



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het opportunitieitsbeginsel 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 opportunitieitsbeginsel 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

2 | Het Nederlandse opportuniteitsbeginsel in historisch perspectief

2.1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 't Hart 1994a, p. 141, 146-149; 't Hart 2001, p. 10-14.

2 't Hart 1994a, met name op p. 117-140; 't Hart 1976, p. 11-12.

3 Knigge 2001, p. 99; Blad & De Doelder 2007, p. 69-75.

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

2.2 STRAFRECHTELIJKE HANDHAVING VOOR DE FRANSE TIJD

2.2.1 Van schadevergoeding naar zoengeld

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

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

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

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

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

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

2.2.2 De opkomst van het inquisitoire proces en vervolging ex officio

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

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

6 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 44; zie ook Frederiks 1918, p. 354-356.

7 De Vries 1955, p. 18.

8 De Vries 1955, p. 225.

9 Drenth 1939, p. 186-187.

10 Drenth 1939, p. 187-191.

11 Drenth 1939, p. 191-192.

12 Drenth 1939, p. 192.

13 Drenth 1939, p. 196.

14 Drenth 1939, p. 18.

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

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

2.2.3 Vereenvoudigde afdoening

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

15 Drenth 1939, p. 236.

16 Drenth 1939, p. 244.

17 Feenstra/Winkel 2002, p. 1, 15-26.

18 Van de Vrugt 1978, p. 134.

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

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

2.3 DE INVLOED VAN HET FRANSE RECHT

2.3.1 Pogingen tot vernieuwing van het strafprocesrecht

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

19 s' Jacob 1936, p. 4-8.

20 Duisterwinkel 1965, p. 3-4.

21 s' Jacob 1936, p. 9-18.

22 Bosch 2011, p. 140.

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

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

2.3.2 Het legaliteitsbeginsel in het Franse recht

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

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

23 Moorman van Kappen 2006, p. 210-212.

24 Aangenomen op 3 Brumaire van het jaar 4 (25 oktober 1795).

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

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

2.3.3 De invoering van het Franse recht in Nederland

Na de inlijving van het Koninkrijk Holland in het Franse keizerrijk in 1811 gold de *Code d'instruction criminelle* ook voor het huidige Nederland. Tegelijkertijd deed een nieuw element zijn intrede: er werd een Openbaar Ministerie opgericht naar Frans model. Voordien bestond er in Nederland geen gecentraliseerde organisatie in de strafrechtelijke handhaving. Later wordt de oorspronkelijke Franse regeling bovendien grotendeels overeind gelaten door de Wet op de rechterlijke organisatie van 1827.²⁵

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

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

2.4 DE NEDERLANDSE WETBOEKEN IN DE NEGENTIENDE EEUW

2.4.1 Het Wetboek van Strafvordering van 1838

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

26 De Pinto/De Pinto 1882, dl. I, p. 73; Boot 1885, p. 3-6.

27 Handboek 1823, p. 131.

28 Corstens 1974, p. 8.

29 Anders: Corstens 1974, p. 9.

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

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

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

30 Bosch 2011, p. 141.; Corstens 1974, p. 7-9. Zie over de *Code d'instruction criminelle* ook Van Binsbergen 1986, p. 132-134.

31 Corstens 1974, p. 8.

32 Bosch 2011, p. 142; Valkenburg 1993, p. 7-17.

33 Drenth 1939, p. 211-212.

34 Corstens & Tak 1982, p. 2; Mostert 1968, p. 274-276.

35 Zie voor een overzicht van die discussie hieronder, Mulder 1919, p. 17-31 en Corstens 1974, p. 10-16.

36 De Jong 1981, p. 7.

37 Mulder 1919, p. 17.

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

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

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

38 Mulder 1919, p. 31.

39 Van der Linden 1847, p. 543; Van Ketwich Verschuur 1910, p. 30-32.

40 Boot 1885, p. 7-8.

41 Bij de wijziging van het Wetboek van Strafvordering in 1886 vernummerd tot art. 23 en enigszins aangepast.

42 Van der Linden 1847, p. 544; Van Ketwich Verschuur 1910, p. 32-35.

43 De Bosch Kemper 1838-1840, dl. I, p. 178-180; Tydeman & Lipman 1842, p. 15-16; Schüller 1843, aant. op art. 22; De Pinto/De Pinto 1882, dl. I, p. 70-72; Boot 1885, p. 8; Van Valkenburg 1890, p. 53-55.

