.-M. Jehle & M. Wade (red.), *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems. The Rise of Prosecutiorial Power Across Europe*, Berlin/Heidelberg: Springer 2006.
Jehle, Smit & Zila 2008
J.-M. Jehle, P. Smit, & J. Zila, 'The Public Prosecutor as Key-Player: Prosecutorial Case-Ending Decisions', *European Journal on Criminal Policy and Research* 2008, p. 161-179.
Jescheck 1970
H.-H. Jescheck, 'The Discretionary Powers of the Prosecuting Attorney in West Germany', *The American Journal of Comparative Law* 1970, p. 508-517.
Jescheck & Leibinger 1979
H.-H. Jescheck & R. Leibinger (red.), *Funktion und Tätigkeit der Anklagebehörde im ausländischen Recht*, Baden-Baden: Nomos 1979.
Jessurun d'Oliveira 2002
U. Jessurun d'Oliveira, 'Verjaringsrecht: kruisende tendensen', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 2081.
Joerges & Vos 1999
C. Joerges & E. Vos, 'Structures of Transnational Governance and Their Legitimacy', in: J.A.E. Vervaele e.a. (red.), *Compliance and Enforcement of European Community law*, Den Haag: Kluwer Law International 1999, p. 71-93.
De Jong 1981
D.H. de Jong, *De macht van de telastelegging in het strafproces* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1981.
De Jong 1985a
D.H. de Jong, *Rechtsbescherming in een beslissende fase* (oratie Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1985.
Jonk, Malewicz & Hamer 2004
W.R. Jonk, R. Malewicz, & G.P. Hamer, 'Uitleveren of vervolgen in Nederland?', *Strafblad* 2004, p. 27-32.

Jonkers 1953
J.E. Jonkers, 'Boekbespreking' (bespreking van: M.P. Vrij, *Ter effening* (afscheidsrede Groningen), Groningen: Wolters 1948), *Tijdschrift voor Strafrecht* 1953, p. 165-168.
Jörg, Kelk & Klip 2012
N. Jörg, C. Kelk & A.H. Klip, *Strafrecht met mate*, Deventer: Kluwer 2012.
Jung 1993
H. Jung, 'Criminal Justice - A European Perspective', *Criminal Law Review* 1993, p. 237-245.
Jung 2000
H. Jung, 'Europäisches Strafrecht (Teil I)', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 2000, p. 866-878.
Jurgens 1996
G.T.J.M. Jurgens, *Bestuurlijk gedogen. Aanvaardbaarheid en gevolgen van bestuurlijk gedogen in het milieurecht en het ruimtelijk recht* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Kamminga & Tijssen 1995
M.T. Kamminga & M.E.M. Tijssen, 'Pinochet, Nederland en het VN-Verdrag tegen foltering', *NJCM-Bulletin* 1995, p. 986-995.
Kamps 1930
H. Kamps, *Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Strafprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung der Nachkriegsbestimmungen* (diss. Keulen), Köln-Kalk: Welzel 1930.
Kapteyn e.a. 2003
P.J.G. Kapteyn e.a. (red.), *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.
Kausch 1980
E. Kausch, *Der Staatsanwalt, ein Richter vor dem Richter? Unters. zu § 153a StPO* (diss. Bielefeld), Berlijn: Duncker und Humblot 1980.
Keijzer 1981
N. Keijzer, 'Double incrimination: art. 5 lid 1 sub 2e Sr', in: A.J. Bins & J.E. Doek (red.), *Beginselen* (G.E. Mulder-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1981, p. 143-163.
Kelk 1994
C. Kelk, 'Het OM en de straftenuitvoerlegging', in: H. de Doelder, R.M.G.E. Foqué & R.A.F. Gerding (red.), *Taak en functioneren van het OM*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 207-220.
Kelk 2005
C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2005.
Kelk 2008
C. Kelk, *Strafrecht binnen menselijke proporties* (afscheidsrede Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.
Kelk 2010
C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
Van Kempen 2003
P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Waarborgen tegen de ontwrichtende werking van Eurostrafrecht. Over de bedreiging van het Nederlandse materieelstrafrechtelijke

systeem, een Europees 'Algemeen Deel' en een speciale nationale wet voor het strafrecht uit de Europese Unie', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 247-266.

Van Kempen 2006
P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Communautaire doorwerking en straf(proces)recht. Over toepassing van directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid in strafzaken en het belang bij ruimere implementatiemarges', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 73-104.

Van Kempen 2008
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten. Over positieve verplichtingen tot aanwending van strafrecht ter bescherming van fundamentele rechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

Van Kempen & Pieters 2006
P.H.P.H.M.C. van Kempen & B. Pieters, 'Vervolging van ongewenste vreemdelingen. Over ne bis in idem en juridische overmacht bij art. 197 Sr', *Strafblad* 2006, p. 250-257.

Van Ketwich Verschuur 1910
E. van Ketwich Verschuur, 'Legaliteits- of opportuniteitsbeginsel?', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1910, p. 28-39.

Keulen 2005
B.F. Keulen, 'Per amvb naar een nieuwe strafvordering?', in: A.E. Harteveld, D.H. de Jong & E. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling* (Knigge-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 313-330.

Keulen 2007
B.F. Keulen, 'Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie. Naar een beoordelingsschema ter waarborging van karakteristieken van materieel strafrecht in de Europese rechtsruimte' (bespreking van: E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie. Naar een beoordelingsschema ter waarborging van karakteristieken van materieel strafrecht in de Europese rechtsruimte* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006), *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2007, p. 36-39.

Kiiver 2009
P. Kiiver, 'Het Lissabon-Urteil van het Duitse Constitutionele Hof', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2112-2116.

Kiiver 2010
P. Kiiver, 'The Lisbon Judgment of the German Constitutional Court: A Court-Ordered Strengthening of the National Legislature in the EU', *European Law Journal* 2010, p. 578-588.

Klip 2002a
A.H. Klip, 'Komt er een eind aan de nationale strafvervolging van internationale misdrijven?', in: P.M. van Russen Groen, D.S. Schreuders & C. Waling (red.), *Iets bijzonders* (Wladimiroff-bundel), 's-Gravenhage: Sdu 2002, p. 263-279.

Klip 2002b
A.H. Klip, 'Kroniek van het grensoverschrijdende strafrecht', *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 1590-1596.

Klip 2006a
A.H. Klip, 'Europese integratie en harmonisatie en het strafrecht', in: *Europese integratie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2006-I), Deventer: Kluwer 2006, p. 105-154.

Klip 2006b
A.H. Klip, 'Recente rechtspraak strafrecht en Europese Unie', *Delikt en Delinkwent* 2006, p. 1052-1070.

Klip 2009
A.H. Klip, 'Op weg naar minder opportuniteit?', *Delikt en Delinkwent* 2009, p. 185-196.

Klip 2010
A.H. Klip, 'Totaalstrafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 583-592.

Klip 2011
A.H. Klip, 'Rechtsmacht heroverwogen', *Delikt en Delinkwent* 2011, p. 615-625.

Klip 2013
A.H. Klip, 'De resocialisatiegedachte', *Delikt en Delinkwent* 2013.

Klip & Massa 2010
A.H. Klip & A.-S. Massa, *Communicerende grondslagen van extraterritoriale rechtsmacht. Onderzoek naar de grondslagen voor extraterritoriale rechtsmacht in België, Duitsland, Engeland en Wales en Nederland met conclusies en aanbevelingen voor de Nederlandse (wetgevings-)praktijk*, Den Haag: Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum 2010.

Knigge 1994
G. Knigge, 'Strafvordering in het geding', in: *Herbezinning op (de grondslagen van) het Wetboek van Strafvordering* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1994-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 37-116.

Knigge 2001
G. Knigge, 'De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 93-124.

Knoops 2004a
G.G.J. Knoops, 'Discretionaire en legitimiteitsgrenzen van internationaal strafrechtelijke vervolgingen', in: M. Boone e.a. (red.), *Discretie in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 107-120.

Knoops 2004b
G.J.A. Knoops, 'Challenging the Legitimacy of Initiating Contemporary International Criminal Proceedings. Rethinking Prosecutorial Discretionary Powers from a Legal, Ethical and Political Perspective', *Criminal Law Forum* 2004, p. 365-390.

Komárek 2007
J. Komárek, 'European Constitutional Pluralism and the European Arrest Warrant. Contrapunctual Principles in Disharmony', in: F.G. Snyder (red.), *Designing the European Union*, Brussel: Bruylant 2007, p. 157-186.

Komárek & Avbelj 2012
J. Komárek & M. Avbelj (red.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart 2012.

Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen 2011
Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen, *De Nederlandse wetenschapsagenda*, Amsterdam: Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen 2011.

Kooijmans & Meijer 2007
T. Kooijmans & S. Meijer, 'De positie van het openbaar ministerie in de executiefase na inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening', *Delikt en Delinkwent* 2007, p. 446-464.

Kortmann 2001
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2001.

Kortmann/Bovend'Eert e.a. 2012
C.A.J.M. Kortmann/P.P.T. Bovend'Eert e.a. (bew.), *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012.

Ter Kuile 2002
B.H. ter Kuile, *Nederlandse Euthanasiewetgeving. Een juridische beschouwing*, Deventer: Kluwer 2002.

Kumm 1999
M. Kumm, 'Who Is the Final Arbiter of Consitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship Between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice', *Common Market Law Review* 1999, p. 351-386.

Kwakman 2009
N.J.M. Kwakman, 'Feit en norm in het strafrecht. Over de strafrechtelijk relevante causaliteit en deelplegen', in: E. Gritter (red.), *Opstellen Materieel Strafrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 77-105.

