



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het opportunitieitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde
Geelhoed, W.

Citation

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

Version: Corrected Publisher's Version

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Geelhoed, Willem

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

Issue Date: 2013-12-16

4 | Het opportuniteitsbeginsel in zijn institutionele en procedurele context

4.1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

1 MacCormick 2007b, p. 21-37.

2 Corstens/Borgers 2011, met name p. 525-557.

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

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

4.2 REIKWIJDTE EN KARAKTER VAN HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL

4.2.1 Vervolging, vervolgingsbeslissing en vervolgingsmonopolie

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

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

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

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

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

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

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

4 Zie paragraaf 4.6.

5 Zie ook Melai/Groenhuijsen, aant. 8.4 op art. 167.

6 Minkenhof/Reijntjes 2009, p. 49.

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

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

7 Hoge Raad der Nederlanden 2010, p. 91.

8 Zie ook Melai/Groenhuijsen, aant. 8.6 op art. 167.

9 HR 24 november 1987, NJ 1988, 617.

10 Zie Rb Breda 9 augustus 1984, NJ 1985, 62 en HR 15 september 1986, NJ 1987, 304.

11 Zie de conclusie voor HR 15 september 1986, NJ 1987, 304 en de noot van Van Veen onder HR 9 juni 1987, NJ 1988, 583.

12 Rb Rotterdam 29 maart 1983, NJ 1983, 540 m.nt. ThWvV.

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

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

4.2.2 Het afleiden van mindere uit meerdere bevoegdheden

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

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

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

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

13 Noyon 1926, p. 276; Moons 1969, p. 487-488; Corstens 1974, p. 24; Corstens & Tak 1982, p. 98-100.

14 MacCormick 2005, p. 18.

15 Moons 1969, p. 487.

16 Tak 1973c, p. 11.

17 Corstens & Tak 1982, p. 98-99.

18 Zie met name paragraaf 2.7.

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

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

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

19 Corstens 1987, p. 96.

20 De Jong 1985a, p. 7-8.

21 Cleiren 1992, p. 32-33.

22 Soeteman 1994, p. 72-73.

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

4.2.3 Consensualiteit en onderhandelen

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

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

23 Zie *Kamerstukken II* 2009/10, 32 177, nr. 3, p. 17-18.

24 Simmelink 2004, p. 229-230.

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

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

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

4.2.4 De vervolgingsbeslissing en de componenten daarvan

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

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

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

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

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

25 Zie uitgebreider over deze sepotgronden paragraaf 3.3.2.

26 Lensing & Mulder 1994, p. 155; Melai/Groenhuijsen, aant. 6 op art. 167.

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

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

27 Melai 1973c.

28 Corstens/Borgers 2011, p. 15.

29 Corstens 1974, p. 34-37.

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

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

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

30 Zie daarover meer in het bijzonder paragraaf 6.9.

31 't Hart 1976, p. 11-15.

32 't Hart 1994a, p. 129-130.

33 Vrij 1948.

4.3 BEPALING VAN DE OMVANG VAN DE VERVOLGING

4.3.1 Het opportuniteitsbeginsel en de keuze van de tenlastelegging

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

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

34 Cleiren 2001, p. 27-28.

35 Knigge 1994, p. 111.

36 HR 27 juni 1995, NJ 1996, 126 en HR 27 juni 1995, NJ 1996, 127 m.nt. MSG onder het tweede arrest.

37 Zie reeds Moons 1969, p. 487-488.

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

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

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

38 Zie ook Melai/Groenhuijsen, aant. 15 op art. 167.

39 Knigge 1994, p. 111. Zie ook De Jong 1981, p. 281; Boksem 1996, p. 135-144 en Harteveld 2001, p. 179-194.

40 MacCormick 1994, p. 46-47.

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

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

4.3.2 De grondslagleer

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

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

41 HR 21 oktober 1969, *NJ* 1970, 126 m.nt. W.F. Prins. Vgl. MacCormick 1994, p. 41-52.

42 Hof 's-Hertogenbosch 11 juli 1991, *NJ* 1991, 733.

43 Daarover ook Langemeijer 2010, p. 56-57.

44 HR 30 januari 1933, *NJ* 1933, 588 en 591 m.nt. T. Desondanks heeft ook wel eens een rechtbank zich bevoegd verklaard die daarvoor geen aanknopingspunten in de tenlastelegging of het onderzoek ter zitting aanwezig vond: Rb Middelburg 27 november 1992, *NJ* 1993, 345.

45 HR 20 juni 1950, *NJ* 1950, 614 m.nt. BVAR; HR 23 november 1954, *NJ* 1955, 32 m.nt. WP.

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

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

4.3.3 Relevantie van de Europese dimensie

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

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

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

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

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

Het voorstel voor een verordening voor de oprichting van het Europees OM⁵⁰ gaat ook uit van het legaliteitsbeginsel.⁵¹ Wat bij de inrichting van het Europees OM de keuze voor de tenlastelegging extra gevoelig maakt, is het feit dat het Europees OM volgens artikel 86 VWEU in beginsel uitsluitend bevoegd kan worden gemaakt voor strafbare feiten die de financiële belangen van de EU schaden. Slechts door middel van een unanieme beslissing in de Raad kan deze bevoegdheid worden uitgebreid. In eerste instantie heeft de Commissie er dan ook voor gekozen om bij het voorstel voor de oprichting van het Europees OM nog niet te proberen de materiële bevoegdheid uit te breiden tot andere strafbare feiten. In de praktijk kan de beperking tot feiten die de financiële belangen van de Unie schaden nog wel eens lastig uitpakken, en dat heeft de Commissie geïnspireerd om een regeling voor te stellen die

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

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

49 Groenboek, p. 55.

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

51 Zie overweging 20 en artikel 27 van het voorstel.

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

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

4.4 BUITENGERECHTELIJKE AFDOENING

4.4.1 Voorwaardelijk sepot, transactie en strafbeschikking

Tussen de uitersten van vervolging voor het maximaal haalbare en een onvoorwaardelijk sepot zijn tal van andere afdoeningsmodaliteiten mogelijk. Deze mogelijkheden van afdoening hebben niet altijd een wettelijke basis, en één van de vragen daarbij is in hoeverre het opportuniteitsbeginsel kan dienen als legitimatie voor deze modaliteiten. Hierboven is gesteld dat geen gebruik gemaakt zou moeten worden van de redenering dat uit de meerdere bevoegdheid de mindere kan worden afgeleid. In plaats daarvan kan beter een zelfstandige wettelijke grondslag worden gecreëerd.

Het voorwaardelijk sepot is de oudste vorm van buitengerechtelijke afdoening,⁵⁵ ontstaan uit de behoefte aan een beëindiging van strafzaken die het

52 Zie overweging 22 en artikel 13 van het voorstel

53 Overweging 30 en artikel 4 lid 3 van het voorstel.

54 Artikel 28 van de voorgestelde verordening.

55 Melai/Groenhuijsen, aant. 17.1 op art. 167.

midden houdt tussen vervolging en onvoorwaardelijk sepot. Het biedt mogelijkheden tot gedragsbeïnvloeding die door de andere afdoeningsmodaliteiten niet in die mate kunnen worden bereikt. In zoverre is het voorwaardelijk sepot een duidelijk product van de moderne richting in het strafrecht. Het is niet nodig dat de verdachte verzoekt om een voorwaardelijk sepot, het mag ook direct door het OM worden opgelegd. De voorwaarden die hierbij worden opgelegd komen grotendeels overeen met de voorwaarden die worden opgelegd bij een voorwaardelijke veroordeling. Voorwaarden moeten zien op de levenswijze en het gedrag van de verdachte en mogen niet zijn staatkundige en godsdienstige vrijheid beperken, maar de algemene voorwaarde dat de verdachte geen strafbare feiten mag begaan hoeft niet per se gesteld te worden. De voorwaarden mogen niet leiden tot een informele wijze van strafoplegging, omdat het legaliteitsbeginsel van artikel 1 Sr dat verbiedt. Ook mag door een voorwaardelijk sepot niet een wettelijke regeling voor oplegging van maatregelen worden omzeild. Het is dus onmogelijk om een taakstraf, de opneming in een inrichting, de waarborgsom en dergelijke als voorwaarden op te nemen. Er is geen mogelijkheid om de naleving van voorwaarden te verzekeren, anders dan door te dagvaarden. Bovendien staat bij niet-nakoming de weg naar de rechter alleen open met betrekking tot het feit waarvoor tot voorwaardelijk sepot was gekomen.⁵⁶

De transactie is al vroeg bij wet geregeld, maar in vrij bescheiden vorm. De verdachte kon oorspronkelijk het recht tot strafvordering van het OM afkopen door de maximale geldboete te voldoen die op het gepleegde feit was gesteld. Met een dergelijke submittie werd wel degelijk leedtoevoeging beoogd, maar werd ook de mogelijkheid geschapen om een openbare terechtzitting te vermijden. Bovendien bespaart deze vorm van afdoening de rechtspleging veel middelen, niet alleen omdat er kosten van terechtzittingen worden uitgespaard, maar ook omdat de financiële opbrengst van transacties de maximaal haalbare is van een gang naar de rechter. De reikwijdte van de transactie werd in belangrijke mate vergroot door de mogelijkheid voor het OM om vast te stellen onder welke condities er kon worden getransigeerd. Het recht tot strafvordering van het OM vervalt van rechtswege als de verdachte vrijwillig aan de gestelde voorwaarde, de betaling van een geldsom, voldoet. Snel ontstond de behoefte om meer voorwaarden te kunnen stellen, zoals schadevergoeding aan het slachtoffer. Transacties werden vooral geschikt gevonden om economische en vermogenscriminaliteit af te doen. In de WED en het commune strafrecht werden de mogelijkheden om te transigeren verruimd, zodat meer voorwaarden konden worden gesteld en bij zwaardere misdrijven, tot misdrijven waarop zes jaar gevangenisstraf is gesteld, transacties konden worden aangeboden.⁵⁷

56 Melai/Groenhuijsen, aant. 17 op art. 167.

57 Melai/Groenhuijsen, aant. 18 op art. 167.

Recent is aan dit scala van buitengerechtelijke afdoeningsmodaliteiten de strafbeschikking toegevoegd, die het OM de bevoegdheid geeft om zaken zelfstandig met een boete of taakstraf af te doen. Alleen wanneer de verdachte zich tegen de straf verzet wordt een rechter bij de zaak betrokken. De strafbeschikking wordt, hoewel het een vorm van buitengerechtelijke afdoening is, als een daad van vervolging aangemerkt. De officier van justitie voert bewijs aan, kwalificeert dat en komt tot een vaststelling van schuld. Tegen het uitvoerdigen van een strafbeschikking is beklag mogelijk bij het Gerechtshof. Met deze afdoeningsmodaliteit wordt de driedeling tussen vervolging, buitengerechtelijke afdoening en onvoorwaardelijk sepot aanmerkelijk minder helder.

4.4.2 De voeging ad informandum

Wanneer een verdachte meerdere delicten heeft begaan kan een strafvervolging voor al die feiten een grote hoeveelheid werk veroorzaken voor zowel het OM als de rechterlijke macht en de verdediging. Zeker wanneer ingewikkelde tenlasteleggingen worden uitgebracht als gevolg van de complexiteit van de gepleegde feiten of van het materiële strafrecht, zou het wenselijk zijn het strafproces te richten op één of enkele feiten en de rest van de feiten, die een minder ernstig verwijt inhouden of moeilijker bewijsbaar zijn, achterwege te laten. Daarop zou een onvoorwaardelijk sepot kunnen worden volgen, maar het is ook mogelijk ze toch ter kennis van de rechter te brengen, door ze ad informandum bij het dossier te voegen. Met ad informandum gevoegde zaken mag de rechter in zijn strafoplegging rekening houden, zij het dat de straf niet uit mag gaan boven het maximum dat op de bewezen feiten gesteld is. De straf is daarmee formeel gegrond op het bewezenverklaarde feit, maar is materieel mede tot stand gekomen doordat de rechter kennis heeft gekregen van andere feiten die door de verdachte zijn begaan.

Om tot voeging ad informandum over te kunnen gaan moet wel voldaan zijn aan de eis van haalbaarheid van een veroordeling. Het OM mag geen feiten ad informandum voegen waarvan het zelf niet overtuigd is dat de rechter daarvoor zou veroordelen, als ze op de gebruikelijke manier voor de rechter zouden worden gebracht. De rechter beoordeelt de ad informandum gevoegde feiten ook niet volledig, maar volstaat met een summiere kennisname. Bovendien moet er door de verdachte een bekentenis zijn afgelegd. Als hij ter terechtzitting de ad informandum gevoegde feiten ontkent, kan het OM voor die feiten alsnog een vervolging instellen zonder daarin niet-ontvankelijk te worden verklaard.⁵⁸

58 HR 15 juni 1982, NJ 1983, 216.

4.4.3 Buitengerechtelijke afdoening door het Europees OM

In de Nederlandse praktijk van buitengerechtelijke afdoening van strafbare feiten is sterk de invloed van het opportuniteitsbeginsel te herkennen. Dat uitgangspunt heeft steeds geleid tot het ontwikkelen van nieuwe afdoeningsmodaliteiten, zo bood het de grondslag voor de ontwikkeling van de transactie en het voorwaardelijk sepot. Zodra een vorm van afdoening niet meer gebaseerd is op wilsovereenstemming van de betrokken verdachte en de strafvorderlijke overheid die afziet van de inzet van zijn bevoegdheden, kan echter niet meer vertrouwd worden op het opportuniteitsbeginsel en is een expliciete wettelijke grondslag noodzakelijk, zoals bij de strafbeschikking.

Wanneer niet het opportuniteitsbeginsel als uitgangspunt wordt genomen, maar het legaliteitsbeginsel, is de mogelijkheid om afdoeningsmodaliteiten te ontwikkelen vanuit de algemene discretionaire bevoegdheid natuurlijk uitgesloten. Dat is het geval bij enkele stukken ter voorbereiding van de oprichting van het Europees OM, zoals het Corpus Juris. Dat bevat ook mogelijkheden voor buitengerechtelijke afdoening, maar deze zijn niet hetzelfde als de Nederlandse transactie: door met het Europees OM te transigeren bekent een verdachte dat hij schuld heeft aan het strafbare feit.⁵⁹ Daartegen werden wel bezwaren ingebracht vanuit Nederlands perspectief, maar die leidden niet tot een andere invulling van de transactiebevoegdheid.⁶⁰

In het Groenboek dat op de Corpus Juris-studie volgde stelde de Commissie zich op het standpunt dat het Europees OM aan een legaliteitsbeginsel moet worden gebonden, maar daarop zouden wel uitzonderingen mogelijk moeten zijn. Daarbij sloot de Commissie zich aan bij de rapporten van het Corpus Juris-project. Eén van de uitzonderingsgronden betreft de transactie, die echter slechts mogelijk zou moeten zijn bij fraude met bescheiden bedragen.⁶¹

In het Commissievoorstel voor een verordening ter oprichting van het Europees OM⁶² is ook een mogelijkheid voor transactie opgenomen (in artikel 29). Deze mogelijkheid wordt door de Commissie gerechtvaardigd geacht voor gevallen waarin een strafzaak niet wordt geseponeerd vanwege gebrek aan bewijs, of omdat het een bagatel delict betreft, maar waarin er ook onvoldoende redenen zijn om over te gaan tot het instellen van vervolging. Het aanbieden van een transactie aan de verdachte zou in dergelijke gevallen mogelijk moeten zijn wanneer dat in het belang van een goede rechtsbedeling is.⁶³ De regels voor het transigeren worden slechts gedeeltelijk in de verordening opgenomen, en zouden moeten worden uitgewerkt in administratieve

59 Vervaele & Klip 2001, p. 637-678, p. 666, 671-672.

60 Delmas-Marty & Vervaele 2000-2001, dl. I, p. 322-324.

61 Groenboek, p. 54-55.

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

63 Zie het voorstel, overweging 31.

regelgeving, door het Europees OM zelf op te stellen. Opmerkelijk is in ieder geval wel, dat de ontwerpverordening overweegt dat het voldoen aan een transactie niet in de weg staat aan het later opgelegd krijgen van een administratieve sanctie, mits deze niet punitief van aard is.⁶⁴ Volgens de ontwerpverordening is het slechts mogelijk om over te gaan tot een transactie wanneer alle schade door de verdachte is gecompenseerd. De enige transactievoorwaarde bestaat uit het betalen van een geldsom, bij voldoening waarvan het recht tot strafvordering komt te vervallen. Relevante strafvorderlijke autoriteiten worden door het Europees OM op de hoogte gesteld van de gevallen waarin getransigeerd is, en de uitoefening van de transactiebevoegdheid is niet onderworpen aan rechterlijke controle.

De vormgeving van de transactiebevoegdheid in de ontwerpverordening laat daarmee aanzienlijk meer ruimte aan de Europese officier van justitie dan de regeling uit het Groenboek. Er is in het voorstel van de Commissie geen duidelijk maximumbedrag opgenomen van de fraude waarvoor getransigeerd mag worden. Zeker het feit dat het voor bagatel delicten al mogelijk is om te seponeren, en de transactiebevoegdheid die feiten nog aanvult, geeft aan dat het niet uitsluitend om geringe bedragen zal gaan. Een en ander zal nog wel moeten worden geregeld in aanvullende regelgeving; de transactieregeling in de ontwerpverordening is nog erg summier en het is daarom beter om voorlopig voorzichtige conclusies te trekken.

4.5 GEHARMONISEERDE SLACHTOFFERRECHTEN

4.5.1 Slachtoffers in het strafproces en de invloed van de Europese Unie

Lange tijd was het uitgangspunt van het Nederlandse strafrecht dat het slachtoffer een beperkte rol zou moeten hebben in het strafproces. De relatie tussen de pleger van het strafbare feit en het slachtoffer daarvan, zou vooral aan de orde moeten worden gesteld in de civiele procedure, terwijl in de strafprocedure het OM namens de rechtsorde optreedt, en niet de belangen van slachtoffers nastreeft. De rol van het slachtoffer in het strafrecht werd beperkt tot onder andere het doen van aangifte van een strafbaar feit dat jegens hem gepleegd was, het optreden als getuige ter zitting en het als belanghebbende doen van beklag tegen niet-vervolgving.