44 In 1886 vernummerd tot art. 28.

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

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

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

45 Van Ketwich Verschuur 1910, p. 35-36; zie ook Van der Linden 1847, p. 544-545.

46 De Pinto/De Pinto 1882, dl. I, p. 73-74 (noot).

47 Van Ketwich Verschuur 1910, p. 37-38; Boot 1885, p. 92; Mom Visch 1887, p. 171-172. Anders: Greeve 1886, p. 119-120.

48 In die zin Pols 1889, p. 49 en minister Du Tour van Bellinchave, zie Smidt & Smidt 1886-1887, dl. I, p. 86.

49 Redactie *Weekblad van het recht* 1904.

50 Cnopius 1905.

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

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

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

51 Simons 1907.

52 Simons heeft zich ook elders in die zin uitgelaten: Simons 1925, p. 26-27, 65-66.

53 Smidt & Smidt 1886-1887, p. 287.

een conclusie die de meeste auteurs trekken.⁵⁴ Volgens Pieterman valt het moment waarop er daadwerkelijk consensus wordt bereikt over de gelding van het opportuniteitsbeginsel te dateren rond 1870.⁵⁵ Daarna zou alleen De Pinto nog onbeschroomd het legaliteitsbeginsel hebben uitgedragen, aldus Pieterman. Dat standpunt van De Pinto is weliswaar terug te vinden in de (nauwelijks gewijzigde) tekst van de tweede druk van zijn handleiding bij de Wet RO, maar hij nuanceert in de voetnoten zijn stelling over het legaliteitsbeginsel sterk.⁵⁶ Het laatste serieuze pleidooi voor het legaliteitsbeginsel is in 1865 te vinden in het proefschrift van B. de Bosch Kemper. Hij verdedigt het legaliteitsbeginsel door te wijzen op de gelijke toepassing van de strafwet die daarmee wordt verkregen en de mogelijke territoriale verschillen die het opportuniteitsbeginsel kan veroorzaken. Het algemeen belang dat met de handhaving van materieelrechtelijke normen gediend is zou volgens hem niet moeten worden vastgesteld door het OM of de regering, maar zou al zijn vastgelegd in de wet zelf.⁵⁷ In de reacties daarop wordt het opportuniteitsbeginsel verdedigd,⁵⁸ waarmee volgens Pieterman een periode aanbreekt waarin het opportuniteitsbeginsel algemeen wordt aanvaard.⁵⁹

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

54 Onder andere Schüller 1843, aant. op art. 2; Noyon 1926, p. 12-13. Zie bijvoorbeeld ook Groenhuijsen 2002, p. 437.

55 Pieterman 1990, p. 191-197.

56 Pieterman 1990, p. 192; vergelijk De Pinto 1844, p. 68-70 met De Pinto/De Pinto 1880, p. 70-73.

57 De Bosch Kemper 1865, p. 36. Daarover ook De Bosch Kemper 1847, p. 13-14.

58 Redactie Themis 1865; Van Bemmelen 1868.

59 Pieterman 1990, p. 191-192.

60 Moons 1969, p. 485.

61 't Hart 1976, p. 11-12; 't Hart 1994a, p. 158, 235-245.

62 Corstens 1983, p. 9; zie ook Buruma 1999, p. 33.

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

2.4.2 De toepassing van het opportuniteitsbeginsel voor 1926

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

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

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

63 Corstens 1974, P. 12-13.

64 Boot 1885, p. 1, 6, 9-10; Simons 1925, p. 25-26, 65; Moons 1969, p. 485; Groenhuijsen 2002, p. 437.

65 Van Ketwich Verschuur 1910, p. 28.

66 Moorman van Kappen 2006, p. 218; Mostert 1968, p. 258.

67 Zie voor een aantal van deze circulaire's Boot 1885, p. 10-11.

68 Smidt 1881-1886, dl. III, p. 2.

69 De Pinto 1886-1888, p. 190.

70 De Bosch Kemper 1838-1840, dl. I, p. 42.

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

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

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

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

71 De Bosch Kemper 1838-1840, dl. I, p. 43.

72 De Bosch Kemper 1838-1840, p. 172-173; Boot 1885, p. 13-14.

73 De Bosch Kemper 1847, p. 29-30.

74 Corstens 1974, p. 13.

75 Blok 1908, p. 14.

76 Van Hamel 1880, p. 42-44.

77 Feith 1867, p. 579.

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

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

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

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

78 Van Maanen 1860, p. 19.

79 De Bosch Kemper 1847, p. 30; Boot 1885, p. 16-17.

80 *Aanhangsel Handelingen II* 1917/18, nr. 152; daarover Brouwer 2010, p. 207.