La Torre 1999
M. La Torre, 'Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law', *Ratio juris* 1999, p. 182-195.

LaFave 1970
W.R. LaFave, 'The Prosecutor's Discretion in The United States', *The American Journal of Comparative Law* 1970, p. 532-548.

Lagodny 2004
O. Lagodny, 'Schutz des Lebens durch Strafverfahren im Lichte von Art. 2 EMRK und Folgerungen für das Legalitätsprinzip', in: J. Renzikowski (red.), *Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht. Grundlagen einer europäischen Rechtskultur*, Zürich: Schulthess 2004, p. 83-95.

Lam 2004
T.E.P.A. Lam, 'Handhaving: een samenspel van beginselen', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 113-127.

Lammers 1975
G. Lammers, 'Herziening militair straf- en tuchtrecht; (de)kriminalisering, (de)penalisering', *Militair rechtelijk tijdschrift* 1975, p. 65-71.

Van der Landen 1994
D. van der Landen, 'Naar een GeUNIEficeerd strafrecht?', *Delikt en Delinkwent* 1994, p. 921-939.

Langbein & Weinreb 1978
J.H. Langbein & L.L. Weinreb, 'Continental Criminal Procedure: "Myth" and Reality', *Yale Law Journal* 1978, p. 1549-1569.
De Lange 2003
A. de Lange, 'Schone handel. De emissiehandel in broeikasgassen strafrechtelijk beschermd?', *Tijdschrift voor Onderneming en strafrecht* 2003, p. 42-51.
Langemeijer 2010
F.F. Langemeijer, *Het slachtoffer en het strafproces*, Deventer: Kluwer 2010.
Langemeijer 1950
G.E. Langemeijer, '"Subsocialiteit", materiële wederrechtelijkheid, "Zumutbarkeit" (Naar aanleiding van prof.mr. M.P. Vrij's afscheidscollege "Ter effening")', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1950, p. 6-18.
Langemeijer 1983
G.E. Langemeijer, 'Opportuniteit', in: E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 295-301.
Lawson 2008
R.A. Lawson, 'Wild, wilder, wildst. Over de ruimte die het EVRM laat voor de vervolging van kwetsende politici', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 469-484.
Van der Lee 2003
P.P. van der Lee, *Legitimiteit en onpartijdigheid bij vervolging. Een vergelijking van de verhouding tussen het openbaar ministerie en de minister van Justitie in Frankrijk, Italië en Nederland* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu 2003.
Legemaate 2006
J. Legemaate, *Medisch handelen rond het levenseinde*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006.
Leigh & Hall Williams 1981
L.H. Leigh & J.E. Hall Williams, *The Management of the Prosecution Process in Denmark, Sweden and the Netherlands*, Leamington Spa: Hall 1981.
Lensing & Mulder 1994
J.A.W. Lensing & G.E. Mulder, *Hoofdbeginselen van strafprocesrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.
Ligeti 2013a
K. Ligeti (red.), *Draft EU model rules of criminal procedure*, Luxemburg: Université du Luxembourg 2013.
Ligeti 2013b
K. Ligeti (red.), *Toward a Prosecutor for the European Union. Volume 1: A Comparative Analysis*, Oxford: Hart 2013.
Lindahl 2009
H. Lindahl (red.), *A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Fault Lines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford: Oxford University Press 2009.
Van der Linden 1847
G.M. van der Linden, 'Beschouwing van eenige punten uit het Wetboek van Strafvordering', *Themis* 1847, p. 537-574.
Lindenberg 2002
K. Lindenberg (samenst.), *Van Ort tot ORO. Een verzameling van de werken die hebben geleid tot het Oorspronkelijk Regeringsontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering (1914)*, Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2002.

Lindseth 2010
P.L. Lindseth, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-state*, New York: Oxford University Press 2010.
Lock 2009
T. Lock, 'Why the European Union is Not a State. Some Critical Remarks', *European Constitutional Law Review* 2009, p. 407-420.
Loof 2010
J.P. Loof, 'Schipholbrand, strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid en positieve verplichtingen ex artikel 3 EVRM', *NJCM-Bulletin* 2010, p. 620-629.
Loth 2000
M.A. Loth, *Dwingend en aanvullend recht*, Deventer: Kluwer 2000.
Luchaire 1950
F. Luchaire, 'L'exercice de la fonction exécutive du Droit international par les Organes étatiques (Etude théorique et appliquée à la Constitution française)', in: S. Bastid e.a., *La technique et les principes du droit public* (Scelle-bundel), Parijs: Librairie générale de droit et de jurisprudence 1950, p. 815-859.
Luchtman 2007
M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie. Over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU-verband* (diss. Utrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.
Luna & Wade 2012
E.G. Luna & M. Wade, *The Prosecutor in Transnational Perspective*, New York: Oxford University Press 2012.

Van Maanen 1860
C.F.Th. van Maanen, *Het openbaar Ministerie in Nederland*, 's-Gravenhage: Visser 1860.
Van Maarseveen 1948
J.H. van Maarseveen, 'Verkeersovertredingen (circulaire MvJ)', *Algemeen Politieblad* 1948, p. 95.
MacCormick 1978
N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press 1978.
MacCormick 1999
N. MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press 1999.
MacCormick 2004
N. MacCormick, 'Questioning "post-sovereignty"' (bespreking van: N. Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart 2003), *European Law Review* 2004, p. 852-863.
MacCormick 2005
N. MacCormick, *Rhetoric and the Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford: Oxford University Press 2005.
MacCormick 2007a
N. MacCormick, 'A Common Approach to Crime? Observations on the European Arrest Warrant and the Democratic Deficit', in: H. Müller-Dietz e.a. (red.), *Festschrift für Heike Jung zum 65. Geburtstag* (Jung-bundel), Baden-Baden: Nomos 2007, p. 535-541.

MacCormick 2007b
N. MacCormick, *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press 2007.
MacCormick 2008
N. MacCormick, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press 2008.
Machielse 1987
A.J.M. Machielse, 'Executie: plicht of bevoegdheid?', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Straffen in gerechtigheid. Opstellen over sancties en executie* (Jonkers-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 155-167.
Maiazza 2003
R. Maiazza, *Das Opportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts* (diss. Freiburg i. Br.), Herbolzheim: Centaurus 2003.
Malluche 1978
H.-R. Malluche, *Opportunitätsprinzip, Überprüfung der Rechtsprechung* (diss. Würzburg) 1978.
Manunza & Senden 2006
E. Manunza & L. A. J. Senden (red.), *De EU: de interstatelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
Marguery 2008
T.P. Marguery, *Unity and diversity of the public prosecution services in Europe. A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems* (diss. Groningen) 2008.
Meijer, Seuters & Ter Haar 2010
G.H. Meijer, A. Seuters & R. ter Haar (red.), *Leerstukken strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010.
Meijer 2010
S. Meijer, 'Tenuitvoerlegging en vertrouwen: vertrouwen als onmisbaar element bij de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties', in: R.S.T. Gaarthuis, T. Kooijmans & Th.A. de Roos (red.), *Vertrouwen in de strafrechtspleging*, Deventer: Kluwer 2010, p. 73-86.
Meijer 2012
S. Meijer, *Openbaar ministerie en tenuitvoerlegging. De taak van het openbaar ministerie tot tenuitvoerlegging van door de rechter opgelegde strafrechtelijke sancties vanuit constitutioneel en strafrechtsdogmatisch perspectief bezien* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.
Meister 1993
F. Meister, *L'autorité de poursuite et le classement pour des raisons d'opportunité en procédure pénale. Etude des droits français, allemand et suisse (droit fédéral et droit vaudois)* (diss. Lausanne), Tolochenaz: Chabloz 1993.
Melai 1973a
A.L. Melai, 'Bezetting Pedagogische Academie Beverwijk', *Ars Aequi* 1973, p. 407-415.
Melai 1973b
A.L. Melai, 'Het OM, de vervolging en de rechter', *Delikt en Delinkwent* 1973, p. 225-227.

Melai 1973c
A.L. Melai, 'Het strafproces geen zuiveringsproces', *Delikt en Delinkwent* 1973, p. 457-460.
Melai 1993
A.L. Melai, 'Doel en Middelen. Instrumentaliteit als Archimedisch punt in het recht', in: G.C.G.J. van Roermund, M.S. Groenhuijsen & W.J. Witteveen (red.), *Symposium strafrecht. Vervolg van een grondslagendebat*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 165-192.
Melai/Groenhuijsen
A.L. Melai e.a. (red.), *Het Wetboek van Strafvordering*, Deventer: Kluwer (losbl.).
Menéndez 2011
A.J. Menéndez, 'From Constitutional Pluralism to a Pluralistic Constitution? Constitutional Synthesis as a MacCormickian Constitutional Theory of European Integration', in: A.J. Menéndez & J.E. Fossum (red.), *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory. The Post-Sovereign Constellation*, Dordrecht: Springer 2011, p. 211-241.
Menéndez & Fossum 2011
A.J. Menéndez & J.E. Fossum (red.), *Law and Democracy in Neil MacCormick's Legal and Political Theory. The Post-Sovereign Constellation*, Dordrecht: Springer 2011.
Meuwese 2011
A.C.M. Meuwese, 'Staatscommissie Thomassen: De Grondwet als gereedschapskist voor de rechter', *Ars Aequi* 2011, p. 291-298.
Mevis 1998
P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.
Mevis 2009
P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht. Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.
Mevis 2011
P.A.M. Mevis, 'Verdient het beroepsrecht van de arts codificatie als strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht?', *Ars Aequi* 2011, p. 549-557.
Michiels 1991
F.C.M.A. Michiels, 'Handhaving van het publiekrechtelijk bouwrecht', in: *Handhaving van bouwrecht* (Preadviezen voor de Vereniging voor Bouwrecht), Deventer: Kluwer 1991, p. 1-90.
Michiels 2000
F.C.M.A. Michiels, 'Belangenafweging bij sanctiebesluiten', *Ars Aequi* 2000, p. 111-117.
Michiels 2004
F.C.M.A. Michiels (red.), *Staats- en bestuursrecht: tekst en materiaal*, Deventer: Kluwer 2004.
Minkenhof/Reijntjes 2009
J.M. Reijntjes, *Minkenhof's Nederlandse strafvordering*, Deventer: Kluwer 2009.
Mittermaier, Schmidt-Ernsthausen & Thiersch 1906
G.G.W. Mittermaier, R. Schmidt-Ernsthausen & Thiersch, 'Legalitätsprinzip und Ausdehnung der Privatklage', in: P. F. Aschrott (red.), *Reform des Strafprozesses.*

Kritische Besprechungen der von der Kommission für die Reform des Strafprozesses gemachten Vorschläge, Berlijn: Guttentag 1906, p. 147-219.