De meeste invloed was voor het slachtoffer weggelegd in het vooronderzoek. Op de gebeurtenissen tijdens de terechtzitting kon hij weinig invloed uitoefenen, tenzij hij als getuige een substantiële rol in de waarheidsvinding had, en ter zitting werd ondervraagd. Zijn eigen belangen kwamen daarbij echter niet altijd nadrukkelijk naar voren. De daaraan voorafgaande beslissing omtrent vervolging kon hij echter beïnvloeden. Een aantal delicten is immers

64 Overweging 31 van het voorstel.

slechts vervolgbaar wanneer er een klacht is ingediend door het slachtoffer. Hij kan dan, door het niet indienen van een klacht, vervolging tegenhouden, ook als het strafbare feit langs andere wegen ter kennis komt van de politie. Wanneer een klachtvereiste ontbreekt, zal echter door het OM met de gerechtvaardigde belangen van het slachtoffer rekening moeten worden gehouden. Overigens is bij enkele zedendelicten het klachtvereiste inmiddels afgeschaft, en vervangen door een bepaling die het OM opdraagt het slachtoffer in de gelegenheid te stellen zijn mening omtrent vervolging kenbaar te maken (artikel 167a Sv). Ten slotte heeft het slachtoffer een wapen in handen wanneer zijns inziens het OM onterecht niet tot vervolging overgaat: het slachtoffer kan dan als rechtstreeks belanghebbende beklag instellen bij het gerechtshof (artikel 12 Sv).

In 2001 kwam een wijziging tot stand in de regeling van waarborgen rondom de vervolgingsbeslissing.⁶⁵ Deze wetswijziging versterkte de plicht van politie en justitie om slachtoffers te informeren over beslissingen omtrent de afdoening van strafbare feiten waarbij zij zijn betrokken. Ook de mogelijkheden voor beklag tegen een beslissing tot niet-vervolging werden door deze wet verruimd.

Buruma heeft nog tamelijk recent het standpunt vertolkt dat het slachtoffer slechts een bescheiden rol in het strafproces zou moeten hebben. In zijn oratie verdedigt hij de stelling, dat de aandacht van de strafrechter niet door allerlei bijkomende zaken moet worden afgeleid. Tot deze bijkomende zaken rekent hij onder andere het slachtoffer en diens belangen.⁶⁶ De felle reactie van Groenhuijsen hierop⁶⁷ illustreert dat de klassieke onderbedeling van het slachtoffer in de strafrechtelijke theorie in hoog tempo aan aanhang verliest. Sinds de jaren tachtig is er een gestage ontwikkeling gaande van versterking van de positie van het slachtoffer in het strafrecht.⁶⁸ Deze houdt onder meer in, dat er gestreefd werd naar de introductie van bemiddeling als alternatief voor het strafproces.⁶⁹ Ook wordt een verandering van de rol van het slachtoffer op de terechtzitting wenselijk geacht. In het algemeen doet de gedachte opgeld dat in het strafproces tegemoet moet worden gekomen aan belangen van meer betrokkenen dan alleen de verdachte en het OM. 't Hart heeft deze verschuiving theoretisch onderbouwd door het begrip rechtsbescherming zo uit te leggen, dat het niet alleen bescherming van verdachten tegen de overheid, maar ook bescherming van (potentiële) slachtoffers tegen criminaliteit in ging houden.⁷⁰ Tot op zekere hoogte, in ieder geval voor zover slachtoffers

65 Wet van 1 november 2001 tot wijziging van de regelingen betreffende de waarborgen rond de vervolging, *Stb.* 2001, 531.

66 Buruma 1996.

67 Groenhuijsen 1997.

68 Onder meer onder invloed van het proefschrift van Groenhuijsen: Groenhuijsen 1985.

69 Daarover bijvoorbeeld Wiewel e.a. 1993 en meer recent *Blad* 2010, Weijers 2012, Zalm 2012 en Tak 2013.

70 Onder andere in 't Hart 1994b, p. 37.

ook als getuige in het strafproces optreden, worden hun belangen ook door het EVRM beschermd.⁷¹

Het kaderbesluit slachtofferzorg⁷² is in 2001 aangenomen als één van de eerste instrumenten onder de Derde Pijler van de EU zoals die door het Verdrag van Amsterdam was gewijzigd. Het is het eerste bindende internationale instrument dat betrekking heeft op de status van slachtoffers in het strafproces. In eerste instantie was de regering van mening dat Nederland al voldeed aan de bepalingen van dit kaderbesluit, en dat aanpassing van wet- en regelgeving niet nodig zou zijn. De bestaande regelingen voor slachtoffers, die voor een groot deel zijn neergelegd in het slachtofferbeleid van het Openbaar Ministerie, maar die ook steeds meer in het Wetboek van Strafvordering zijn opgenomen, zouden volstaan. De Europese Commissie beoordeelde in 2004 de implementatie van dit kaderbesluit in de lidstaten van de EU, waarbij zij zich zeer kritisch uitsprak over de behaalde resultaten. De Nederlandse regering diende daarop, mede onder invloed van de uitkomsten van het onderzoeksproject Strafvordering 2001, een wetsvoorstel in dat de positie van het slachtoffer in het Wetboek van Strafvordering verregaand moet vastleggen.

In de discussies die over implementatie van het kaderbesluit slachtofferzorg werden gevoerd kwam geregeld de kwestie aan de orde, of kon worden volstaan met omzetting in richtlijnen en aanwijzingen van het Openbaar Ministerie, of dat moest worden overgegaan tot aanvulling van de wettelijke bepalingen met betrekking tot de positie van het slachtoffer in het strafproces. Voor dat laatste zouden verschillende redenen kunnen bestaan, maar het zou tot gevolg hebben dat het OM niet langer vrij is om regels vast te stellen over dit onderwerp. Een substantieel onderwerp wordt dan onttrokken aan de beleidsvorming van het OM, ten gunste van de wetgever. Of dat een inperking van het opportuniteitsbeginsel inhoudt is moeilijk te zeggen. Dat hangt er immers van af, of het slachtofferbeleid kan worden gezien als een uitvoering van de beleidsvrijheid inzake beslissingen omtrent opsporing en vervolging. Nu deze beleidsregels vooral procedurele bescherming bieden aan het slachtoffer lijkt de conclusie dat het opportuniteitsbeginsel hier in het geding is, niet voor de hand te liggen. Slachtoffers verkrijgen immers geen betekenisvolle bevoegdheden ten aanzien van de vervolgingsbeslissing. Misschien zijn er enkele rechten voor slachtoffers die op dit vlak wel enige betekenis hebben voor het opportuniteitsbeginsel, maar in hoofdzaak blijven de beslissingen omtrent opsporing en vervolging een zaak voor het OM, inclusief het verdisconteren van de belangen van het slachtoffer in die beslissingen. De vraag, of Europese implementatieverplichtingen leiden tot een verschuiving in de rolverdeling tussen wetgever en OM in de rechtsvorming inzake slachtofferrech-

71 EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92, NJ 1996, 741 m.nt. G. Knigge (Doorson/Nederland).

72 Kaderbesluit nr. 2001/220/JBZ van de Raad van 15 maart 2001 inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure (*PbEG* 2001, L 82/1).

ten, is elders al behandeld en blijft hier daarom buiten beschouwing.⁷³ Wel wordt de aandacht nog gericht op de betekenis van enkele slachtofferrechten in het licht van het opportuniteitsbeginsel.

Het kaderbesluit is in 2012 vervangen door een richtlijn.⁷⁴ Ook op grond van deze richtlijn heeft het slachtoffer niet het recht om over de vervolging te beslissen, zodat het vervolgingsmonopolie van het OM niet wordt doorbroken. Wel zijn de lidstaten verplicht om, overeenkomstig de rol die het nationale recht aan het slachtoffer toekent bij de beslissing tot vervolging, deze beslissing aan een rechterlijke autoriteit ter toetsing voor te leggen (artikel 11 van de richtlijn). Omdat het slachtoffer ook op de hoogte moet worden gehouden van alle relevante beslissingen die er in de strafprocedure worden genomen (artikel 6), heeft hij met deze toetsingsmogelijkheid een effectief middel om in te zetten tegen hem niet welgevallige beslissingen. Op zich verruimt de richtlijn de wettelijke mogelijkheden voor het slachtoffer om de vervolgingsbeslissing te beïnvloeden dus niet, maar de lidstaten zijn wel verplicht om hun systemen zo in te richten dat slachtoffers van die rechten ook effectief gebruik kunnen maken. Een wetsvoorstel voor de implementatie van de richtlijn is overigens nog niet gepubliceerd. Uiterlijk moet de richtlijn op 16 november 2015 in het nationale recht zijn omgezet.

4.5.2 Slachtofferbeleid en wetgeving

De in de wet opgenomen bepalingen ten aanzien van slachtoffers van strafbare feiten worden aangevuld in het beleid dat het Openbaar Ministerie voert. Door dit beleid worden de bevoegdheden die het Wetboek van Strafvordering aan het OM toekent nader ingevuld. Het slachtofferbeleid kan voor een deel worden gezien als invulling van de vervolgingsbevoegdheid, tenminste voor zover daarin wordt vastgelegd in welke mate en onder welke voorwaarden bij beslissingen omtrent vervolging met belangen van slachtoffers rekening moet worden gehouden. Voor een groot deel komt de inhoud van het slachtofferbeleid echter neer op minder rechtstreeks daarmee samenhangende regelingen. De richtlijnen voor slachtofferzorg hebben vrijwel steeds drie belangrijke aandachtsgebieden op het oog. Er worden instructienormen in vastgelegd om een correcte bejegening van slachtoffers te verzekeren, om slachtoffers van relevante informatie te voorzien, en om schadevergoeding door daders aan slachtoffers te bevorderen.

73 Geelhoed 2009, Geelhoed 2010c en Geelhoed 2010d.

74 Richtlijn 2012/29/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 oktober 2012 tot vaststelling van minimumnormen voor de rechten, de ondersteuning en de bescherming van slachtoffers van strafbare feiten, en ter vervanging van Kaderbesluit 2001/220/JBZ, *PbEU* 2012, L 315/57.

Deze regels zijn neergelegd in verschillende documenten. De eerste richtlijnen werden in 1986 ingevoerd en hadden uitsluitend betrekking op slachtoffers van zedendelicten.⁷⁵ Na voorbereidend werk door de Werkgroep justitieel beleid en slachtoffer, onder voorzitterschap van F.A. Vaillant,⁷⁶ werd in 1987 een volgende richtlijn vastgesteld met een breder toepassingsbereik.⁷⁷ De groeiende belangstelling voor slachtoffers leidde ertoe dat een commissie werd ingesteld om onderzoek te doen naar de versterking van de positie van slachtoffers in het strafproces. Deze Commissie-Terwee publiceerde in 1988 haar rapport.⁷⁸ Het wetsvoorstel dat vervolgens werd ingediend, bouwde sterk voort op het rapport van de commissie, en hield met name in dat er een nieuwe afdeling aan het Wetboek van Strafvordering zou worden toegevoegd op grond waarvan het slachtoffer het recht zou krijgen zich als benadeelde partij te voegen in het strafproces.⁷⁹ Dit leidde tot de Wet-Terwee⁸⁰ die werd vergezeld door een nieuwe richtlijn slachtofferzorg.⁸¹ Vooral de schadevergoeding werd op deze manier uitgewerkt in de wet, omringd met enkele bepalingen ten aanzien van informatieverstrekking, zodat de nieuwe schadevergoedingsregeling in de praktijk kon werken. In het OM-beleid werden verder vooral regelingen getroffen inzake informatieverstrekking en een correcte bejegening, naast enkele details omtrent de uitvoering van de schadevergoeding.⁸² Specifieke bepalingen werden vastgelegd met betrekking tot de zorg aan slachtoffers van bepaalde typen van misdrijven, zoals mensenhandel⁸³ en zedendelicten.

De onderzoekers van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 kwamen tot verstrekkende keuzes met betrekking tot de rechten van slachtoffers in het strafproces. Het slachtoffer zou op grond van zijn bijzondere betrokkenheid bij het strafbare feit een eigen, wettelijk verankerde positie moeten krijgen, waardoor zijn belangen voldoende in het strafproces verdisconteerd kunnen worden.⁸⁴ Dit zou voortvloeien uit de opvatting dat het strafproces tot doel heeft te bevorderen dat de overheidsreactie op een vermoedelijk gepleegd strafbaar feit 'in alle opzichten adequaat is'.⁸⁵ De verankering van de positie

75 Conclusies en aanbevelingen voor de bejegening van slachtoffers van zedenmisdrijven, *Stcrt.* 1986, 33. Deze richtlijnen worden wel de Richtlijnen De Beaufort genoemd.

76 Vaillant 1984; Vaillant 1985.

77 Richtlijnen aan politie en Openbaar Ministerie t.a.v. uitbreiding slachtofferbeleid, *Stcrt.* 1987, 64.

78 Terwee-van Hilten 1988.

79 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 345, nr. 2.

80 Wet van 23 december 1992, *Stb.* 1993, 29.

81 Richtlijn slachtofferzorg bij landelijke inwerkingtreding Wet-Terwee, *Stcrt.* 1995, nr. 65.

82 Tegenwoordig vooral in de Aanwijzing slachtofferzorg d.d. 13 april 2004, *Stcrt.* 2004, 80, registratienummer 2004A004.

83 Aanwijzing mensenhandel d.d. 17 november 2008, *Stcrt.* 2008, 253, registratienummer 2008A022.

84 Groenhuijsen & Knigge 2001b, p. 27, 37-39, 46-48.

85 Groenhuijsen & Knigge 2001b, p. 16.

van het slachtoffer in beleidsregels werd afgewezen, omdat subjectieve rechten van slachtoffers niet als verplichtingen voor politie en justitie zouden moeten worden omschreven: 'De erkenning van het slachtoffer als een direct betrokkene in het strafgeding, met een eigen procespositie en met belangen waarmee in de procedure rekening moet worden gehouden, brengt met zich mee dat diens rechten zonder de omweg van verplichtingen opgelegd aan anderen in de regelgeving herkenbaar moeten zijn.'⁸⁶ De wettelijke regeling waarvoor door Strafvordering 2001 wordt gekozen, zou moeten worden gezien als een beginselverklaring, waarvan de symbolische betekenis niet mag worden onderschat en die de interpretatie van het gehele wetboek zal beïnvloeden.⁸⁷

Toch hoeven niet alle voor de positie van het slachtoffer relevante bepalingen bij wet te worden vastgelegd. In eerste instantie werd het vrij strenge standpunt ingenomen, dat vastlegging in beleidsregels nog slechts mogelijk zou zijn voor het recht op respect en een begripvolle bejegening, omdat dat recht een duidelijke instructienorm behelst.⁸⁸ Later werd als criterium genomen dat slachtofferrechten die de positie van de verdachte ten opzichte van de overheid raken uitdrukkelijk in de wet zouden moeten worden vastgelegd, evenals rechten die inbreuk maken op rechten van derden of van de verdachte, ook als diens positie ten opzichte van de overheid niet wordt geraakt.⁸⁹ De uitwerking van die rechten zou overigens betrekkelijk globaal kunnen blijven in gevallen waar de uiteindelijke beslissing genomen wordt door de rechter of een andere autoriteit, en er voldoende garanties zijn voor een zorgvuldige belangenafweging in concreto.⁹⁰

Na de invoering van de Wet-Terwee ging de versterking van de rechten van slachtoffers door, zowel in het Wetboek van Strafvordering als in daarop gebaseerde beleidsregels. In 2001 kwam een wijziging tot stand in de regeling van waarborgen rondom de vervolgingsbeslissing.⁹¹ Deze wetswijziging versterkte de informatieplichten voor politie en justitie jegens het slachtoffer bij beslissingen omtrent de afdoening van strafbare feiten. Ook de mogelijkheden voor beklag tegen een beslissing tot niet-vervolgning werden door deze wet verruimd. Een andere ontwikkeling betrof de slachtofferverklaring. De eerste stap daarbij was dat in verschillende arrondissementen pilots werden uitgevoerd, waarbij door de rechtbank een vooraf op schrift gestelde verklaring van het slachtoffer werd voorgelezen, waarin dat slachtoffer uiteenzette welke gevolgen hij of zij van het misdrijf had ondervonden. Deze schriftelijke slacht-

86 Groenhuijsen & Knigge 2001b, p. 46. Deze formulering komt ook terug in een door M.S. Groenhuijsen geschreven paragraaf op p. 249 van het deelrapport van A.L.J. van Strien: Van Strien 2001, p. 233-274.

87 Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 67-68.

88 Groenhuijsen & Knigge 2001b, p. 38; Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 68.

89 Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 68; Groenhuijsen & Kwakman 2002, p. 830-832.

90 Groenhuijsen & Knigge 2002, p. 68-69.

91 Wet van 1 november 2001 tot wijziging van de regelingen betreffende de waarborgen rond de vervolging, *Stb.* 2001, 531.

offer verklaringen werden vervolgens in het landelijke beleid aanvaard. Rond dezelfde tijd initieerde het Kamerlid Dittrich een wetsvoorstel tot introductie van een verdergaande vorm van het *victim impact statement*, namelijk een recht voor het slachtoffer om ter terechtzitting zelf de gevolgen van het misdrijf uiteen te zetten.⁹² Dit voorstel werd aangenomen en het Wetboek van Strafvordering werd dienovereenkomstig uitgebreid met bepalingen die dit recht van het slachtoffer een plaats geven in het strafproces.⁹³ Het Openbaar Ministerie stelde een richtlijn vast voor de toepassing van schriftelijke slachtofferverklaringen en het spreekrecht ter terechtzitting.⁹⁴ Verder verdient nog vermelding, dat het slachtoffer door het OM in de gelegenheid moet worden gesteld om onder omstandigheden een tweede beoordeling van een opsporingsonderzoek aan te vragen.⁹⁵ In alle fasen van het strafproces – opsporing, vervolging en berechting – is op deze manier de rechtspositie van het slachtoffer verstevigd.