81 Van der Linden 1847, p. 556-563, die tegenover het *de minimis non curat praetor* de vraag van Cicero stelt: quis ignorat maximam illecebram esse peccandi impunitatis spem (Wie weet niet dat de grootste aansporing tot overtreding de hoop voor straffeloosheid is?). Zie daarover ook De Bosch Kemper 1847, p. 13-14.

82 Boot 1885, p. 20-21; Mom Visch 1887, p. 170-171.

83 Boot 1885, p. 18-19; Van Valkenburg 1890, p. 56.

84 Mulder 1919, p. 87-88; zie ook Van Binsbergen 1986, p. 185.

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

2.4.3 Overige argumenten voor het opportuniteitsbeginsel

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

85 Van Binsbergen 1986, p. 185.

86 Van Hamel 1880, p. 42.

87 Domela Nieuwenhuis 1908, p. 164.

88 Boot 1885, p. 13-17. Zie ook Corstens 1974, p. 14 en Simmelink 2004, p. 192-193.

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

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

89 Corstens 1974, p. 14.

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

91 Corstens 1974, p. 15-16.

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

2.5 DE OPKOMST VAN HET LEGALITEITSBEGINSEL IN DUITSLAND

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

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

92 Blok 1908, p. 15; Buruma 1999, p. 33.

93 Tak 1973b, p. 1-22.

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

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

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

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

94 Corstens/Borgers 2011, p. 35-36.

95 Tak & Fiselier 2002, p. 87.

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

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

2.6 DE CODIFICATIE VAN HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL

2.6.1 Het Ontwerp-Ort

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

96 Simmelink 2004, p. 198-199.

97 Tak & Fiselier 2002, p. 87.

98 Tak & Fiselier 2002, p. 87.

99 Te vinden in Lindenberg 2002.

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

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

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

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

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

2.6.2 Het Ontwerp van de Staatscommissie

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

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

101 Toelichting bij het ontwerp-Ort, p. 183-184.

102 Van Bemmelen 1957, p. 264-265; Van der Neut & Simmelink 1983, p. 144.

103 Notulen staatscommissie, 2^e vergadering, p. 7-15.

Er zouden namelijk bezwaren kunnen rijzen bij aanhangers van de absolute vergeldingstheorie. Het merendeel van de commissieleden zag liever dat de bevoegdheid tot niet-vervolgen als uitzondering werd opgenomen, omdat dat beter bij de praktijk zou aansluiten. Bovendien, zo wordt door het commissielid Ledeboer aangevoerd, waarbij hij Mittermaier¹⁰⁴ citeert, zou het opportuniteitsbeginsel slechts moeten strekken om aan het legaliteitsbeginsel zijn scherpte te ontnemen. De voorzitter van de staatscommissie is deze mening niet toegedaan, hij 'zou het juist goed vinden, dat aan het openbaar Ministerie door eene uitdrukkelijke bepaling wordt opgelegd zich bij elke zaak af te vragen, of een strafvervolging – toch altijd voor den betrokkene een ernstige zaak – door het openbaar belang wordt gevorderd.' Na enig debat komt men tot de volgende tekst: 'De vervolging kan achterwege blijven, indien zij door het openbaar belang niet wordt gevorderd.'¹⁰⁵ In die termen valt al te ontdekken wat later zou worden aangeduid als de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.¹⁰⁶

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

104 Als eerste deel opgenomen in Mittermaier, Schmidt-Ernsthausen & Thiersch 1906.

105 Notulen staatscommissie, 3^e vergadering, p. 2-6.

106 Corstens 1974, p. 16.

107 Corstens 1974, p. 17.

108 Corstens 1974, p. 17.

109 Notulen staatscommissie, 4^e vergadering, p. 2-4.

110 Notulen staatscommissie, 31^{ste} vergadering, p. 2-3.

111 Notulen staatscommissie, 34^{ste} vergadering, p. 6-9.

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

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

'Niet zonder groote zorg werd de redactie van het besproken beginsel opgesteld. Door de gekozen formulering komt duidelijk uit, dat op den voorgrond blijft staan de gedachte dat als algemeene regel vervolging van strafbare feiten noodzakelijk is, maar op gronden aan het algemeen belang ontleend van dien regel mag worden afgeweken. Het opportuniteitsbeginsel heeft geen ander doel dan om aan het legaliteitsbeginsel zijne scherpte te ontnemen.