Mnookin & Marra 2012
R.H. Mnookin & W. Marra, 'Rethinking the Tension between Peace and Justice: The International Criminal Prosecutor as Diplomat', (18) *Harvard Negotiation Law Review* 2012-1.

Van der Molen-Maesen 1984
P.M.H. van der Molen-Maesen, 'O.M. en politie-sepot', *Het Tijdschrift voor de Politie* 1984, p. 1-4.

Mom Visch 1887
D.J. Mom Visch, 'Over en naar aanleiding van een standaardwerk' (bespreking van: J. Glaser, *Handbuch des Strafprozesses*, Leipzig: Duncker & Humblot 1883-1885), *Rechtsgeleerd Magazijn* 1887, p. 169-181.

Moons 1969
J.M.A.V. Moons, 'Het opportuniteitsbeginsel. Enige notities over zijn inhoud en omvang', *Nederlands Juristenblad* 1969, p. 485-495, 521-529.

Moorman van Kappen 2006
O. Moorman van Kappen, 'Het Crimineel Wetboek voor het Koningrijk Holland van 1809 in het licht van zijn wordingsgeschiedenis', in: J. Hallebeek & A.J.B. Sirks (red.), *Nederland in Franse schaduw. Recht en bestuur in het Koninkrijk Holland (1806-1810)*, Hilversum: Verloren 2006, p. 201-220.

Mostert 1968
P. Mostert, 'Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?', *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1968-I, p. 253-376.

Mulder 1957
G.E. Mulder, 'Het subsociale - werking, of bestanddeel van het delict?', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1957, p. 216-245.

Mulder 1987
G.E. Mulder, 'Vage normen', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 409-427.

Mulder 1919
J.P.H. Mulder, *De vervolgingstaak van het Openbaar Ministerie* (diss. Amsterdam VU), Rotterdam: Libertas 1919.

Müller 1972
H. Müller, *Das Opportunitätsprinzip im Kanto Aargau* 1972.

Van den Munckhof 2008
R. van den Munckhof, 'Strafbare overheden volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens', *Strafblad* 2008, p. 572-577.

Murkens 2010
J.E.K. Murkens, '"We Want Our Identity Back''. The Revival of National Sovereignty in the German Federal Constitutional Court's Decision on the Lisbon Treaty', *Public Law* 2010, p. 530-550.

Naeyé 2010
J. Naeyé, *Burgerarrest* (afscheidsrede Amsterdam VU), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010.

Nagel 1955
W.H. Nagel, 'In memoriam professor mr M.P. Vrij', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1955, p. 1-26.
Nan 2011
J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu 2011.
Nergelius 2009
J. Nergelius, *The Constitutional Dilemma of the European Union*, Groningen: Europa Law Publishing 2009.
Van der Net 1996
C.B. van der Net, 'Locus delicti op het internet', *Computerrecht* 1996, p. 90-94.
Van der Net 2000
C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht* (diss. Leiden), Deventer: Gouda Quint 2000.
Van der Neut & Simmelink 1983
J.L. van der Neut & J.B.H.M. Simmelink, 'Requiem voor het bezwaarschrift tegen de dagvaarding', in: A.C. 't Hart e.a. (red.), *Strafrecht in balans* (Geurts-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 135-174.
Neyer 2010
J. Neyer, 'Justice, not democracy in the European Union', *Journal of Common Market Studies* 2010, p. 903-921.
Neyer 2012
J. Neyer, *The Justification of Europe. A Political Theory of Supranational Integration*, Oxford: Oxford University Press 2012.
Nicol 2012
D. Nicol, 'Can Justice Dethrone Democracy in the European Union? A Reply to Jürgen Neyer', *Journal of Common Market Studies* 2012.
Nieboer 1991
W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991.
Nieuwenhuis 2011
A. Nieuwenhuis, 'Het EHRM en de ontwikkeling van de positieve verplichtingen', in: A. Nieuwenhuis, J.H. Reestman & C.M. Zoethout (red.), *Rechterlijk activisme* (Peters-bundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 183-199.
Nieuwenhuis 2008
J.H. Nieuwenhuis, 'Waarom hebben Belgen 's maandags pleisters op hun wangen?', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2008, p. 189-190.
Nijboer 1996
J.F. Nijboer, 'Rechtsvinding door de strafrechter, bijvoorbeeld wat betreft de strafbaarheid van (eu)thanatisch handelen', *Trema* 1996, p. 336-342.
Nijboer 2000
J.F. Nijboer, *De taken van de strafrechter*, Deventer: Gouda Quint 2000.
Nijboer & Wemes 1990
J.F. Nijboer & L.T. Wemes, *Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme. De analytische waarde van het onderscheid tussen materieel en formeel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990.
Noyon 1926
T.J. Noyon, *Het Wetboek van Strafvordering*, Arnhem: Gouda Quint 1926.

Noyon/Langemeijer/Remmelink
T.J. Noyon/G.E.Langemeijer/J.Remmelink (bew.), *Het Wetboek van Strafrecht* (voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse), Deventer: Kluwer (losbl.).
Nsereko 2005
D.D.N. Nsereko, 'Prosecutorial Discretion before National Courts and International Tribunals', *Journal of International Criminal Justice* 2005, p. 124-144.
Nunnikhoven 1983
C.G. Nunnikhoven, 'Politie, Openbaar Ministerie en Kinderrechter', *Het Tijdschrift voor de Politie* 1983, p. 395-398.

Onwuteaka-Philipsen e.a. 2007
B.D. Onwuteaka-Philipsen e.a., *Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, Den Haag: ZonMw 2007.
Osinga 1993
P. Osinga, 'Politietransactie bij misdrijven', *Delikt en Delinkwent* 1993, p. 399-413.
Overwater 1951
J. Overwater (voorz.), *Rapport van de commissie ingesteld met het doel van advies te dienen over de vraag in welke richting het rijkstucht- en opvoedingswezen en in verband daarmede het kinderstrafrecht zich zullen moeten ontwikkelen*, Den Haag: Staatsdrukkerij- en Uitgeverijbedrijf 1951.

Paschmanns 1988
N. Paschmanns, *Die staatsanwaltschaftliche Verfahrenseinstellung wegen Geringfügigkeit nach §§ 153, 153a StPO. Entscheidungsgrenzen und Entscheidungskontrolle*, Frankfurt am Main: Lang 1988.
Peijster 1964
C.N. Peijster, 'Het politiële sepôt', *Het Tijdschrift voor de Politie* 1964, p. 97-101.
Pernice 1999
I. Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?', *Common Market Law Review* 1999, p. 703-750.
Perrodet 2001
A. Perrodet, *Étude pour un ministère public européen* (diss. Parijs I), Parijs: LGDJ 2001.
Peters 1966
A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1966.
Peters 1972
A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1972.
Peters 1993
A.A.G. Peters, 'Gezag in de Nederlandse strafrechtspleging', in: A.A.G. Peters, *Recht als kritische discussie*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 107-143.
Peters & Boogaard 2010
J.A. Peters & G. Boogaard, 'Staatscommissie Thomassen: te voorzichtig', *Nederlands Juristenblad* 2010, p. 2802-2808.

Phelan 1997
D.R. Phelan, *Revolt or revolution. The constitutional boundaries of the European Community*, Dublin: Round Hall 1997.

Pieterman 1990
R. Pieterman, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920. Politiek-juridische ideeënstrijd over de scheiding van machten in de staat* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1990.

De Pinto 1886-1888
A.A. de Pinto, *Het herziene Wetboek van Strafvordering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1886-1888.

De Pinto 1844
A. de Pinto, *Handleiding tot de Wet op de Regterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie*, 's-Gravenhage: Belinfante 1844.

De Pinto/De Pinto 1880
A. de Pinto/A.A. de Pinto (bew.), *Handleiding tot de Wet op de Regterlijke Organisatie en het Beleid der Justitie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1880.

De Pinto/De Pinto 1882
A. de Pinto/A.A. de Pinto (bew.) (bew.), *Handleiding tot het Wetboek van Strafvordering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1882.

Pliakos & Anagnostaras 2011
A. Pliakos & G. Anagnostaras, 'Who is the Ultimate Arbiter? The Battle Over Judicial Supremacy in EU Law', *European Law Review* 2011, p. 109-123.