4.5.3 Slachtofferzorg in het Europese beleid

De introductie van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid door de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam op 1 mei 1999, vormde voor de instellingen van de EU aanleiding om te bezien of de positie van het slachtoffer in het strafproces kon worden verbeterd. De Commissie en de Raad voor Justitie en Binnenlandse Zaken stelden te Wenen een actieplan vast over de totstandkoming van die nieuwe ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid.⁹⁶ In dat actieplan werd gesteld dat er, in aanvulling op de procedurele waarborgen van het EVRM, regels zouden moeten worden opgesteld ten aanzien van slachtoffers van strafbare feiten, vooral met betrekking tot schadevergoeding.⁹⁷

De Commissie liet een eigen mededeling uitgaan, waarin zij het standpunt innam dat de positie van slachtoffers breder zou moeten worden geregeld dan

92 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 632, nr. 2.

93 Wet van 21 juli 2004 tot wijziging van enige bepalingen van het Wetboek van Strafvordering (invoering van het spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden), *Stb.* 2004, 382.

94 Aanwijzing spreekrecht en schriftelijke slachtofferverklaring d.d. 7 december 2004, *Stcrt.* 2004, 248, registratienummer 2004A013.

95 Aanwijzing review (tweede beoordeling) d.d. 11 december 2006, *Stcrt.* 2006, 251, registratienummer 2006A019.

96 Actieplan van de Raad en de Commissie over hoe de bepalingen van het Verdrag van Amsterdam inzake de totstandbrenging van een ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid het best kunnen worden uitgevoerd, aangenomen op 3 december 1998, *PbEG* 1999, C 19/1.

97 Actieplan, p. 5 en 15.

alleen ten aanzien van schadevergoeding.⁹⁸ Omdat volgens de Commissie de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid vereist dat alle Europese burgers aanspraak moeten kunnen maken op doeltreffende rechtsbescherming, en toegang tot de rechter moeten hebben, en omdat de rechten van slachtoffers 'al te lang verwaarloosd' zijn, zouden er op Europees niveau maatregelen moeten worden genomen om die rechten uit te breiden. De Commissie dacht daarbij aan meer dan alleen schadevergoeding: misdaadpreventie in het algemeen, rechtsbijstand, informatieverstrekking en diverse rechten voor het slachtoffer binnen het strafproces zelf. Bij dit alles had zij vooral het oog op EU-burgers die in een andere EU-lidstaat dan waar ze wonen slachtoffer worden van een misdrijf, en daardoor geconfronteerd worden met allerlei moeilijkheden van procedurele en praktische aard.

Op de Europese top die in 1999 in Tampere werd gehouden, werd door de Europese Raad gesproken over de invulling van de ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid. Refererend aan de mededeling van de Commissie stelde het voorzitterschap in de conclusies van de top, dat er minimumnormen voor de bescherming van slachtoffers zouden moeten worden opgesteld, in het bijzonder wat betreft de toegang tot de rechter en de mogelijkheden voor schadevergoeding. Daarnaast zouden nationale programma's voor de financiering van slachtofferhulp moeten worden uitgebreid.⁹⁹

Het kaderbesluit slachtofferzorg is één van de eerste besluiten die op grond van de door het Verdrag van Amsterdam gewijzigde bepalingen in de Derde Pijler van de EU tot stand is gekomen. Het initiatief voor het kaderbesluit was afkomstig van toenmalig voorzitter Portugal.¹⁰⁰ Het voorkomen van secundaire victimisatie werd als uitgangspunt van het kaderbesluit genomen, en specifieke nadruk lag daarbij op de omstandigheid dat EU-burgers die in het buitenland slachtoffer worden van strafbare feiten slechter af zijn. Het doel van het kaderbesluit was om slachtoffers van strafbare feiten in de hele EU een hoog beschermingsniveau te bieden. Om dit doel te bereiken werd het middel ingezet van de onderlinge aanpassing van wet- en regelgeving.

De inhoudelijke bepalingen van het kaderbesluit regelen veel van de belangrijkste aspecten van de positie van het slachtoffer in het strafproces. Vooraf gaan in artikel 1 enkele definitiekwesties, waarvan op zich al enige harmoniserende werking uitgaat. Artikel 2 verplicht lidstaten slachtoffers met respect te bejegenen en kwetsbare slachtoffers bijzondere bescherming te bieden. Artikel 8 bouwt deze bescherming van kwetsbare slachtoffers verder

98 Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Economisch en Sociaal Comité. Slachtoffers van misdrijven in de Europese Unie. Reflecties over normen en maatregelen. COM(1999) 349 def.

99 Conclusies van het voorzitterschap, punt 32.

100 Initiatief van de Portugese Republiek voor een kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in de strafprocedure, *PbEG* 2000, C 243/4.

uit, door bijvoorbeeld te bepalen dat lidstaten praktische maatregelen moeten nemen, zoals de inrichting van aparte wachtkamers voor verdachten en slachtoffers in gerechtsgebouwen. Ook artikel 15 verplicht de lidstaten tot dit soort praktische oplossingen. Op grond van artikel 3 moeten de lidstaten het slachtoffer de gelegenheid geven gehoord te worden en bewijselementen aan te dragen. Ook hier worden kwetsbaren beschermd: slachtoffers mogen niet vaker dan noodzakelijk worden gehoord. Artikel 4 waarborgt vervolgens het recht op informatie, zowel ten aanzien van de verplichtingen die de autoriteiten hebben om het slachtoffer te voorzien van algemene informatie ten aanzien van zijn rechten, als van de verplichting hem op de hoogte te stellen van voor hem relevante informatie ten aanzien van het eigenlijke proces, en van de invrijheidstelling van veroordeelden. Het slachtoffer moet echter altijd het recht hebben om gevrijwaard te blijven van informatie omtrent het proces en het vrijkomen van de veroordeelde. De artikelen 5, 6 en 7 zijn erop gericht de deelname van slachtoffers aan het proces te faciliteren. Deze bepalen respectievelijk dat lidstaten moeten zorgen voor goede communicatie met het slachtoffer, vooral gericht op tolkenbijstand, dat het slachtoffer recht heeft op rechtsbijstand, en gemaakte kosten vergoed kan krijgen. Artikel 9 regelt vervolgens het belangrijke recht zich in de strafprocedure te mogen voegen met een vordering tot schadevergoeding. Lidstaten zijn verder volgens artikel 10 verplicht om bemiddeling in strafzaken te bevorderen, maar dit wordt niet erg uitgewerkt. Voortvloeiend uit de internationale oriëntatie van het kaderbesluit zijn er nog verplichtingen opgenomen met betrekking tot slachtoffers uit andere lidstaten (artikel 11), en met betrekking tot internationale samenwerking in netwerken van organisaties voor slachtofferhulp of netwerken die aan het gerechtelijk systeem zijn gekoppeld (artikel 12). Ten slotte zijn er bepalingen ten aanzien van de inrichting en werkwijze van organisaties voor slachtofferhulp (artikel 13) en ten aanzien van de beroepsopleiding van personen die in de strafprocedure of anderszins met slachtoffers in contact staan (artikel 14).

Het aangenomen kaderbesluit wijkt in enkele opzichten af van het ontwerp. Het bepaalt bijvoorbeeld dat de lidstaten niet verplicht zijn 'slachtoffers een behandeling te garanderen die gelijkwaardig is aan die van de procespartijen'.¹⁰¹ Ook ligt er in de overwegingen en de inhoud van de bepalingen een duidelijk accent op de rol van organisaties voor slachtofferhulp.¹⁰²

4.5.4 Implementatie in de Wet versterking positie slachtoffers

Mede vanwege de evaluatie door de Europese Commissie van de implementatie van het kaderbesluit slachtofferzorg, maar ook vanwege de aanbevelingen

¹⁰¹ Overweging 9 van de preambule.

¹⁰² Overwegingen 10-12 van de preambule en art. 13.

van het onderzoeksproject Strafvordering 2001, stelde de Minister van Justitie in 2004 een conceptwetsvoorstel op met vrij fundamentele wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering, dat uiteindelijk leidde tot de Wet versterking positie slachtoffers in het strafproces.¹⁰³ Of alle bepalingen van het kaderbesluit volledig zijn geïmplementeerd is nog niet duidelijk, maar het lijkt er op dat de Nederlandse omzetting terughoudend is.¹⁰⁴

De wet sluit aan bij een algemene keuze die is gemaakt om het Wetboek van Strafvordering zo te wijzigen dat de posities van de verschillende procesdeelnemers beter worden vastgelegd. De wet heeft Titel IIIA in twee afdelingen gesplitst, waarvan de eerste is getiteld 'rechten van het slachtoffer' en de tweede 'schadevergoeding'. De tweede afdeling bevat daarmee de voornaamste elementen die de voeging regelen. De eerste afdeling betreft meer in het algemeen de positie van het slachtoffer. Bepalingen over bijstand (artikel 51c Sv) en kennisneming van processtukken (artikel 51b Sv), die al in de wet waren opgenomen in het kader van de voeging, worden nu naar de eerste, meer algemene afdeling overgebracht. Wijzigingen die enige discussie hebben losgemaakt zijn de bij amendement ingevoegde bijwoningsplicht van de ouders of voogd van de verdachte (artikel 496 Sv), en de nog enigszins beperkte regeling waarbij de Staat de schadevergoeding die de dader aan het slachtoffer moet betalen kan voorschieten (artikel 36f Sv). Verder zijn opgenomen, en daarmee deels uit de beleids sfeer gehaald, bepalingen over een correcte bejegening, informatieplichten en het recht om te verzoeken dat documenten aan het dossier worden toegevoegd (delen van artikel 51a en 51b Sv).

Opvallend is wel dat tussen beide nieuwe afdelingen van Titel IIIA een verschil blijft bestaan. De bepalingen van de eerste afdeling zijn van toepassing op 'het slachtoffer', dat wordt gedefinieerd als 'degene die als rechtstreeks gevolg van een strafbaar feit vermogensschade of ander nadeel heeft ondervonden', waarmee rechtspersonen worden gelijkgesteld. De tweede afdeling laat tot de voeging toe 'degene die rechtstreeks schade heeft geleden door een strafbaar feit'. De definities zijn niet gelijklopend, en de groepen die eronder vallen lopen nog sterker uiteen door de verschillende manieren waarop nabestaanden daaronder kunnen worden begrepen (artikel 51d, 51e lid 2 en 3, en 51f Sv). Met de uiteenlopende definities wordt in ieder geval beoogd om verzekeraars niet de mogelijkheid te geven zich te voegen in het strafproces teneinde schadevergoeding te verkrijgen.

Deze wetwijziging zal tot op grote hoogte ook voldoende zijn als implementatie van de Richtlijn slachtofferzorg van 2012, maar helemaal zeker is dat niet. Wat betreft de rechten van het slachtoffer op grond van artikel 11 van de richtlijn, dus met betrekking tot de rechterlijke toetsing van de beslis-

103 Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, *Stb.* 2010, 1.

104 Zie daarover bijvoorbeeld Van Schijndel 2006.

sing tot niet-vervolging, lijkt het Nederlandse recht geen aanpassing te behoeven. De procedure van beklag tegen niet-vervolging kan daartoe als voldoende worden gezien. In ieder geval is het belanghebbendebegrip dat daarvoor wordt gebruikt ruim genoeg om alle slachtoffers van strafbare feiten onder te vatten. Met betrekking tot het doen van beklag tegen een transactie maakt artikel 11 lid 5 van de richtlijn wetgevend optreden voor Nederland overbodig. Wanneer het slachtoffer op grond van de richtlijn wel het recht zou moeten hebben beklag in te dienen tegen het aangaan van een transactie, zou wetgevend optreden wel noodzakelijk zijn. Bij inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening is artikel 12k Sv namelijk aangepast aan de introductie van de strafbeschikking, zonder dat een overgangsregeling is getroffen om het beklag tegen de transactie nog tot de wettelijke mogelijkheden te laten behoren. Sindsdien bestaat geen wettelijk recht meer om beklag in te dienen tegen het transigeren door het OM. Als het slachtoffer dat recht in de richtlijn zou zijn toegekend, zou aanvulling van artikel 12k Sv nodig zijn geweest.

4.5.5 Non-punishment in Europese regelgeving

Een andere kwestie betreft de vraag of er een speciale voorziening dient te zijn voor slachtoffers van strafbare feiten die zelf ook delicten hebben gepleegd. Enkele Europese wetgevingsinstrumenten verplichten de lidstaten van de Europese Unie om tegelijk met de daarin vervatte strafbaarstellingen ook voor een regeling te zorgen, waardoor slachtoffers van die delicten niet vervolgd hoeven te worden als ze van andere strafbare feiten worden verdacht. In artikel 7 van de Richtlijn mensenhandel¹⁰⁵ is dat als volgt omschreven: 'De lidstaten voorzien, in overeenstemming met de grondbeginselen van hun rechtsstelsel, in de mogelijkheid dat slachtoffers van mensenhandel niet worden vervolgd en bestraft wegens gedwongen betrokkenheid bij criminele activiteiten die een rechtstreeks gevolg is van een van de in artikel 2 bedoelde, jegens hen gepleegde handelingen.' Voorbeelden van criminele activiteiten waarbij slachtoffers van mensenhandel betrokken kunnen zijn omvatten het gebruik van valse documenten en strafbare feiten in de zin van de prostitutie- of immigratiewetgeving.¹⁰⁶ Daarbij zou dienen te gelden, volgens de overweging, dat zij tot het plegen van die strafbare feiten gedwongen zijn als rechtstreeks gevolg van het feit dat zij slachtoffer zijn van mensenhandel. De richtlijn geeft ook expliciet aan wat de bedoeling is van deze regeling: 'de mensenrechten van de slachtoffers te beschermen, verder slachtofferschap te voorkomen en hen aan te moedigen als getuige tegen de daders op te treden in de strafproce-

105 Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ van de Raad, *PbEU* 2011, L 101/1.

106 Zie overweging 7 van de richtlijn.

dure.' Uit deze overweging blijkt de bestrijding van mensenhandel volgens de richtlijn vooral gerechtvaardigd wordt vanwege de inbreuk die op de mensenrechten van de slachtoffer wordt gemaakt. Het doel van de regeling kent echter ook zijn grenzen, want de overweging bevat ook een opmerking over beperkingen van de niet-vervolging van slachtoffers: 'Deze bescherming belet niet dat zij kunnen worden vervolgd of gestraft voor delicten die zij opzettelijk hebben begaan of waaraan zij opzettelijk hebben deelgenomen.' Wanneer die opmerking wordt gezien tegen de achtergrond van de uitleg van het opzet in het Nederlandse strafrecht, is de reikwijdte ervan niet erg groot. Het opzettelijk plegen van een misdrijf, zoals het bezitten van een vervalst paspoort, is immers niet moeilijk te bewijzen. In die gevallen geldt de non-punishment clause niet, en hoeft er geen voorziening te zijn die het mogelijk maakt dat slachtoffers van mensenhandel niet worden vervolgd. Dat zou betekenen dat de richtlijnverplichting om niet-vervolging mogelijk te maken weinig omvang heeft. Wanneer het opzet minder ruim zou moeten worden uitgelegd, wordt de beschermingsomvang groter. Dat neemt niet weg dat ook dan het opportuniteitsbeginsel in de mogelijkheden voorziet om slachtoffer van mensenhandel niet te vervolgen. De implementatie van deze bepaling uit de richtlijn zal dan voor Nederland ook weinig gevolgen hebben.

Iets soortgelijks geldt ten aanzien van de Richtlijn ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie.¹⁰⁷ Deze richtlijn bepaalt in artikel 14: 'De lidstaten nemen, in overeenstemming met de grondbeginselen van hun rechtsorde, de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat de bevoegde nationale autoriteiten gerechtigd zijn kindslachtoffers van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting niet te vervolgen of te bestraffen wegens gedwongen betrokkenheid bij criminele activiteiten, wanneer deze betrokkenheid rechtstreeks voortvloeit uit het feit dat ze slachtoffer zijn van een van de in artikel 4, leden 2, 3, 5 en 6 en in artikel 5, lid 6, bedoelde handelingen.' Volgens de overwegingen bij deze richtlijn heeft deze bepaling voornamelijk als doel om secundaire victimisatie te voorkomen. Deze bepaling is bovendien in de richtlijn opgenomen omdat er lidstaten zijn waar prostitutie of het verschijnen in pornografisch materiaal strafbaar is, en daarom werd het nodig geacht te bepalen dat, wanneer een slachtoffer daartoe gedwongen is, het mogelijk moet zijn om het slachtoffer niet te vervolgen.¹⁰⁸

Slachtoffers spelen dus duidelijk een rol in de Europese activiteiten op het gebied van het strafrecht. Deze gaan echter niet zover dat slachtoffers het recht zouden krijgen om te mogen beslissen over het instellen van vervolging. Desondanks neemt de mate waarin slachtoffers de vervolgingsbeslissing

107 Richtlijn 2011/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 13 december 2011 ter bestrijding van seksueel misbruik en seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, en ter vervanging van Kaderbesluit 2004/68/JBZ van de Raad, *PbEU* 2011, L 335/1.

108 Zie overweging 24 van de richtlijn.

kunnen beïnvloeden wel toe, maar dat is niet alleen de invloed van het recht van de Europese Unie. Ook in de Nederlandse context wordt steeds meer belang gehecht aan een sterke positie van slachtoffers in het strafproces. Voorlopig is daarin echter geen duidelijke inbreuk op het opportuniteitsbeginsel te herkennen, hoewel de belangen van slachtoffers wel een voorkeursbehandeling dienen te krijgen bij de beslissing tot welke afdoening dient te worden gekomen. Deels verkrijgt het opportuniteitsbeginsel als gevolg van het Europese recht ook een sterkere positie, doordat lidstaten verplicht zijn om de mogelijkheden te hebben vervolging achterwege te laten wanneer slachtoffers van strafbare feiten als mensenhandel zelf ook verdachte zijn van een ander feit.

4.6 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL IN DE OPSPORING

4.6.1 Het driehoeksoverleg en andere handhavingsinstanties

Een vorm van onderhandeling vindt plaats tussen de bij de rechtshandhaving betrokken instanties, zoals in het driehoeksoverleg. Daarin kunnen afspraken worden gemaakt tussen OM, burgemeester en politie (op lokaal niveau) over welke prioriteiten worden gesteld bij de handhaving van de openbare orde en de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Onderdeel van de resultaten van dit overleg kan zijn dat tegen bepaalde overtredingen niet zal worden opgetreden. Op die manier wordt bijvoorbeeld gemeentelijk gedoogbeleid inzake coffeeshops vastgesteld.