De algemeene bepaling van artikel 14 waakt tegen de nadeelige gevolgen, welke uit verkeerde toepassing van het opportuniteitsbeginsel kunnen voortvloeien.

Uiteraard zal hiërarchisch verband van het openbaar ministerie met zich brengen, dat door de procureurs-generaal van de hoven en ten deele ook door de officieren van justitie een nauwlettend toezicht over de gedragingen der onder hen staande ambtenaren zal worden geoefend en daarmee is tegen een verkeerdelijk seponeren nog meerdere waarborg geschapen. Al is het beginsel van die scherpe contrôle in artikel 148 opgenomen, zoo is toch de uitwerking daarvan aan administratieve regeling overgelaten.¹¹³

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

112 Notulen staatscommissie, 44^{ste} vergadering, p. 1-7.

113 Toelichting bij het Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering, p. 176.

114 Notulen staatscommissie, 3^e vergadering, p. 3.

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

‘Ten aanzien van een ander belangrijk beginsel voor het strafproces mocht aan de sinds lang geldende praktijk worden aangesloten. Bekend is, dat in ons land wordt aangenomen, dat het openbaar ministerie de bevoegdheid heeft ook dan, wanneer een bewijsbaar strafbaar feit gepleegd is en dus eene strafvervolging met waarschijnlijkheid van veroordeling zou kunnen worden ingesteld, die vervolging achterwege te laten, wanneer dit op gronden, aan het algemeen belang ontleend, wenschelijk voorkomt, wanneer eene vervolging niet door het algemeen belang gerechtvaardigd is. Dit zoogenaamde opportuniteitsbeginsel, in tegenstelling met het o.a. in Duitschland uitdrukkelijk gehuldigde legaliteitsbeginsel, wordt bij ons algemeen gehuldigd, al moet worden toegegeven, dat de wet het niet met zoovele woorden erkent, ja dat zelfs op enkele bepalingen beroep kan worden gedaan, die eene andere conclusie zouden wettigen. De gewoonte heeft hier recht geschapen.

In Duitschland is juist in de laatste jaren levendig gestreden over het al dan niet behouden van het legaliteitsbeginsel, over de grenzen van daarop aan te nemen beperkingen.

Toegegeven mag worden, dat aan het opportuniteitsbeginsel nadeelen verbonden zijn; het kan tot willekeur, bevoorrechtiging, in het algemeen tot misbruik aanleiding geven. Een hoogst enkel maal is daarvan ook bij ons sprake geweest, doch in het algemeen heeft de toepassing van het beginsel tot zegenrijke gevolgen geleid. Menige vervolging is voorkomen, waaraan voor het individu en indirect ook voor de geheele maatschappij grooter nadeel zou zijn verbonden geweest dan het voordeel, dat van algemeen maatschappelijk standpunt gezien, uit die vervolging zou kunnen zijn voortgevloeid; eene te automatische, te veelvuldige toepassing van de strafwet, over welke in Duitschland onder de werking van het legaliteitsbeginsel algemeen werd geklaagd, is daardoor verhinderd. Te onzent is alweer van aandrang tot afschaffing of zelfs tot beperking van het opportuniteitsbeginsel niet gebleken en zoo bestaat er alle aanleiding aan dit beginsel getrouw te blijven. Doch dan moet de wetgever de daaruit voor het openbaar ministerie voortvloeiende bevoegdheid ook uitdrukkelijk erkennen en den twijfel opheffen, waartoe de wet thans aanleiding geeft. Dit is geschied in het tweede lid van art. 170 Ontwerp, waarin is bepaald, dat het openbaar ministerie van vervolging mag afzien op gronden aan het algemeen belang ontleend. Bovendien veroorlooft art. 245, tweede lid, het openbaar ministerie op gronden aan het algemeen belang ontleend van *verdere* vervolging af te zien, zoolang het onderzoek ter terechtzitting nog niet is aangevangen. Men zie in verband met dit voorschrift art. 241, eerste lid.

