



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel 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



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

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 orderingsmechanisme, 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 Verkenningcommissie Rechtsgelerdheid 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 meened 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 strafrechtssysteem.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 oprichtingsverordening⁴¹ 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 gezien.

Uit dat voorbereidende werk⁴² 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 rechtshandavingsinstanties 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 decennien 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 machtsverwicht 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 gekoesterd⁶⁵ 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 politieke 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 strafrechtstelsel.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 statuus 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 afgeschermd 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 minimeisen 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 McCormick 2007b, p. 45-49 over de noodzaak om een constitutie op een gedeeld aanvaarde norm te laten berusten, en McCormick 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; Eijssbouts 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 Loos⁹⁴ en Costa/ENEL⁹⁵ 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 ongenueanceerd 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 voor- gestelde 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 opportuniteits- beginsel. 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 daar- door 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 strafrechtsple- ging, 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 pluralis- tische 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 karakteri- sieren 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 Europees 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 rechtshandhavinginstanties, 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 Europees 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 reken-schap van de problematiek heeft gegeven.¹²⁰ Daaraan moet dus geen autori-teit 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 doorwerkings-methode, bestaat de mogelijkheid van een constitutioneel conflict: dat is het geval wanneer het Europese recht een aanspraak doet op gelding in de natio-nale 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 Open-baar 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 opportuni-teitsbeginsel 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 visumcode¹²⁴ 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: Singelstein & 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 Reyndams, 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 opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel 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 strafrechtelijk-

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. Enkel en 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; Schirmacher 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 omlinjende 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 ontleen 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 dergelijke 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 opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel 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 gezien 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 specifiek 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 geëuropeïseerde 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 opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel in de geëuropeaniseerde rechtsorde. Dat betekent dat het verkrijgen van een goed begrip van het opportunititeitsbeginsel,

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 ultimatum 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, gezien 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 ontegensprekend 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.

ationale 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 intrede 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 'opportunitateitsbeginsel', en met name op de vraag wat ermee bedoeld wordt wanneer dat uitgangspunt als een beginsel wordt aangemerkt.

1.6 SLEUTELBEGRIJ: HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL ALS BEGINSEL EN ALS REGEL

1.6.1 De groeiende reikwijdte van het opportunitateitsbeginsel

In de loop van de tijd is de reikwijdte van het opportunitateitsbeginsel 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 opportunitateitsbeginsel, begrepen als de bevoegdheid om over te gaan tot onvoorwaardelijke niet-vervolgung 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 opportunitateitsbeginsel in een klassieke opvatting heeft.²⁰² Die reikwijdte van het opportunitateitsbeginsel is al duidelijk groter dan dat het alleen de mogelijkheid geeft te kiezen tussen vervolgung voor het maximaal haalbare en het achterwege laten van elke strafrechtelijke reactie. Inmiddels wordt het opportunitateitsbeginsel 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 opportunitateitsbeginsel 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 opportunitateitsbeginsel zorgt echter voor onduidelijkheid. In het licht van de vraagstelling is het noodzakelijk dat helder is op welke betekenis van het opportunitateitsbeginsel bedoeld wordt wanneer dat aan een onderzoek wordt onderworpen. Ik maak daarvoor onderscheid tussen twee betekenissen van het opportunitateitsbeginsel. De eerste betekenis betreft het opportunitateitsbeginsel 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 politiesept, 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 fundamenteelere, 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 fundamentele waardenrationaliteit?

1.6.3 De theoretische achtergrond van rechtsbeginselen

Het onderscheiden van twee betekenissen van het opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel 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 opportunititeitsbeginsel 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 rechtssysteem 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 bestaansredenen 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.

beknpte 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 meeneed 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 geëuropeïseerde context. In dit hoofdstuk wordt onder andere teruggegrepen op de aanwijzingsbevoegdheden in gevallen van meeneed 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 geëuropeïseerde 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 laatste 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 geëuropeaaniseerde 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.