Uit de taak van het OM wordt afgeleid dat het handhavend optreden van de overheid niet steeds kan worden gezien als handhaving van de rechtsorde, maar ook als handhaving van de maatschappelijke of openbare orde. Rechtshandhaving en openbare ordehandhaving zijn institutioneel gescheiden. Het duidelijkst komt dat naar voren in de tweeledigheid van de politietaak en de daarmee samenhangende gezagsverhoudingen over de politie. Voor zover de politie optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak staat zij onder het gezag van de burgemeester, en voor zover zij optreedt ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde staat zij onder het gezag van de officier van justitie (artikel 11 en 12 Politiewet 2012). Het gezag over de politie wordt dus van twee zijden uitgeoefend, afhankelijk van welke taak het betreft. Uiteindelijk berust de politieke verantwoordelijkheid voor het optreden van de politie bij de Minister van Veiligheid en Justitie.

De verdeling van het gezag over de politie loopt echter niet parallel met de beheersstructuur: voor het beheer heeft de Minister van Veiligheid en Justitie met de inwerkingtreding van de Politiewet 2012 een belangrijke rol verkregen. In het overlegstelsel dat in de Politiewet is neergelegd voor de vaststelling van beleidsplannen, begrotingen en dergelijke, is voorzien in de inbreng van het College van procureurs-generaal en de regioburgemeesters,

maar de Minister van Veiligheid en Justitie is degene die uiteindelijk het landelijke beleid vaststelt (artikel 18 Politiewet 2012).

De gezagsstructuur maakt de aansturing van de politie een ingewikkelde zaak. Wanneer het OM meer prioriteit wenst te geven aan de opsporing van bepaalde strafbare feiten, kan dat gevolgen hebben voor de capaciteit van het politieorgaan wat betreft de handhaving van de openbare orde. Een vergroting van de capaciteit is een beheerszaak, en ligt niet in handen van de strafvorderlijke autoriteiten. Vanwege de tweeledige gezagsstructuur bestaan er geregleerde overleggen tussen diegenen die dat gezag moeten uitoefenen. Op lokaal niveau wordt het driehoeksoverleg gevormd door de officier van justitie, de burgemeester en het hoofd van het desbetreffende territoriale onderdeel van de politie waar de gemeente onder valt (artikel 13 Politiewet 2012). In dat driehoeksoverleg kunnen afspraken worden gemaakt over lokale prioriteiten en criminaliteitsbestrijding (artikel 13 lid 4 Politiewet 2012). Het driehoeksoverleg heeft als zodanig zelf geen zeggenschap, maar het functioneert als overlegorgaan om het beleid van de verschillende gezagsdragers onderling af te stemmen.

Wat is nu de samenhang van dit driehoeksoverleg met het opportuniteitsbeginsel? Het moge duidelijk zijn, dat het OM niet in staat zou zijn om afspraken te maken over lokale prioriteiten en over de intensiteit van criminaliteitsbestrijding wanneer het niet zou kunnen beschikken over beleidsvrijheid omtrent de uitoefening van zijn taken inzake opsporing en vervolging. Het opportuniteitsbeginsel verleent in het Nederlandse recht een dusdanig omvangrijke beleidsvrijheid dat het OM in staat is om met aanzienlijke speelruimte deel te nemen aan het lokale driehoeksoverleg. Het OM kan daarbij komen tot een omzetting van het abstracte concept van het algemeen belang in concrete lokale prioriteiten. De mate waarin het driehoeksoverleg noodzakelijk is om toepassing te geven aan het opportuniteitsbeginsel, is enigszins afhankelijk van het belang dat wordt gehecht aan het incorporeren van capaciteitsoverwegingen in het algemeen belang. Wanneer dat nadrukkelijk vooropstaat, is het onoverkomelijk om afspraken te maken over de inzet van middelen en menskracht, om de vastgestelde lokale prioriteiten ook daadwerkelijk in de opsporingspraktijk naar voren te laten komen. Als capaciteitsoverwegingen echter niet worden geacht onderdeel uit te maken van het algemeen belang, dan is het minder duidelijk dat daar afspraken over moeten worden gemaakt met de verantwoordelijken over het beheer van de politie.

Een andere betekenis van het driehoeksoverleg voor het opportuniteitsbeginsel ligt in de verhouding tussen de openbare ordehandhaving en de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. In veel gevallen zal de uitvoering van deze taken niet strikt te scheiden zijn. Dat is mede veroorzaakt doordat een omvangrijk aantal strafbaarstellingen gericht is op het handhaven van de openbare orde, waardoor daarbij de inzet van strafrechtelijke middelen mogelijk is. Deze delicten, deels opgenomen in titel V van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht en verder voornamelijk in Algemene Plaatselij-

ke Verordeningen, nemen merkbaar in aantal toe. Wat betreft het Wetboek van Strafrecht kan daarvoor gewezen worden op artikel 134a, 138a, 141a en 142a, die alle tamelijk recent zijn ingevoerd en nogal ruim omschreven gedragingen strafbaar stellen die verband houden met de openbare orde, althans dat blijkens de rubricering in het Wetboek pretenderen te doen.¹⁰⁹ Dat geldt misschien nog wel sterker voor veel delicten die in APV's zijn opgenomen, zoals samenscholingsverboden, alcoholverboden, en verboden om zich hinderlijk te gedragen, op het gras te lopen en dergelijke. Deze strafbaarstellingen zijn in hoge mate gericht op de voorkoming van maatschappelijk ongewenste gedragingen, waardoor een verband bestaat met de bestuurlijke handhaving van de openbare orde. Deze strafbaarstellingen geven de politie een belangrijke mogelijkheid om in problematische situaties en bij grootschalige ordeverstoringen in haar optreden niet beperkt te zijn tot het bestuursrechtelijke instrumentarium. In veel gevallen is er een concrete keuze om strafrechtelijke bevoegdheden in te zetten, waar ook bestuursrechtelijk kan worden opgetreden ter handhaving van de openbare orde. Dit gegeven van overlappende bevoegdheden noopt eveneens tot een zorgvuldige afstemming in het driehoeksoverleg, bijvoorbeeld voorafgaand aan grote evenementen of bij te verwachten onlusten. Het opportuniteitsbeginsel geeft daarbij de mogelijkheid tot een flexibele inzet van strafrechtelijke bevoegdheden, waardoor het mogelijk is om voorafgaand afspraken te maken en ook om tijdens daadwerkelijk optreden te kiezen voor een bestuursrechtelijk dan wel strafrechtelijk handhavingstelsel.

4.6.2 De wettelijke structuur van de opsporing

Het Wetboek van Strafvordering geeft weinig aanleiding om te denken dat er ruimte bestaat voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel buiten de vervolgingsbeslissing. In de praktijk is echter het automatisme van het legaliteitsbeginsel in de fase van de opsporing net zo onmogelijk en onwenselijk als in de vervolgingsfase. In hoeverre biedt het opportuniteitsbeginsel een theoretische onderbouwing voor de praktijk dat de officier van justitie niet van alle opgespoorde strafbare feiten in kennis wordt gesteld? Welke ruimte biedt het om een rationeel opsporingsbeleid te voeren?

De wet wijst als eindverantwoordelijke voor de opsporing het College van procureurs-generaal aan, dat daartoe bevelen kan geven aan de hoofden van de parketten (artikel 140 Sv). Specifiek belast met opsporing zijn de officieren van justitie, de politieambtenaren en, voor bepaalde gevallen, militairen van de Marechaussee (artikel 141 Sv). Daarnaast kunnen nog buitengewone opsporingsambtenaren worden aangewezen (artikel 142 Sv). Omdat de opsporing vrijwel zonder uitzondering door politieambtenaren wordt uitgevoerd, maar uiteindelijk gericht is op bestrafing, moeten opgespoorde strafbare feiten

109 Daarover Ten Voorde 2012.

worden voorgelegd aan de officier van justitie, die kan beslissen om al dan niet vervolging in te stellen. De officier is daarom het hoofd van de opsporing in zijn arrondissement, en hij kan bevelen geven aan de overige met opsporing belaste personen (artikel 148 en 159 Sv). Tot voor kort verplichtte de wet alle opsporingsambtenaren ten spoedigste proces-verbaal op te maken van opgespoorde strafbare feiten en van verrichte opsporingshandelingen (artikel 152 Sv oud).¹¹⁰ De opgemaakte processen-verbaal moeten direct, of indirect via een hulpofficier van justitie, bij de officier van justitie terechtkomen (artikel 156 Sv). Bovendien is de officier van justitie wettelijk gehouden een opsporingsonderzoek of zonodig een gerechtelijk vooronderzoek te openen, wanneer hij kennis krijgt van een strafbaar feit (artikel 149 Sv). Pas na afronding van het opsporingsonderzoek (artikel 167 Sv) of het gerechtelijk vooronderzoek (artikel 242 Sv) bestaat er een wettelijke mogelijkheid voor het OM om te kiezen voor het beëindigen van de procedure.

Deze wettelijke structuur geeft nog blijk van een legaliteitsbeginsel wat betreft de opsporingsfase. Dat hier in de praktijk al lange tijd sterk van wordt afgeweken hoeft geen verbazing te wekken: de parketten zouden niet erg gelukkig zijn als alle strafbare feiten geverbaliseerd en alle processen-verbaal ingestuurd zouden worden.¹¹¹ Capaciteitsgebrek is daarmee een belangrijke factor die meespeelt in de beslissing om al in de opsporingsfase strafrechtelijk ingrijpen achterwege te laten. Ook andere belangen kunnen echter een rol spelen. In 1948 beschrijft Minister van Justitie Van Maarseveen in een circulaire het politiesepot inzake verkeersovertredingen al als gegrond op de bevoegdheid van het OM om niet te vervolgen, 'waaronder begrepen de bevoegdheid om aan opsporingsambtenaren te vergunnen van bepaalde door hen geconstateerde strafbare feiten geen proces-verbaal op te maken.'¹¹²

Grofweg zijn er drie mogelijke vormen van het 'politiesepot' te onderscheiden. Ten eerste kan een opsporingsambtenaar, na een strafbaar feit geconstateerd te hebben, een reactie geheel achterwege laten of althans anders optreden dan door een proces-verbaal op te maken. Ten tweede kan, nadat een strafbaar feit is geconstateerd en aangifte is opgenomen, besloten worden geen verder opsporingsonderzoek te doen. Ten derde kan een summier opsporingsonderzoek naar aanleiding van een opgenomen aangifte worden beëindigd met een sepotproces-verbaal dat ter kennisneming aan het OM wordt gezonden.¹¹³

In het Wetboek van Strafvordering is één opsporingsbevoegdheid opgenomen die op zo'n manier is geformuleerd dat het verplicht is om deze bevoegd-

110 Gewijzigd bij de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, *Stb.* 2011, nr. 601.

111 Moons 1969, p. 486; Suyver 1976, p. 31.

112 Van Maarseveen 1948, p. 95.

113 Van der Molen-Maesen 1984, p. 1. Van Rijn is van mening dat alleen deze laatste vorm door de beugel kan: Van Rijn 1983.

heid uit te oefenen wanneer de daarvoor relevante voorwaarden zijn vervuld. Dit betreft het verbod op doorlaten van artikel 126ff Sv.

4.6.3 Het Broodjeswinkel-arrest

In het Broodjeswinkel-arrest¹¹⁴ stond een politiesepot centraal dat door omkoping tot stand gekomen was. Van de twee agenten die op die omkoping hadden aangestuurd, stond één als verdachte in deze zaak terecht. De aanleiding tot het arrest was als volgt. De beide politieambtenaren constateerden dat in een broodjeszaak op vrijdag broodjes met vlees werden verkocht, wat krachtens de Beschikking Broodjeswinkels 1946 niet was toegestaan, en wensten de eigenaar te spreken. In dat gesprek werd de eigenaar onder druk gezet doordat hem duidelijk werd gemaakt dat desnoods de gehele inventaris in beslag zou worden genomen. Nadat één van beide agenten zich verwijderd had deed de eigenaar de verdachte het aanbod aan beiden een kruik oude klare te overhandigen. Dit aanbod werd door de verdachte afgewezen, maar het daaropvolgende aanbod om beiden 100 gulden ter hand te stellen niet. De agenten namen het geld aan en maakten geen proces-verbaal op. De agent werd vervolgd voor overtreding van artikel 363 Sr, maar stelde in cassatie dat niet uit artikel 152 Sv volgt 'dat het nalaten door een opsporingsambtenaar van het maken van proces-verbaal van een door hem opgespoord strafbaar feit ook in gevallen van betrekkelijk geringe betekenis als het onderhavige een handelen vervat in strijd met de plicht van die ambtenaar' (middel 2). Daarnaast werd in het derde en vierde middel betoogd dat het handelen van de eigenaar van de broodjeszaak geen strafbaar feit opleverde, of dat dat in ieder geval niet uit de bewijsmiddelen kon blijken, en dat de verdachte daarom niet in strijd handelde met zijn verbaliseringsplicht. Advocaat-generaal Langemeijer wees een rechtsplicht voor opsporingsambtenaren om ten allen tijde proces-verbaal op te maken af. Ze moeten zich richten naar wat het gebruikelijke oordeel van het OM over soortgelijke feiten is, of zoals dat redelijkerwijs valt te verwachten. Als het OM een bestendige gedragslijn heeft ontwikkeld om niet te vervolgen in een bepaalde categorie van zaken, dan zijn opsporingsambtenaren bevoegd om niet te verbaliseren. Volgens Langemeijer heeft de opsporingsambtenaar hiermee niet de bevoegdheid 'naar eigen oordeel een zeker opportuniteitsbeginsel toe te passen', maar slechts de bevoegdheid een gebruik toe te passen, een gewoonterecht.¹¹⁵ In casu was er wel degelijk sprake van een gedragslijn op grond waarvan vervolging te verwachten was, zodat de verdachte verbalisering niet achterwege mocht laten. Het betrof geen feit dat naar de subjectieve overtuiging van de opsporingsambtenaar uit zijn aard

114 HR 31 januari 1950, NJ 1950, 668.

115 Aldus Pompe in zijn noot onder het arrest.

in aanmerking kwam om gepardonneerd te worden, zodat er een objectieve rechtsplicht bestond om proces-verbaal op te maken.

De Hoge Raad volgt een vergelijkbare redenering als de advocaat-generaal. Als overweging bij de gezamenlijk besproken derde en vierde middelen stelt hij dat bij de verdachte ten aanzien van de eigenaar van de broodjeszaak een verdenking gerezen was 'en mitsdien *de een strafbaar feit betreffende voorwaarde* voor de krachtens art. 152 Sv. op hem rustende verplichting, ten spoedigste proces-verbaal op te maken van hetgeen door hem tot opsporing van dat feit was verricht en bevonden, geenszins ontbrak en inzover voor hem toen die verplichting bestond, ongeacht of later een rechter zou beslissen of zou kunnen beslissen, dat werkelijk een strafbaar feit begaan was'. Volgens annotator Pompe duidt het geursiveerde gedeelte erop dat er meer dan één voorwaarde voor de verplichting van artikel 152 Sv is, namelijk niet alleen de verdenking, maar ook een oordeel over de wenselijkheid van verbalisering.¹¹⁶ Dit lijkt moeilijk uit de bewoordingen van de Hoge Raad af te leiden, die spreekt over 'de voorwaarde voor de verplichting van art. 152 Sv.', en niet over 'een voorwaarde'. Dat de Hoge Raad met deze overweging het bestaan van meerdere voorwaarden, met name een voorwaarde van opportuniteit, voor het bestaan van een verbaliseringsplicht bedoelt is onwaarschijnlijk. Dat is anders met de overwegingen omtrent het tweede middel, waarin de Hoge Raad stelt dat de agent, omdat 'de door [de opsporingsambtenaren] geconstateerde vermoedelijk gepleegde overtreding naar den normalen loop van zaken ingevolge de door hen krachtens opdracht gevolgde gedragslijn aanleiding gaf tot het opmaken van proces-verbaal en/of treffen van andere wettelijke maatregelen, (...) overeenkomstig den regel (...) in zijn voormelde bediening gehouden was wegens voormelde geconstateerde vermoedelijk gepleegde overtreding wettelijke maatregelen te treffen.' Het nalaten daarvan was strijdig met de plicht van de opsporingsambtenaar.

De belangrijkste vraag is waar in deze overweging 'de regel' naar verwijst. Doelt de Hoge Raad daarmee op de regel van artikel 152 Sv, dat opsporingsambtenaren verplicht zijn proces-verbaal op te maken, dan staat hij achter de gelding van het legaliteitsbeginsel voor de opsporing. Dat hij in dit verband 'zijn bediening' noemt kan hiervoor een aanwijzing zijn. Verwijst de Hoge Raad echter naar de 'bestendige gedragslijn' die door de politie in opdracht van de officier van justitie wordt gevolgd, dan is er ruimte voor de gelding van het opportuniteitsbeginsel. In dat geval zijn opsporingsambtenaren bevoegd te beslissen of de gevolgde bestendige gedragslijn aanleiding geeft tot het verbaliseren van een bepaalde zaak of niet. Dan is het toegestaan om van tevoren de keuze te maken om bepaalde zaken niet te (laten) verbaliseren. Deze uitleg verdient waarschijnlijk de voorkeur; de Hoge Raad had anders immers kunnen volstaan met het constateren van een eenvoudige schending

116 De Doelder & 't Hart 1976 volgen Pompe ook hierin.

van artikel 152 Sv. Bovendien wijkt hij op deze manier subtiel af van de lijn van de advocaat-generaal, die gesteld had dat de opsporingsambtenaar zich naar het te verwachten oordeel van de officier van justitie moet richten. De Hoge Raad gaat minder ver: de officier van justitie moet een beleidskeuze maken en opdracht geven die in de opsporingspraktijk ten uitvoer te brengen. Opsporingsambtenaren zijn hieraan dan gebonden. De Hoge Raad benadrukt dat de rechtsplicht van artikel 152 Sv in casu voor de opsporingsambtenaren bestond, omdat de normale gang van zaken, volgens de gedragslijn die zij in opdracht van de officier van justitie volgden, met zich meebracht dat procesverbaal moest worden opgemaakt. Daarmee geeft de Hoge Raad impliciet zijn goedkeuring aan het politiesept, wanneer dat gebaseerd is op een bestendige gedragslijn die in opdracht van de officier van justitie wordt gevolgd.