Van Poelje & Polak 1950
S.O. van Poelje & C.H.F. Polak, *Het begrip 'algemeen belang' in de verschillende onderdelen van het administratieve recht* (Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht, nr. XIX), Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1950.

Van de Pol 1987
U. van de Pol, 'Zeggenschap van de rechter over de executie', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten* (Remmelink-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 489-503.

Polak 2005
J.E.M. Polak, 'Bestuursrechtelijke handhaving: bevoegdheid of verplichting? Hebben juristen niets meer te bieden?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, p. 201-214.

Pols 1889
M.S. Pols, *Leiddraad bij de voorlezingen over strafrecht en strafvordering*, 's-Gravenhage: Nijhoff 1889.

Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006
C.W. van der Pot/D.J.Elzinga & R.de Lange (bew.), *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Pott 1996
C. Pott, *Die Ausserkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO. Zugleich ein Beitrag zu einer kritischen Strafverfahrensrechtstheorie* (diss. Frankfurt am Main), Frankfurt am Main: Lang 1996.

Raad van Europa 2000
Raad van Europa, *What public prosecution in Europe in the 21st century*, Straatsburg: Raad van Europa 2000.
Redactie Themis 1865
Redactie Themis, 'Openbaar Ministerie', *Themis* 1865, p. 550-555.
Redactie Weekblad van het recht 1904
Redactie Weekblad van het recht, 'Openbaar Ministerie en rechterlijke macht', (8144) *Weekblad van het Recht* 1904, p. 4.
Reestman 2009
J.H. Reestman, 'The Franco-German Constitutional Divide. Reflections on National and Constitutional Identity', *European Constitutional Law Review* 2009, p. 374-390.
Reijntjes 2005
J.M. Reijntjes, *Een afrekening. Over het toerekenen van gedrag aan daders en mededaders* (afscheidsrede Open Universiteit), Deventer: Kluwer 2005.
Van Rest 1991
P.H.S. van Rest, *Het ambtelijk bevel als strafuitsluitingsgrond. Beschouwingen over art. 43 Sr* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1991.
Reydams, Wouters & Ryngaert 2012
L. Reydams, J. Wouters & C. Ryngaert (red.), *International Prosecutors*, Oxford: Oxford University Press 2012.
Van Rijn 1983
J.H.C. van Rijn, 'Politie-sepot: een uitkomst voor het Openbaar Ministerie of voor de politie?', *Het Tijdschrift voor de Politie* 1983, p. 621-625.
Roelvink e.a. 2002
H.L.J. Roelvink e.a., *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag: 2002.
Röling 1953
B.V.A. Röling, 'Opmerkingen over het subsociale als element van het strafbaar feit', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1953, p. 259-287.
Röling 1963
B.V.A. Röling, 'Het volkenrecht en het nationale strafrecht', in: Van Bemmelen e.a. (red.), *Rechtvaardigheid en menselijkheid*, Leiden: Brill 1963, p. 378-398.
De Roos 1987
Th.A. de Roos, *Strafbaarstelling van economische delicten. Een crimineel-politieke studie* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1987.
Rose 2006
R. Rose, *Der Rechtsschutz des Beschuldigten gegen die Einstellung des Strafverfahrens nach den Opportunitätsvorschriften der Strafprozessordnung* (diss. Konstanz), Frankfurt am Main: Lang 2006.
Van Rosmalen, Kalidien & De Heer-de Lange 2012
M.M. van Rosmalen, S.N. Kalidien & N.E. de Heer-de Lange, *Criminaliteit en rechtshandhaving 2011. Ontwikkelingen en samenhangen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012.
Rozemond 1965
S. Rozemond, *De politieke strafzaak. Rechtsgronden en beleidsoverwegingen* (diss. Leiden), Meppel: Boom 1965.

Rozemond 2007
K. Rozemond, 'De casuïstische grenzen van het materiële strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2007, p. 465-495.
Rozemond 2008
N. Rozemond, 'De rechtsvindingsleemte in het strafrecht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2008, p. 13-18.
Rozemond 2012
K. Rozemond, 'Euthanasie en dementie: het actuele verlangen en het reële alternatief', *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 314-319.
Rozie 1977
M. Rozie, 'De strafrechtelijke verantwoordelijkheid en bescherming van ambtenaren en andere personeelsleden van de Europese Gemeenschappen', in: W. Calewaert e.a., *Liber amicorum Hermann Bekaert* (Bekaert-bundel), Gent: Snoeck-Ducaju 1977, p. 356-365.
Rubricering sepotgronden 1986
Rubricering sepotgronden, Den Haag: Ministerie van Justitie 1986.
Rüter 1989
C.F. Rüter, 'Eliminatie door harmonisatie; Nederlands strafrecht na 1990', *Ars Aequi* 1989, p. 522-531.
Rüter & Swart 1986
C.F. Rüter & A.H.J. Swart, 'De toepasselijkheid van de Nederlandse strafwet; van locus delicti naar goede rechtsbedeling', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 243-274.

Sand 2004
I.-J. Sand, 'Polycontextuality as an Alternative to Constitutionalism', in: C. Joerges, I.-J. Sand & G. Teubner (red.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart 2004, p. 41-65.
Satzger 2012
H. Satzger, *International and European Criminal Law*, München: Beck 2012.
Scelle 1932-1934
G. Scelle, *Précis de droit des gens. Principes et systématique*, Parijs: Recueil Sirey 1932-1934.
Scelle 1936
G. Scelle, 'Théorie et pratique de la fonction exécutive en droit international', *Recueil des cours de l'Académie de La Haye* 1936, p. 87-202.
Scelle 1956
G. Scelle, 'Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel', in: W. Schätzel & H.-J. Schlochauer (red.), *Rechtsfragen der Internationale Organisation* (Wehberg-bundel), Frankfurt am Main: Klostermann 1956, p. 324-342.
Schaffmeister & Heijder 1983
D. Schaffmeister & A. Heijder, 'Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht', in: E. André de la Porte e.a. (red.), *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 441-474.
Schalken 1984
T.M. Schalken, 'Het politie-sepot en de mandaatsverhouding tussen openbaar ministerie en politie', *Het Tijdschrift voor de Politie* 1984, p. 5-11.

Schalken 1985
T.M. Schalken, 'Euthanasie en handhaving van recht. Normatieve, procedurele en strafrechtspolitieke aspecten van het vervolgingsbeleid', in: J. de Graaf e.a., *Euthanasie. Recht, ethiek en medische praktijk*, Deventer: Kluwer 1985, p. 107-173.

Schalken 1989
T.M. Schalken, 'HR en politiesepot: de carriere van een parkeerwachter', *Nederlands Juristenblad* 1989, p. 917-918.

Scheltema 1975
M. Scheltema, 'De vrijheid van overheidsorganen om publiekrechtelijke bevoegdheden door anderen te laten uitoefenen. Enige opmerkingen over delegatie en mandaat van beschikkingsbevoegdheid', in: E.A. Alkema e.a., *Vrijheid en recht* ('s Jacob-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1975, p. 235-246.

Van Schijndel 2006
R.A.M. van Schijndel, 'De implementatie van het kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure: een veeleisend Europa of een behoudend Nederland', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 173-186.

Schilling 1996
T. Schilling, *Rejoinder: The Autonomy of the Community Legal Order* (Harvard Jean Monnet Working Paper 96/10) 1996.

Schilling 1996
T. Schilling, 'The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations', (37) *Harvard International Law Journal* 1996, p. 389-409.

Schirrmacher 1998
G. Schirrmacher, *Neue Reaktionen auf umweltdeliktisches Verhalten. Zugleich ein Beitrag zur Konkretisierung des Anwendungsbereichs des § 153a StPO* (diss. Osnabrück), Osnabrück: Rasch 1998.

Schmalenbach 2011
K. Schmalenbach, 'Pacta sunt servanda', in: O. Dörr & K. Schmalenbach (red.), *Vienna Convention on the Law of Treaties*, Berlijn: Springer 2011, p. 427-451.

Schmatz 1966
H.P. Schmatz, *Die Grenzen des Opportunitätsprinzips im heutigen deutschen Polizeirecht* (diss. München), Berlijn: Duncker & Humblot 1966.

Schüller 1843
C.L. Schüller, *Wetboek van strafvordering, met aanteekeningen*, Utrecht: Van der Post 1843.

Schutgens 2011
R.J.B. Schutgens, 'Het Rapport van de Staatscommissie Grondwet', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2011, p. 202-214.

Schutte 1991
J.J.E. Schutte, 'Verandering van wetgeving en verandering van strafrechtelijk beleid als gevolg van de uitvoeringsovereenkomst van Schengen', *Delikt en Delinkwent* 1991, p. 748-753.

Sevenster 1992
H.G. Sevenster, 'Criminal Law and EC Law', *Common Market Law Review* 1992, p. 29-70.