Een mogelijk verkeerd gebruik van het aan het openbaar ministerie toegekende recht vordert, dat eene beslissing tot niet-vervolging, van de zijde van het openbaar ministerie tot in hoogste instantie, d.w.z. ook door eene beslissing van den Minister van Justitie, gehandhaafd, niet onvoorwaardelijk eene vervolging tegenhoude. In verschillende landen heeft men aan den door het misdrijf getroffen de bevoegdheid gegeven, wanneer het openbaar ministerie tot niet-vervolging besluit, zelf eene vervolging aanhangig te maken. Ook is in onderscheidene wetgevingen een vervolgingsrecht van particulieren erkend, onafhankelijk van de vraag, of door het openbaar ministerie vervolgd wordt of niet. In het Ontwerp zijn die voorbeelden

niet gevolgd. De vervolging tot straf is eene daad van publiek recht; over het al dan niet vervolgen moet beslist worden naar de eischen van het algemeen belang; het oordeel daaromtrent moet niet aan bijzondere personen worden overgelaten, die zich uit den aard der zaak door geheel andere overwegingen zullen laten leiden, meer beheerscht zullen worden door een persoonlijk wraakgevoel, dan door gronden aan het algemeen belang ontleend. Vermeerdering van het aantal strafvervolgingen is ongetwijfeld weinig gewenscht; de toekenning van een vervolgingsrecht aan den benadeelde zou tot vervolgingen kunnen leiden in weinig beteekende zaken, onbeduidende mishandelingen of beledigingen, en bovendien eene bron kunnen openen voor chantage, die beter gesloten blijft.

Zeker zou wel eene regeling mogelijk zijn waarbij aan particulieren een initiatief tot vervolgen wordt gegeven en toch voldoende waarborg bestaat, dat niet een uitsluitend individueel belang de strafvervolging in het leven roept. Men zou aan vereenigingen, opgericht ter bevordering van een nauwkeurig omschreven maatschappelijk doel, het recht kunnen inruimen vervolgingen aanhangig te maken, welke met het te bereiken doel in verband staan, bijv. aan eene vereeniging tot bescherming van dieren, het recht om vervolgingen wegens dierenmishandeling in te stellen. Ongetwijfeld zou, gelijk de practijk in Engeland kan aantoonen, daardoor eene krachtige repressie van sommige strafbare feiten worden bevorderd, doch het te bereiken doel zou worden voorbijgestreefd. De altijd eenigszins eenzijdige gedachte, waardoor dergelijke vereenigingen geleid worden, zou er toe voeren, dat op verschillende strafbepalingen te veelvuldig beroep zou worden gedaan. Dit gevaar bestaat vooral, nu de wetgever in den laatste tijd zeer ruim gestelde strafbepalingen heeft aanvaard, in de onderstelling, dat voorzichtig beleid van het openbaar ministerie de anders mogelijk bedenkelijke gevolgen zou weten te voorkomen. Bij zulke strafbepalingen is een in handen van particulieren gelegd vervolgingsrecht in hooge mate gevaarlijk. De conclusie moet dus wezen, dat het uitsluitend recht van vervolging voor het openbaar ministerie moet gehandhaafd blijven.

Doch dan is ook een correctief als thans in art. 33 Strafv. te vinden is, onmisbaar en moet eene bepaling van die strekking, ondanks al de daartegen meermalen aangevoerde bezwaren, behouden blijven. Wanneer het openbaar ministerie in al zijne geledingen weigert eene vervolging in te stellen en belanghebbenden van oordeel zijn, dat aldus aan wat hun rechtsgevoel eischt, misschien ook aan hunne rechtmatige belangen wordt te kort gedaan, dan moeten zij zich op eene andere autoriteit kunnen beroepen, en die autoriteit kan geene andere zijn dan eene rechterlijke. Wel is het oordeelen over, niet het bevelen van eene vervolging de eigenlijke taak der rechterlijke macht, doch daarom mag haar toch wel eene beslissing worden opgedragen waartoe zij het best in staat is en het meest bevoegd. Slechts moet er naar worden gestreefd, de aan het toekennen van deze bevoegdheid verbonden bezwaren zoo gering mogelijk te maken.¹¹⁵

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

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

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

2.6.4 Het Gewijzigd Ontwerp

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

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

116 Advies van de Raad van State, p. 1.

117 Advies van de Raad van State, p. 15.

118 Advies van de Raad van State, p. 9.

119 Vergelijk de toelichting bij het Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Strafvordering van de staatscommissie, p. 54-55, en *Bijlagen Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 66-67.