Annotator Pompe is van mening dat de conclusie van de advocaat-generaal en het arrest van de Hoge Raad op een belangrijk punt verschillen. Langemeijer zou voorwaarden hebben geformuleerd op grond waarvan verbalisering achterwege mag worden gelaten, de Hoge Raad juist voorwaarden op grond waarvan verbalisering verplicht is. De Hoge Raad zou daarmee niet van een algemene verplichting tot verbaliseren uitgaan, de advocaat-generaal juist wel. Volgens Pompe zou de opvatting van de Hoge Raad de voorkeur verdienen, omdat er nu eenmaal talloze overtredingen worden begaan die maar beter niet in het strafrechtelijke systeem kunnen worden betrokken, maar waarbij met een waarschuwing kan worden volstaan. Deze tegenstelling tussen de opvattingen van de Hoge Raad en A-G Langemeijer wordt door veel auteurs bestreden. Zowel Hoge Raad als A-G zouden een verbaliseringsplicht voorop stellen, en verschillen alleen in de manier waarop daarvan afgeweken mag worden.¹¹⁷ De Doelder en 't Hart menen dat de Hoge Raad zich helemaal niet over de benadering van Langemeijer uitlaat, en ook niet expliciet een maatstaf geeft voor het achterwege laten van verbalisering.¹¹⁸

Van der Burg stelt dat de Hoge Raad in dit arrest de vrijheid die hij de opsporingsambtenaar verleent, in tegenstelling tot de advocaat-generaal, niet baseert op het opportuniteitsbeginsel bij de vervolging.¹¹⁹ Deze stelling lijkt mij onjuist. De beslissingsvrijheid van de opsporingsambtenaar wordt door beide afgeleid van het opportuniteitsbeginsel, maar op een verschillende manier. Langemeijer verleent de opsporingsambtenaar de ruimte zelf in te schatten tot welk opportuniteitsoordeel de officier zal komen, de Hoge Raad legt de verantwoordelijkheid bij de officier, die op basis van zijn belangenafweging gedragslijnen kan aangeven waarlangs de opsporing moet plaatsvinden.¹²⁰ Van der Burg baseert zijn standpunt op een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. In zijn interpretatie is het zelfstandig hanteren

117 Peijster 1964, p. 100; Suyver 1976, p. 47.

118 De Doelder & 't Hart 1976, p. 208-209.

119 Van der Burg 1961, p. 85.

120 Suyver 1976, p. 47.

van het opportuniteitsbeginsel door opsporingsambtenaren vrijwel onmogelijk, en hij geeft de voorkeur aan een door de officier van justitie gestuurde gedragslijn.¹²¹ Het kan zijn dat hij hiermee bedoelt dat het opportuniteitsbeginsel door de officier van justitie zowel inzake vervolging als inzake opsporing wordt gehanteerd, en dat de Hoge Raad in het arrest over de laatste functie spreekt, zoals ook annotator Pompe schrijft, maar helder blijkt dat niet. In ieder geval wordt het standpunt van Van der Burg onhoudbaar bij een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Dan moet immers het strafrechtelijk optreden steeds vanuit het algemeen belang worden beargumenteerd, op grond waarvan criteria voor wél vervolgen moeten worden opgesteld.¹²²

4.6.4 Mandaat of zelfstandige bevoegdheid

Het politiesepot, dat dus is ontwikkeld op basis van een jurisprudentieel geaccepteerd gewoonterecht, is sinds 1 januari 2013 neergelegd in artikel 152 Sv.¹²³ Daarvoor gingen al geruime tijd stemmen op dat het wenselijk was om het gewoonterecht van het politiesepot te codificeren.¹²⁴ Omdat de wettelijke regeling geen inhoudelijke criteria kent waarmee de mogelijkheid van het sepot op het niveau van de politie moet worden ingevuld, is een duidelijk opsporingsbeleid van het OM van belang.¹²⁵

Schalken heeft, in aansluiting op het Broodjeswinkel-arrest, de invulling van de politieke beslissingsruimte gegrond op een mandaatconstructie. De bevoegdheid tot seponeren die de wet aan het OM toekent zou bij mandaat aan de politie kunnen worden overgedragen, waarbij het OM zowel de zeggenschap over de uitoefening ervan als de verantwoordelijkheid ervoor behoudt en aanspreekbaar blijft over de uitoefening ervan.¹²⁶ Volgens Scheltema, op wie Schalken zich onder meer baseert, hangt de mogelijkheid van delegatie en mandaat onder andere af van de verandering die daardoor wordt aangebracht in de organisatie van het bestuur en de verantwoordelijkheid voor het beleid.¹²⁷ In het licht van die criteria zou een politiesepot, onder mandaat van het OM, juridisch wel mogelijk zijn zonder dat daarvoor de wet hoeft te worden aangepast om dat uitdrukkelijk mogelijk te maken.¹²⁸

Een andere benadering kiezen De Doelder en 't Hart. Volgens hen behoort de taak van de jurist niet het vaststellen van juridisch relevante feiten te zijn,

121 Van der Burg 1961, p. 85-86.

122 De Doelder & 't Hart 1976, p. 209.

123 Sinds de inwerkingtreding van de Wet herziening regels betreffende de processtukken in strafzaken, *Stb.* 2011, 601.

124 Peijster 1964, p. 100-101; Walther 1987.

125 Peijster 1964, p. 100-101; Huls 1985; Van der Hoeven & Van Loon 1987.

126 Schalken 1984.

127 Scheltema 1975, p. 246.

128 Schalken 1984, p. 9.

maar het verrichten van feitelijk relevante juridisering. Daarmee wordt bedoeld dat het er bij de vraag of strafrechtelijk optreden geboden is, niet om gaat of iets eventueel kan worden gekwalificeerd als strafbaar feit, maar om wat er met een juridische kwalificering kan worden bereikt. Als verbalisering toch op een sepot zal uitlopen, kan dat beter achterwege blijven. In deze redenering is het niet nodig om, zoals Schalken doet, gebruik te maken van een mandaatconstructie om daarmee een zelfstandig politieseptot in het leven te roepen. Als een feitelijk gebeuren niet tot een strafrechtelijk gevolg zal leiden, kan een politieambtenaar dat immers evengoed constateren als een officier van justitie.¹²⁹

Een sepot door een opsporingsambtenaar heeft overigens ook rechtsgevolg. Het vertrouwensbeginsel staat in de weg aan het vervolgen van een strafbaar feit dat eerder door een politieambtenaar is geseponeerd.¹³⁰

Bij AMvB aangewezen opsporingsambtenaren zijn ook bevoegd om onder strikte voorwaarden te transigeren (artikel 74c Sr). Het moet gaan om bij dezelfde AMvB aangewezen overtredingen, of misdrijven waarop minder dan zes jaar gevangenisstraf is gesteld. In geval van zo'n misdrijf mag alleen een transactie worden aangeboden als de verdachte achttien jaar of ouder is, bij overtredingen mag dat vanaf twaalf jaar. De enige toegestane transactievoorwaarde is de betaling van een geldsom.¹³¹

Sinds de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening is het ook voor opsporingsambtenaren mogelijk om strafbeschikkingen uit te vaardigen (artikel 257b Sv). Daarvan kan overigens slechts gebruik worden gemaakt met de inachtneming van richtlijnen die zijn uitgevaardigd door het College van procureurs-generaal. Zelfs directe dagvaarding door politiefunctionarissen zou mogelijk kunnen zijn. Dat de dagvaarding wordt opgesteld en uitgereikt door opsporingsambtenaren kan worden toegestaan. De beslissing om een dagvaarding uit te doen gaan, met de belangenafweging die daarbij hoort, mag echter niet door hen worden genomen. Die zorgvuldige afweging is immers aan de leden van het OM opgedragen, die daarvoor beter zijn toegerust.¹³² De Wet op de Rechterlijke Organisatie geeft hierover in artikel 126 uitsluitend: de uitoefening van bevoegdheden van de officier van justitie kan alleen worden opgedragen aan andere bij het parket werkzame ambtenaren.

129 't Hart 1976, p. 17-19; De Doelder & 't Hart 1976; De Doelder & 't Hart 1985; 't Hart 1994a, p. 126-128. Zie ook Simmelink & Baaijens-van Geloven 2001, p. 402.

130 HR 19 september 1989, *NJ* 1989, 379; Schalken 1989.

131 Zie over de politietransactie verder Osinga 1993.

132 Boksem 1998; De Doelder 2000.

4.7 EXTERNE CONTROLE

4.7.1 Rechterlijke controle op vervolgingsbeslissingen

Op de vervolgingsbeslissing kan ook de rechter invloed hebben: belanghebbenden kunnen beklag indienen bij het Gerechtshof over niet (verdere) vervolging, waarna het Gerechtshof de officier van justitie kan bevelen vervolging in te stellen, en bovendien kan bepalen waarvoor vervolgd moet worden (artikel 12-12l Sv). Volgens de wet kan het Gerechtshof de opportuniteitsbeslissing van de officier volledig toetsen. Veelvuldig gebruik van die volledige toetsing zou echter een doorkruising van het gecentraliseerde vervolgingsbeleid met zich meebrengen en daarom wordt wel verdedigd dat het Hof zich tot een marginale toetsing zou moeten beperken.¹³³

De vervolgingsbeslissing kan door de verdachte worden bestreden door een bezwaarschrift in te dienen tegen de dagvaarding (artikel 262 Sv).¹³⁴ Deze bezwaarschriftprocedure leidt echter zelden tot succes, en dat geldt in ieder geval wanneer de bezwaren zich richten op de opportuniteit van de vervolging. Die component van de vervolgingsbeslissing is uitgesloten van toetsing in het kader van de bezwaarschriftprocedure (artikel 262 lid 4, 5 en 6 Sv). Ten aanzien van de haalbaarheid geldt dat de rechtbank slechts een marginaal oordeel over de mogelijkheid van veroordeling geeft.

Niet meer voorafgaand aan de berechting, maar bij de rechter ter terechtzitting kan de verdachte een beroep doen op de beginselen van een goede procesorde. Dat geeft hem de mogelijkheid om de vervolgingsbeslissing marginaal te laten toetsen aan de conformiteit met die beginselen. Die toetsing betreft wel een volledige toetsing van de verenigbaarheid van de vervolgingsbeslissing met de beginselen van een goede procesorde, maar dat betekent dat de vervolgingsbeslissing als zodanig slechts marginaal wordt getoetst. Die beginselen stellen immers slechts uiterste grenzen aan de beslissing, zodat de toetsing zich wel volledig op die beginselen richt maar daarbij een vrije beslissingsruimte voor het OM overlaat.¹³⁵

De vraag rijst hoe deze controlemechanismen in onderling verband moeten worden gezien. Het is mogelijk om vooral belang te hechten aan de beklagmogelijkheid tegen niet-vervolging wanneer een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt aangehangen. Als voor een positieve interpretatie zou worden gekozen, is vooral de bezwaarschriftprocedure van belang. Dat geldt althans, wanneer aan rechterlijke controle op vervolgingsbeslissingen

133 Corstens/Borgers 2011, p. 553.

134 Met inwerkingtreding van de Wet versterking positie rechter-commissaris (*Stb.* 2011, 600) op 1 januari 2013 is de kennisgeving van verdere vervolging vervallen evenals de bijbehorende mogelijkheid om daartegen een bezwaarschrift in te dienen. Sindsdien is er alleen nog een bezwaarschriftprocedure mogelijk tegen de dagvaarding.

135 Duker 2010 lijkt dit anders te zien.

met name belang wordt gehecht in de uitzonderingssituatie. Het instellen van vervolging als uitzondering op de regel dat strafbare feiten niet worden vervolgd, zoals in de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel geldt, zou dan ter discussie moeten kunnen worden gesteld in de bezwaarschriftprocedure. Omgekeerd geldt dan het beklag in een negatieve interpretatie als voornaamste mogelijkheid om tegen de uitzondering van het sepot te ageren. Het in Nederland geldende stelsel kan niet echt worden gezien als gestoeld op één van beide gedachten. Desondanks vertoont het daar wel enige trekken van. De bezwaarschriftprocedure is zeker niet de plaats om de opportuniteit ter discussie te stellen, die rol wordt eerder ingenomen door de zittingsrechter die de vervolgingsbeslissing aan de beginselen van een goede procesorde toetst. De beklagrechter stelt zich echter ook enigszins terughoudend op, en heeft de neiging om in ieder geval het vastgestelde vervolgingsbeleid niet ter discussie te stellen, en de toetsing van de beslissing tot niet-vervolging erg casuïstisch te houden.¹³⁶ Hieronder volgen nog enkele opmerkingen over de toetsing aan de beginselen van een goede procesorde en over een aanvulling op het stelsel van rechterlijke controle van de vervolgingsbeslissing, namelijk de toetsing door de Nationale ombudsman van het optreden van het OM naar maatstaven van behoorlijkheid.

4.7.2 Toetsing aan beginselen van een goede procesorde

De zittingsrechter controleert de vervolgingsbeslissing van het OM niet op de opportuniteit, maar alleen op de rechtmatigheid ervan. Wat betreft de wenselijkheid van strafrechtelijk ingrijpen is het OM alleen verantwoording schuldig aan de minister en via hem aan het parlement. Toch wordt door de rechterlijke controle de beslissingsvrijheid van het OM enigszins ingeperkt. Met name de beginselen van een goede procesorde blijken rechterlijke toetsing uit te doen strekken tot wat voorheen als bestuurlijke activiteit van het OM werd gezien. Het gaat daarbij om toetsing aan het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het verbod van détournement de pouvoir en het verbod van willekeur (ook wel bekend als het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging).

In dit verband kan volgens Cleiren onderscheid gemaakt worden tussen een geldingsaspect en een gedragsaspect van deze beginselen van een goede procesorde.¹³⁷ Daarbij betekent het gedragsaspect dat handelende strafvorderlijke autoriteiten als het OM en de politie in hun optreden gebonden zijn aan de beginselen van een goede procesorde, en betekent het geldingsaspect dat de toetsende rechter hun handelen kan beoordelen op de verenigbaarheid met die beginselen. Het is daarbij de vraag of het gedragsaspect van de beginselen van een goede procesorde logisch gezien voorafgaat aan het geldingsaspect,

¹³⁶ Bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 21 november 2011, *LJN* BU4940.

¹³⁷ Cleiren 1989, p. 285.

dat wil zeggen of de sanctienorm die door de toetsende rechter ten opzichte van het optreden van strafvorderlijke autoriteiten wordt gehanteerd, de tegenhanger is van het als primair te beschouwen gedragsaspect van de bevoegdheidverlenende norm waarop dat optreden was gebaseerd.¹³⁸ Het karakter van de beginselen van een goede procesorde, en de kwestie op welke manier deze als rechtsbeginselen kunnen worden beschouwd, is wellicht niet relevant voor de vraag of deze beginselen gelding bezitten,¹³⁹ maar misschien wel voor de vraag op welke manier de aspecten van gelding en gedrag zich tot elkaar verhouden. Wanneer het toetsen aan redelijkheid zoals door Hart wordt gezien als gedelegeerde regelgeving door rechters, is het logisch dat het gedragsaspect volgt uit het als geldend gaan beschouwen en concretiseren van de betrokken beginselen in de rechtspraak.¹⁴⁰ Een Dworkiniaans perspectief zou meebrengen dat er geen bezwaar is tegen het beschouwen van de verbindendheid van rechtsbeginselen voor handelingen van de strafvorderlijke overheid als voorafgaand aan de sanctionering daarvan, omdat het voor die verbindendheid niet noodzakelijk is dat dat eerst een expliciete regel is vastgesteld.¹⁴¹ Bovendien kan het opnemen van een standaard van redelijkheid in een rechtsregel een soortgelijke werking hebben zonder dat het bezwaar opgaat dat daardoor *ex post facto* wordt geoordeeld.¹⁴² Omdat MacCormicks positie met betrekking tot rechtsbeginselen ongeveer het midden houdt tussen de standpunten van Hart en Dworkin, althans in de loop des tijds enigszins is verschoven vanuit een nuancering van Harts standpunt, in de richting van Dworkins overtuiging, zonder deze overigens geheel te onderschrijven,¹⁴³ lijkt het in overeenstemming met MacCormicks rechtstheorie om de vraag of het gedragsaspect aan het geldingsaspect voorafgaat, voorzichtig ontkennend te beantwoorden. Een positieve beantwoording zou niet goed verenigbaar zijn met de aanmerkelijke ruimte die MacCormick aan de rechter wil laten om, weliswaar gebonden aan de eis van coherentie, tot rechtsontwikkeling te komen.¹⁴⁴ De verbindendheid van beginselen van een goede procesorde voor het handelen van politie en OM valt daarmee in ieder geval niet te beschouwen als voorafgaand aan de vaststelling van het geldingsaspect daarvan door de rechter.