Shaw 1999
J. Shaw, 'Postnational Constitutionalism in the European Union', *Journal of European Public Policy* 1999, p. 579-597.
Sieben 2010
G.M.C. Sieben, 'Julio P. voor de Nederlandse rechter? Nederlandse strafvervolging voor internationale misdrijven', *Delikt en Delinkwent* 2010, p. 966-985.
Sieber 1994
U. Sieber, 'European Unification and European Criminal Law', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1994, p. 86-104.
Simmelink & Baaijens-van Geloven 2001
J.B.H.M. Simmelink & Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'Vervolging en rechtsbescherming', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 387-496.
Simmelink 2004
J.B.H.M. Simmelink, 'Rondom de vervolgingsbeslissing', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 189-242.
Simonis & De Wijkerslooth 2004
J. Simonis & J.L. de Wijkerslooth, 'Het EVRM en het recht op strafrechtelijke handhaving', in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeben (red.), *Via Straatsburg* (Myjerbundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 15-43.
Simons 1907
D. Simons, 'Minister van Justitie of rechtbank', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1907, p. 32-42.
Simons 1925
D. Simons, *Beknopte handleiding tot het Wetboek van Strafvordering*, Haarlem: De Erven F. Bohn 1925.
Simons/Pompe 1937-1941
D. Simons/W.P.J. Pompe (bew.), *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht*, Groningen: Noordhoff 1937-1941.
Singelnstein & Stolle 2006
T. Singelnstein & P. Stolle, 'Völkerstrafrecht und Legalitätsprinzip - Klageerzwingungsverfahren bei Opportunitätseinstellungen und Auslegung des § 153f StPO', *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 2006, p. 118-122.
Van Sliedregt 2013
E. van Sliedregt, 'Immuniteit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?', in: *Immuniteiten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2013-I), Deventer: Kluwer 2013, p. 143-209.
Sluiter 2007
G.K. Sluiter, 'Naar een slachtoffergericht internationaal strafproces?', in: M.M. Dolman, P.D. Duyx & H.G. van der Wilt (red.), *Geleerde lessen* (Stolwijk-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 187-202.
Smidt 1881-1886
H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Haarlem: Tjeenk Willink 1881-1886.

Smidt 1893
H.J. Smidt, 'Circulaire van den Minister van Justitie, van den 27sten Juni 1893, houdende aanbeveling aan de vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie om slechts dan vervolgingen in te stellen als de gepleegde feiten de openbare orde of het algemeen belang geschaad hebben', *Bijvoegsel tot het Staatsblad* 1893-193.

Smidt & Smidt 1886-1887
H.J. Smidt & E.A. Smidt, *Wetboek van Strafvordering met de geschiedenis der wijzigingen daarin gebracht bij de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1886-1887.

Smits 2009
J.M. Smits, *Omstreden rechtswetenschap. Over aard, methode en organisatie van de juridische discipline*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

Soeteman 1994
A. Soeteman, 'Boekbespreking' (bespreking van: C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992), *Delikt en Delinkwent* 1994, p. 69-73.

Sollberger 1989
J.F. Sollberger, *Das Opportunitätsprinzip im Strafrecht. Ein tauglicher Versuch zur Bewältigung des Bagatelldelikts?* (diss. Bern), Basel: Helbing und Lichtenhahn 1989.

Sorgdrager 2000
W. Sorgdrager, 'Toetsing bij euthanasie', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 1145-1147.

Spaak 2009
T. Spaak, 'Boekbespreking' (bespreking van: N. MacCormick, *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press 2008), *Ethics* 2009, p. 192-197.

Speckert 1951
X. Speckert, *Legalitätsprinzip und Opportunitätsprinzip* (diss. Zürich), Zürich: Juris 1951.

Spek 2007
W.J.V. Spek, ''Flutdelicten'; een noot bij een noot', in: M.M. Dolman, P.D. Duyx & H.G. van der Wilt (red.), *Geleerde lessen* (Stolwijk-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 203-211.

Spronken 2012
T.N.B.M. Spronken, 'Kroniek van het straf(proces)recht', *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 1006-1013.

Staatscommissie Grondwet 2010
Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: Staatscommissie Grondwet 2010.

Steenbergen & Van der Woude 2004
J. Steenbergen & M.H. van der Woude, 'Het EU-mededingingsrecht na 1 mei 2004: Verordening 1/2003', *Sociaal-Economische Wetgeving* 2004, p. 192-201.

Stolwijk 1985
S.A.M. Stolwijk, *Voorarrest. Kanttekeningen bij tien jaar toepassing van voorlopige hechtenis* (oratie Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1985.

Stolwijk 1996
S.A.M. Stolwijk, 'Het einde van een vervolgingsbeleid', *Delikt en Delinkwent* 1996, p. 503-508.

Stolwijk 2002
S.A.M. Stolwijk, 'Een Europees arrestatie bevel', *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 101-105.
Van Strien 2001
A.L.J. van Strien, 'De positie van slachtoffers in het strafproces', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 233-274.
Strijards 1992
G.A.M. Strijards, *Hoofdstukken van materieel strafrecht*, Utrecht: Lemma 1992.
Strijards 2000
G.A.M. Strijards, 'Neerlands dualisme en zijn strafmacht', *Nederlands Juristenblad* 2000, p. 2113-2119.
Strijards 2007
G.A.M. Strijards, 'Tirannie en territoir', in: B.F. Keulen, G. Knigge & H.D. Wolswijk (red.), *Pet af* (De Jong-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 463-482.
Strijards 2008
G.A.M. Strijards, 'Het Europees Openbaar Ministerie herleefd te Lissabon. Acceleratie in twee snelheden?', *Delikt en Delinkwent* 2008, p. 603-626.
Summers 1978
R.S. Summers, 'Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification', (63) *Cornell Law Review* 1978, p. 707-788.
Suurmond & Van Velthoven 2006
G. Suurmond & B.C.J. van Velthoven, 'Een beginselplicht tot handhaving: liever regels dan discretionaire vrijheid', in: W. Huisman, L.M. Moerings & G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht. Nieuwe doelwitten en strategieën*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 193-213.
Suyver 1976
J.J.H. Suyver, *De zeggenschap over het politieorgaan naar Nederlands recht* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1976.
Swart 1996
A.H.J. Swart, 'From Rome to Maastricht and Beyond: The Problem of Enforcing Community Law', in: C. Harding & A.H.J. Swart (red.), *Enforcing European Community Rules. Criminal proceedings, Administrative procedures and Harmonization*, Aldershot: Dartmouth 1996, p. 1-21.

Tadic 2002
F.M. Tadic, 'Meer schijn dan werkelijkheid? Interne openbaarheid en Europese strafvervolging', in: A. Beijer e.a. (red.), *Openbare strafrechtspleging*, Deventer: Kluwer 2002, p. 199-213.
Tak 1972
P.J.P. Tak, 'Einige Aspekte des Opportunitätsprinzips bei der Strafverfolgung nach niederländischem Strafprozeßrecht', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1972, p. 220-253.
Tak 1973a
P.J.P. Tak, 'Het Duitse Softenonproces', *Intermediair* 1973-7, p. 17-25.

Tak 1973b
P.J.P. Tak, *Het vervolgingsbeleid in de Duitse Bondsrepubliek. Een onderzoek naar de uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel (par. 153-154d StPO Strafprozessordnung)* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.

Tak 1973c
P.J.P. Tak, 'Vervolging van strafbare feiten in Nederland en in Duitsland: opportuniteit en legaliteit', *Intermediair* 1973-49, p. 11-17; 50, p. 17-23.

Tak 1986
P.J.P. Tak, *The legal scope of non-prosecution in Europe*, Helsinki: Institute for Crime Prevention and Control 1986.

Tak 2002a
P.J.P. Tak, *Essays on Dutch Criminal Policy*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002.

Tak 2002b
P.J.P. Tak, 'Opportuniteitsbeginsel en minimumstraf. Problemen bij harmonisering binnen het Europese strafrecht?', *Delikt en Delinkwent* 2002, p. 356-366.

Tak & Fiselier 2002
P.J.P. Tak & J.P.S. Fiselier, *Duitsland-Nederland en de afdoening van strafzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002.

Tak 2004-2005
P.J.P. Tak (red.), *Tasks and powers of the prosecution services in the EU member states*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004-2005.

Tak 2013
P.J.P. Tak, *Slachtoffer-dader mediation in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Teijl 2004
R. Teijl, 'Redenen om niet te vervolgen – het sepotbeleid van het OM bekeken', in: *Goed Beschouwd 2004*, Den Haag: Openbaar Ministerie 2004, p. 31-46.

Terfloth 1918
A. Terfloth, *Das Legalitäts- und Opportunitätsprinzip im Polizeistrafrecht in Preußen* (diss. Münster), Köln: Kalk 1918.

Terwee-van Hilten 1988
C.A. Terwee-van Hilten (voorz.), *Wettelijke voorzieningen slachtoffers in het strafproces. Rapport van de Commissie wettelijke voorzieningen slachtoffers in het strafproces*, 's-Gravenhage: Sdu 1988.

Teubner 2004
G. Teubner, 'Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?', in: C. Joerges, I.-J. Sand & G. Teubner (red.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart 2004, p. 3-28.

Thomas 1981
F. Thomas, ''L'espace judiciaire européen'. Een alibi?', *Delikt en Delinkwent* 1981, p. 543-553.

Van Tol 2005
D.G. van Tol, *Grensgeschillen. Een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2005.

Tsagourias 2007
N. Tsagourias, *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Oxford: Hart 2007.

Tydeman & Lipman 1842
J.W. Tydeman & S.P. Lipman, *Wetboek van Strafvordering, vergeleken met het Romeinsche en Fransche regt*, Amsterdam: Meijer Warnars en Van Kesteren 1842.

Unger & Hajda 1994
J.P. Unger & U. Hajda, *Strafverfahren in den Niederlanden, der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Vrije Universiteit 1994.

Vaillant 1984
F.A. Vaillant (voorz.), *Rapport van de Werkgroep justitieel beleid en slachtoffer*, 's-Gravenhage: Ministerie van Justitie 1984.

Vaillant 1985
F.A. Vaillant (voorz.), *Eindrapport van de werkgroep justitieel beleid en slachtoffer*, 's-Gravenhage: Ministerie van Justitie 1985.

