



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Geelhoed, W.

Citation

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

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/22969>

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Geelhoed, Willem

Title: Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie : een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde

Issue Date: 2013-12-16

3 | Het algemeen belang en de effectiviteit van het Europese recht

3.1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1 In paragraaf 3.4.

2 MacCormick 2008.

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

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

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

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

3.2 EEN THEORETISCH PERSPECTIEF OP HET ALGEMEEN BELANG

3.2.1 Een catalogische en een axiologische dimensie

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

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

Deze catalogische en axiologische dimensies veronderstellen het maken van keuzes tussen verschillende mogelijke handelingen. Beslissers hebben redenen om te handelen zoals ze doen, en kunnen dat ook toelichten. Inzicht daarin kan leiden tot het hanteren van soortgelijke redenen wanneer deze overtuigend blijken te zijn in een bepaalde situatie: die beslissingen kunnen dus steeds vanuit zowel een analyserend als vanuit een richtinggevend perspectief worden gezien. Dat roept ook de vraag op hoe deze beslissingen en de redenen die daaraan ten grondslag liggen moeten worden begrepen. Daartoe zal in deze paragraaf enige theoretische verdieping worden gezocht, met name om te beoordelen of aan deze twee dimensies theoretische grondslag verleend kan worden. Dat is uiteraard van belang om te weten of dat theoretische kader geschikt is om te dienen als hulpmiddel voor een nadere beschouwing van het algemeen belang. Zoals in de inleidende paragraaf is aangegeven zal daarvoor in het bijzonder aansluiting worden gezocht bij MacCormicks *Practical Reason in Law and Morality*.³ Dit werk is niet geheel verschoond gebleven van kritiek, maar is in het algemeen met waardering ontvangen. Bovendien is de één⁴ kritischer dan de ander.⁵ Dat neemt niet weg dat de aansluiting die hier bij MacCormick gezocht wordt enigszins eenzijdig is. Zolang dit onder ogen wordt gezien hoeft het echter geen obstakel te vormen, te meer omdat door deze keuze ook verband blijft bestaan met MacCormicks overige werk, en dat biedt het voordeel van methodologische helderheid.

3 MacCormick 2008.

4 Spaak 2009.

5 Berteau 2009.

3.2.2 Redenen om te handelen

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

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

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

6 MacCormick 2008, p. 7.

7 MacCormick 2008, p. 8-9.

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

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

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

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

8 MacCormick 2008, p. 10-12.

9 MacCormick 2008, p. 12-15.

10 MacCormick 2008, p. 16-17.

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

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

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

11 MacCormick 2008, p. 47-49.

12 MacCormick 2008, p. 105-107.

13 MacCormick 2008, p. 46.

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

3.2.3 Een normatieve maatstaf

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

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

¹⁴ MacCormick 2008, p. 43-46.

¹⁵ MacCormick 2008, p. 92.

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

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

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

¹⁶ MacCormick 2008, p. 94.

¹⁷ MacCormick 2008, p. 97-98.

3.2.4 Morele en juridische beslissingen en de rol van het strafrecht

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

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

18 MacCormick 2008, p. 129.

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

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

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

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

20 MacCormick 2008, p. 125.

21 't Hart 1994a, p. 217.

22 Foqué & 't Hart 1990, p. 389-390.

23 't Hart 1994a, p. 262-265.

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

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

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

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

3.3 TOEPASSING VAN HET ALGEMEEN BELANG IN HET STRAFRECHT

3.3.1 Redenen omtrent opsporing en vervolging

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

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

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

24 McCormick 1978, p. 112.

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

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

3.3.2 Redenen voor niet-vervolging: de sepotgronden

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

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

²⁵ Paragraaf 2.8.

²⁶ Daarover uitgebreid onder andere Corstens & Tak 1982, p. 104-116. Zie over het sepotbeleid verder Teijl 2004.

²⁷ Van Dijk 2003, p. 242-245.