Met name de toetsing aan het verbod van willekeur lijkt de concrete opportuniteitsbeslissing dicht te naderen. In dat verband kan worden gezegd dat het de opdracht van het OM is om een redelijke en billijke afweging te maken van de in het geding zijnde belangen, waarbij aan de ene kant het

138 Zoals lijkt te volgen uit Cleiren 1989, p. 287.

139 Cleiren 1989, p. 234.

140 Hart 2012, p. 132.

141 Dworkin 1977, p. 44.

142 Dworkin 1986, p. 280-282.

143 Vergelijk MacCormick 1978, p. 155 met MacCormick 2005, p. 199. Zie daarover meer in detail paragraaf 1.6.3.

144 MacCormick 2005, p. 201-205.

algemeen belang dat met vervolging gediend kan zijn, en aan de andere kant het belang van de verdachte om niet met het strafrecht in aanraking te komen, een rol speelt.¹⁴⁵ Bij een dergelijke beoordeling op redelijkheid zullen veel verschillende relevante gezichtspunten in ogenschouw moeten worden genomen.¹⁴⁶ Het is volgens de Hoge Raad echter aan de zittingsrechter slechts toegestaan om de vervolgingsbeslissing in zeer beperkte mate inhoudelijk te toetsen. Schending van het verbod van willekeur kan bijvoorbeeld alleen in uitzonderlijke gevallen leiden tot het niet-ontvankelijk verklaren van het OM.¹⁴⁷ Wanneer dat anders zou zijn, zou de rechter zich te veel inlaten met het beoordelen van de innerlijke waarde van de vervolgingsbeslissing en de inschatting van de doelmatigheid, die primair aan het OM zijn opgedragen.¹⁴⁸

Ook het gelijkheidsbeginsel wordt naar het oordeel van de rechter niet snel geschonden. Toch wordt soms geoordeeld dat er een goede reden moet zijn om een verdachte te vervolgen, terwijl een andere verdachte in een soortgelijke situatie vrijuit gaat. Als die reden ontbreekt moet alsnog vervolging worden ingesteld, oordeelde het Hof Amsterdam in een beklagprocedure.¹⁴⁹

Met de toetsing aan het vertrouwensbeginsel is veel sterker een waarborg aanwezig rondom het vervolgingsbeleid. Hier staat de passendheid van de concrete beslissing, in het licht van dat in algemene termen gestelde beleid op de voorgrond. De mate waarin op het gepubliceerde beleid kan worden vertrouwd is sterk, doordat op afwijking van het beleid in potentie de sanctie van niet-ontvankelijkheid is gesteld.¹⁵⁰ Op die regel is wel een uitzondering mogelijk: wanneer wordt vervolgd in afwijking van gepubliceerd beleid, maar die afwijking zorgvuldig wordt onderbouwd, volgt er geen niet-ontvankelijkheid. Wanneer een afwijking van gepubliceerd beleid niet voldoende wordt toegelicht kan de rechter wegens strijd met het motiveringsbeginsel het OM alsnog niet-ontvankelijk verklaren.¹⁵¹

Dat de rechter slechts bevoegd is om een marginale toets uit te voeren betekent uiteraard niet dat het OM zelf geen strengere maatstaven mag hanteren. Zo is het OM ervan overtuigd dat niet alleen de beslissing om tot vervolging over te gaan, maar ook de inhoud van die beslissing, welke tenlastelegging zal worden opgesteld en of daarin voor een opzet- of schuldvariant wordt

145 Cleiren 1989, p. 31; Krabbe 2001b, p. 105-106.

146 Vergelijk MacCormick 2005, p. 162-188.

147 HR 6 november 2012, *NJ* 2013, 109 m.nt. T.M. Schalken. Zie ook Rb 's-Gravenhage 5 maart 2007, *LJN* AZ9885.

148 Krabbe 2001b, p. 105-106.

149 Hof Amsterdam 21 december 2005, *LJN* AU9264.

150 HR 13 september 1983, *NJ* 1984, 151, m.nt. P.J.P. Tak; HR 22 februari 2000, *NJ* 2000, 557 m.nt. Sch.

151 HR 5 maart 1991, *NJ* 1991, 694, m.nt. C.

gekozen, met beleid en door een zorgvuldige belangenafweging moet worden genomen.¹⁵²

4.7.3 De Nationale ombudsman

De Nationale ombudsman is niet bevoegd te oordelen over gedragingen waarop de rechterlijke macht toeziet (artikel 9:22 aanhef en onder f Awb). Daarom is de afbakening van rechterlijke controlemogelijkheden van belang voor de bevoegdheid van de Nationale ombudsman: het zijn communicerende vaten. Ten aanzien van de uitoefening van enkele bevoegdheden waarover de rechter zich niet kan uitspreken kan de Nationale ombudsman een oordeel geven, na een klacht van een betrokkene. In zoverre als over de vervolgingsbeslissing geen rechterlijke controle kan plaatsvinden, is er dus een rol weggelegd voor de Nationale ombudsman. Dit kwam aan de orde in de zaak die leidde tot HR 25 juni 1996, NJ 1997, 714.¹⁵³ Het Hof oordeelde daar dat het niet bevoegd was de vervolging ter zake van een bepaald strafbaar feit te bevelen, het zou het OM slechts mogen bevelen vervolging in te stellen, waarna de officier van justitie vrij zou zijn in de keuze welk strafbaar feit hij zou willen vervolgen. De Hoge Raad was het uiteindelijk niet met dit oordeel eens. Wanneer het standpunt van het Hof juist was geweest, zou dat hebben geleid tot een bevoegdheid van de Nationale ombudsman om zich uit te spreken over de keuze van de officier van justitie voor een bepaalde delictsomschrijving. Daar zou dan immers in de beklagprocedure geen rechterlijke controle op bestaan, waardoor de Nationale ombudsman bevoegd zou zijn. Om dat te voorkomen drong de Nationale ombudsman er bij de Procureur-generaal bij de Hoge Raad op aan, om cassatie in het belang der wet in te stellen, hetgeen dus succesvol was.¹⁵⁴

Een eerste type overheidshandeling dat hier moet worden genoemd is de keuze van de officier van justitie voor een bepaalde sepotgrond. Deze keuze heeft gevolgen voor de verdachte, omdat het afhankelijk is van de sepotgrond of het sepot wordt opgenomen in de justitiële documentatie of niet. Wanneer de officier van justitie kiest voor de sepotgrond 'ten onrechte als verdachte vermeld', zal het sepot niet op naam van de verdachte worden ingeschreven. Wanneer daarentegen gekozen wordt voor de grond 'onvoldoende bewijs', wordt het sepot wel ingeschreven op naam van de verdachte. Geregeld klagen bij de Nationale ombudsman verdachten die de eerstgenoemde sepotgrond

152 Aldus althans het middel van cassatie, ingediend door het OM in de zaak die leidde tot HR 24 mei 2005, NJ 2006, 396.

153 Zie hierboven, paragraaf 4.7.2.

154 Buruma & Mevis 1999, p. 703.

verkiezen boven de laatstgenoemde.¹⁵⁵ Deze klachten betreffen vaak een technisch sepot. Bij beleidssepots zal het steeds het geval zijn dat deze worden ingeschreven op naam van de verdachte. Soms wordt dan ook geklaagd over het toepassen van een beleidssepot, waar de klager van mening is dat gekozen had moeten worden voor sepotgrond 01, 'ten onrechte als verdachte vermeld'.¹⁵⁶

Een andere overheidshandeling waarover de Nationale ombudsman kan oordelen is de praktijk dat officieren van justitie een beleidssepot gepaard laten gaan met een mondelinge of schriftelijke waarschuwing. De waarschuwing zal meestal inhouden dat bij herhaling zal worden vervolgd, en dat in het betreffende geval geen voorwaarden worden verbonden aan het sepot. De waarschuwingen hebben echter geen wettelijke basis, en daarom wordt over de uitvaardiging ervan soms geklaagd bij de Nationale ombudsman. Deze heeft over een hem voorgelegde waarschuwing in vrij algemene termen geoordeeld dat deze behoorlijk is, voor zover de verdachte door de officier van justitie wordt geïnformeerd over de haalbaarheid van vervolging en de gevolgen van herhaling van het strafbare feit. De Nationale ombudsman oordeelde echter dat het onbehoorlijk zou zijn 'voor zover met de mondelinge of schriftelijke berichtgeving door officieren van justitie naar aanleiding van sepotbeslissingen wordt beoogd om de verdachte naar aanleiding van het begane feit bestraffend toe- of aan te spreken en/of zulks tot uitdrukking te brengen door het bezigen van het woord berisping'.¹⁵⁷ Ten aanzien van deze zogenoemde parketstandjes kan men echter ook tot een ander oordeel komen. Het is immers maar de vraag hoe een parketwaarschuwing wordt gewaardeerd: als een ongerechtvaardigde afdoening wanneer men de zaak eigenlijk onvoorwaardelijk wil seponeren, of als een mogelijkheid om in plaats van verdergaande bestraffing met een tamelijk milde afdoening te volstaan.¹⁵⁸

Een volgend type klachten heeft betrekking op het niet opnemen van aangiftes door de politie. Ondanks de wettelijke verplichting van artikel 163 Sv worden aangiftes niet altijd opgenomen. De Nationale ombudsman heeft geoordeeld dat voor uitzonderingen op de opnameplicht weinig ruimte aanwezig is, omdat de controle op opsporing en vervolging vrijwel onmogelijk is wanneer de gebeurtenissen die daarvoor relevant zijn niet worden opgeno-

155 Zie bijvoorbeeld rapport 2008/273; Buruma & Mevis 1999, p. 703. Een ander voorbeeld, waarbij de Nationale ombudsman tot het oordeel kwam dat had moeten worden gekozen voor de sepotgrond 'ten onrechte als verdachte aangemerkt' is een rapport van 15 oktober 2009, gepubliceerd *NbSr* 2009, 415.

156 Bijvoorbeeld in rapport 2003/073, waar de Nationale ombudsman tot de beoordeling kwam dat de keuze voor sepotgrond 43, 'oud feit', niet onbehoorlijk was. Een ander voorbeeld, waarbij de Nationale ombudsman tot het oordeel kwam dat de keuze voor sepotcode 02 in plaats van 01 onbehoorlijk was, is te vinden in een rapport van 15 oktober 2009, gepubliceerd in *NbSr* 2009, 415.

157 Rapport 1990/847.

158 Buruma & Mevis 1999, p. 705.

men. Daarmee wordt immers 'aan het Openbaar Ministerie, de voor de opsporing verantwoordelijke instantie, de gelegenheid (...) ontnomen te beoordelen of er ter zake strafvervolg ingesteld moet worden'.¹⁵⁹ Politieambtenaren zouden slechts in gevallen waarin op voorhand zonder de minste twijfel geoordeeld kan worden dat geen sprake is van een strafbaar feit aangifte mogen weigeren op te nemen.¹⁶⁰ Er zijn echter wel omstandigheden die een uitzondering op de opnameplicht rechtvaardigen. Dat is bijvoorbeeld het geval als enkele politiemedewerkers belast zijn met een lange reeks voorvallen en zijn aangewezen voor het opnemen van aangiftes. Andere politiemedewerkers zijn dan niet verplicht om aangiftes op te nemen die op die voorvallen betrekking hebben.¹⁶¹ De Nationale ombudsman interpreteert artikel 163 Sv op een manier die weinig ruimte laat voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel door de politie. Buruma en Mevis stellen dat het bureaucratisch aandoet om opname te eisen van aangiftes waarvan de politie vrijwel zeker is dat die op grond van bestaande afspraken niet worden vervolgd. De grens tussen het om deze reden niet opnemen van aangiftes enerzijds en anderzijds de strenge uitleg, dat wel moet worden opgenomen, maar ook mag worden meegedeeld dat wegens capaciteitsgebrek niet zal worden vervolgd, is inderdaad erg dun.¹⁶²

4.8 INTERNE EN MINISTERIËLE CONTROLE MEDE IN EUROPEES PERSPECTIEF

4.8.1 Controle binnen het OM

In de definitie van het opportuniteitsbeginsel staat centraal dat het is toegekend aan het OM. De wettelijke formulering van de artikel 167 en 242 Sv wijst het 'openbaar ministerie' aan als instantie die beslist of vervolging wordt ingesteld. Wie precies met deze taak van het OM belast kunnen worden blijkt uit de opsomming van artikel 125 RO: het College van procureurs-generaal, de officieren van justitie en de advocaten-generaal. De artikelen 8-9 Sv werken dit verder uit: de officieren van justitie bij de arrondissementsparketten zijn belast met de vervolging voor de rechtbanken waarbij zij geaccrediteerd zijn, de officier van justitie bij het landelijk parket is belast met de vervolging van een aantal speciaal aangewezen feiten en de advocaten-generaal bij de ressortsparketten zijn belast met de vervolging voor de gerechtshoven waarbij zij zijn geaccrediteerd. Buiten het OM is de procureur-generaal bij de Hoge Raad belast met de vervolging van strafbare feiten waarvan de Hoge Raad in eerste instantie kennisneemt (artikel 111 lid 2 onder a RO; artikel 7 Sv). De beslissing omtrent

159 Rapport 2008/104.

160 Zie daarover ook het door Buruma & Mevis 1999 aangehaalde rapport 99/220.

161 Rapport 2006/109.

162 Buruma & Mevis 1999, p. 694.

de vervolging wordt dus door deze functionarissen genomen. Dat wil niet zeggen dat één specifieke persoon beslissingsbevoegd is: het OM is één en ondeelbaar. Dat wil zeggen dat in een zaak niet steeds dezelfde officier hoeft op te treden voor de rechtbank, omdat de officier van justitie wordt geacht de rechtsorde te vertegenwoordigen. Hij behartigt het algemeen belang, en dat kan door iedere officier van justitie evengoed gebeuren.

De beslissing van de officier van justitie staat onder controle, zowel binnen als buiten het OM. Zonder deze institutionele context kan de werking van het opportuniteitsbeginsel niet goed worden begrepen. De officier van justitie is binnen de hiërarchie van het OM verantwoording schuldig aan zijn meerdere, de hoofdofficier van justitie (artikel 136 lid 3 en 4 en artikel 139 lid 2 RO). De officier en de hoofdofficier van justitie zijn ondergeschikt aan het College van procureurs-generaal (artikel 139 lid 1 en 3 RO), dat algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven (artikel 130 lid 4 RO). Aan de hoofden van de parketten kan het de nodige bevelen geven (artikel 8 Sv). Om deze hiërarchische structuur in de praktijk te laten werken zijn de leden van het OM ook verplicht de inlichtingen aan het College te verstrekken die het nodig heeft (artikel 129 lid 2 RO).

Wat betreft de toedeling van strafvorderlijke bevoegdheden aan de vervolgende overheid spreekt het Wetboek van Strafvordering meestal van de officier van justitie. Een enkele keer wordt de term 'openbaar ministerie' gebruikt, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de desbetreffende bevoegdheid ook door andere leden van de organisatie van het OM kan worden uitgeoefend, zoals de advocaat-generaal, of voorheen de ambtenaar van het OM bij het kantongerecht. Dit gaat tegenwoordig vrijwel niet meer op voor de vervolgingsbeslissing. De vervolging in eerste instantie vindt bijna uitsluitend bij de rechtbank plaats, en de beslissing tot vervolging wordt daarom steeds door de officier van justitie, of onder diens verantwoordelijkheid, genomen.

Beleidsregels van het OM, zoals richtlijnen en aanwijzingen, vormen een invulling van de taak van het OM, namelijk de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (artikel 124 RO). Deze taak wordt vervuld door uitoefening van allerlei bevoegdheden die aan het OM, of aan functionarissen binnen het OM, zijn toegekend door onder andere het Wetboek van Strafvordering. Zo zijn de officieren van justitie belast met de opsporing van strafbare feiten (artikel 141 en 148 Sv) en de vervolging ervan voor de rechtbanken (artikel 9 Sv). Het Wetboek deelt soms ook taken en bevoegdheden toe aan 'het openbaar ministerie', zoals de vervolgingsbeslissing (artikel 167 en 242 Sv) en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen (artikel 553 Sv). In die gevallen kunnen ook andere leden van het OM dan de officieren van justitie optreden. Het terminologische onderscheid is niet erg consequent doorgevoerd. Wanneer in het Wetboek van 'het openbaar ministerie' wordt gesproken, wordt bedoeld op een lid daarvan, en niet op de organisatie als geheel. Dat organisatorische perspectief wordt ingenomen in de Wet op de rechterlijke organisatie. Het College van procureurs-generaal is daarin boven de arrondissementsparketten en

ressortsparketten geplaatst. Tussen deze laatste twee bestaat geen hiërarchische relatie meer, zoals onder de oude Wet op de rechterlijke organisatie nog wel het geval was. Deze nieuwe relatie blijkt uit artikel 8 Sv ten aanzien van de vervolging, en artikel 140 Sv ten aanzien van de opsporing, maar meer in het algemeen ook uit artikel 130 lid 4 RO. Hieraan ontleent het College de bevoegdheid algemene en bijzondere aanwijzingen te geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het OM. Daarmee wordt in de Wet RO het OM als eenheid bedoeld. Deze aanwijzingsbevoegdheid gaat gepaard met een inlichtingenplicht (artikel 129 lid 2 RO). Binnen de arrondissements- en ressortsparketten hebben de hoofden van de parketten, respectievelijk de hoofdofficieren van justitie en de hoofdadvocaten-generaal, de bevoegdheid de overige daar werkzame leden van het OM aanwijzingen te geven (artikel 136 lid 3, 137 lid 2, 137a lid 2 en 138 lid 2 RO). Deze structuur wordt nog aangevuld door artikel 139, dat de bij een parket werkzame ambtenaren in hun ambtsuitoefening ondergeschikt maakt aan de hoofden van de parketten, en die hoofden op hun beurt weer ondergeschikt maakt aan het College van procureurs-generaal.¹⁶³

De Wet op de rechterlijke organisatie maakt het mogelijk dat bevoegdheden van de leden van het OM onder hun verantwoordelijkheid worden uitgeoefend door andere bij het desbetreffende parket¹⁶⁴ werkzame ambtenaren (artikel 126 RO).¹⁶⁵ De uitoefening van sommige bevoegdheden kan volgens artikel 126 lid 3 RO echter niet gemandateerd worden. Dat is het geval als de regeling waar de bevoegdheid op steunt of de aard van de bevoegdheid zich tegen mandatering verzet. Enkele bevoegdheden worden door de wet als zodanig aangemerkt. Dat zijn het optreden ter terechtzitting in strafzaken en de toepassing van dwangmiddelen opgenomen in Titel IV van Boek I van het Wetboek van Strafvordering. De mandatering is verder geregeld in artikel 2 van het Besluit reorganisatie Openbaar Ministerie en instelling Landelijk Parket. In dat artikel zijn meer bevoegdheden aangemerkt die de officier van justitie of de advocaat-generaal niet kan mandateren. Mandatering van bevoegdheden is voor het OM een onmisbaar onderdeel van de werkzaamheden geworden.¹⁶⁶ Veel beslissingen, ook omtrent het instellen van vervolging, worden door het OM op grond van deze regeling overgelaten aan parketsecretarissen. De Hoge Raad is in beginsel akkoord met deze werkwijze. Voor het mandateren van de vervolgingsbeslissing aan parketambtenaren geldt daarbij de voorwaarde dat de mandaatregeling is beperkt tot eenvoudige zaken waarvan meerderjarigen worden verdacht, en die bewijstechnisch eenvoudig zijn en verder van