Van Valkenburg 1890
M.M. van Valkenburg, *De Gerechtelijke Politie, naar haar wezen en in hare regeling bij het Wetboek van Strafvordering* (diss. Groningen), Leeuwarden: Coöperatieve handelsdrukkerij 1890.

Valkenburg 1993
W.E.C.A. Valkenburg, *Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding en de kennisgeving van verdere vervolging* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1993.

Vander Beken & Kilchling 2000
T. Vander Beken & M. Kilchling (red.), *The role of the public prosecutor in the European criminal justice systems* (Handelingen van het Contactforum "The Role of the Public Prosecutor in the European Criminal Justice System", 2-3 dec. 1999 in het kader van het Vlaams Kennis- en Cultuurforum), Brussel: Koninklijke Vlaamse Academie van België voor Wetenschappen en Kunsten 2000.

Veech & Moon 1947
M.L. Veech & C.R. Moon, 'De minimis non curat lex', (45) *Michigan Law Review* 1947, p. 537-570.

Van Veen 1952
Th.W. van Veen, 'De betekenis van het "subsociale" voor het straffen en het strafrecht', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1952, p. 122-138.

Van Veen 1957
Th.W. van Veen, 'Het subsociale, element van delict of voorwaarde voor straf?', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1957, p. 31-52.

Van Veen 1968
Th.W. van Veen, 'Het gezag van het Openbaar Ministerie', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1968, p. 1-18.

Van Veen 1969
Th.W. van Veen, 'Het strafrecht bij massaal verzet', *Tijdschrift voor Strafrecht* 1969, p. 85-104.

Van Veen 1975
Th.W. van Veen, 'De vrijheid en zelfstandigheid van het Openbaar Ministerie. De jaarverslagen van het O.M. over 1970-1971 en 1972', in: E.A. Alkema e.a., *Vrijheid en recht* (s'Jacob-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1975, p. 319-335.

Van Veen 1978
Th.W. van Veen, 'Strafrecht: minder elastisch dan men denkt', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 1978, p. 532-549.
Van Veen 1986
Th.W. van Veen, 'Het stelsel der excepties', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenkboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 349-361.
Vegter 1987
P.C. Vegter, 'Het Openbaar Ministerie en de executie van de gevangenisstraf', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Straffen in gerechtigheid. Opstellen over sancties en executie* (Jonkers-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 169-181.
Vegter e.a.
P.C. Vegter e.a. (red.), *Handboek strafzaken*, Deventer: Kluwer.
Veldt-Foglia 2006
M.I. Veldt-Foglia, 'Strafrechtelijke immuniteit voor Euratom?', *Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht* 2006, p. 160-166.
Vellinga 1982
W.H. Vellinga, *Schuld in spiegelbeeld. Afwezigheid van alle schuld* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1982.
Vellinga 1985
W.H. Vellinga, 'Strafwetgeving als techniek van regel en uitzondering', in: J.P. Balkema, D.H. de Jong & W. Nieboer (red.), *Liber amicorum Th.W. van Veen* (Van Veen-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 359-368.
Vellinga-Schootstra & Vellinga 2008
F.Vellinga-Schootstra & W.H. Vellinga, *'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht* (oratie Groningen), Deventer: Kluwer 2008.
Verheijen 2006a
E.A.M. Verheijen, 'Een beoordelingsschema ter waarborging van Nederlandse materieel strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie', in: M.J. Borgers, F.G.H. Kristen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Implementatie van kaderbesluiten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 187-204.
Verheijen 2006b
E.A.M. Verheijen, *Nederlandse strafrechtelijke waarden in de context van de Europese Unie. Naar een beoordelingsschema ter waarborging van karakteristieken van materieel strafrecht in de Europese rechtsruimte* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
Verheijen & Stevens 2003
E.A.M. Verheijen & L. Stevens, 'Nationale waardenoriëntatie in strafrechtelijk Europa. Over Europeanisering van materieel strafrecht en zijn strafprocessuele context, de Nederlandse witwasregeling en de ondergraving van strafrechtelijke beginselen', in: M.S. Groenhuijsen & J.B.H.M. Simmelink (red.), *Glijdende schalen* (De Hullu-bundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 575-590.
Verkade 2002
D.W.F. Verkade, *Het belang van een bagatel* (afscheidsrede Leiden), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

Verkenningscommissie Rechtsgeleerdheid 1995
Verkenningscommissie Rechtsgeleerdheid, *Een eigen richting voor het recht... Eindrapport van de Verkenningscommissie Rechtsgeleerdheid*, Amsterdam: Overlegcommissie Verkenningen 1995.

Vermeer 2001
F.R. Vermeer, 'De beginselplicht tot handhaving en de ruimte om te gedogen', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2001, p. 76-85.

Vermunt 1984
D.J.P.M. Vermunt, *Onrecht en wederrechtelijkheid in de strafrechtsdogmatiek* (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1984.

Versteden/Kortmann
C.J.N. Versteden/C.AJ.M. Kortmann (bew.), *De gemeentewet en haar toepassing*, Deventer: Kluwer (losbl.).

Verstraeten 2007
R. Verstraeten, *Handboek Strafvordering*, Antwerpen: Maklu 2007.

Vervaele & Klip 2001
J.A.E. Vervaele & A.H. Klip, 'National Report of the Netherlands', in: M. Delmas-Marty & J. A.E. Vervaele (red.), *The implementation of the Corpus Juris in the Member States, dl. III*, Antwerpen: Intersentia 2001, p. 637-678.

Vervaele 2004
J.A.E. Vervaele, 'Europeanisering van het strafrecht of de strafrechtelijke dimensie van de Europese integratie', *Panopticon* 2004-1, p. 3-25.

Vervaele 2006
J.A.E. Vervaele, 'De Europese Gemeenschap en harmonisatie van de strafrechtelijke handhaving van het gemeenschapsbeleid', *Delikt en Delinkwent* 2006, p. 637-668.

De Visser 2009
M. de Visser, *Network-Based Governance in EC Law. The Example of EC Competition and EC Communications Law* (diss. Tilburg), Oxford: Hart 2009.

Visser 2001
M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht* (diss. Maastricht), Deventer: Gouda Quint 2001.

De Vlaming 2010
F. de Vlaming, *De aanklager. Het Joegoslavië-tribunaal en de selectie van verdachten* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Vlemminx 2003
F.M.C. Vlemminx, 'Een grondwetswijziging onder het motto 'Verdeel en Heers'?', in: J.L. W. Broeksteeg e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 93-105.

Ten Voorde 2012
J.M. ten Voorde, 'Het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme getoetst aan criteria voor strafbaarstelling in de voorfase', *Delikt en Delinkwent* 2012, p. 94-112.

Vouin 1970
R. Vouin, 'The Role of the Prosecutor in French Criminal Trials', *The American Journal of Comparative Law* 1970, p. 483-497.

De Vries 1955
K. de Vries, *Bijdrage tot de kennis van het strafprocesrecht in de Nederlandse steden benoorden Maas en Schelde vóór de vestiging van het Bourgondisch gezag* (diss. Groningen), Groningen: Noordhoff 1955.

Vrij 1948
M.P. Vrij, *Ter effening. Het subsociale als derde element van het delict* (afscheidsrede Groningen), Groningen: Wolters 1948.

Van de Vrugt 1978
M. van de Vrugt, *De Criminele Ordonnantiën van 1570. Enkele beschouwingen over de eerste strafrechtcodificatie in de Nederlanden* (diss. Utrecht), Zutphen: De Walburg Pers 1978.

De Waard 1981
R. de Waard, 'Het spanningsveld tussen handhaving van orde en verwezenlijking van rechtsbeginselen', in: H. Franken e.a. (red.), *Ad personam* (Enschedé-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1981, p. 345-356.

De Waele 2010
H.C.F.J.A. de Waele, 'Karlsruhe über Alles - Europese integratie, constitutionele toetsing en democratie volgens het Duitse Bundesverfassungsgericht', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2010, p. 51-62.

Van der Wal & Van der Maas 1996
G. van der Wal & P.J. van der Maas, *Euthanasie en andere medische beslissingen rond het levenseinde. De praktijk en de meldingsprocedure*, Den Haag: Sdu 1996.

Walker 2002
N. Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', *The Modern Law Review* 2002, p. 317-359.

Walker 2003
N. Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart 2003.

Walker 2011
N. Walker, 'Reconciling MacCormick: Constitutional Pluralism and the Unity of Practical Reason', *Ratio juris* 2011, p. 369-385.

Walker, Shaw & Tierney 2011
N. Walker, J. Shaw & S. Tierney (red.), *Europe's Constitutional Mosaic*, Oxford: Hart 2011.

Walther 1987
S.R.B. Walther, 'Een wettelijke regeling voor het politiesepot', *Het Tijdschrift voor de Politie* 1987, p. 264-270.

Weber 2005
M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlaß, Teilband 4: Herrschaft*, Tübingen: Mohr Paul Siebeck 2005.

Weigend 1993
T. Weigend, 'Strafrecht durch internationalen Vereinbarungen. Verlust an Nationaler Rechtskultur?', *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1993, p. 774-802.