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

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

Het initiatief werd later overgenomen door het OM. Op 26 september 1999 stelde het College van Procureurs-generaal een Instructie sepotgronden vast, die in werking trad op 15 juli van dat jaar.³³ De Handleiding rubricering sepotgronden verviel hiermee. Op 6 augustus 2007 stelde het College van Procureurs-generaal een Aanwijzing gebruik sepotgronden vast, die op 1 februari 2008 in werking trad en waarmee de Instructie sepotgronden verviel.³⁴ Door het College werd een gewijzigde versie van deze aanwijzing vastgesteld op 15 december 2008, in werking tredend op 1 februari 2009,³⁵ op 4 december 2012 gevolgd door weer een gewijzigde versie, die in werking trad op 1 januari 2013.³⁶

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

28 Over de verhouding tussen technische sepots en beleidssepots wordt verder ingegaan in paragraaf 4.2.4.

29 Werkgroep 'Rubricering sepotgronden' 1978.

30 Werkmap rubricering sepotgronden 1979.

31 Handleiding rubricering sepotgronden 1983.

32 Rubricering sepotgronden 1986.

33 Registratienummer 1999I006.

34 Registratienummer 2007A012, *Stcrt.* 2008, nr. 19.

35 Registratienummer 2008A029, *Stcrt.* 2009, nr. 795.

36 Registratienummer 2009A016g, *Stcrt.* 2012, nr. 26859.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

40 Corstens/Borgers 2011, p. 528.

41 Corstens/Borgers 2011, p. 529.

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

3.3.3 Redenen voor vervolging in beleidsregels van het OM

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

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

Niet alleen het beslissen over de inzet van strafrechtelijke middelen en de modaliteit daarvan is een onderwerp van het beleid, maar ook de te vorderen straf is daarin opgenomen. Door middel van het Kader voor strafvordering⁴² wordt door het OM een geüniformeerd beleid nagestreefd, zodat voor vergelijkbare delicten 'ongeacht plaats of beoordelaar, vergelijkbare straffen worden gevorderd'. Dat hoofddoel van geüniformeerde strafvordering wordt vergezeld van het doel van de richtlijnen om 'een beredeneerde indicatie van de modaliteit en strafmaat te geven bij de beoordeling van strafbare feiten'. Daarbij wordt overigens wel erkend, en er expliciet op gewezen, dat er een algemene bevoegdheid bestaat om af te wijken van de uitkomst die wordt voorgeschreven door de beleidsregels van het OM. Die uniformering wordt dus wel bevorderd door het strafvorderingsbeleid, maar niet strikt doorgevoerd. Het Kader voor strafvordering bevat de systematiek van het strafvorderingsbeleid, aan de hand waarvan in een strafzaak allereerst per feit het aantal 'strafpunten' wordt berekend, met toepassing van verschillende beoordelingsfactoren.

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

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

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

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

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

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

3.3.4 Beslissingen over beklag tegen niet-vervolgning

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

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

43 Corstens & Tak 1982, p. 102.

44 Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 265.

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

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

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

⁴⁵ Hof Amsterdam 21 januari 2009, *NJ* 2009, 191 m.nt. Y. Buruma.

⁴⁶ Hof 's-Gravenhage 4 maart 2008, *LJN* BC5641.

⁴⁷ Hof 's-Hertogenbosch 22 februari 2000, *NJ* 2000, 322.

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

3.3.5 Standpunten over het algemeen belang uit de academische literatuur

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

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

48 Zie bijvoorbeeld ook Hof Amsterdam 17 oktober 2007, *NbSr* 2007, 423 en Hof 's-Hertogenbosch 4 augustus 2009, *LJN* BJ7520.

49 Bijv. De Bosch Kemper 1838-1840, p. 43.

50 Van Veen 1968.

51 Corstens/Borgers 2011, p. 35.

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

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

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

52 Corstens/Borgers 2011, p. 526-527.

53 Tak 1973c, p. 13. Zie ook Corstens & Tak 1982, p. 93-94.

54 Corstens/Borgers 2011, p. 528.

55 Enschedé/Bosch 2008, p. 50; Corstens & Tak 1982, p. 8-9, 13, 91; Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 263-264; Corstens/Borgers 2011, p. 223-224.

56 Bijvoorbeeld Corstens & Tak 1982, p. 9-10, 98; Corstens/Borgers 2011, p. 220.

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

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

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

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

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

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

58 Gewin 1913, p. 43.

59 Gewin 1913, p. 332-333.

60 Strijards 1992, p. 36.

61 Mevis 2009, p. 406-407.

62 Corstens/Borgers 2011, p. 221.

63 Corstens/Borgers 2011, p. 220.

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

3.3.6 Analyse van de standpunten in de literatuur

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

⁶⁴ Corstens & Tak 1982, p. 83.

⁶⁵ Kelk 2005, p. 7.

⁶⁶ Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 263.

⁶⁷ Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 20.

⁶⁸ Bijvoorbeeld in Rb Rotterdam 12 februari 1980, NJ 1980, 326.

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

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

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

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

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

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

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

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

70 Bijvoorbeeld Mevis 2009, p. 126-127.

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

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

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

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

71 Lensing & Mulder 1994, p. 154.

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

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

72 Lensing & Mulder 1994, p. 157.

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

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

3.4 EFFECTIEVE HANDHAVING VAN EUROPEES RECHT

3.4.1 Getrapte handhaving

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

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

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

De Europese rechtsorde is gegrond op de nationale rechtsordes, maar vormt een eigen communautaire orde, waarvan het recht rechtstreeks werkt in de rechtsordes van de lidstaten⁷⁴ en voorrang heeft op het nationale recht.⁷⁵ Vanuit de autonomiegedachte van het Europese recht is die rechtsorde als het ware zelfreferentieel gerechtvaardigd: omdat de Europese rechtsorde wordt aangemerkt als autonoom ten opzichte van de lidstaten kan het niet anders dan dat het Europese recht voorrang heeft en rechtstreeks werkt.⁷⁶ Het Europese recht moet ook worden geïmplementeerd door omzetting in de wetgeving van de lidstaten, toepassing in nationale gerechtelijke procedures en, indien nodig, actieve handhaving.⁷⁷ Het resultaat van die doorwerking van het Europese recht in de nationale rechtsordes kan zijn dat sommige besluiten of handelingen de lidstaten niet zijn toegestaan, vanwege bijvoorbeeld de vrijheden die de Europese Unie haar burgers garandeert, terwijl de lidstaten tot andere handelingen juist verplicht zijn, om de doelstellingen van de Unie te kunnen verwezenlijken. Deze effecten staan ook wel bekend als negatieve en positieve integratie.⁷⁸ Volgens Barents leidt de steeds verdergaande integratie op deze manier tot de ontwikkeling van een veelomvattende 'Europese ruimte', waaruit logischerwijs zou voortvloeien dat die ruimte ook het straf(proces)recht als onderwerp van bemoeienis heeft.⁷⁹ Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is de bemoeienis van de EU met het strafrecht sterk toegenomen. De justitiële samenwerking in strafzaken, die voorheen in titel VI van het EU-Verdrag, de zogenoemde derde pijler, werd geregeld, is inmiddels bevorderd tot een gewoon Europees beleidsterrein. Een groter wordende invloed op het strafrecht ligt daarmee in de lijn der verwachting.

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

74 HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (Van Gend en Loos)

75 HvJ EG 3 juni 1964, zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1194 (Costa/ENEL).

76 McCormick 2005, p. 109.

77 Curtin & Mortelmans 1994, p. 423-466.

78 Zie voor de uitwerking van positieve en negatieve integratie op het strafrecht Corstens & Pradel 2003, p. 479-557; Sevenster 1992, p. 39; Guldenmund, Harding & Sherlock 1995 en bijv. de conclusie van A-G Mazák voor HvJ EG 23 oktober 2007, zaak C-440/05, *Jur.* 2007, p. I-9097, punt 74-76 (Commissie/Raad).

79 Barents 2006, p. 360-363.

80 Swart 1996, p. 1.

81 McCormick 2005, p. 229.

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

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

⁸² Swart 1996, p. 3.

⁸³ Steenbergen & Van der Woude 2004.

⁸⁴ Harding 1996, p. 23.

⁸⁵ HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (Rewe); HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (Comet).

⁸⁶ Harding 1996, p. 30-35.

3.4.2 Doeltreffend, evenredig, afschrikkend en gelijkwaardig

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

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

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

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

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

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

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

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

In een andere zaak tegen Frankrijk werden deze eisen herhaald. Frankrijk was eerder veroordeeld wegens het onvoldoende controleren van de visserij, waarbij het Hof had gesteld dat onder omstandigheden lidstaten verplicht zijn tot inspectie en vervolgning van overtredingen.⁹² De Commissie was van oordeel dat aan dit arrest onvoldoende uitvoering werd gegeven en bracht de zaak voor het Hof in een procedure op grond van artikel 228 EG-Verdrag (oud). In zijn arrest⁹³ stelt het Hof het volgende: 'De verplichting van de lidstaten om erop toe te zien dat overtredingen van de communautaire regeling effectief, evenredig en afschrikkend worden bestraft, is op het gebied van de visserij van levensbelang. Zouden de bevoegde autoriteiten van een lidstaat namelijk stelselmatig afzien van vervolgning van degenen die dergelijke overtre-

92 HvJ EG 11 juni 1991, zaak 64/88, *Jur.* 1991, p. I-2727 (Commissie/Frankrijk).

93 HvJ EG 12 juli 2005, zaak C-304/02, *Jur.* 2005, p. I-6263 (Commissie/Frankrijk).

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

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

94 Zie ook De Hert, Paepe & Griffioen 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

101 Rechtsoverweging 45 van het arrest.

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

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

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

102 Rechtsoverweging 46 van het arrest.

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

3.4.3 De inhoud van de evenredigheid

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.5 BESTUURLIJK GEDOGEN EN DE BEGINSELPLICHT TOT HANDHAVING

3.5.1 Discretionaire vrijheid als uitgangspunt

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

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

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

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

109 HR 12 maart 1971, *NJ* 1971, 265 m.nt. W.F. Prins.

110 *ARRvS* 29 augustus 1978, *Gst.* 6528, 5.

111 *ARRvS* 25 september 1990, *AB* 1991, 460 m.nt. P.J.J. van Buuren (Van der Zande/Deventer).

112 Michiels 1991, p. 35.

113 Jurgens 1996, p. 86 e.v.

114 *Kamerstukken II* 1996-97, 25 085, nr. 2, p. 35.

3.5.2 Schorsing en vernietiging van besluiten

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

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

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

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

116 Beleidskader spontane vernietiging, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 9.

117 Beleidskader spontane vernietiging, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 9-10.

118 Beleidskader spontane vernietiging, *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 10.

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

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

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

3.5.3 De opkomst van de beginselplicht tot handhaving

¹¹⁹ Van Poelje & Polak 1950, p. 28.

¹²⁰ Van Poelje & Polak 1950, p. 5-13.

¹²¹ Versteden/Kortmann, aant. 3.1 op art. 268 Gemeentewet.

¹²² Zie bijvoorbeeld ook Michiels 2004, p. 99-100, die het algemeen belang als 'bovenpersoonlijk' aanduidt.

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

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

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

123 ARRvS 13 juli 1986, AB 1987, 249 m.nt. P.J.J. van Buuren (Garage Simpelveld).

124 ABRvS 2 februari 1998, AB 1998, 181 m.nt. F.C.M.A. Michiels.

125 Albers 2004, p. 233-243.

126 Michiels 2000, en in diens annotatie onder ABRvS 2 februari 1998, AB 1998, 181.

127 Lam 2004.

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

3.5.4 Een nieuwe formulering en precisering

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

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

128 Vermeer 2001.

129 Albers 2004, p. 243.

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

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

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

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

131 Albers 2005.

132 Polak 2005.

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

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

3.5.5 Kanttekeningen bij de beginselplicht

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

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

¹³⁴ Bakker & Bastein 2004.

¹³⁵ Albers 2004, p. 241.

¹³⁶ Polak 2005, p. 206-207.

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

3.5.6 Beginselplicht en opportuniteitsbeginsel vergeleken

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

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

137 Suurmond & Van Velthoven 2006.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.6 DEELCONCLUSIE

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

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

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

doeltreffendheid, evenredigheid en afschrikkendheid vrijwel uitsluitend utilitaristisch.

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