163 Zie over deze structuur uitgebreid 't Hart 2001, p. 3-101.

164 En niet bij een ander parket: Hof Leeuwarden 21 maart 2003, NJ 2003, 295.

165 Zie ook Melai/Groenhuijsen, aant. 7 op art. 167.

166 Franssen, Hartmann & Mein 2007, p. 27-28.

beperkt belang lijken te zijn.¹⁶⁷ Wanneer het zodanig ingrijpende bevoegdheden betreft dat de aard daarvan zich verzet tegen het uitoefenen door een ander dan de officier van justitie, kan die bevoegdheid niet worden gemandateerd.¹⁶⁸ Wanneer de bevoegdheid in mandaat wordt uitgeoefend, wordt deze aan het OM toegerekend, en dat geldt niet alleen voor beslissingen tot vervolging maar ook voor beslissingen om bevoegdheden niet aan te wenden, zoals sepotbeslissingen van parketsecretarissen.¹⁶⁹ Dagvaardingen mogen niet worden uitgereikt door politieambtenaren, dat leidt tot nietigheid van de dagvaarding.¹⁷⁰ Beslissend of een politieambtenaar die (tijdelijk) werkzaam is bij het OM al dan niet als parketambtenaar heeft te gelden is daarbij 'of die ambtenaar voor wat betreft zijn opleiding, zijn feitelijke werkzaamheden en de wijze waarop deze werkzaamheden in het verband van het parket ten aanzien van het toezicht en de supervisie zijn ingekaderd, met een parketambtenaar kan worden gelijkgesteld.'¹⁷¹ Ook wanneer het OM wel beschikbaar is voor overleg, maar niet rechtstreeks betrokken bij de concrete vervolgingsbeslissing door een politieambtenaar, wordt de nietigheid van de dagvaarding uitgesproken.¹⁷² Dezelfde einduitspraak volgt wanneer een parketsecretaris of andere parketambtenaar dagvaardt zonder expliciet schriftelijk mandaat.¹⁷³

Het OM oefent zijn taken en bevoegdheden onder andere uit door het voeren van beleid. Het OM is dat ook verplicht, zowel in de zin dat er een normatief kader bestaat voor de uitoefening van de discretionaire bevoegdheden die het OM toekomen, als dat het zijn vervolgingsrecht kan verspelen wanneer het in een zaak handelt in strijd met de beginselen van een goede procesorde. Het beleid komt tot uitdrukking in een consistentie in het handelen van de functionarissen van het OM, maar het duidelijkst in de richtlijnen en aanwijzingen van het College van procureurs-generaal. Een groot deel van die richtlijnen en aanwijzingen wordt gepubliceerd in de Staatscourant. De publicatie van deze beleidsvoornemens wekt verwachtingen op, waaraan op grond van het vertrouwensbeginsel moet worden voldaan. Het beleid geldt dan ook als recht in de zin van artikel 79 RO.¹⁷⁴ Afwijking van het beleid door bijvoorbeeld

167 HR 1 juli 1997, *NJ* 1998, 49 m.nt. Sch.

168 HR 23 september 2003, *LJN* AG3621.

169 Hof Amsterdam 31 januari 2000, *NJ* 2000, 318.

170 HR 14 maart 2000, *NJ* 2000, 423 m.nt. 'tH; HR 27 februari 2001, *NJ* 2001, 309. Tenzij deze politieambtenaren vergaand in de OM-organisatie zijn geïntegreerd: Hof 's-Gravenhage 17 februari 2005, *NJ* 2005, 205.

171 HR 3 juni 2003, *LJN* AF3366.

172 HR 2 oktober 2001, *NJ* 2002, 271 en HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 272 m.nt. Sch onder het laatste arrest.

173 Hof Amsterdam 28 maart 2000, *NbSr* 2000, 163; HR 20 maart 2001, *NJ* 2001, 366; HR 12 oktober 2004, *NJ* 2004, 661. Zie voor een afwijkende sanctie van niet-ontvankelijkheid in een zaak waarin een parketsecretaris zijn mandaat overschreed Rb Maastricht 7 maart 2008, *LJN* BC6120.

174 HR 19 juni 1990, *NJ* 1991, 119, m.nt. ThWvV en MS.

een vervolging in te stellen terwijl daar op grond van een aanwijzing geen ruimte voor is, kan het OM op niet-ontvankelijkheid komen te staan.¹⁷⁵

Deze beleidsregels sturen het optreden van politie en OM zodanig dat de inzet van strafvorderlijke middelen niet onder een bepaald niveau terecht komt. Deels vormt dat een reactie op de discussies over tekorten in de handhaving, die voorheen werden gesignaleerd. Die tekorten kunnen tegenwoordig niet in dezelfde mate nog aanwezig worden geacht, of in ieder geval lijkt de discussie daarover wat verstomd te zijn. De vraag is wel of een oriëntatie op een minimaal niveau van rechtshandhaving een aantasting betekent van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Volgens 't Hart is dat niet het geval, omdat de nadruk op handhaving voortkwam uit maatschappelijke onvrede met de tekortschietende handhaving, en niet vanwege de vermeend heilzame werking van het automatische strafrechtelijke optreden dat eigen zou zijn aan een negatieve interpretatie. Een versterking van het optreden van politie en justitie zou niet een (gematigd) automatisme moeten zijn, maar moeten zijn gebaseerd op de maatschappelijke wenselijkheid van een minder terughoudende strafrechtelijke handhaving.¹⁷⁶ Daarom kan een positieve interpretatie als de grondslag worden beschouwd onder een repressief strafrechtelijk beleid, mits die repressie maar voldoende draagvlak in de samenleving heeft. Een uitgangspunt van vrijwel automatische vervolging is in overeenstemming met die theorie, mits dat uitgangspunt maar is vastgelegd in beleidsregels.

Een duidelijk voorbeeld daarvan biedt de Aanwijzing discriminatie: 'In discriminatiezaken wordt op voorhand aangenomen dat opportuniteit aanwezig is. De beslissing tot een beleidssepot dient dan ook met grote terughoudendheid te worden genomen. Dit neemt echter niet weg dat er in uitzonderingsgevallen redenen van opportuniteit kunnen zijn om niet te vervolgen'.¹⁷⁷ In deze aanwijzing wordt dus beleidsmatig de verhouding tussen regel en uitzondering weer omgedraaid. In theorie valt dat te rijmen met een positieve interpretatie, maar dat is alleen vanwege de juridische status van het uitgangspunt. Omdat het uitgangspunt van 'vervolgen, tenzij', is neergelegd in een beleidsregel strijdt dat niet met een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, terwijl inhoudelijk gezien in dat uitgangspunt geen spoor meer te bekennen is van de terughoudendheid die in de strafrechtelijke rechtshandhaving zou moeten worden betracht.

De positieve interpretatie kan op deze manier worden gezien als een uitgangspunt van het strafrechtelijk beleid dat vooral institutionele gevolgen met zich mee brengt en geen duidelijk inhoudelijk profiel bezit. In die visie mag de sturing van de taakuitoefening van het OM uitsluitend tot stand komen in de beleidsvorming, waartoe het OM zelf primair geroepen is door zijn taak

175 HR 13 september 1983, *NJ* 1984, 151, m.nt. P.J.P. Tak.

176 't Hart 1994a, p. 137-140.

177 Aanwijzing discriminatie, *Stcrt.* 2007, 233.

van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde (artikel 124 RO). Het Ministerie van Justitie levert daaraan bovendien een belangrijke bijdrage, die impliciet gebouwd is op de aanwijzingsbevoegdheid van artikel 127 RO, waardoor de democratische legitimiteit van dat sturingsmodel besloten ligt in de mogelijkheden van parlementaire controle op de handelingen van de Minister van Justitie. De machtskritische dimensie die aan de positieve interpretatie kon worden verleend in de jaren zestig, waardoor het opportuniteitsbeginsel wordt gezien als een grondslag om al te repressieve strafwetgeving niet meer automatisch te handhaven, staat in een dergelijk institutioneel gekleurd begrip niet op de voorgrond. Daardoor rijst het probleem, dat het opportuniteitsbeginsel in deze interpretatie juist de deur open zet voor repressieve beleidsvoering, terwijl de democratische controle daarop beduidend minder krachtig is dan wanneer wetgeving als sturingsinstrument wordt gebruikt. Beleidscontrole wordt immers slechts in uitzonderingsgevallen aangewend en is afhankelijk van het initiatief van het parlement. Wanneer bovendien in de wetgeving elke terughoudendheid ten aanzien van de verruiming van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt losgelaten, ontstaat een zeer grote discretionaire ruimte voor de strafrechtelijke autoriteiten.¹⁷⁸ De vraag welke gedragingen kunnen rekenen op een strafrechtelijke reactie, wordt op deze manier nauwelijks beantwoord door de strafwetgeving, maar vooral door het beleid. Op zich is een dergelijke constellatie nog in overeenstemming te beschouwen met de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel, maar de achterliggende gedachte van die interpretatie kan er nauwelijks meer in worden herkend.

4.8.2 Het OM en de verhouding tot de Minister van Justitie

Het OM is voor de uitoefening van zijn taken verantwoording schuldig aan de Minister van Justitie, die algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het OM, waaronder bevelen tot vervolging of juist het achterwege laten daarvan (artikel 127 RO). Voor deze aanwijzingen bestaat een zware procedure, waarbij het College van procureurs-generaal de kans krijgt te reageren en, als het een aanwijzing tot niet opsporen of vervolgen betreft, ook het parlement geïnformeerd wordt (artikel 128 RO). De aanwijzingen kunnen aan alle leden van het OM zijn gericht, maar de minister is verplicht het College in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze kenbaar te maken als het een aanwijzing inzake opsporing of vervolging betreft (artikel 128 lid 1 RO). Omtrent de uitoefening van de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid zijn verder enkele waarborgen geschapen, zoals schriftelijkheids- en motiveringsvereisten (artikel 128 leden 2, 3 en 4 RO), en de bepaling dat een aanwijzing in het procesdossier moet worden gevoegd (artikel 128 lid 5 RO). Wanneer het een negatieve aanwijzing

¹⁷⁸ Klip 2010.

betreft, dus om niet op te sporen of te vervolgen, zal er geen procesdossier zijn dat ter beoordeling aan de rechter wordt voorgelegd, en daarom moeten in zo'n geval de beide Kamers der Staten Generaal van de voorgenomen aanwijzing in kennis worden gesteld (artikel 128 lid 6 RO). De inhoud van deze aanwijzingen van de minister wordt niet door de wet beperkt, waarbij is aangesloten bij de in beginsel ongelimiteerde politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het handelen van het OM.¹⁷⁹ In het algemeen wordt echter aangenomen dat de minister van zijn aanwijzingsbevoegdheid in individuele zaken uiterst terughoudend gebruik moet maken, terwijl tegen inmenging in de beleidssfeer veel minder bezwaren bestaan.¹⁸⁰ In de praktijk maakt de minister van zijn aanwijzingsbevoegdheid vrijwel nooit gebruik. Deze bevoegdheid is echter bepalend voor de verhouding tussen minister en OM, omdat ze bij elk overleg tussen de minister en het College van procureurs-generaal op de achtergrond aanwezig is.

Over het gebruik van zijn aanwijzingsbevoegdheid is de Minister van Justitie verantwoording schuldig aan het parlement. Het parlement kan wanneer het dat nodig vindt de minister om opheldering verzoeken, en de minister is verplicht om de gevraagde inlichtingen te verschaffen (artikel 68 Gw). Wanneer het optreden van de minister niet de goedkeuring van het parlement kan wegdragen, en het vertrouwen in de minister wordt opgezegd, is de minister krachtens ongeschreven staatsrecht verplicht zijn portefeuille ter beschikking te stellen. De minister kan zowel over het algemene beleid als over individuele zaken ter verantwoording worden geroepen, maar deze vorm van controle is negatief: alleen wanneer het parlement actief een kwestie aan de orde stelt is de minister gehouden zich nader te verklaren. Daardoor wordt de minister slechts voor die zaken ter verantwoording geroepen, waarbij het in de ogen van de volksvertegenwoordigers van belang is om opheldering te verkrijgen.

Onder andere vanwege het bestaan van de vrijwel ongeclausuleerde aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie, is er in de literatuur veel discussie geweest over de vraag hoe het OM moet worden gekarakteriseerd. Sommigen leggen de nadruk op de bestuurlijke taken van het OM, zoals het vaststellen van beleid inzake opsporing en vervolging en het coördineren van de rechtshandhaving. Anderen benadrukken de beslissingen die leden van het OM in individuele gevallen nemen, en leiden daaruit af dat het OM veel sterker een rechterlijk, 'magistraal' karakter heeft. En ten slotte plaatsen velen het OM tussen rechterlijke en uitvoerende macht in, omdat het OM veel trekken van beide zou hebben.

Argumenten voor de opvatting dat het OM vooral een rechterlijk karakter heeft zijn onder meer te vinden in de Grondwet, die impliciet de rechterlijke

179 *Kamerstukken II 1996/97*, 25 392, nr. 3, p. 20.

180 Zie daarover 't Hart 2001, p. 76-95.

macht in tweeën verdeelt. In artikel 116 en 117 Gw wordt gesproken van ‘leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast’. Dat geeft aan dat er ook leden van de rechterlijke macht zijn die niet met rechtspraak zijn belast. Dat de leden van het OM daartoe behoren blijkt expliciet uit artikel 1 RO, waarin de leden van het OM die in dat artikel in sub b onder 4, 5 en 6 worden genoemd volgens sub c niet behoren tot de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast. De wet belast de leden van het OM dus niet met rechtspraak, maar zij zijn wel rechterlijke ambtenaren.

Volgens de Awb is het OM echter een bestuursorgaan: het is een orgaan van een rechtspersoon volgens publiekrecht ingesteld (artikel 1:1 lid 1 onder a Awb) en het valt niet onder de uitzondering dat organen die met rechtspraak zijn belast geen bestuursorgaan zijn (artikel 1 RO). Teneinde de Awb niet van toepassing te laten zijn op de handelingen van het OM is er een bijzondere uitzondering gemaakt in artikel 1:6 Awb: de hoofdstukken 2 tot en met 8 en 10 van de Awb zijn daarin niet van toepassing verklaard op de opsporing en vervolging van strafbare feiten, en de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen. De handelingen van het OM die niet onder de uitzondering van artikel 1:6 Awb vallen, zijn dus onderworpen aan het bestuursprocesrecht zoals dat in de Awb is neergelegd. Alle handelingen zijn echter onderworpen aan de hoofdstukken 1, 9 en 11, waarvan in dit verband alleen hoofdstuk 9 van belang is: dat ziet op klachtbehandeling door bestuursorganen zelf en door de Nationale ombudsman.

4.8.3 Meined voor het Hof van Justitie en schending van atoomgeheimen

In de inleiding is al naar voren gekomen dat de aanwijzingen tot vervolging van meined voor het Hof van Justitie en van schending van geheimen in verband met het Euratom-verdrag, door sommigen worden gezien als een inbreuk op het opportuniteitsbeginsel. Beide bevoegdheden zijn nooit uitgeoefend, dus de betekenis ervan voor het strafrecht is vooral een theoretische kwestie. Ze bieden in ieder geval een vroeg voorbeeld van de invloed van het recht van de Europese Unie op het strafrecht. Zowel de bepalingen met betrekking tot meined voor het Hof van Justitie, als met betrekking tot de schending van atoomgeheimen, zijn niet te beschouwen als Europese strafbaarstellingen die rechtstreeks toepasbaar zijn in de rechtsordes van de lidstaten, maar ze betreffen bevoegdheden om lidstaten te verplichten in enkele nauw omschreven concrete gevallen strafrechtelijk op te treden.¹⁸¹ Hoewel ze dus geen zelfstandige bron van strafrechtelijke aansprakelijkheid vormen, zijn deze bepalingen wel van theoretisch belang. Deze aanwijzingsbevoegdheden hebben in de literatuur dan ook veel aandacht gekregen, zeker in verhouding tot hun praktische betekenis. Dit onder andere vanwege hun moeilijke inpasbaarheid

181 Satzger 2012, p. 51-53.

in het strafrecht. Een aspect hiervan betreft hun verhouding tot het opportuniteitsbeginsel, waarover tamelijk uiteenlopende opvattingen bestaan en waaraan hieronder aandacht wordt gegeven. Beide bevoegdheden worden hier gezien als vergelijkbaar met de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid, en komen daarom op dit moment aan de orde.

4.8.4 Vervolging van meined voor het Hof van Justitie

Hoewel er geen gepubliceerde gevallen bekend zijn, is het mogelijk dat in de procesvoering voor het Hof van Justitie meined gepleegd wordt. Aangezien het Hof niet over een strafkamer beschikt en strafrechtelijke afdoening van meined gezien de ernst van het delict wel wenselijk is, is er voor gekozen de nationale instanties daarin te betrekken.¹⁸² Artikel 30 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie¹⁸³ bepaalt daarom: 'Elke lidstaat beschouwt iedere schending van de eed der getuigen en deskundigen als het overeenkomstige strafbare feit bedreven voor een nationale rechtbank die in burgerlijke zaken uitspraak doet. Op aangifte van het Hof van Justitie vervolgt hij de daders van dit strafbare feit voor de bevoegde nationale rechterlijke instantie.'

Een nadere regeling van de gang van zaken in dit soort gevallen werd wenselijk geacht. Artikel 125 van het reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie,¹⁸⁴ vastgesteld op grondslag van artikel 253 VWEU, bepaalt dat het Hof een additioneel reglement vaststelt waarin onder andere bepalingen moeten zijn opgenomen met betrekking tot de aangifte van meined gepleegd door getuigen of deskundigen, zoals die door het Hof moet worden gedaan. Over de wijze waarop de meined moet worden vastgesteld, en wat de bestanddelen van het delict zijn, is niets bepaald. Daarvoor zal de nationale wetgeving doorslaggevend zijn, omdat die immers in de eigenlijke strafzaak zal worden toegepast. Artikel 124 van het reglement voor de procesvoering bepaalt slechts de vorm van de eed, en legt de president van het Hof de verplichting op, de getuige of deskundige te waarschuwen voor de strafrechtelijke gevolgen die de schending van de eed kan meebrengen. In het additioneel reglement¹⁸⁵ is in hoofdstuk III een regeling getroffen voor de aangifte van de schending van de eed door een getuige of deskundige. Artikel 6 bepaalt dat in geval van meined het Hof de advocaat-generaal moet horen, en vervolgens kan beslissen dat van het feit aangifte zal worden gedaan bij de in een

182 Zie over de strafbaarheid en het inmiddels vervallen klachtvereiste van art. 207a Sr: Van den Broek 1990 en Doorenbos 1992, p. 1044-1046.