120 *Bijlagen Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 1/2.

121 *Bijlagen Handelingen II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 54-55, 103, 112.

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

Na deze wijzigingen zou de tekst van de twee artikelen waarin het opportuniteitsbeginsel is opgenomen niet meer veranderen.¹²⁵ De beide artikelen werden in het Gewijzigd Ontwerp¹²⁶ opgenomen, als artikel 170: 'Indien naar aanleiding van het ingestelde opsporingsonderzoek het openbaar ministerie van oordeel is dat vervolging moet plaats hebben, gaat het daartoe zoo spoedig mogelijk over. Van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend', en artikel 245: 'Indien naar aanleiding van het ingestelde voorbereidende onderzoek het openbaar ministerie van oordeel is dat verdere vervolging moet plaats hebben, gaat het daartoe zoo spoedig mogelijk over. Zoolang het onderzoek op de terechtzitting nog niet is aangevangen, kan van verdere vervolging worden afgezien, ook op gronden aan het algemeen belang ontleend.' De oorspronkelijke verplichting om te vervolgen was in de eerste leden van beide artikelen gewijzigd in een formulering die op zichzelf al uitdrukking geeft aan het opportuniteitsbeginsel. De tweede leden van beide artikelen kunnen daarmee worden gezien als een nadere invulling, namelijk als een specificatie van de gronden waarop (verdere) vervolging achterwege kan blijven. In ieder geval lijkt het onjuist te zijn om met betrekking tot het opportuniteitsbeginsel slechts te verwijzen naar het tweede lid. In plaats daarvan komt uit de parlementaire behandeling duidelijk naar voren dat het de bedoeling van de wetgever is geweest om ook in het eerste lid van artikel 170 en 245 Sv het opportuniteitsbeginsel neer te leggen.¹²⁷

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

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

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

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

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

127 Corstens 1974, p. 17.

2.6.5 De parlementaire behandeling van het Nieuw Gewijzigd Ontwerp

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

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

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

128 *Handelingen II 1919/20*, p. 1967-1968.

129 *Handelingen II 1919/20*, p. 1968.

130 *Handelingen II 1919/20*, p. 1968.

131 *Handelingen II 1919/20*, p. 1925.

132 *Handelingen II 1919/20*, p. 1908.

133 *Handelingen II 1919/20*, p. 1911.

134 *Handelingen II 1919/20*, p. 1911.

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

Deze woorden konden Kleerekoper niet overtuigen. Naast een voorbeeld over de geringe bereidheid om politieambtenaren te vervolgen haalde hij een zaak aan tegen de directeur van 'Het Nederlandsche Sportpark' te Amsterdam, die zich zou hebben schuldig gemaakt aan verduistering en valsheid in geschrift. Nadat het bericht van zijn ontslag gepubliceerd werd¹³⁶ had de politie een onderzoek ingesteld, terwijl de directeur al naar Parijs gevlucht was.¹³⁷ Nadat hij zich echter vrijwillig had gemeld werd hij gearresteerd.¹³⁸ De voorlopige hechtenis werd opgeheven,¹³⁹ en de officier van justitie meldde dat hij geen aanleiding vond de strafvervolging voort te zetten omdat vrienden van de directeur de schade zouden hebben vergoed.¹⁴⁰ Deze beslissing heeft kennelijk veel reacties losgemaakt, waaronder een lied van een cabaretier onder wiens gehoor Kleerekoper zich bevond. Door het Kamerlid De Buissonjé werden vragen aan de minister van Justitie gesteld. De minister gaf toe dat de voorlopige hechtenis beëindigd was, maar benadrukte het voortduren van de strafzaak zelf. Of hij een aanwijzing heeft gegeven aan de officier van justitie, dan wel dat de officier verkeerd geïnterpreteerd zou zijn maakte de minister niet duidelijk. Wat betreft de beslissingsruimte van de officier van justitie merkte hij op: 'Overigens kunnen er, dit zij ten overvloede opgemerkt, gevallen voorkomen, dat naar aanleiding van vrijwillig herstel der door een misdrijf aangerichte schade van vervolging wordt afgezien, waarbij ieder geval geheel op zich zelf is te beoordelen.'¹⁴¹ De directeur werd overigens conform de eis veroordeeld tot zes maanden gevangenisstraf.¹⁴² Kleerekoper stelde zich op het standpunt dat de vervolgingsbeslissing met te weinig waarborgen is

135 *Handelingen II 1919/20*, p. 1968.

136 *NRC* 28 januari 1920, ochtendeditie.

137 *Het Centrum*, 9 en 11 februari 1920.

138 *NRC* 13 april 1920, ochtendeditie.

139 *Het Centrum*, 8 maart 1920.

140 *Het Centrum*, 11 maart 1920.

141 *NRC* 13 april 1920, ochtendeditie.

142 *Het Centrum*, 16 en 30 juni 1920.

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

De artikelen 170 en 245 werden zonder hoofdelijke stemming aangenomen.¹⁴⁴ Na verwerking van de wijzigingen werden ze vernummerd tot artikel 167 en 242.¹⁴⁵ Door de Eerste Kamer werden geen wijzigingen aangebracht. Wel werd benadrukt dat het OM met name bij overtredingen gebruik moet maken van de mogelijkheid om niet te vervolgen, en deze buiten proces moet afdoen.¹⁴⁶

2.6.6 Afsluitend over de codificatie

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

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

143 *Handelingen II* 1919/20, p. 1968-1969.

144 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de parlementaire behandeling Pieterman 1990, p. 201-205.

145 *Bijl. Handelingen II* 1919/20, 18, nr. 12.

146 *Handelingen I* 1920/21, p. 211.

147 Daarover onder meer Simmelink 2004, p. 193-194.

148 Moons 1969, p. 485; Van Daele 2003, p. 286-287; Blad & De Doelder 2007, p. 70.

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

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

2.7 DE OPKOMST VAN DE POSITIEVE INTERPRETATIE VAN HET OPPORTUNITEITS-BEGINSEL

2.7.1 Positieve en negatieve interpretatie tot en met de codificatie

Zoals in de paragraaf hiervoor aan de orde is gekomen, bestonden er al in de negentiende eeuw discussies over de precieze inhoud van het opportuniteitsbeginsel. Af en toe werden daarin standpunten ingenomen die wijzen op een voorkeur voor een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, zoals door De Bosch Kemper in 1847.¹⁵⁰ Minister van Justitie Smidt adviseerde in 1893 de vertegenwoordigers van het OM, om alleen te vervolgen wanneer strafbare feiten de openbare orde of het algemeen belang hebben geschaad. Omdat de politie een groot aantal processen-verbaal opmaakte en instuurde bij het OM, en omdat volgens de minister politieambtenaren niet in staat moesten worden geacht om te beoordelen of een strafbaar feit vervolging rechtvaardigt, zou het OM meer werk moeten maken van zijn vervolgingsbeleid. Daarmee fungeerde het immers als correctief op de ijver van de politie. Het instellen van vervolgingen voor geringe feiten zou niet dienstig zijn aan het algemeen belang, en mogelijk zelfs daaraan tegengesteld zijn. De reden daarvoor was volgens de minister niet alleen dat daardoor het aanzien van justitie geschaad werd, maar ook dat daardoor de werkzaamheden van andere ambtenaren van justitie zonder noodzaak zouden worden vermeerderd. Daarom adviseerde de minister het OM, om te rade te gaan met de wenselijkheid om

149 Pieterman 1985b. Zie ook Pieterman 1985a.

150 De Bosch Kemper 1847, p. 29-31. Daarover Corstens 1974, p. 13.

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

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

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

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

151 Smidt 1893.

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

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

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

2.7.2 Opkomst van de positieve interpretatie

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

153 Notulen staatscommissie, 4e vergadering, p. 2.

154 Moons 1969.

155 Van Dijk 2003, p. 260.

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

Duisterwinkel signaleerde in 1968 dat het OM een ruime beleidsvrijheid toekomt. Hij stelde zich op het standpunt, dat het feit dat de beslissingen die het OM neemt, niet aan wettelijke maatstaven zijn gebonden, 'impliceert dat het openbaar ministerie verplicht is steeds weer te trachten in elk concreet geval de meest verantwoorde beslissing te nemen.'¹⁵⁷ De redactie van de artikelen 167 en 242 zou volgens hem een zodanige (positieve) interpretatie toelaten. Een verandering in interpretatie zou ook aansluiten bij de manier waarop het opportuniteitsbeginsel in de praktijk door het OM werd toegepast, waar een ruim (voorwaardelijk) sepotbeleid werd gevoerd¹⁵⁸: 'De tijd ligt dacht ik eveneens achter ons, dat velen als uitgangspunt hadden: in elke haalbare zaak dagvaarden; eveneens de tijd, dat sommige procureurs-generaal en hoofden van parketten de indruk bij de lagere leden van het openbaar ministerie wekten, dat elk sepot met argusogen werd bekeken en eigenlijk in beginsel slechts node geduld werd.'¹⁵⁹

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

156 Overwater 1951, p. 9, 13-14.

157 Duisterwinkel 1968, p. 211.

158 Duisterwinkel 1968, p. 211-212.

159 Duisterwinkel 1968, p. 232.

160 Moons 1969, p. 489-490, 491-495.

161 Simons 1925, p. 65.

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

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

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

162 Van Veen 1969, p. 94.

163 Van Veen 1968, p. 7-8.

164 *Kamerstukken II 1971-72*, 11 500 VI, nr. 3, bijl. IV, p. 8.

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

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

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

165 Tak 1972, p. 225-228; Tak 1973c, p. 11.

166 Tak 1973c, p. 23.

167 Melai 1973b.

168 Melai 1973a, p. 411.

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

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

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

169 Corstens 1974, p. 24-25.

170 't Hart 1994a.

171 Moons 1969.

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

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

2.7.3 Het opportuniteitsbeginsel sinds de jaren zeventig

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

172 't Hart 1994a, p. 129-130; 't Hart 2001, p. 12.

173 't Hart 1996, p. 89-90.

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

2.7.4 Recente ontwikkelingen in de interpretatie van het opportuniteitsbeginsel

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

174 Groenhuijsen 2002.

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

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

175 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2002, p. 11, 235, 255.

176 Boot 1885, p. 21-22.

177 Zie over deze maatschappelijke context in veel detail 't Hart 1994a, p. 15-84.

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

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

2.8 RECHTSHANDHAVING

2.8.1 Rechtshandhaving binnen de democratische rechtsstaat

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

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

178 Nijboer 2000, p. 101.

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

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

179 Weber 2005, p. 726-742.

180 't Hart 1983.

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

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

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

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

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

2.8.2 De taak van het OM

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

181 Daarover ook Mevis 1998, p. 3.

182 Deze omschrijving is nog steeds te vinden in art. 13 Wet militaire strafrechtspraak. In art. 9 van de Rijkswet openbare ministeries van Curaçao, van Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba zijn de oude en nieuwe taakomschrijving naast elkaar opgenomen.

183 Duisterwinkel 1965, p. 6; Duisterwinkel 1968, p. 205; De Pinto/De Pinto 1880, p. 46-47 ziet in deze taak vooral een algemene omschrijving van alle werkzaamheden van het OM.

184 Van Bemmelen 1957, p. 64.

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

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

De Commissie-Donner, die adviseerde over de toekomst van het OM, signaleerde deze ruimere opvatting van de taak van het OM en sloot zich aan bij een bredere interpretatie van het begrip handhaving, waarbij de algemeen geïnterpreteerde handhavingstaak van artikel 4 RO concreet zou zijn uitgewerkt in de vervolgings- en executietaak.¹⁸⁷ In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket wordt in aansluiting op het standpunt van de commissie de kerntaak van het OM omschreven als 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde'.¹⁸⁸ Deze omschrijving van de taak van het OM is sinds de inwerkingtreding van de vernieuwde Wet op de rechterlijke organisatie¹⁸⁹ opgenomen in artikel 124 van die wet, die het OM 'belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en met andere bij de wet vastgestelde taken'.

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

185 't Hart 1976.

186 Duisterwinkel 1977, p. 123.

187 Donner 1994, p. 16.

188 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 392, nr. 3, p. 2.

189 *Stb.* 1999, 194.

190 *Kamerstukken II* 1996/97, 25 392, nr. 3, p. 39.

191 't Hart 2001, p. 35.

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

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

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

192 't Hart 2001, p. 26.

193 Zie onder andere 't Hart 1976, p. 7-10.

194 Zie hierover uitgebreid Foqué & 't Hart 1990, 't Hart 1994a, 't Hart 2001.

2.9 DEELCONCLUSIE

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

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

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

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

195 Corstens/Borgers 2011, p. 36.

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

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

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

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

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

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

196 Lensing & Mulder 1994, p. 6.

197 In die zin ook Melai/Groenhuijsen, aant. 5 op art. 167.

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

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

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

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

198 Zie bijvoorbeeld Klip 2010; Groenhuijsen & Kooijmans 2010.

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