Weijers 2012
I. Weijers, 'Het slachtoffer-dadergesprek als volwaardige mediation', *Nederlands Juristenblad* 2012, p. 1844-1848.
Weiler 1991
J.H.H. Weiler, 'The Transformation of Europe', (100) *Yale Law Journal* 1991, p. 2403-2483.
Weiler & Haltern 1996
J.H.H. Weiler & U.R. Haltern, 'The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass', (37) *Harvard International Law Journal* 1996, p. 411-448.
Weiler & Wind 2003
J.H.H. Weiler & M. Wind (red.), *European constitutionalism beyond the state*, Cambridge: Cambridge University Press 2003.
Wendenburg 2008
C. Wendenburg, 'Het Openbaar Ministerie neemt verhaal', *Strafblad* 2008, p. 112-116.
Went 2012
F.H.Went, *Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgeschichte und des internationalen Rechts* (diss. Rotterdam/Zürich), Zürich: Schulthess 2012.
Werkgroep 'Rubricering sepotgronden' 1978
W.H. Overbeek (voorz.), *Rapport van de Werkgroep 'Rubricering sepotgronden'*, Den Haag: Ministerie van Justitie 1978.
Werkmap rubricering sepotgronden 1979
Werkmap rubricering sepotgronden, Den Haag: Ministerie van Justitie 1979.
Van de Westelaken 2010
R.A. van de Westelaken, 'Het EVRM als wapen tegen straffeloosheid. Over het recht van slachtoffers van ernstige mensenrechtenschendingen op een effectieve strafrechtelijke aanpak van de dader', *NJCM-Bulletin* 2010, p. 135-153.
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002
Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002.
Weyers 2002
H.A.M. Weyers, *Euthanasie. Het proces van rechtsverandering* (diss. Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2002.
Wiersinga 2000
H. Wiersinga, 'Schaking als cultureel delict', in: R.H. Haveman e.a. (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 167-185.
Wiewel e.a. 1993
P.G. Wiewel e.a. (red.), *Dading in plaats van strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1993.
Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008
H.D. van Wijk/W.Konijnenbelt & R.M.van Male (bew.), *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Den Haag: Elsevier Juridisch 2008.
De Wijkerslooth 2006
J.L. de Wijkerslooth, 'Gemeenschapsdenken', in: C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Op zoek naar samenhang. Het algemeen kader herziening strafvordering nader beschouwd*, Deventer: Kluwer 2006, p. 39-50.

De Wijkerslooth & Simonis 2004
J.L. de Wijkerslooth & J. Simonis, 'Het Europees OM en de spanning tussen territorialiteit en effectiviteit', in: G.J.M. Corstens, W.J.M. Davids & M.I. Veldt-Foglia (red.), *Europeanisering van het Nederlands Recht* (Haak-bundel), Deventer: Kluwer 2004, p. 352-367.

Willems 2004
J. Willems, 'Het recht van het kind op leiding zonder opvoedingsgeweld. Ouderlijke tikken strafbaar?', in: K. Blankman & M. Bruning (red.), *Meesterlijk groot voor de kleintjes* (Doek-bundel), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 59-79.

Van der Woude 2010
M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur. Totstandkoming van antiterrorismewetgeving in Nederland bezien vanuit maatschappelijke en (rechts)politieke context* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Wurzer-Leenhouts 2005
S.M. Wurzer-Leenhouts, 'Binnen en buiten de wet: over het niet executeren van vrijheidsbenemende straffen', in: R.H. Haveman & H.C. Wiersinga (red.), *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 19-34.

Zalm 2012
F.W. Zalm, *Mediation in het strafrecht*, Den Haag: Boom Lemma 2012.

Zirkel 1936
W.J. Zirkel, *Absehen von Strafe und Absehen von Klage (§ 153 StPO)* (diss. Freiburg i. Br.), Düsseldorf: Nolte 1936.

Jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 26 maart 1996, zaak 20524/92, *NJ* 1996, 741 m.nt. G. Knigge (Doorson/Nederland)
EHRM 27 september 2011, zaak 43509/08 (Menarini/Italië)

Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen / Europese Unie

HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (Van Gend en Loos)
HvJ EG 15 juli 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1194 (Costa/ENEL)
HvJ EG 21 maart 1972, zaak 82-71, *Jur.* 1972, p. 119 (Società agricola industria latte)
HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (Rewe)
HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (Comet)
HvJ EG 2 februari 1977, zaak 50/76, *Jur.* 1977, p. 137 (Amsterdam Bulb)
HvJ EG 20 februari 1979, zaak 120/78, *Jur.* 1979, p. 649 (Rewe-Zentral AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein)
HvJ EG 21 juni 1979, 240/78, Jur. 1979, p. 2137 (Atalanta)
HvJ EG 11 november 1981, zaak 203/80, *Jur.* 1981, p. 2595 (Casati)
HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (Von Colson en Kamann)
HvJ EG 5 juli 1988, zaak 289/86, *Jur.* 1988, p. 3655 (Happy Family)
HvJ EG 2 februari 1989, zaak 186/87, *Jur.* 1989, p. 195 (Cowan)
HvJ EG 22 juni 1989, zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (Fratelli Costanzo)
HvJ EG 21 september 1989, zaak 68/88, *Jur.* 1989, p. 2965 (Commissie/Griekenland)
HvJ EG 10 juli 1990, zaak 326/88, *Jur.* 1990, p. I-2911 (Hansen)
HvJ EG 11 juni 1991, zaak 64/88, *Jur.* 1991, p. I-2727 (Commissie/Frankrijk)
HvJ EG 2 oktober 1991, zaak C-7/90, *Jur.* 1991, p. I-4371 (Vandevenne)
HvJ EG 8 juni 1994, gevoegde zaken C-382/92 en C-383/92, *Jur.* 1994, p. I-2435 en I-2479 (Commissie/Verenigd Koninkrijk)
HvJ EG 12 oktober 1995, zaak C-104/94, Jur. 1995, p. I-2983 (Cereol Italia)
HvJ EG 26 oktober 1995, zaak C-36/94, *Jur.* 1995, p. I-3573 (Siesse)
HvJ EG 12 september 1996, gevoegde zaken C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 en C-157/95, *Jur.* 1996, p. I-4345 (Gallotti e.a.)
HvJ EG 12 december 1996, zaak C-74/95 en C-129/95, *Jur.* 1996, p. I-6609 (Strafzaken tegen X)
HvJ EG 27 februari 1997, zaak C-177/95, *Jur.* 1997, p. I-1111 (Ebony Maritime)
HvJ EG 9 december 1997, zaak C-265/95, *Jur.* 1997, p. I-6959 (Commissie/Frankrijk)
HvJ EG 16 juni 1998, zaak C-226/97, *Jur.* 1998, p. I-3711 (Lemmens)
HvJ EG 8 juli 1998, zaak C-186/98, *Jur.* 1999, p. I-4883 (Nunes en De Matos)

HvJ EG 19 januari 1999, zaak C-348/96, *Jur.* 1999, p. 11 (Donatella Calfa)
HvJ EG 7 december 2000, zaak C-213/99, *Jur.* 2000, p. I-11083 (De Andrade)
HvJ EG 18 oktober 2001, zaak C-354/99, *Jur.* I-7657 (Commissie/Ierland)
HvJ EG 11 februari 2003, gevoegde zaken C-187/01 en C-385/01, *Jur.* 2003, p. I-1346 (Gözütok en Brügge)
HvJ 10 maart 2005, zaak C-469/03, *Jur.* 2005, p. I-2009 (Miraglia)
HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263 (Commissie/Frankrijk)
HvJ EG 8 september 2005, zaak C-40/04, *Jur.* 2005, p. I-7755 (Yonemoto)
HvJ EG 13 september 2005, zaak C-176/01, Jur. 2005, p. I-7879 (Commissie/Raad)
HvJ EG 28 september 2006, zaak C-150/05, *Jur.* 2006, p. I-9327 (Van Straaten)
HvJ EG 6 maart 2007, gevoegde zaken C-338/04, C-359/04 en C-360/04, *Jur.* 2007, p. 1891 (Placanica, Palazzese en Sorricchio)
HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, *Jur.* 2007, p. I-9097 (Commissie/Raad)
HvJ EG 22 december 2008, zaak C-491/07, Jur. 2008, p. I-11039 (Turansky)
HvJ EU 16 november 2010, zaak C-261/09, *NJ* 2011, 86 (Mantello)
HvJ EU 16 december 2010, zaak C-139/09, *NJ* 2011, 290 m.nt. Klip (Josemans)
HvJ EU 10 april 2012, zaak C-83/12, n.n.g. (Vo)
HvJ EU 22 november 2012, zaak C-89/11, n.n.g. (E.ON)
HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-617/10, *NJ* 2013, 348 m.nt. M.R. Mok (Åkerberg Fransson)

Hoge Raad

HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681
HR 15 oktober 1923, *NJ* 1923, p. 1329
HR 30 januari 1933, *NJ* 1933, 588 en 591 m.nt. T
HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180, m.nt. BVAR
HR 31 januari 1950, *NJ* 1950, 668
HR 20 juni 1950, *NJ* 1950, 614 m.nt. BVAR
HR 23 november 1954, *NJ* 1955, 32 m.nt. WP
HR 21 oktober 1969, *NJ* 1970, 126 m.nt. W.F. Prins
HR 12 maart 1971, *NJ* 1971, 265 m.nt. W.F. Prins
HR 25 maart 1975, *NJ* 1975, 273
HR 22 juni 1976, *NJ* 1976, 563 m.nt. ThWvV
HR 19 april 1977, *NJ* 1977, 410 m.nt. GEM
HR 15 juni 1982, *NJ* 1983, 216
HR 13 september 1983, *NJ* 1984, 151, m.nt. P.J.P. Tak
HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 244 m.nt. ThWvV
HR 22 april 1986, *NJ* 1986, 827 m.nt. 'tH
HR 15 september 1986, *NJ* 1987, 304
HR 9 juni 1987, *NJ* 1988, 583
HR 24 november 1987, *NJ* 1988, 617
HR 25 oktober 1988, *NJ* 1989, 456 m.nt. 'tH
HR 19 september 1989, NJ 1989, 379
HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 108 m.nt. ThWvV
HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119, m.nt. ThWvV en MS
HR 5 maart 1991, *NJ* 1991, 694, m.nt. C