183 *PbEU* 2010, C 83/210.

184 Gepubliceerd in *PbEG* 1991, L 176/7, nadien geregeld gewijzigd. De meest recente versie is te vinden op <http://curia.europa.eu>.

185 *PbEG* 1974, L 350/29, wijzigingen gepubliceerd in *PbEG* 1997, L 103/4 en *PbEG* 2006, L 72/1.

bijlage opgenomen nationale instantie. Voor Nederland noemt die bijlage als instantie de Minister van Justitie.¹⁸⁶

Over deze nadere regeling in het additioneel reglement kunnen in verband met het opportuniteitsbeginsel twee opmerkingen worden gemaakt. De eerste opmerking betreft de opneming van het woord 'kan' in artikel 6. Daaruit moet worden afgeleid dat het hier geen verplichting van het Hof betreft om van een geconstateerde meened bij de lidstaten aangifte te doen. Het doen van aangifte door het Hof is dus een discretionaire bevoegdheid. Uit de formulering lijkt wel naar voren te komen dat het Hof, wanneer het meened constateert, eerst de advocaat-generaal hoort voordat het een beslissing neemt over het al dan niet doen van aangifte.

De tweede opmerking betreft de nationale instantie aan wie de aangifte van het Hof moet zijn geadresseerd. Voor Nederland is dat de Minister van Justitie, hetgeen vanuit verdragsrechtelijk oogpunt voor de hand ligt. De regeringen zijn immers de volkenrechtelijke vertegenwoordigers van de lidstaten. Vanuit strafrechtelijk oogpunt is de keuze om aangifte te doen bij de Minister van Justitie echter minder vanzelfsprekend. De minister bezit immers geen vervolgingsbevoegdheid. De vraag is daarom wat de minister, als het geval zich voor zou doen, precies kan met een dergelijke aangifte. Een mogelijkheid zou zijn dat de minister op zijn beurt aangifte doet, en dus als een soort 'doorgeefluik' fungeert. Een andere mogelijkheid, waarvan niet valt uit te sluiten dat men die bij de opstelling van het additioneel reglement voor ogen heeft gehad, is dat de minister na het ontvangen van een aangifte een aanwijzing ex artikel 127 RO aan het OM geeft. Die laatste optie zou, gezien de onderlinge verhoudingen, niet voor de hand liggen. De keuze voor de minister als aanspreekpunt geeft blijk van een visie op de minister, alsof hij in de positie is om de vervolging bindend voor te schrijven. Hoewel het additioneel reglement voor de meeste lidstaten de Minister van Justitie aanwijst, zijn er ook enkele lidstaten waarvoor het OM de aangewezen instantie is.¹⁸⁷

4.8.5 Vervolging van schending van atoomgeheimen

De andere aanwijzingsbevoegdheid die in het licht van het opportuniteitsbeginsel vragen oproept is neergelegd in artikel 194 lid 1 Euratom-Verdrag.¹⁸⁸ Dit artikel bevat een geheimhoudingsverplichting voor allen die op welke manier dan ook toegang hebben tot feiten, inlichtingen, kennis, documenten

186 In de eerste versie van het additioneel reglement, gepubliceerd in *PbEG* 1962, 34, p. 1113-1114, wees art. 6 nog zonder uitzonderingen voor elke lidstaat de Minister van Justitie aan.

187 Namelijk bij Zweden, Estland, Letland en Litouwen.

188 Zie daarover ook Van Binsbergen 1961 en de preadviezen voor de NJV-vergadering van 1958: Belinfante 1958, p. 183-185, 196-197 en 223-228 en Van Bemmelen 1958, p. 308-309.

en voorwerpen die als geheim zijn geclassificeerd in het kader van het Euratom-verdrag. In de praktijk raakt deze geheimhoudingsplicht vooral ambtenaren van Euratom, hetgeen ook weer een regeling vereist voor het opheffen van de immuniteit van deze ambtenaren. Dit is hier echter niet relevant. Naast de geheimhoudingsverplichting richt dit artikel zich ook tot de lidstaten, en wel met een tweevoudige verplichting. De lidstaten zijn verplicht om elke schending van de geheimhoudingsplicht te beschouwen als een inbreuk op de beschermde geheimen van de lidstaat zelf, zowel wat betreft de feiten als wat betreft de rechtsmacht. Op de betekenis van die eerste bepaling zal ik niet verder ingaan, omdat slechts de tweede hier van belang is. Deze luidt: '[De lidstaat] vervolgt op verzoek van iedere betrokken lidstaat of van de Commissie, eenieder die zich aan een dergelijke schending heeft schuldig gemaakt en die onder zijn rechtsmacht valt.'

Twee elementen vallen hier op. Het eerste is dat een lidstaat pas betrokken wordt bij de schending van de geheimhoudingsplicht, na een verzoek van een andere betrokken lidstaat of van de Commissie. Dat betekent dat de uitoefening van deze aanwijzingsbevoegdheid volgt op een beslissing om die te gebruiken, terwijl niet blijkt dat de Commissie of een andere lidstaat daartoe verplicht zou zijn. Het verzoek tot vervolging is dus de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, net als het doen van aangifte van meened door het Hof van Justitie. Dat de Commissie daartoe bevoegd is, zou aangeduid kunnen worden als een aspect van een communautair handhavingssysteem, dat in dit geval parallel loopt aan de handhaving door de lidstaten.¹⁸⁹

Het tweede dat opvalt, is de ongeclausuleerde formulering van de vervolgingsplicht van de aangesproken lidstaat. Het artikel stelt slechts dat de lidstaat 'vervolgt', wat redelijkerwijs geen ruimte openlaat om het instellen van strafvervolging achterwege te laten. Daarmee wordt dezelfde formulering gebruikt als in artikel 30 van het Statuut van het Hof van Justitie. In beide gevallen is de terminologie zo expliciet dat een andere interpretatie niet overtuigend zou zijn.

4.8.6 Een inbreuk op het opportuniteitsbeginsel?

Hoe moeten deze twee bevoegdheden worden gewaardeerd in het licht van het opportuniteitsbeginsel? Daartoe kunnen drie kenmerken van de betreffende regelingen worden gezien: allereerst de aard van de aanwijzingsbevoegdheden op Unieniveau, ten tweede de ruimte die overblijft voor de mogelijkheid tot seponeren op nationaal niveau en ten derde de veranderde structuur van beslissingsbevoegdheden.

De bevoegdheid om aangifte te doen van meened en de bevoegdheid om een lidstaat te verzoeken een schending van de geheimhoudingsplicht te

189 Calewaert 1977, p. 11-12.

vervolgen vertonen duidelijke gemeenschappelijke kenmerken. Beide zijn discretionaire bevoegdheden. Bij de aangifte van meened blijkt dat duidelijk uit de bewoordingen dat het Hof aangifte 'kan' doen. Bij de vervolging van schending van de geheimhoudingsplicht is dat minder geëxpliciteerd, maar kan het bestaan van een soortgelijke discretionaire bevoegdheid wel worden aangenomen. Daarmee is het mogelijk om de uitoefening van deze bevoegdheden afhankelijk te maken van een afweging van belangen. Het lijkt niet ver gezocht om in deze context te stellen dat er opportuniteitsafwegingen een rol spelen bij de beslissingen van het Hof, respectievelijk een lidstaat of de Commissie.¹⁹⁰

Op nationaal niveau blijft er daarentegen geen ruimte meer over voor het maken van opportuniteitsafwegingen nadat er eenmaal een aangifte of een verzoek tot vervolging is ingediend. De tekst van artikel 30 van het statuut van het Hof en van artikel 194 Euratom laten geen mogelijkheid voor een beleidssepot door de aangesproken lidstaat. De formulering van de verplichtingen laat de mogelijkheid niet open dat de vervolgingsopdracht impliciet zou worden gerelativeerd door de beginselen van de nationale strafwetgeving, waaronder het opportuniteitsbeginsel. Om op die manier toch beleidsvrijheid te construeren, zou strijdig zijn met het doel van de verdragsbepalingen.¹⁹¹ In zoverre is het dus voor de officier van justitie onmogelijk om het opportuniteitsbeginsel toe te passen. Betekent dat dat we kunnen spreken van een inbreuk op het opportuniteitsbeginsel? Sommigen zijn er stellig van overtuigd dat dit het geval is.¹⁹² Het Nederlandse strafprocesrecht kent echter een bevoegdheid die vergelijkbaar is met de aangifte van meened door het Hof: als een getuige in een Nederlandse strafzaak verdacht wordt van meened kan de rechter het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek bevelen (artikel 295 lid 4 Sv). De officier van justitie kan daar niet om redenen van opportuniteit van afzien. De betekenis van deze aanwijzingsbevoegdheden voor het opportuniteitsbeginsel kan dan ook zo geïnterpreteerd worden, dat ze slechts aan het seponeren door de nationale autoriteiten in de weg staan.¹⁹³

Uit het voorgaande moet worden geconcludeerd dat er op Europees niveau in deze twee gevallen ruimte bestaat voor toepassing van het opportuniteitsbeginsel, terwijl die ruimte niet toekomt aan de daaropvolgend geadresseerde nationale autoriteiten. Daarmee zijn deze bevoegdheden op één lijn te plaatsen met soortgelijke bevoegdheden die op nationaal niveau bestaan om de beslissing omtrent vervolging te beïnvloeden.¹⁹⁴ De ministeriële aanwijzingsbevoegdheid van artikel 127 RO vertoont bijvoorbeeld gelijke trekken met die van artikel 194 Euratom: vanwege mogelijke politieke complicaties zijn organen

190 Simmelink 2004, p. 201.

191 Melai/Groenhuijsen, aant. 8.3 op art. 167.

192 Sevenster 1992, p. 32; Weigend 1993, p. 778-779; Corstens/Borgers 2011, p. 36.

193 Van Binsbergen 1961, p. 82; Röling 1963, p. 396.

194 Corstens 1974, p. 22.

met politieke verantwoordelijkheid in staat gesteld strafvorderlijke aanwijzingen te geven.¹⁹⁵

De onderzoekers van *Strafvordering 2001* erkennen wel dat er op Europees niveau opportuniteitsafwegingen gemaakt kunnen worden, maar stellen zich desondanks op het standpunt dat in deze aanwijzingsbevoegdheden facetten van het legaliteitsbeginsel zijn te herkennen.¹⁹⁶ Dat leidt tot de conclusie dat Nederland verplicht zou zijn deze specifieke categorieën strafbare feiten altijd te vervolgen.¹⁹⁷ Daarin klinkt een miskenning door van de aard van de aanwijzingsbevoegdheden, die mede veroorzaakt wordt doordat het legaliteitsbeginsel wordt verward met het stelsel van controlemechanismen rondom de vervolgingsbeslissing. Het opportuniteitsbeginsel vraagt juist om het bestaan van die controlemechanismen, en zolang er geen wettelijke categorische vervolgingsplichten bestaan, zou er niet van het legaliteitsbeginsel gesproken moeten worden. De vervolgingsplicht ontstaat pas na een aanwijzing in een concrete zaak, en niet uit de kwalificeerbaarheid van het delict. Desondanks is het sepot uitgesloten. Dat leidt tot de conclusie dat deze aanwijzingsbevoegdheden een uitzondering introduceren op het opportuniteitsbeginsel in die zin dat de wettelijke mogelijkheid tot seponeren, die is neergelegd in artikel 167 en 242 Sv, niet mag worden uitgeoefend. Het opportuniteitsbeginsel in zijn beginselkarakter blijft echter onaangetaast: de beslissing of strafrechtelijke middelen worden ingezet kan afhankelijk worden gemaakt van een afweging van het algemeen belang, zij het door andere autoriteiten dan gebruikelijk.¹⁹⁸ Het betreft hier dus geen inbreuk op het opportuniteitsbeginsel als beginsel, maar een aanpassing van het controlestelsel rondom de vervolgingsbeslissing.

4.9 DEELCONCLUSIE

Met dit hoofdstuk is getracht een antwoord te geven op de derde deelvraag van dit onderzoek, die luidt: 'wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in zijn procedurele en institutionele context binnen de geëuropeaniseerde democratische rechtsorde?' Daarbij heeft de nadruk gelegen op de discretionaire bevoegdheden in opsporing en vervolging, en de verhouding van die bevoegdheden met het opportuniteitsbeginsel. Daarnaast is er aandacht geweest voor controlemechanismen die rondom de uitoefening van die bevoegdheden bestaan. Beide aspecten vormen als onderdeel van het stelsel van strafprocesrecht een uitdrukking van de institutionalisering die normen kunnen verkrijgen, in dit geval normen van materieel strafrecht. De manier waarop die materiële normen worden geïnstitutionaliseerd is aan verandering onderhevig,

195 Van Binsbergen 1961, p. 82.

196 Simmelink 2004, p. 201-202, 218.

197 Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 144; Keulen 2005, p. 327-329.

198 In die zin ook Simmelink 2004, p. 201-202.

en de inhoud van die verandering is het belangrijkste gezichtspunt van dit hoofdstuk geweest. Daaruit kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

De aanvaarding van het opportuniteitsbeginsel in plaats van het legaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat de wet geen inhoudelijke gronden geeft die kunnen worden gebruikt bij beslissingen omtrent opsporing en vervolging van overtredingen van het materiële strafrecht. Slechts een open norm, het algemeen belang, waarvan de inhoud in het voorgaande hoofdstuk centraal stond, kan bij de hantering van strafvorderlijke bevoegdheden worden toegepast. In samenhang met het ontbreken van wettelijke voorwaarden voor het beslissen omtrent vervolging, bestaat er een formeel stelsel van controle rondom de strafrechtelijke handhaving. Wanneer voor een legaliteitsbeginsel wordt gekozen is er geen noodzaak voor een dergelijk uitgewerkt stelsel, omdat de wet kan worden geacht voldoende richting te geven. Controlemechanismen zijn dan minder nodig. Datzelfde geldt, in mindere mate, wanneer het opportuniteitsbeginsel negatief wordt geïnterpreteerd, en men zeer terughoudend is met het seponeren van strafzaken. In dat geval bezitten beslissingen van politie en OM een minder sterke beleidsdimensie, die een stelsel van waarborgen wenselijk zou maken.

Het stelsel van controle rondom het opportuniteitsbeginsel kent in wezen twee grondslagen. De eerste is dat rechtsbescherming tegen opportuniteitsbeslissingen mogelijk gemaakt wordt voor belanghebbenden, waarvan slachtoffers en verdachten de belangrijkste zijn. Maar ook overige belanghebbenden kunnen via de daartoe openstaande wegen ageren tegen beslissingen van politie en OM. In dergelijke gevallen staat de individuele bescherming tegen een concrete beslissing op de voorgrond. De tweede grondslag is dat door de institutionele inbedding van het opportuniteitsbeginsel de mogelijkheid ontstaat om het strafrechtelijk optreden te sturen, en aan te laten sluiten op beleidsdoelstellingen. Het strafrecht kan zo gebruikt worden als instrument voor de verwezenlijking van het overheidsbeleid. Daarbij gaat het in de eerste plaats om een sturing op hoofdlijnen.

Deze grondslagen onder het controlestelsel zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat het overheidshandelen in een democratische rechtsstaat aan een dubbele legitimatie moet voldoen: het strafvorderlijk optreden en het in dat verband toepassen van het opportuniteitsbeginsel is gebonden aan democratische en rechtsstatelijke eisen. Slechts wanneer de strafrechtelijke handhaving aan die eisen voldoet kan het aanspraak maken op legitimiteit. Daarmee staat echter allerminst vast hoe die eisen van democratie en rechtsstaat in de strafrechtelijke rechtshandhaving precies tot uitdrukking moeten komen. Het stelsel van waarborgen rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel geeft in ieder geval aan twee uitgangspunten van de democratische rechtsstaat duidelijk invulling. De rechtsstatelijke eis van rechtsbescherming tegen het handelen van de overheid komt naar voren in het bestaan van mogelijkheden om opportuniteitsbeslissingen die door de strafvorderlijke autoriteiten worden genomen voor de rechter ter discussie te stellen. Aan het vereiste dat de

handhaving van het strafrecht democratisch moet zijn gelegitimeerd wordt invulling gegeven doordat de taakuitoefening van het OM door de Minister van Justitie en het parlement kan worden gecontroleerd.

De beoordeling van dit waarborgstelsel wordt bemoeilijkt doordat de aard van het opportuniteitsbeginsel onzeker is. Een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel leidt tot een andere keuze van controlemechanismen dan een positieve interpretatie. Dit probleem speelt een rol in de institutionele context waarbinnen het opportuniteitsbeginsel wordt toegepast. Dat geldt te meer, nu er bepaald geen eenstemmigheid is over de mate waarin bevoegdheden kunnen worden afgeleid uit andere bevoegdheden. In dit hoofdstuk is de stelling betrokken dat daarmee terughoudend moet worden omgegaan, en dat het wenselijk is om een wettelijke grondslag te creëren voor nieuwe bevoegdheden. Dat standpunt heeft rechtstreeks betrekking op de wijze van institutionalisering die gekozen moet worden, wanneer de handhaving van materieelrechtelijke normen aan de strafvorderlijke overheid wordt opgedragen. Wetswijzigingen maken expliciet voor welke bevoegdheidsverdeling in de strafrechtelijke handhaving gekozen is, en verlenen daarmee legitimiteit aan de uitoefening ervan.

Opvallend is dat in het Nederlandse strafrecht de procedurele en institutionele organisatie van de strafrechtelijke handhaving dusdanig is ingericht dat daarin een gecentraliseerd, rationeel beleid kan worden gevoerd. De mate waarin dat beleid daadwerkelijk gecentraliseerd kan worden gevoerd, neemt echter af. Daaraan is de proliferatie van handhavingsorganisaties mede debet, maar ook de steeds groter wordende greep van het slachtoffer op het strafproces. Slachtoffers hebben in het Nederlandse proces nog niet de mogelijkheid om strafvervolgning te entameren, maar met hun belangen dient terdege rekening te worden gehouden. Die institutionele wijziging is onder meer het gevolg van ontwikkelingen op het niveau van de Europese Unie. Daarnaast is een kleine, voor de praktijk verwaarloosbare, verandering in de institutionele structuur opgetreden doordat er aanwijzingsbevoegdheden bestaan terzake van meened gepleegd voor het Hof van Justitie en schending van geheimen in het kader van het Euratomverdrag.