HR 19 november 1991, *NJ* 1992, 265 m.nt. ThWvV
HR 21 december 1993, *NJ* 1995, 199 m.nt. AHJS
HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598 m.nt. G.J.M. Corstens
HR 27 juni 1995, *NJ* 1996, 126
HR 27 juni 1995, *NJ* 1996, 127 m.nt. MSG
HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 714 m.nt. Sch
HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 49 m.nt. Sch
HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. J. de Hullu
HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 423 m.nt. 'tH
HR 27 februari 2001, *NJ* 2001, 309
HR 20 maart 2001, *NJ* 2001, 366
HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559 m.nt. J.M. Reijntjes en N.J. Schrijver
HR 2 oktober 2001, *NJ* 2002, 271
HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 272 m.nt. Sch
HR 9 april 2002, *NJ* 2002, 535 m.nt. Y. Buruma
HR 3 juni 2003, *LJN* AF3366
HR 23 september 2003, *LJN* AG3621
HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 538
HR 12 oktober 2004, *NJ* 2004, 661
HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 m.nt. E.A. Alkema
HR 24 mei 2005, *NJ* 2006, 396
HR 4 oktober 2005, *NJ* 2007, 192
HR 7 maart 2006, *LJN* AV0312
HR 7 april 2006, *NJ* 2006, 243
HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313
HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 435 m.nt. Sch
HR 8 mei 2007, *NJ* 2007, 527
HR 19 oktober 2007, *NJ* 2008, 26 m.nt. E.A. Alkema
HR 13 november 2007, *NJ* 2008, 147 m.nt. N. Keijzer
HR 1 juli 2008, *NJ* 2008, 410
HR 18 november 2008, *NJ* 2008, 613
HR 3 maart 2009, *NJ* 2009, 236 m.nt. N. Keijzer
HR 5 januari 2010, *NJ* 2010, 46
HR 16 feburari 2010, *NJ* 2010, 232 m.nt. M.J. Borgers
HR 16 november 2010, *LJN* BM4308
HR 23 november 2010, *NJ* 2011, 44, m.nt. N. Keijzer
HR 6 november 2012, *NJ* 2013, 109 m.nt. T.M. Schalken

Hoog Militair Gerechtshof

HMG 15 maart 1984, *NJ* 1984, 565

Afdeling (bestuurs)rechtspraak van de Raad van State

ARRvS 29 augustus 1978, *Gst*. 6528, 5
ARRvS 13 juli 1986, *AB* 1987, 249 m.nt. P.J.J. van Buuren (Garage Simpelveld)

ARRvS 25 september 1990, *AB* 1991, 460 m.nt. P.J.J. van Buuren (Van der Zande/Deventer)
ABRvS 2 februari 1998, *AB* 1998, 181 m.nt. F.C.M.A. Michiels
ABRvS 30 juni 2004, *JB* 2004, 293 m.nt. C.L.G.F.H. Albers (Illegale dakopbouw Haarlem)
ABRvS 5 oktober 2011, *AB* 2011, 307 m.nt. F.R. Vermeer, *JB* 2011, 261 m.nt. C.L.G.F.H. Albers

Gerechtshoven

Hof Arnhem 14 februari 1984, *VR* 1985, 55 m.nt. C.J.G. Bleichrodt
Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 1991, *NJ* 1991, 733
Hof 's-Hertogenbosch 1 februari 1994, *NJ* 1994, 341
Hof Amsterdam 10 november 1998, *NJ* 1999, 454
Hof Amsterdam 31 januari 2000, *NJ* 2000, 318
Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2000, *NJ* 2000, 322
Hof Amsterdam 3 maart 2000, *NJ* 2000, 266
Hof Amsterdam 28 maart 2000, *NbSr* 2000, 163
Hof Amsterdam 20 november 2000, *NJ* 2001, 51
Hof Leeuwarden 21 maart 2003, *NJ* 2003, 295
Hof 's-Gravenhage 17 februari 2005, *NJ* 2005, 205
Hof Amsterdam 21 december 2005, *LJN* AU9264
Hof Amsterdam 17 oktober 2007, *NbSr* 2007, 423
Hof 's-Gravenhage 4 maart 2008, *LJN* BC5641
Hof Amsterdam 21 januari 2009, *NJ* 2009, 191 m.nt. Y. Buruma
Hof 's-Hertogenbosch 4 augustus 2009, *LJN* BJ7520
Hof Leeuwarden 21 november 2011, *LJN* BU4940
Hof 's-Gravenhage 12 december 2012, *LJN* BY6448

Rechtbanken

Rb Rotterdam 12 februari 1980, *NJ* 1980, 326
Rb Rotterdam 29 maart 1983, *NJ* 1983, 540 m.nt. ThWvV
Rb Breda 9 augustus 1984, *NJ* 1985, 62
Rb Amsterdam 9 augustus 1984, *NJ* 1985, 621
Rb Middelburg 27 november 1992, *NJ* 1993, 345
Rb Rotterdam 15 juli 2002, *JB* 2002, 289 m.nt. C.L.G.F.H. Aalbers
Rb Alkmaar 15 maart 2006, *NJFs* 2006, 126
Rb 's-Gravenhage 5 maart 2007, *LJN* AZ9885
Rb Maastricht 7 maart 2008, *LJN* BC6120
Rb 's-Gravenhage 10 april 2009, *LJN* BI2403
Rb 's-Gravenhage 18 december 2009, *LJN* BK7001
Rb 's-Gravenhage 21 december 2012, *LJN* BY7120

Bundesverfassungsgericht

BVerfG 29 mei 1974, *BVerfGE* 37, 271 (Solange I)
BVerfG 22 oktober 1986, *BVerfGE* 73, 339 (Solange II)
BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 155 (Maastricht)
BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 123, 267 (Lissabon)

Oberlandesgericht

OLG Düsseldorf 28 juni 2000, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2000, p. 1105-1110

Curriculum vitae

Mr. Willem (Pim) Geelhoed (Goes, 1980) studeerde Nederlands recht aan de Universiteit Leiden, welke opleiding hij in 2006 afrondde in de afstudeerrichting straf- en strafprocesrecht. In datzelfde jaar werd hij als 'PhD-fellow' aangesteld bij de Leidse afdeling Straf- en strafprocesrecht. Sinds 2013 is hij als universitair docent aan deze afdeling verbonden. In het kader van het onderzoek dat aan dit proefschrift ten grondslag lag verbleef hij in 2011 enige tijd als gastonderzoeker aan het Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht te Freiburg im Breisgau (Duitsland).

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2012 en 2013 verschenen:

MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 94 466 0492 2

MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of Corporate Cocial Disclosures. An International Comperative Study,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 162 5, e-ISBN 978 94 0060 088 1

MI-202 K.J.O. Jansen, Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9

MI-203 T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, 978 90 1310 377 9

MI-204 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (eds.), *Foreseen and unforeseen circumstances*, BWKJ nr. 27, Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 959 7, eISBN 978 90 1310 960 3

MI-205 A. Eleveld, *A critical perspective on the reform of Dutch social security law. The case of the life course arrangement*, (diss. Leiden) Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 174 8, e-ISBN 978 94 0060 112 3

MI-206 C.P.M. Cleiren, M.J. Kunst, J.L. van der Leun, G.K. Schoep, J.M. ten Voorde, *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, ISBN 978 90 5931 921 9

MI-207 B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, (diss. Leiden), Amsterdam 2012, ISBN 978 94 6190 174 3

MI-208 A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, (diss. Leiden), Leiden 2012

MI-209 C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde*, (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 90 466 0570 7

MI-210 R. Simarmata, *Indonesion Law and Reality in the Delta. A Socio-Legal Inquiry into Laws, Local Bureaucrats and Natural Resources Management in the Mahakam Delta, East Kalimantan,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 184 7, e-isbn 978 94 0060 131 4, e-pub: 978 94 0060 132 1

MI-211 P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, ISBN 978 90 8974 729 7

MI-212 J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 13 10886 6

MI-213 F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJEU*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, ISBN 978 90 5850 880 5

MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013

MI-215 A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 597 0

MI-216 V.S. Bouman, *De baai geblokkeerd: piraten in het nauw? Een onderzoek naar de toelaatbaarheid en het effect van het blokkeren van The Pirate Bay,* (Jongbloed scriptieprijs 2012), Den Haag: Jongbloed 2013, ISBN 978 90 7006 268 2

MI-217 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde.* BWKJ nr. 28, Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1311 482 9

MI-218 J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren & P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht. Een onderzoek naar doel, grondslag, karakter, strekking en functie van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop (artikel 57-63 Sr)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, ISBN 978 90 8974 843 0

MI-219 J. Nijland, *De overheidsonderneming. Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 719 6

MI-220 K.M.P. Setiawan, *Promoting Human Rights. National Human Rights Commissions in Indonesia and Malaysia*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2013, ISBN 978 90 8728 203 5, e-isbn 978 94 0060 166 6 (pdf), e-isbn 978 94 0060 167 3 (ePub)

MI-221 J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1312 059 2

MI-222 D.A. Dam-de Jong, *International law and governance of natural resources in conflict and post-conflict situations*, (diss. Leiden), Zutphen: Wöhrmann 2013, ISBN 978 94 6203 475 4

MI-223 W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1312 132 2

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek