



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Geelhoed, W.

Citation

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

Version: Corrected Publisher's Version

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

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

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

Cover Page



Universiteit Leiden



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

Author: Geelhoed, Willem

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

Issue Date: 2013-12-16

6 | Het opportuniteitsbeginsel in zijn materieelrechtelijke context

6.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk staat centraal op welke wijze het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht elkaar beïnvloeden, waarbij die invloed in Europees perspectief wordt geplaatst. Met de bespreking van deze beïnvloeding wordt getracht een antwoord te geven op de vijfde deelvraag van dit onderzoek, die luidt: ‘wat is de verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht in het licht van de verplichting tot implementatie van Europees recht?’ De verhouding tussen het materiële strafrecht en het opportuniteitsbeginsel zal daartoe vanuit twee perspectieven worden gezien: zowel de betekenis van het bestaan van het opportuniteitsbeginsel voor de omvang en de afbakening van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt onderzocht, als de betekenis van de inhoud van het Nederlandse materiële strafrecht voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Vanuit dat eerste perspectief komen enkele karakteristieken van het Nederlandse materiële strafrecht in beeld, die duidelijk maken dat het opportuniteitsbeginsel invloed uitoefent op het materiële recht, bijvoorbeeld doordat strafrechtelijke aansprakelijkheid niet erg scherp afgebakend hoeft te zijn wanneer men vertrouwt op een zorgvuldig toegepast vervolgingsbeleid. Vanuit het tweede perspectief blijkt de strafwet inhoudelijk van betekenis te zijn voor de beleidsregels van het OM als neerslag van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. In die beleidsregels zijn immers in wezen veel materieelrechtelijke keuzes opgenomen, verwerkt in de formeelrechtelijke juridische context van aanwijzingen en richtlijnen.

De betekenis van het materiële recht voor het opportuniteitsbeginsel is met name van belang wanneer, zoals in de inleiding gesteld, bepaalde materieelrechtelijke normen van een gebonden toepassing zijn. Wanneer een norm van absolute toepassing is, bepaalt de bewoording van de norm zijn toepassingsbereik, en wanneer een norm van discretionaire toepassing is, kunnen geheel buiten de inhoud van de norm gelegen overwegingen invulling geven aan de toepassing ervan. Maar wanneer een norm gebonden toepasselijk is, kan de toepassing van die norm afhankelijk worden gemaakt van de mate waaraan door die toepassing uitdrukking kan worden gegeven aan de waarden die aan die norm ten grondslag liggen. Dat betekent niet, dat in de norm besloten ligt met welke mate van beleidsvrijheid deze kan worden toegepast, want dat is afhankelijk van een buiten de materiële norm gelegen normering. Het gevolg

daarvan is echter wel, dat het voor de handhaving van materieelstrafrechtelijke normen van belang is wat de daarachter liggende waarden zijn, wanneer tenminste die normen moeten worden geacht gebonden toepasselijk te zijn.¹

Als de omvang van de strafvorderlijke beleidsvrijheid waarmee materieelrechtelijke normen mogen worden gehandhaafd, mede afhankelijk is van de Europeesrechtelijke randvoorwaarden aan handhaving, zou dat kunnen betekenen dat van sommige normen, die het gevolg zijn van harmonisatie van materieel strafrecht, moet worden gezegd dat deze gebonden toepasselijk zijn. Dat betekent, dat bij de toepassing van die normen in aanmerking moet worden genomen wat de achterliggende waarden van die normen zijn, waarbij de Europese context niet kan worden weggedacht. Dat geeft aan wat het belang is van het onderzoeken van de onderlinge betekenis van het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht.

Een aspect van die onderlinge betekenis waarmee rekening moet worden gehouden, is dat het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht zich niet statisch tot elkaar verhouden, maar in onderlinge wisselwerking staan. Ze hebben betekenis voor elkaar, en het resultaat van de wederzijdse beïnvloeding kan verschuiven. Oorspronkelijk materieelrechtelijke keuzes kunnen worden doorgeschoven naar het terrein van het vervolgingsbeleid, terwijl het introduceren van formeelrechtelijke voorzieningen een scherpe, dogmatische afbakening van het materiële recht overbodig maakt. Het opportuniteitsbeginsel faciliteert daarbij een rolverdeling tussen wetgever, rechter en Openbaar Ministerie in de rechtsvorming op het gebied van het materiële strafrecht, die mede door de flexibiliteit die strafvorderlijke beleidsvrijheid biedt, voortdurend in verbinding kan staan met de samenleving.² Deze wisselwerking tussen materieel strafrecht en het opportuniteitsbeginsel komt onder andere naar voren in de door het OM gehanteerde sepotgronden, en de richtlijnen en aanwijzingen die de te nemen strafvorderlijke beslissingen in hoge mate voorschrijven aan de hand van kenmerken van de geconstateerde gedragingen. De rechtspositie van de burger die met het strafrecht te maken heeft of daarmee te maken kan krijgen wordt daardoor tot op grote hoogte bepaald door strafprocessuele keuzes, namelijk de voorwaarden waaronder opsporing en vervolging worden ingezet, en niet door materieelrechtelijke voorzieningen. Deze wisselwerking heeft voornamelijk belang voor leerstukken die op de traditionele grens van materieel en formeel strafrecht liggen. Deze komen namelijk het meest direct in aanmerking voor een regeling in het procesrecht waar het een materieelrechtelijk punt betreft, en vice versa. Ook heeft het opportuniteitsbeginsel betekenis aan de randen van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

1 Vgl. MacCormick 2007b, p. 26-28, en paragraaf 1.5.4.

2 MacCormick 2005, p. 47.

De houdbaarheid van deze gang van zaken, een wederzijdse beïnvloeding van materieel strafrecht en opportuniteitsbeginsel, is echter niet verzekerd. Daarvoor zijn twee oorzaken. De eerste oorzaak is gelegen in de combinatie van een steeds verder uitdijende strafwetgeving met een steeds stringenter vervolgingsbeleid, waarbij de grenzen van de aansprakelijkheid doelbewust worden opgezocht. Daardoor raakt het beeld van een ruim bemeten materieel strafrecht, gecombineerd met een rationeel en terughoudend vervolgingsbeleid, achterhaald. Dat kan als zorgwekkend worden gezien, omdat het opportuniteitsbeginsel een terughoudend vervolgingsbeleid mogelijk maakte, waardoor weinig fundamenteel belang bestond bij scherpe grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Wanneer die terughoudendheid wordt verlaten, maar niet tegelijkertijd wordt geïnvesteerd in een scherpere afbakening van het materiële strafrecht, ontstaat het risico dat de wederzijdse beïnvloeding een eenzijdige wordt. Een afwijking van het vertrouwde beeld kan echter ook worden veroorzaakt doordat het OM een verduidelijking wil van de reikwijdte van het materiële strafrecht, op grond waarvan het de grenzen van het haalbare opzoekt. Daardoor wordt jurisprudentiële ontwikkeling van materieelrechtelijke vraagstukken uitgelokt en kan worden bijgedragen aan de rechtszekerheid, hoewel het gevaar bestaat dat in concrete gevallen de belangen van de verdachte daarvoor moeten wijken. Het is echter de vraag of deze manier van werken wenselijk is: is het een goede zaak wanneer de bepaling van de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid steeds meer wordt overgelaten aan de met strafrechtelijke handhaving belaste instanties? Een achteruitgang in rechtszekerheid kan wellicht ook worden voorkomen door de betekenis van het materiële strafrecht in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel te betrekken. Of dat werkbaar is, zal moeten worden onderzocht.

De tweede oorzaak waardoor deze wisselwerking van karakter kan veranderen, is de Europese harmonisatie van materieel strafrecht. Daarbij spelen ook beide perspectieven een rol: enerzijds is het de vraag of geharmoniseerde strafbepalingen betekenis dienen te hebben voor de invulling van opportuniteitsvragen.³ Anderzijds blijkt het bestaan van het opportuniteitsbeginsel voor de Nederlandse regering een reden te zijn om op Europees niveau aan te dringen op wetgeving die daarmee verenigbaar is. De mate waarin op strafrechtelijke harmonisatie door een individuele lidstaat invloed uitgeoefend kan worden, is echter sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon sterk verminderd, als gevolg waarvan bij nieuwe regelgeving niet steeds kan worden aangestuurd op compatibiliteit met het opportuniteitsbeginsel. In dit hoofdstuk is er eerst aandacht voor de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht zoals die kan worden gesignaleerd in het Nederlandse recht. Daarna wordt de blik gericht op een specifiek voorbeeld van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel bij strafrechtelijke aansprakelijkheid die op Europees niveau is geharmoniseerd: het coffeeshopbeleid. Ten

3 De Hullu 2000, p. 333-336.

aanzien van de strafbaarheid van gedragingen met betrekking tot cannabis is door de Europese Unie harmoniserend opgetreden, waardoor de vraag gesteld kan worden in hoeverre er beleidsvrijheid bestaat bij overtredingen van de strafwetgeving die als omzetting van Europees recht te gelden heeft. De te bespreken wisselwerking speelt zich ook af op het terrein van algemene leerstukken, maar omdat ten aanzien daarvan geen harmonisatiebevoegdheid is voorzien voor de Europese regelgever, blijft die buiten beschouwing, hoewel daarover ongetwijfeld meer te zeggen is.

Dit hoofdstuk is als volgt opgebouwd. Als eerste is er in paragraaf 6.2 aandacht voor verschillende aspecten van vervolgbaarheid, die het duidelijkst op de grens van materieel en formeel strafrecht zijn te plaatsen. Hieruit komt een eerste beeld naar voren van de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht. Vervolgens wordt in paragraaf 6.3 wat uitgebreider stilgestaan bij de manier waarop het opportuniteitsbeginsel betekenis heeft voor de vestiging en vaststelling van rechtsmacht. Dat betreft een onderwerp dat ook op de grens van het materiële en formele strafrecht ligt, maar in dit verband toch als materieelrechtelijk wordt aangemerkt, en dat op een bijzondere manier samenhang vertoont met het opportuniteitsbeginsel. Daarna wordt in paragraaf 6.4 de blik gericht op de omvang van strafrechtelijke aansprakelijkheid en de betekenis daarvoor van het opportuniteitsbeginsel, zowel in verband met de afbakening van enkele algemene leerstukken, als met de reikwijdte van delictomschrijvingen. Als voortzetting daarvan wordt in paragraaf 6.5 aandacht besteed aan het thema van strafbaarstelling en decriminalisering, waardoor op het niveau van strafrechtelijke aansprakelijkheid soortgelijke overwegingen hun uitwerking krijgen als op het niveau van de handhaving door toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Vervolgens komt in paragraaf 6.6 de strafbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen aan bod. Dit is relevant, omdat het bestaan van de ministeriële aanwijzingsbevoegdheid als controle op de toepassing van het opportuniteitsbeginsel wordt aangedragen als argument tegen mogelijke strafbaarheid van overheidsorganen. Daarna volgen in paragraaf 6.7 de strafuitsluitingsgronden als materieelrechtelijke uitzonderingen op strafrechtelijke aansprakelijkheid, die soms in het verlengde liggen van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Dit verband wordt met name duidelijk in paragraaf 6.8, waarin discussies worden behandeld over subsocialiteit als element van strafrechtelijke aansprakelijkheid, waardoor in feite het opportuniteitsbeginsel materieelrechtelijk wordt verwerkt. Paragraaf 6.9 staat vervolgens stil bij de betekenis van het opportuniteitsbeginsel voor de wijze waarop materieelrechtelijke normen worden geïnterpreteerd.

In de laatste paragraaf wordt de blik gericht op de betekenis van materieelrechtelijke harmonisatie voor de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht. Deze harmonisatie heeft gevolgen voor de Nederlandse strafwet, en brengt handhavingsaanspraken met zich mee. Daarbij is de vraag hoe de harmonisatie van materieel strafrecht moet worden begre-

pen: volgens sommigen brengt de rechtsgrondslag voor harmonisatie met zich mee dat geen onbeperkte discretionaire bevoegdheid mag gelden bij de handhaving van het recht dat op die grondslag wordt geharmoniseerd.⁴ Dat standpunt lijkt mij echter te weinig nauwkeurig, beter is het om het geharmoniseerde recht te beschouwen tegen de achtergrond van het Europeesrechtelijke effectiviteitsvereiste, dat zowel voortvloeit uit de algemene Unietrouw als uit specifiek in verschillende rechtsinstrumenten opgenomen verplichtingen tot het introduceren van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties.⁵ Deze eisen, waarvan de inhoud aan de orde is geweest in paragraaf 3.4, brengen met zich mee dat aan implementatieverplichtingen niet louter door omzetting kan worden voldaan, maar dat tevens eisen worden gesteld aan de handhaving van het geharmoniseerde recht,⁶ hoewel het moeilijk te zeggen is of dat voor het feitelijke vervolgingsbeleid veel verschil maakt.⁷ De verwachting is dat die Europese dimensie gevolgen heeft voor beide perspectieven die in dit hoofdstuk worden ingenomen: voor de betekenis van het materiële strafrecht voor de rol van het opportuniteitsbeginsel in de handhaving,⁸ en voor de betekenis die het opportuniteitsbeginsel heeft voor de totstandkoming en inhoud van het materiële strafrecht.

Dit Europese perspectief wordt in paragraaf 6.10 toegelicht aan de hand van het voorbeeld van het Nederlandse coffeeshopbeleid, dat een duidelijk gevolg is van een ruime interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. In het coffeeshopbeleid wordt een beperkte categorie gedragingen door OM-aanwijzingen uitgezonderd van strafrechtelijk ingrijpen, tenzij bepaalde gedoogvoorwaarden worden overtreden. Nu de EU op dit terrein harmoniserend is opgetreden, doet de vraag zich voor in hoeverre er in die context nog ruimte bestaat voor toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Die Europese context kan op twee manieren van invloed zijn: ten eerste kan met het opportuniteitsbeginsel rekening worden gehouden in trajecten van harmonisatie en omzetting, die hun uitwerking hebben op het materiële recht. Ten tweede bevat het Europese materiële recht een handhavingsaanspraak, en dat recht heeft daardoor een bepaalde betekenis voor het opportuniteitsbeginsel. In dat verband is het Europese recht met betrekking tot het vrij verkeer van goederen van bijzonder belang.

Ten slotte worden in paragraaf 6.11 conclusies getrokken, waarmee wordt getracht een antwoord te geven op de deelvraag die in dit hoofdstuk centraal staat.

4 Tak 2002b, p. 358, 362, 366.

5 Vervaele 2006, p. 643, 667; Klip 2009, p. 188, 196.

6 De Wijkerslooth 2006, p. 47-48; De Doelder 2005, p. 117-118.

7 Klip 2006a, p. 144.

8 Verheijen & Stevens 2003, p. 588-590.

6.2 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL EN ENKELE ASPECTEN VAN VERVOLGBAARHEID

6.2.1 Opportuniteit en leeftijdsgrenzen

Vervolgning van jeugdigen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet hebben bereikt is uitgesloten (artikel 486 Sv); zulke zaken worden door het OM, zo ze al worden aangebracht, afgedaan met een technisch sepot met sepotcode 03: 'niet ontvankelijk'. Wanneer een jeugdige verdachte zich hier niet meer op kan beroepen, kan het OM desondanks met een beroep op het opportuniteitsbeginsel van verder strafrechtelijk ingrijpen afzien: 'hoewel strafvervolgning op grond van de leeftijd wel mogelijk is, wordt in verband met de jeugdige of gevorderde leeftijd vervolging niet doelmatig of te zwaar geacht', luidt de toelichting op sepotcode 50. Materieel recht en opportuniteit liggen hier in elkaars verlengde, waardoor een gedifferentieerde aanpak mogelijk wordt, en tegelijkertijd een ondergrens wordt gehandhaafd.

Wanneer, om bij dit voorbeeld te blijven, de ondergrens van twaalf jaar zou worden verlaagd, zou kunnen worden vertrouwd op een zorgvuldig vervolgingsbeleid van het OM, dat ingrijpen reserveert voor die gevallen waarin zeer jeugdigen worden verdacht van de ernstigste feiten.⁹ Het bestaan van het opportuniteitsbeginsel kan het verzoek om verruiming van de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid rechtvaardigen, waarbij dan vertrouwd wordt op zorgvuldige toepassing. Toen de *Code Pénal* nog geldend recht was in Nederland, en er voor jeugdigen beneden de zestien jaren wel een verminderd strafmaximum gold, maar strafrechtelijke aansprakelijkheid niet was uitgesloten, werd het opportuniteitsbeginsel gebruikt om al te jeugdige personen niet te belasten met strafvervolgning. Daarover stuurde zelfs de Minister van Justitie een circulaire aan het OM, waarin de procureurs-generaal werd verzocht hun officieren van justitie uit te nodigen geen strafvervolgning in te stellen tegen jeugdigen die nog niet het oordeel des onderscheids hadden bereikt, tenzij het openbaar belang daartoe zou gebieden.¹⁰

De interpretatie van het opportuniteitsbeginsel is echter van groot belang voor de uitkomst van die toepassing, hetgeen kan worden geïllustreerd aan de hand van het tegenovergestelde van de categorie van de jeugdigen. Voor ouderen bestaat namelijk geen specifieke regeling van vervolgbaarheid. Slechts het overlijden van de verdachte staat volgens artikel 69 Sr in de weg aan verdere strafrechtelijke behandeling. Het OM kan, met gebruikmaking van dezelfde sepotcode 50, echter wel in zaken van oudere verdachten om opportuniteitsredenen seponeren. Wanneer het opportuniteitsbeginsel negatief wordt geïnterpreteerd, luidt de relevante vraag: 'Waarom zouden ouderen niet

9 Een mogelijkheid gesignaleerd, maar overigens afgewezen door De Bruijn-Lückers & De Pauw Gerlings-Dohm 1999.

10 Zie daarover Faber 2009, p. 13-18.

vervolgd hoeven te worden?¹¹ Een positieve interpretatie vraagt om een zelfstandige beoordeling waarin de leeftijd van de verdachte moet worden betrokken. Die interpretatie past waarschijnlijk beter bij die gevallen waarin de wet vervolging niet uitsluit, maar waarbij toepassing van het opportuniteitsbeginsel in het verlengde ligt van de wettelijke regeling.

In dit voorbeeld: de wettelijke uitsluiting van vervolging van 'twaalfminners' roept de vraag op welke omstandigheden de vervolging van een twaalf- of dertienjarige rechtvaardigen, terwijl het niet bestaan van een wettelijke leeftijdsgrens voor de vervolging van ouderen de beslissing daaromtrent openlaat. De uitsluiting van de vervolging van reeds overleden verdachten is in dat verband toch van een andere orde dan de uitsluiting van jeugdigen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet hebben bereikt.

6.2.2 Opportuniteit en verjaring

Een ander aspect van vervolgbaarheid in het verlengde waarvan het opportuniteitsbeginsel wordt toegepast, is de verjaring van strafbare feiten. De artikelen 70-73 van het Wetboek van Strafrecht geven daarvoor een algemene regeling, terwijl het OM in niet verjaarde zaken wegens schending van de redelijke termijn eveneens niet ontvankelijk kan worden verklaard. Onder omstandigheden kan er in zaken die niet verjaard zijn en waarin geen schending van de redelijke termijn te verwachten is, toch een sepot op zijn plaats zijn, getuige het bestaan van de sepotgrond 'oud feit'. Deze wordt als volgt toegelicht: 'het belang van strafrechtelijk ingrijpen is te gering geworden in verband met de lange tijd die is verstreken na het plegen van het feit, hoewel dit nog niet verjaard is, of de 'redelijke termijn' van artikel 6 EVRM is verstreken; vervolging kan daarom onbillijk of ondoelmatig worden geacht.'

Ook kan het OM in bepaalde zaken zo lang geen actie ondernemen, dat de verjaring intreedt zonder dat ooit een beslissing tot niet-vervolging is genomen.¹² Wat recentelijk in dit verband naar voren wordt gebracht, is dat verruiming van de wettelijke verjaringstermijnen kunnen worden gecompenseerd in het vervolgingsbeleid. Er kan worden gezegd dat het opportuniteitsbeginsel dan de plaats inneemt van de verjaring.¹³ De bedoeling van de wetgever zal echter niet zijn dat alle niet-verjaarde zaken die onder de oude regeling wel verjaard zouden zijn, zonder meer worden geseponeerd. Een gedifferentieerd beleid is waarschijnlijk de meest wenselijke optie. Dit geldt te meer omdat verandering van wetgeving op het vlak van verjaring met onmiddellijke ingang effect heeft, met dien verstande dat verstreken verjarings-

11 Hoekstra 2008.

12 Zoals Dohmen 2011 beschrijft dat gebeurd zou zijn met gevallen van misbruik door katholieke priesters en geestelijken.

13 Jessurun d'Oliveira 2002.

termijnen wel worden geëerbiedigd.¹⁴ Wanneer bovendien verjaringstermijnen van de ernstigste misdrijven in het geheel worden afgeschaft, komt er des te meer nadruk te liggen op een zorgvuldige toepassing van het opportuniteitsbeginsel.¹⁵ De wetgever heeft in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ter aanpassing van de regeling van de vervolgingsverjaring aangegeven dat hij er alle vertrouwen in heeft dat het OM 'op prudente wijze invulling zal geven aan de ruime bevoegdheid tot uitoefening van het recht tot strafvordering die met de voorgestelde regeling wordt gegeven'.¹⁶ Die prudente invulling zou daarin kunnen bestaan dat de achterliggende gedachte van de verjaringsregeling wordt toegepast in de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing. Iets dergelijks wordt ook weerspiegeld in de toelichting op de sepotgrond 'oud feit'.

6.2.3 Opportuniteit en klachtdelicten

Een vergelijkbare verschuiving van een kwestie van het terrein van de vervolgbaarheid naar de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, is te herkennen in de sfeer van de klachtdelicten. Deze verschuiving zal worden toegelicht na enkele opmerkingen over de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in dit verband. Traditioneel worden de klachtdelicten gezien als een uitdrukking van de gedachte dat bepaalde, zelfs puur individuele, belangen bij niet-vervolgging, zwaarder kunnen wegen dan het belang dat gehecht wordt aan vervolging en toepassing van het materiële strafrecht.¹⁷ Een duidelijk voorbeeld hiervan vormen de beledigingsdelicten, waarvan een publieke behandeling het slachtoffer gemakkelijk meer kwaad dan goed kan doen.¹⁸ Een overweging om klachtdelicten als een strafprocesrechtelijk onderwerp te beschouwen in plaats van als een materieelrechtelijk, kan zijn gelegen in de verbondenheid ervan met het opportuniteitsbeginsel.¹⁹ Die verbondenheid blijkt bijvoorbeeld daarin, dat het indienen van een beklag tegen niet-vervolgging van een klachtdelict, zonder dat eerst een klacht is ingediend, zelf geldt als een klacht.²⁰ Er kan echter ook worden beweerd dat de verbondenheid van opportuniteitsbeginsel en klachtdelicten juist iets zegt over de materieelrechtelijke dimensie van het wellicht oorspronkelijk als typisch formeelrechtelijk te beschouwen opportuniteitsbeginsel. Mede daarom is het goed mogelijk om klachtdelicten als onderdeel van de vervolgbaarheid, en dus van het materiële strafrecht te

14 HR 16 feburari 2010, *NJ* 2010, 232 m.nt. M.J. Borgers.

15 Arendse 2013, p. 232, 234.

16 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 890, nr. 3, p. 9.

17 Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 585-589; reeds bij Simons/Pompe 1937-1941, deel 1, p. 345; Van Bemmelen 1957, p. 125; zie ook Wiersinga 2000, p. 170-171 over schaking.

18 Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 18-19.

19 Nijboer & Wemes 1990, p. 91.

20 HR 5 januari 2010, *NJ* 2010, 46.

zien, met als voornaamste reden dat het klachtvereiste aansluit bij heteronome, dus niet op de eigenlijke normschending betrokken, omstandigheden rondom een strafbaar feit. In zoverre ligt het in het verlengde van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

Het is een punt van discussie of het bestaan van een klacht tot vervolging dwingt. Sommigen stellen dat het opportuniteitsbeginsel onverkort geldt wanneer een klacht is ingediend.²¹ Volgens Van Veen, überhaupt geen pleitbezorger van een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel,²² dient hier echter voorzichtigheid te worden betracht. De wetgever heeft aan de klachtgerechtigde een bijzonder belang bij de vervolging toegekend, waardoor minder speelruimte dient te bestaan voor het OM. Het OM zou zich volgens Van Veen misschien zelfs moeten beperken tot een haalbaarheidstoets, en in ieder geval niet moeten seponeren zonder dat de klager daar vooraf in gekend is.²³ Tegenwoordig zou het inderdaad als onzorgvuldig worden beschouwd als het OM in zo'n geval geen bericht zou sturen.²⁴ De omgekeerde situatie kan zich ook voordoen, namelijk dat de indiener van de klacht deze weer in wens te trekken, maar dat de wettelijke termijn waarbinnen intrekking mogelijk is, acht dagen, is verstreken. Het opportuniteitsbeginsel biedt in dat geval de mogelijkheid om bij de beslissing omtrent vervolging rekening te houden met de veranderde wens van de klager.²⁵

Andere problemen kunnen zich voordoen wanneer er meerdere betrokkenen zijn bij een delict die belang hebben bij geheimhouding, maar slechts één van hen klachtgerechtigd is.²⁶ Het opportuniteitsbeginsel maakt flexibiliteit mogelijk in gevallen waarin de wettelijke regelingen onvoldoende oplossing bieden. Wiersinga bijvoorbeeld stelt zich als ideaal voor, dat in sommige situaties een geduldige autoriteit, bestand tegen manipulatie, alle partijen, waaronder de klachtgerechtigde en zijn eventuele wettelijke vertegenwoordigers, met enige regelmaat zou horen.²⁷ Soortgelijke oplossingen zouden moeten worden gevonden in gevallen waarin verschil van mening bestaat tussen minderjarigen en hun wettelijke vertegenwoordigers omtrent het al dan niet indienen van een klacht.²⁸ Om een flexibel optreden van het OM mogelijk te maken geldt dat, wanneer een klacht is ingediend, een eventuele kwalificatie onder een specifieke delictsomschrijving die in die klacht is opge-

21 Van Bemmelen 1957, p. 128; Von Brucken Fock 1987, p. 83; Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 589; Jörg, Kelk & Klip 2012, p. 227; Langemeijer 2010, p. 32; Wiersinga 2000, p. 173; Melai/Groenhuijsen, aant. 8.5 op art. 167.

22 Zie de eerste door hem bewerkte druk van *Ons Strafrecht*: Van Bemmelen/Van Veen 1981, p. 86-90.

23 Van Veen 1975, p. 331.

24 Langemeijer 2010, p. 48.

25 Meijer, Seuters & Ter Haar 2010, p. 264.

26 Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 3 op art. 318.

27 Wiersinga 2000, p. 183.

28 Zie daarover Von Brucken Fock 1987.

nomen het OM niet verhindert om een vervolging in te stellen voor een klachtdelict waaraan niet expliciet in de klacht wordt gerefereerd, maar dat wel begrepen kan worden in het in de klacht omschreven materiële gebeuren. Die ruimte voor toepassing van het opportunititeitsbeginsel in de keuze van een tenlastelegging wordt door de Hoge Raad niet uitgesloten.²⁹

Een verschuiving die vergelijkbaar is met de hiervoor gesignaleerde ontwikkelingen op het gebied van leeftijdsgrenzen en verjaringstermijnen, doet zich bij de klachtdelicten voor in het schrappen van het klachtvereiste, waarbij tegelijkertijd een verplichting is ingevoerd om een persoon te horen, die voorheen klachtgerechtigd zou zijn geweest, om kennis te nemen van zijn mening over het gepleegde feit. Ten aanzien van enkele zedendelicten is deze hoorplicht opgenomen in artikel 167a Sv, terwijl het klachtvereiste werd geschrapt, omdat dit naar de opvatting van de wetgever niet bevredigend functioneerde.³⁰ Daarbij wordt in de Memorie van Toelichting tevens overwogen dat het OM in een aanwijzing regels opneemt over de wijze waarop wettelijke vertegenwoordigers worden betrokken bij de beslissing omtrent vervolging, en over de wijze waarop degene die zijn mening omtrent vervolging heeft kenbaar gemaakt, op de hoogte wordt gesteld van de genomen beslissing.³¹ De wetgever heeft zodoende getracht om enerzijds de vrijheid van twaalf- tot zestienjarigen om, onafhankelijk van de wens van de ouders, seksuele betrekkingen aan te gaan, niet te zeer in te perken, maar toch de beoordeling van de noodzaak tot bescherming niet geheel aan henzelf over te laten.³² Daaruit blijkt dat naar het inzicht van de wetgever ontucht met kinderen tussen de twaalf en zestien jaar dusdanig strafwaardig is dat de vervolgingsbeslissing primair door het OM hoort te worden genomen, en dat het minderjarige slachtoffer niet in staat moet worden gesteld om vervolging te verhinderen.³³ Wanneer het OM besluit niet te vervolgen, zal in deze context een sepot onder de code 72 ('vervolging in strijd met belang van benadeelde') het meest voor de hand liggen.

Schending van de hoorplicht levert alleen de conclusie op dat het OM in redelijkheid niet tot de vervolging van de verdachte had kunnen overgaan, wanneer aan de belangen van het kind ernstig is tekortgedaan. Wanneer bovendien achteraf blijkt dat het slachtoffer geen bezwaar heeft tegen vervolging bestaat geen grond voor niet-ontvankelijkheid.³⁴ Volgens de Hoge Raad komt het erop aan of de minderjarige door niet te zijn gehoord zo ernstig in zijn belang is geschaad dat dat, afgewogen tegen andere met de vervolging gemoeide belangen, dient te leiden tot het oordeel dat vervolging achterwege

29 HR 22 april 1986, *NJ* 1986, 827 m.nt. 'tH.

30 Wet van 13 juli 2002, *Stb.* 2002, 388; *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 6.

31 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 745, nr. 3, p. 6-7.

32 Langemeijer 2010, p. 33.

33 Aldus A-G Vellinga in zijn conclusie voor HR 7 maart 2006, *LJN* AV0312.

34 HR 18 november 2008, *NJ* 2008, 613.

had moeten blijven. Die belangenafweging moet de rechter ook maken, wanneer het slachtoffer te kennen heeft gegeven dat er niet vervolgd zou moeten worden, en zich beroept op de niet-ontvankelijkheid van het OM wanneer toch wordt vervolgd.³⁵ Een voeging als benadeelde partij en het opstellen van een schriftelijke slachtofferverklaring zijn manieren waarop achteraf kan blijken dat het slachtoffer wel wilde dat vervolging werd ingesteld.³⁶ Van de verdediging wordt in deze een actieve opstelling verwacht, omdat in cassatie niet met vrucht kan worden geklaagd over de niet-naleving van artikel 167a Sv, en de rechter niet gehouden is om ambtshalve onderzoek te doen naar de naleving ervan.³⁷

Door deze weinig strenge procedurele inbedding van de hoorplicht zijn de gevolgen van de afschaffing van het klachtvereiste tamelijk groot: het slachtoffer heeft beduidend minder macht over de beslissing omtrent vervolging. De betekenis van het opportuniteitsbeginsel is daarmee verruimd ten koste van het materiële recht. Deze verschuiving is niet naar ieders tevredenheid. Zo roept Reijntjes op tot een terugkeer naar het uitgangspunt dat het ontoelaatbaar is om zonder klacht een vervolging te beginnen of zelfs een opsporingsonderzoek in te stellen naar zaken die de wetgever strikt binnen de privésfeer heeft willen houden, althans wanneer geen klacht is ingediend.³⁸ Deze terugkeer kan echter voorlopig slechts worden bereikt door te vertrouwen op een verstandig optreden van het OM.³⁹

Zulke verschuivingen doen zich vaker voor op het terrein van de klacht-delicten. Zo gaf artikel 67a Sr het OM de mogelijkheid om, bij het ontbreken van een klacht, toch een belediging te vervolgen op gronden aan het algemeen belang ontleend, onder de aanvullende voorwaarde dat de beledigde daartegen geen bezwaar had. Deze mogelijkheid is inmiddels vervallen, waardoor het klachtvereiste ten aanzien van belediging duidelijk versterkt is.⁴⁰ Met deze wijziging is het belang van het opportuniteitsbeginsel dus juist verzwakt ten opzichte van het materiële recht. Verder is het klachtvereiste ten aanzien van meened voor een internationaal gerecht⁴¹ vervallen, omdat de minister van Justitie de kans verwaarloosbaar klein acht dat het OM een bepaalde gedraging als meened voor een internationaal gerecht zou willen vervolgen, terwijl het gerecht daar zelf geen aanleiding toe zou zien.⁴² Dit specifieke klachtvereiste is ook wel als 'oneigenlijk' aangemerkt, omdat het bedoeld is ter voorkoming van rechtspraakconflicten tussen nationale en internationale gerechten, en

35 HR 16 november 2010, *LJN* BM4308.

36 Rb Alkmaar 15 maart 2006, *NJFs* 2006, 126.

37 HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 435 m.nt. Sch.

38 In zijn noot onder HR 8 mei 2007, *NJ* 2007, 527.

39 Buruma 2004, p. 77.

40 Daarover Hazewinkel-Suringa/Remmelink 1996, p. 587.

41 Zie daarover paragraaf 4.8.

42 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 099, nr. 3, p. 3-4.

daarmee een uitzonderingspositie innaam binnen de klachtdelicten.⁴³ Een sterke positie van het opportuniteitsbeginsel blijkt ook daaruit, dat niet alleen bij klachtdelicten, maar tevens bij andere strafbare feiten er zonder aangifte meestal weinig opsporingsinspanningen worden verricht. In dat opzicht is de opportuniteitsbeslissing van groter belang voor de gelding van het materiële recht dan het klachtvereiste.⁴⁴

6.3 OPPORTUNITEIT EN RECHTSMACHT

6.3.1 Verwevenheid van rechtsmacht en vervolgingsbeleid

Het opportuniteitsbeginsel houdt duidelijk verband met de regeling van rechtsmacht, die het midden houdt tussen vervolgbaarheid en materieel recht. Er is dan ook met enige aarzeling voor gekozen om de rechtsmacht, het toepassingsbereik van de Nederlandse strafwet, op te nemen in het Wetboek van Strafrecht.⁴⁵ Het extraterritoriale toepassingsbereik van de Nederlandse strafwet was nog in het Wetboek van Strafvordering van 1838 geregeld. Desondanks heeft het onderwerp zich inmiddels een plaats veroverd in het materiële strafrecht, terwijl tegelijkertijd het ontbreken van rechtsmacht procedureel tot een niet-ontvankelijkheid van het OM leidt.⁴⁶ Daaruit komt naar voren dat de regeling van rechtsmacht, net als andere onderdelen van de vervolgbaarheid, zowel materieelrechtelijke als formeelrechtelijke kenmerken bezit.

De regeling van de Nederlandse rechtsmacht is, vooral waar het territorialiteitsbeginsel wordt gebruikt,⁴⁷ nauwelijks los te zien van locus delicti-theorieën. De plaatselijke gelding van de Nederlandse strafwet wordt sterk uitgebreid wanneer gebruik wordt gemaakt van de door de Hoge Raad aanvaarde ubiquiteitsleer, die van de plaats van het delict een ruim begrip met een groot bereik maakt.⁴⁸ Hoe groot dit bereik is, wordt duidelijk in de omgang met internetcriminaliteit. Het territorialiteitsbeginsel maakt het voor Nederland mogelijk strafrechtelijk in te grijpen bij online gepleegde strafbare feiten, waar ook ter wereld, wanneer deze in Nederland gevolgen hebben. Daarom is het zinvol om te streven naar manieren om een grote toename van positieve rechtsmachtconflicten te voorkomen. Hierbij kan ook de verhouding tussen rechtsmacht en het opportuniteitsbeginsel naar voren komen. Zo heeft Van der Net ervoor gepleit dat staten terughoudend moeten zijn met rechtsmacht-

43 Van den Broek 1990.

44 De Hullu 2012, p. 77-78.

45 Rüter & Swart 1986, p. 244.

46 De Hullu 2012, p. 136.

47 Maar ook wanneer het vlagbeginsel wordt gebruikt of wanneer op grond van art. 5 lid 1 sub 2 Sr moet worden vastgesteld in welk land het feit is begaan.

48 De Hullu 2012, p. 195.

claims ten aanzien van delicten gepleegd op internet, voor zover die evident onredelijke gevolgen hebben voor de belangen van andere staten. Deze terughoudendheid zou moeten worden vormgegeven door een in richtlijnen van het OM te verwezenlijken 'redelijk en aan zowel ambtelijk-hiërarchische als publieke controle onderhevig vervolgingsbeleid'.⁴⁹ Dit standpunt lijkt niet erg consequent: dient de beperking van strafrechtelijke handhaving nu te worden gezocht in een restrictieve rechtsmachtregeling, of in een terughoudend vervolgingsbeleid? Daartussen wordt door Van der Net geen expliciete keuze gemaakt, wat misschien ook wel weer de verwevenheid van het opportuniteitsbeginsel met materieelrechtelijke vraagstukken illustreert.⁵⁰

Die verwevenheid van rechtsmacht en opportuniteit wordt in brede kring signaleerd. De uitbreiding van de reikwijdte van de strafwet zorgt ook dat inhoudelijke keuzes omtrent de inzet van strafrechtelijke middelen op een ander niveau worden gemaakt. Die inhoudelijke keuzes worden, in deze context, steeds minder gemaakt bij de vestiging van rechtsmacht en steeds meer ten tijde van de uitoefening van rechtsmacht in concrete gevallen, en in het daaromheen gevoerde vervolgingsbeleid.⁵¹ Rechtsmacht is daarmee geworden tot een kans dat de staat strafrechtelijk zal handhaven. Volgens Rüter en Swart is het bestaan van rechtsmacht geen garantie meer, maar een volmacht om in te grijpen.⁵² Of het bestaan van rechtsmacht ooit een garantie voor strafrechtelijk ingrijpen is geweest valt te betwijfelen, maar dat dat vandaag de dag niet zo is staat nauwelijks ter discussie. De betekenis daarvan komt met name naar voren bij delicten waar de ernst van het feit gering is, of de band met Nederland niet erg sterk. Wanneer een strafzaak, ondanks het bestaan van rechtsmacht, door het OM om dergelijke redenen wordt geseponeerd, worden enkele sepotgronden gebruikt om deze keuze vast te leggen en te verantwoorden. Het meest opvallend zijn twee gronden uit de Aanwijzing gebruik sepotgronden. De ene heeft code 30, onder de aanduiding 'landsbelang'. Deze wordt verder toegelicht door te refereren aan omstandigheden van 'staatsveiligheid, ontzien van buitenlandse betrekkingen, voorkomen van ongewenste maatschappelijke onrust'. De andere heeft code 32, onder de aanduiding 'onvoldoende nationaal belang', waarbij doorslaggevende redenen voor een sepot kunnen zijn dat 'voorkeur wordt gegeven aan berechting in het buitenland; de verdachte is uitgezet dan wel uitgeleverd; de verdachte verblijft in het buitenland en is niet bereikbaar, dan wel de kosten van vervolging wegen niet op tegen het te beschermen belang'.

Een bekend voorbeeld van de manier waarop in het vervolgingsbeleid wordt omgegaan met verhoudingsgewijs bescheiden rechtsmachtaanspraken, is het

49 Van der Net 1996.

50 Zie ook Van der Net 2000, p. 183-184.

51 Zie voor een voorbeeld *Kamerstukken I* 2004/05, 28 484, nr. D, p. 2-3.

52 Rüter & Swart 1986, p. 271.

bekritiseerde beleid om, wanneer Nederlanders in het buitenland in afwachting van hun strafproces gedetineerd zijn, niet te streven naar een overdracht van strafvervolgning. Een dergelijke overdracht zou mogelijk zijn op grond van artikel 5 lid 1 onder 2 Sr, maar in dergelijke gevallen wordt de veroordeling afgewacht en een uitleveringsverzoek gedaan teneinde de sanctie in Nederland ten uitvoer te leggen.⁵³ Dat artikel kan nog op een andere manier tot problemen leiden, namelijk wanneer men het vereiste van dubbele strafbaarheid dat in dit artikel is vervat, ruimhartig interpreteert. Zo heeft Keijzer voorgesteld om slechts een abstracte toets te hanteren bij de beoordeling van de dubbele strafbaarheid op grond van artikel 5 lid 1 onder 2 Sr, waardoor het geldingsbereik van de Nederlandse strafwet zou worden vergroot. Volgens hem hoeft dat echter geen problemen op te leveren, omdat het opportuniteitsbeginsel het OM kan behoeden voor eventuele overbelasting.⁵⁴ De grote rechtsmacht-aanspraken die door een dergelijke interpretatie worden gevestigd worden dan door het opportuniteitsbeginsel in de praktijk hanteerbaar gehouden.

Andere voorbeelden van de verwevenheid van het opportuniteitsbeginsel met de Nederlandse regeling van rechtsmacht vinden hun oorsprong in materieelrechtelijke verschillen. Rummelink geeft het academische voorbeeld van een Nederlandse arts die in het buitenland een abortus uitvoert, en niet onder de rechtvaardigingsgrond van artikel 296 lid 5 valt, terwijl Nederland wel rechtsmacht kan uitoefenen. Zulke gevallen zijn volgens Rummelink slechts hypothetisch, 'want dank zij het opportuniteitsbeginsel, door ons OM toe te passen, zal zo'n zaak niet tot de rechter doordringen'.⁵⁵ Het is echter goed om te beseffen dat dat resultaat wordt behaald door keuzes in het vervolgingsbeleid, en niet door materieelrechtelijke beperkingen. Andere opportuniteitskeuzes komen onder meer tot uitdrukking in de tenlastelegging. Hierin wordt, binnen de beperkingen die rechtsmacht en feitelijke haalbaarheid opleggen, op een dusdanige manier omgegaan met de *locus delicti* dat een vervolging wordt geëntameerd waarvoor Nederland rechtsmacht bezit.⁵⁶

6.3.2 Rechtsmacht en opportuniteit in de zaak-Pinochet

Een bijzonder verband tussen rechtsmacht en opportuniteitsbeginsel komt naar voren op het terrein van oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid, zoals die in Nederland zijn strafbaar gesteld in de Wet internationale misdrijven, en voorheen in de Wet oorlogsstrafrecht, de Uitvoeringswet genocideverdrag en de Uitvoeringswet Folteringverdrag. Twee gevallen hebben in het bijzonder discussie opgeleverd over het geldingsbereik van de Neder-

53 Rüter & Swart 1986, p. 268-269; Klip 2011, p. 620-621.

54 Keijzer 1981.

55 Noyon/Langemeijer/Rummelink, aant. 10 op art. 296 Sr.

56 Strijards 2007.

landse strafwet en de rol die het opportuniteitsbeginsel zou moeten spelen. Dat zijn ten eerste de mogelijkheid om de Chileense oud-dictator Pinochet te vervolgen terwijl hij in 1994 korte tijd in Nederland aanwezig was, en ten tweede de vervolging van de Surinaamse legerleider Desi Bouterse voor zijn rol bij de Decembermoorden.

De Wet internationale misdrijven is van toepassing op ieder die zich buiten Nederland schuldig maakt aan een in die wet opgenomen misdrijf, onder de voorwaarde dat de verdachte zich in Nederland, of op Bonaire, Sint Eustatius of Saba bevindt (artikel 2 lid 1 onder a). Wanneer de verdachte zich niet in Nederland bevindt zijn vervolgingshandelingen jegens hem uitgesloten, omdat Nederlandse rechtbanken niet bevoegd zijn. Opsporingshandelingen zijn toegelaten voor zover een gerechtvaardigd vermoeden bestaat dat de verdachte zich in Nederland bevindt.⁵⁷ Volgens de Hoge Raad is het moment van aanhouding beslissend voor de vraag of de verdachte zich in Nederland bevindt, en daarmee of Nederland rechtsmacht heeft.⁵⁸ Hij sluit zich daarmee aan bij de wetgever, die de aanhouding als 'ijkpunt' voor het bestaan van universele rechtsmacht heeft genoemd.⁵⁹ Dat zorgt ervoor dat het OM weinig tijd heeft om een vervolgingsbeslissing te nemen, omdat de betreffende persoon in veel gevallen slechts kort in Nederland zal verblijven. Zowel in het geval van Pinochet als in het geval van Bouterse leidden discussies over de wenselijkheid van terughoudende rechtsmachtregelingen tot maatschappelijke ophef, die ook weerspiegeld werd in het juridische debat.

Problematisch daarbij was met name de Nederlandse implementatie van het Folteringverdrag, en de invulling van de rechtsmacht ten aanzien van de daarin opgenomen misdrijven. Het Folteringverdrag bepaalt in artikel 5 lid 2 dat de verdragsstaten rechtsmacht moeten vestigen over gevallen waarin de verdachte aanwezig is op het grondgebied, en de staat hem niet uitlevert.⁶⁰ Het verdrag bevat verder verplichtingen om uitlevering mogelijk te maken voor de in het verdrag opgenomen misdrijven, en om een persoon die in zijn territorium aanwezig is te vervolgen, wanneer niet tot uitlevering wordt overgegaan.⁶¹ Artikel 5 lid 2 Folteringverdrag lijkt dus vooral bedoeld te zijn om de verdragsluitende staten te verplichten een zodanige rechtsmacht te vestigen

57 Rb Rotterdam 8 februari 2005, *NJ* 2005, 185; *Kamerstukken II* 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 38-39; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 337, nr. 6, p. 26-28.

58 HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559 m.nt. J.M. Reijntjes en N.J. Schrijver.

59 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 337, nr. 3, p. 38; *Kamerstukken II* 2002/03, 28 337, nr. 6, p. 26.

60 Verdrag tegen foltering en andere wrede, onmenselijke of onterende behandeling of bestraffing; New York, 10 december 1984, *Trb.* 1985, nr. 69, art. 5 lid 2: 'Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over such offences in cases where the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction and it does not extradite him pursuant to article 8 to any of the States mentioned in paragraph 1 of this article'.

61 Respectievelijk in art. 8 en 7 van het verdrag. In een dergelijk geval is een beleidssepot ook echt uitgesloten: Melai/Groenhuijsen, aant. 8.3 op art. 167.

dat ze hun verplichting *aut dedere aut judicare*⁶² kunnen nakomen. In artikel 5 van de Uitvoeringswet folteringverdrag is deze verdragsverplichting ruimhartig geïmplementeerd door de Nederlandse strafwet van toepassing te verklaren 'op ieder die zich buiten Nederland aan een van de in (...) deze wet omschreven misdrijven schuldig maakt.' Dat de verdachte zich in Nederland bevindt, werd niet vereist.

In de zaak-Pinochet kwam het uiteindelijk niet tot een rechtszaak in Nederland, waarin deze bepaling nader kon worden uitgelegd. Het OM was van oordeel dat het Nederland aan rechtsmacht ontbrak, dat Pinochet zich waarschijnlijk op immuniteit zou kunnen beroepen en dat de bewijsvoering op onoverkomelijke problemen zou stuiten.⁶³ Tegen deze beslissing van het OM tot niet-vervolgving beklagde het Chili Komitee Nederland zich bij het Gerechtshof Amsterdam. Dat verklaarde het Komitee echter niet-ontvankelijk, omdat het geen belang zou behartigen dat door de niet-vervolgving van Pinochet rechtstreeks werd getroffen. In een overweging ten overvloede voegt het Hof daaraan toe dat strafvervolgving van Pinochet bovendien 'op zoveel juridische en feitelijke problemen zal stuiten, dat de officier van justitie daarvan alleszins terecht heeft afgezien.'⁶⁴ Enigszins speculatief kan hieruit worden afgeleid dat het Hof Amsterdam in het geval Pinochet concludeerde dat Nederland rechtsmacht bezat, ook al was de verdachte niet in Nederland aanwezig. Wanneer de niet-aanwezigheid als obstakel voor de vestiging van rechtsmacht werd gezien, zou het immers voor de hand hebben gelegen om dat expliciet te noemen. Deze uitspraak van het Hof kan daarom worden gezien als een overweging met betrekking tot de opportuniteit van de vervolging, die ten overvloede gegeven is omdat het Hof al tot niet-ontvankelijkheid kwam. Dat is in ieder geval de interpretatie die in de literatuur kan worden teruggevonden.⁶⁵

Op de kwestie van de opportuniteit van een eventuele vervolging van Pinochet is enig commentaar gekomen. Voor het seponeren van deze zaak kunnen twee argumenten worden aangedragen. In de eerste plaats is dat de schade die zou kunnen worden opgelopen in de diplomatieke betrekkingen met Chili, veroorzaakt door het strafrechtelijk vervolgen van een oud-president die in eigen land aanzien geniet. In de tweede plaats is dat het mogelijke gezichtsverlies wanneer een ingezette vervolging niet tot een veroordeling leidt, en de reputatieschade die Nederland daardoor ondervindt. Beide argumenten worden door Ingelse en Van der Wilt ter zijde geschoven: zowel de Chileense samenleving als de Chileense overheid zouden destijds niet meer

62 Of, volgens Ingelse & Van der Wilt 1996, p. 281, hun *primo dedere, secundo judicare*-verplichting.

63 Daarover Ingelse & Van der Wilt 1996, p. 280-281.

64 Hof Amsterdam 4 januari 1995, nr. 578/94, niet gepubliceerd. Citaat overgenomen van Ingelse & Van der Wilt 1996, p. 280.

65 Klip 2002a, p. 269.

erg afwijzend hebben gestaan tegenover een strafrechtelijke procedure tegen Pinochet, en zelfs wanneer dat niet het geval zou zijn geweest, is het de vraag of het belang van goede diplomatieke betrekkingen zwaarder moet wegen dan dat van openbare berechting, waarheidsvinding en eventuele bestraffing. Daarnaast zou de kans dat een strafproces niet tot een veroordeling leidt volgens deze auteurs niet erg groot zijn.⁶⁶ Vooral het argument dat de betrekkingen met het thuisland van de verdachte te leiden hebben onder een vervolging lijkt misplaatst. De misdrijven waar het hier om gaat worden in de internationale gemeenschap immers erkend als ernstige misdrijven, waarvoor geen straffeloosheid zou mogen bestaan. De overtuiging dat staten geen *safe haven* mogen zijn voor de overtreders van deze normen, wordt krachteloos gemaakt doordat het Hof de juridische problemen voor zich uit schuift.⁶⁷

De toepassing van het opportuniteitsbeginsel in deze specifieke zaak kan dus om inhoudelijke redenen worden bekritiseerd, maar daarnaast is het de vraag of het internationale recht wel de ruimte laat voor deze toepassing. De handhaving van het folteringverdrag wordt niet alleen geleid door het daarin opgenomen uitgangspunt *aut dedere aut judicare*, maar tevens door het assimilatiebeginsel: '[The] authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State' (artikel 7 lid 2 Folteringverdrag). Volgens Kamminga en Tijssen is het daarom in strijd met het verdrag om het opportuniteitsbeginsel vanuit eng Nederlands perspectief te blijven interpreteren. De Nederlandse autoriteiten dienen als functionarissen van de internationale rechtsorde op te treden, en daarom mag het OM bij de vervolgingsbeslissing niet uitgaan van het algemeen belang in Nederlandse zin. Ook zou het opportuniteitsbeginsel hier in negatieve zin moeten worden geïnterpreteerd, waardoor slechts bij uitzondering van vervolging zou mogen worden afgezien. De beslissing tot niet-vervolging in de zaak-Pinochet rustte, zoals naar voren komt uit het ambtsbericht van de officier van justitie in de beklagzaak, onder andere op de overweging dat het 'buiten proporties en aanmatigend' zou zijn om Pinochet in Nederland te vervolgen, omdat voorheen in Nederland alleen Nederlandse oorlogsmisdadigers zouden zijn vervolgd. Kamminga en Tijssen hebben kritiek op deze invulling van het assimilatiebeginsel, omdat die berust op een feitelijke onjuistheid: na de Tweede Wereldoorlog zijn in Nederland enkele honderden Duitsers berecht wegens oorlogsmisdrijven. Bovendien staat dit oordeel omtrent de proportionaliteit van vervolging in schril contrast met de aard van het strafbare feit. Het is volgens hen in hoge mate wenselijk dat verdachten van oorlogsmisdrijven niet straffeloos blijven, hetgeen ook in de praktijk van andere staten tot uitdrukking komt.⁶⁸

66 Ingelse & Van der Wilt 1996, p. 283-284.

67 Klip 2002a, p. 278.

68 Kamminga & Tijssen 1995, p. 989-991.

6.3.3 Rechtsmacht en opportuniteit in de zaak-Bouterse

Net als in het geval van Pinochet, werd de zaak-Bouterse aan het rollen gebracht doordat beklag werd gedaan tegen het niet instellen van een vervolging. In tegenstelling tot in de zaak tegen Pinochet, oordeelde het Hof Amsterdam in de zaak-Bouterse dat deze wel in Nederland vervolgd diende te worden. De beklagprocedure verliep op een ingewikkelde manier. In een eerste beschikking van 30 september 1998 stelde het Hof de stukken in handen van de rechter-commissaris, teneinde nader onderzoek te doen naar de nationaliteit van Bouterse ten tijde van de Decembermoorden. Het onderzoek door de rechter-commissaris wees uit dat het zeer waarschijnlijk was dat Bouterse in 1982 de Nederlandse nationaliteit niet meer bezat. Vervolgens formuleerde het Hof in een beschikking van 3 maart 2000⁶⁹ enkele vragen met betrekking tot het internationale recht, die zouden moeten worden beantwoord door een nog te benoemen deskundige. De antwoorden op deze vragen werden uiteindelijk verwerkt in de laatste beschikking, van 20 november 2000.⁷⁰ De vragen die in de tweede beschikking werden gesteld betroffen slechts de strafbaarheid van de verweten gedragingen naar internationaal recht. Enkele van deze vragen richtten zich specifiek op de vraag of internationaal recht machtigt tot het vestigen van rechtsmacht over foltering en misdrijven tegen de menselijkheid, of dat zelfs vereist, in gevallen waarin de verdachte zou worden vervolgd door een staat waarvan hij de nationaliteit niet bezit, en of het daarbij van belang is of de verdachte in die staat aanwezig is of niet. Daarnaast overwoog het Hof in de beschikking van 3 maart 2000 nog het een en ander met betrekking tot de opportuniteit van een Nederlandse vervolging van Bouterse voor zijn betrokkenheid bij de Decembermoorden. Hoewel Suriname op grond van het IVBPR verplicht is een onderzoek in te stellen naar strafbare feiten die mensenrechtenschendingen opleveren, is volgens het Hof de kans dat Suriname daartoe daadwerkelijk zal overgaan, of dat Bouterse elders zal worden vervolgd en berecht, klein. Dat gezichtspunt wordt door het Hof aangevuld met andere: zo hebben Nederland en Suriname nauwe historische banden. Ook kent Nederland een grote Surinaamse gemeenschap, die bijzonder geschokt is door de Decembermoorden. Meer in het algemeen geldt dat ook voor de gehele Nederlandse bevolking. Daarnaast zijn er aanwijzingen dat ten minste één van de slachtoffers de Nederlandse nationaliteit bezat, en wonen de klagers, die verwant zijn aan twee van de slachtoffers, in Nederland. Vanwege deze redenen oordeelt het Hof dat vervolging in Nederland opportuun is.

In de beschikking van 20 november 2000 blijft het Hof in grote lijnen bij zijn standpunt inzake de opportuniteit van de vervolging. Daarbij merkt het Hof nog wel op, dat na het uitspreken van de eerste beschikking in Suriname een gerechtelijk vooronderzoek naar de Decembermoorden is geopend, hetgeen

69 Hof Amsterdam 3 maart 2000, *NJ* 2000, 266.

70 Hof Amsterdam 20 november 2000, *NJ* 2001, 51.

de vraag oproept of een Nederlandse vervolging nog wel opportuun zou zijn. Omdat geen voorspelling kan worden gedaan over de uitkomst van dat vooronderzoek, blijft het Hof bij zijn standpunt dat dat inderdaad het geval is. Wanneer het in Suriname tot een strafproces zou komen, zou een Nederlandse vervolging met bewilliging van het Hof alsnog kunnen worden gestaakt.⁷¹ Nu in 2007 het Decembermoordenproces voor de krijgsraad is begonnen, lijkt er weinig ruimte meer te zijn voor een Nederlandse vervolging. Op grond van de amnestiewet van april 2012 is dat proces geschorst, waardoor een eventuele vervolging in Nederland wel opportuun zou kunnen zijn, zij het dat het rechtsmachtprobleem openblijft.

De antwoorden van de deskundige Dugard op de door het Hof gestelde vragen met betrekking tot het internationale recht hebben het Hof er destijds toe bewogen om de vervolging te bevelen. Hierbij maakte de beschikking van het Hof over de Nederlandse rechtsmacht de meeste discussie los, omdat het oordeel luidde dat deze rechtsmacht naar internationaal recht zou kunnen worden uitgeoefend over een feit dat destijds naar Nederlands en internationaal recht wel strafbaar was, maar waarvoor in het Nederlandse recht geen rechtsmacht bestond. Die toepassing zou geen schending opleveren van het verbod van terugwerkende kracht, waarbij het Hof, volgens sommigen ten onrechte,⁷² uit het antwoord dat het internationale recht die retroactieve werking niet verbiedt, afleidt dat artikel 16 Gw dat ook niet doet. De overweging van het Hof over de rechtsmachtvoorwaarde van aanwezigheid op het grondgebied is van belang voor de verhouding tussen opportuniteit en rechtsmacht die naar voren komt bij het uitgangspunt van *aut dedere aut judicare*. Het Hof merkte op, dat het antwoord van de deskundige op de door het Hof over die kwestie gestelde vraag, onvoldoende aanknopingspunten biedt 'voor de opvatting dat vervolging van [Bouterse] hier te lande naar maatstaven van internationaal (gewoonte)recht niet mogelijk en toelaatbaar zou zijn, zo lang hij zich niet in Nederland bevindt.'⁷³ Mede op grond daarvan beval het Hof aan het OM een vordering in te dienen tot het openen van een gerechtelijk vooronderzoek.

Tegen de beschikking van het Hof werd door de Procureur-generaal bij de Hoge Raad een vordering tot cassatie in het belang der wet ingediend, waarvan de middelen zijn ontwikkeld door waarnemend A-G Keijzer. Om deze vordering tot cassatie in het belang der wet was verzocht door de voorzitter van het College van Procureurs-generaal. De retroactieve toepassing van het Nederlandse strafrecht, waardoor het Hof tot de conclusie kwam dat een vervolging van Bouterse voor de Decembermoorden haalbaar was, wordt door de Hoge Raad verworpen.⁷⁴ In deze paragraaf wil ik de aandacht vestigen

71 Hof Amsterdam 20 november 2000, *NJ* 2001, 51, r.o. 3.1-3.4.

72 Strijards 2000, p. 2118-2119.

73 Hof Amsterdam 20 november 2000, *NJ* 2001, 51, r.o. 5.4.

74 HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559 m.nt. J.M. Reijntjes en N.J. Schrijver.

op wat naar voren is gebracht in verband met de rechtsmachtvoorwaarde van aanwezigheid op het Nederlandse grondgebied. In de vordering tot cassatie in het belang der wet stelt A-G Keijzer, dat het Folteringverdrag opdraagt universele strafrechtsmacht te vestigen met betrekking tot zaken waarin de verdachte aanwezig is op het grondgebied. Onder verwijzing naar de *travaux préparatoires* van het Folteringverdrag concludeert Keijzer dat staten de op hun grondgebied aangetroffen verdachten dienen te vervolgen. Daarom, en in lijn met een bestendige statenpraktijk, zou het Folteringverdrag niet machtigen tot de berechting van een in het buitenland verblijvende verdachte met een buitenlandse nationaliteit wegens een in het buitenland gepleegd feit tegen niet-onderdanen van de lidstaat. Dat neemt echter volgens Keijzer niet weg, dat ondanks het ontbreken van rechtsmacht om in een dergelijk geval tot berechting over te gaan, er wel opsporingshandelingen kunnen worden verricht.⁷⁵ Een dergelijke opvatting zorgt voor de mogelijkheid om ten aanzien van de vermoedelijke daders van ernstige internationale misdrijven een dusdanige informatiepositie op te bouwen dat, in geval van onverwachte aanwezigheid op Nederlands grondgebied, zonder tijdverlies kan worden overgegaan tot aanhouding van de betreffende persoon.

De opvatting van de waarnemend Advocaat-generaal wordt door de Hoge Raad afgewezen. De Hoge Raad oordeelt dat vervolging en berechting in Nederland alleen mogelijk zijn indien de vermoedelijke dader zich ten tijde van zijn aanhouding in Nederland bevindt.⁷⁶ Over de toepassing van andere opsporingsbevoegdheden wordt in het arrest gezwegen. De keuze die de Hoge Raad maakt wordt onder meer onderbouwd door te verwijzen naar de Memorie van Toelichting bij de Wet tot uitvoering van de verdragen van 's-Gravenhage en Montreal. Deze houdt in dat voor een gelijke rechtsmachtvoorziening is gekozen als in de Uitvoeringswet folteringverdrag, om redenen van doelmatigheid: het zou schadelijk zijn voor de internationale rechtsorde wanneer staten vervolgingen instellen in gevallen waarin zij geen rechtsmacht hebben op grond van het territorialiteits-, beschermings- of personaliteitsbeginsel. Wanneer ze dat wel doen, zou de vervolging in de staat die wel rechtsmacht heeft, kunnen worden doorkruist. Door bij die achtergrond aan te sluiten, wijkt de Hoge Raad in zijn opvatting enigszins af van de Advocaat-generaal. Het doelmatigheidsargument verzet zich er in beginsel niet tegen dat er enige opsporingshandelingen worden verricht, zolang dat maar niet tot gevolg heeft dat de vervolging en berechting van de betrokkene in een andere staat wordt doorkruist. Een loskoppeling van de betekenis van rechtsmachtvoorwaarden voor de vervolging, van die voor de opsporing, valt hier mijns inziens echter niet uit af te leiden. Ook de uitoefening van opsporingsbevoegdheden, zoals onder andere de aanhouding van de verdachte, zullen achterwege moeten blijven zolang de verdachte zich niet in Nederland bevindt. Een amendement

75 Punt 141 van de vordering.

76 In rechtsoverweging 8.5 van het arrest.

dat werd ingediend tijdens de behandeling van het wetsvoorstel dat leidde tot de Wet internationale misdrijven, en dat inhield dat in de WIM omschreven feiten ook zouden kunnen worden opgespoord wanneer de verdachte zich niet in Nederland bevindt, werd door de Tweede Kamer niet aangenomen.⁷⁷ Een dergelijke regeling had met zich meegebracht dat alle opsporingsbevoegdheden mogen worden ingezet. Nu zo'n wettelijke regeling niet is ingevoerd, blijft het OM terughoudend, maar het ziet wel ruimte voor opsporing, zolang geen dwangmiddelen worden ingezet. Enig anticiperend onderzoek voor de aankomst van de verdachte in Nederland is mogelijk na overleg tussen de officier van justitie bij het landelijk parket en het Parket-Generaal. Als voorwaarde is hierbij gesteld dat de verdachte op korte termijn in Nederland zal arriveren dan wel regelmatig in Nederland pleegt te verkeren. Bovendien beslist het College van procureurs-generaal of er anticiperend onderzoek moet worden verricht.⁷⁸

6.3.4 Een nieuwe verhouding bij internationale misdrijven?

Doordat de Uitvoeringswet folteringverdrag op deze manier door de Hoge Raad restrictief werd geïnterpreteerd, is er wat betreft de rechtsmachtvoorwaarde geen verschil met de nadien tot stand gekomen Wet internationale misdrijven: voor extraterritoriale rechtsmacht waarbij zowel verdachte als slachtoffer niet de Nederlandse nationaliteit bezit, is vereist dat de verdachte in Nederland aanwezig is. Als ijkpunt wordt daarbij de aanhouding gehanteerd. Van meerdere kanten is naar voren gebracht dat de omstandigheid van aanwezigheid op het grondgebied, die zou moeten worden verwerkt in de opportuniteitscomponent, gemaakt is tot een zelfstandige rechtsmachtvoorwaarde. Volgens Klip erkende het Hof Amsterdam in de Pinochet-zaak nog onverkort dat de daadwerkelijke aanwezigheid op het grondgebied een opportuniteitskwestie betrof en geen rechtsmachtvoorwaarde.⁷⁹ De annotatoren onder het Bouterse-arrest erkennen dat, gelet op het Folteringverdrag, de aanwezigheid in ieder geval een opportuniteitskwestie zou behoren zijn. Zij benadrukken echter de betrekkelijke betekenis van dat verschil in de zaak-Bouterse, omdat bij de Decembermoorden ook een ander aanknopingspunt voor rechtsmacht aanwezig was, namelijk de Nederlandse nationaliteit van één van de slachtoffers.⁸⁰ In de meeste gevallen zal de rechtsmachtvoorwaarde van aanwezigheid op het Nederlandse territorium daarom geen doorslaggevende rol spelen. Ook buiten de context van internationale misdrijven zijn er enkele misdrijven waar dit

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 28337, nr. 11.

⁷⁸ Aanwijzing afdoening van aangiften met betrekking tot de strafbaarstellingen in de Wet internationale misdrijven, *Stcrt.* 2011, 22803.

⁷⁹ Klip 2002b, p. 1594-1595.

⁸⁰ Reijntjes en Schrijver in hun noot onder HR 18 september 2001, *NJ* 2002, 559.

rechtsmachtregime op van toepassing is; deze zijn opgesomd in artikel 4 Sr. Voor de gevallen waarin deze rechtsmachtvoorwaarde wel van belang is, zijn er inmiddels ook werkbare beleidsregels opgesteld. Daarmee lijkt voorlopig een einde te zijn gekomen aan de kwestie of het aanmerken van aanwezigheid als rechtsmachtvoorwaarde niet een te beperkte interpretatie vormt van het Folteringverdrag.

Sommigen zijn van mening dat de Nederlandse rechtsmacht voor deze strafbare feiten zou moeten worden uitgebreid tot een werkelijk universele rechtsmacht, waarbij de aanwezigheid op het Nederlandse territorium verwerkt moet worden in de opportuniteitsvraag. Zo stellen Van Elst en Boot-Matthijssen zich op het standpunt dat de WIM een onbeperkte universele rechtsmachtregeling zou moeten bevatten, waarbij in voorkomende gevallen, wanneer de verdachte zich buiten Nederland bevindt, vervolging om opportuniteitsredenen achterwege kan blijven. Een stortvloed aan artikel 12 Sv-procedures zou voorkomen kunnen worden door in die procedure slechts diegene die al een bepaalde tijd in Nederland verblijft als belanghebbende aan te merken.⁸¹ Daarmee wordt ook het probleem duidelijk van een mogelijke universele rechtsmacht: wanneer de bevoegdheid tot vervolging zo ruim wordt gevestigd, zijn er ook ruime mogelijkheden om rechtsmiddelen in te stellen tegen het niet-vervolgen.

6.3.5 Het opportuniteitsbeginsel en de herziening van de rechtsmachtregeling

Klip heeft voorgesteld de rechtsmachtregeling in zijn geheel te vereenvoudigen, waarbij een zeer grote rechtsmacht gepaard zou moeten gaan met een vergrote mogelijkheid voor het OM om te kunnen afzien van vervolging.⁸² Die grotere mogelijkheden om beleidskeuzes te maken zouden ook nodig zijn vanuit het oogpunt van de schaarse opsporings- en vervolgingscapaciteit. In de door Klip voorgestelde regeling wordt het territorialiteitsbeginsel vooropgesteld in een nieuw artikel 2 Sr, gevolgd door een artikel waarin Nederlandse rechtsmacht wordt gevestigd in geval van een verzoek tot overname van strafvervolging van een andere staat of een internationaal gerecht. Vervolgens wordt er rechtsmacht gevestigd ten aanzien van niet met name genoemde delicten waarvan de strafbaarheid en rechtsmacht uit een verdrag of richtlijn volgt, in aanvulling op het beschermingsbeginsel, dat ten aanzien van enkele nader te specificeren delicten zou gelden, en het personaliteitsbeginsel, dat zou gelden voor alle delicten waarop de Nederlandse wet een gevangenisstraf van drie jaar of meer stelt. Overigens wil Klip die drie laatste rechtsmachtvoorwaarden slechts toepassen voor zover de feiten buiten de Europese Unie zijn begaan. Het onderlinge vertrouwen, tot uitdrukking komend in het beginsel van wederzijd-

81 Van Elst & Boot-Matthijssen 2002, p. 1749.

82 Klip 2011.

se erkenning, brengt met zich mee dat de berechting van deze feiten kan worden overgelaten aan andere lidstaten van de Europese Unie. Voor alle rechtsmachtvoorwaarden behalve het territorialiteitsbeginsel geldt, wat Klip betreft, een verzwaarde opportuniteitstoets. Dat zou moeten worden vastgelegd in een nieuw, vierde, lid van artikel 167 Sv, luidende: 'Indien de rechtsmacht berust op een andere grondslag dan artikel 2 van het Wetboek van Strafrecht, wordt voor de toepassing van het tweede lid in het bijzonder gelet op het feit of de strafprocedure in aanwezigheid van de verdachte kan worden gevoerd; of op het feit door de wet van het land waar het begaan is, straf is gesteld; of niet-vervolgung in Nederland tot gevolg heeft dat het feit in het geheel niet zal worden vervolgd; of het slachtoffer Nederlander danwel Nederlands ingezetene is; of de vervolging nadelen voor de internationale betrekkingen van Nederland met zich kunnen brengen.' Met deze aanpassing wordt in ieder geval een veel duidelijker onderscheid gemaakt tussen rechtsmachtvoorwaarden en opportuniteitsoverwegingen; momenteel zijn deze tot op grote hoogte met elkaar verweven.⁸³

Dit voorstel houdt daarmee onder meer een codificatie in van de overwegingen die kunnen leiden tot een beleidssepot, in dit geval specifiek ten aanzien van de Nederlandse extraterritoriale rechtsmacht. Onder meer de aanwezigheid van de verdachte in Nederland krijgt daarmee de status van opportuniteitsargument, in plaats van die van rechtsmachtvoorwaarde. Rechtsmacht wordt immers gevestigd over alle delicten waarvan de strafbaarheid en rechtsmacht uit een verdrag of richtlijn voortvloeit, waaronder het Folteringsverdrag valt. Het voordeel van deze werkwijze is dat het mogelijke bezwaar tegen universele rechtsmacht, namelijk dat een groot aantal beklagprocedures zal worden gevoerd, vrijwel wordt weggenomen: veel van de klaagschriften zullen met een eenvoudige verwijzing naar het voorgestelde nieuwe lid van artikel 167 ongegrond kunnen worden verklaard. Wel is de vraag of het wenselijk is om op deze wijze over te gaan tot de codificatie van allerlei redenen die kunnen leiden tot een beleidssepot. Waarschijnlijk zal de vraag rijzen, of andere gezichtspunten niet ook moeten worden opgenomen. Hoewel dat vanuit een oogpunt van rechtszekerheid voordelen biedt, valt deze oplossing niet te verkiezen, vanwege het verlies aan flexibiliteit: de gecodificeerde gezichtspunten krijgen een andere status dan de niet-gecodificeerde, en wanneer daartussen verschuivingen wenselijk zijn vereist dat wetgevend ingrijpen. Een alternatieve mogelijkheid is dat de aanwezigheidsvoorwaarde wordt afgeschaft, zonder dat gezichtspunten worden vastgelegd ter invulling van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Verder kan nog worden opgemerkt dat in de redactie van het voorgestelde nieuwe vierde lid niet helemaal duidelijk wordt dat het opportuniteitsbeginsel niet alleen in het tweede, maar ook in het eerste lid van artikel 167 Sv is verwerkt.⁸⁴ Heel ernstig is dat niet,

83 In dezelfde zin Klip & Massa 2010.

84 Zie paragraaf 2.6.4.

ook omdat de maatstaf voor de opportuniteitsbeslissing, het algemeen belang, in het tweede lid expliciet is gemaakt.

Het standpunt dat in sterkere mate onderscheid gemaakt moet worden tussen rechtsmachtvoorwaarden en opportuniteitsoverwegingen, is door Klip en Massa neergelegd in een rapport⁸⁵ dat diende ter voorbereiding van het wetsvoorstel Herziening regels betreffende extraterritoriale rechtsmacht in strafzaken.⁸⁶ Volgens Klip en Massa zou er geen gebruik meer moeten worden gemaakt van rechtsmachtvoorwaarden zoals de aanwezigheid op het grondgebied, maar dienen deze te worden verdisconteerd in de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing onder gelijktijdige beperking van de mogelijkheden om beklag tegen niet vervolging in te stellen, een oplossing die zij ontlenen aan het Belgische en Duitse recht.⁸⁷ Het wetsvoorstel gaat niet in dit voorstel mee, onder meer omdat rechtsmachtvoorwaarden zoals de aanwezigheid op het grondgebied afkomstig zijn uit verdragsbepalingen, en omdat het vanuit legaliteitsperspectief te verkiezen is om de grondslagen voor rechtsmacht wettelijk te structureren.⁸⁸ Ook afgezien van de aanwezigheidsvoorwaarde is het wetsvoorstel minder ruim dan de onderzoekers hadden voorgesteld. Zo zou op grond van het passieve personaliteitsbeginsel naar de mening van de onderzoekers rechtsmacht kunnen worden gevestigd over alle misdrijven die met een gevangenisstraf van tenminste drie jaar worden bedreigd, in het wetsvoorstel wordt daarvoor echter een grens van tenminste acht jaar gevangenisstraf gehanteerd.⁸⁹ Het sluit daarmee aan bij een suggestie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, die aangaf dat bij een dusdanig ruim gevestigde rechtsmacht grote verwachtingen worden gewekt in de samenleving met betrekking tot die strafbare feiten die in Nederland kunnen worden vervolgd, maar in de praktijk veelal op een beleidssepot kunnen rekenen. Dat zou het aantal procedures waarin beklag tegen niet-vervolging wordt gedaan sterk kunnen doen toenemen, zonder dat daarvan veel heil kan worden verwacht.⁹⁰

Wat als belangrijkste naar voren komt uit het wetsvoorstel en het voorbereidende werk daarvoor, is de doorwerking van het materiële strafrecht in de opportuniteitscomponent: wanneer een afweging tussen de ernst van het feit enerzijds en de band van het strafbare feit of de verdachte met Nederland anderzijds, niet leidt tot het oordeel dat rechtsmacht moet worden geclaimd, betekent dat in wezen dat vervolging en berechting in Nederland niet opportuun zijn. Ook hier blijkt de wisselwerking tussen opportuniteitsbeginsel en materieel strafrecht. Het bestaan van het opportuniteitsbeginsel heeft tot gevolg

85 Klip & Massa 2010.

86 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 572, nr. 2.

87 Klip & Massa 2010, p. 132.

88 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 572, nr. 3, p. 3, 14

89 Klip & Massa 2010, p. 119; *Kamerstukken II* 2012/13, 33 572, nr. 3, p. 18-19.

90 Reactie van 5 juni 2012, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33 572, nr. 3.

dat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid ruim kunnen worden getrokken, eventueel gecorrigeerd door een wettelijk onderbouwde opportuniteitskeuze. Tegelijkertijd werkt het materiële strafrecht door in de opportuniteitsbeslissing, in die zin dat strafbare feiten waarover Nederland wel rechtsmacht kan uitoefenen, om opportuniteitsredenen niet worden opgespoord of vervolgd waarbij het geringe Nederlands belang, of het ontbreken van een sterke band tussen het feit en de Nederlandse rechtsorde, als invulling van het algemeen belang genomen wordt.

6.4 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL EN DE REIKWIJDTE VAN AANSPRAKELIJKHEID

6.4.1 Het opportuniteitsbeginsel bij een omvangrijk strafrecht

Het Nederlandse strafrecht verleent royale bevoegdheden aan de politie en het OM. Deze bevoegdheden bieden grote ruimte voor een discretionaire beoordeling door individuele ambtenaren, uiteraard binnen een hiërarchische structuur.⁹¹ De samenhang tussen deze grote vrijheid en het opportuniteitsbeginsel wil ik hier nader onderzoeken met het oog op het vestigen van strafrechtelijke aansprakelijkheid in het Nederlandse recht. Hoe de reikwijdte daarvan moet worden gewaardeerd laat ik vooralsnog in het midden. Sommigen zien duidelijke voordelen van een ruime aansprakelijkheid, eventueel te corrigeren door een terughoudend vervolgingsbeleid. Zo gebruikt Ellian deze beleidsvrijheid als argument om te pleiten voor een grote reikwijdte van aansprakelijkheid voor bepaalde terroristische activiteiten. Volgens hem kan de toepassing van het materiële recht altijd achterwege gelaten worden, wanneer bijvoorbeeld de gedraging in kwestie gericht is tegen een verwerpelijke regime.⁹² Zo komt ook hier duidelijk naar voren dat er een wisselwerking bestaat tussen opportuniteitsbeginsel en materieel strafrecht: het bestaan van het opportuniteitsbeginsel fungeert als legitimerend argument bij de uitbreiding van de reikwijdte van het materiële strafrecht, terwijl vanuit het materiële recht een richtinggevende werking wordt verwacht voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

Vanwege het grote aantal strafbaarstellingen bepalen de beleidskeuzes van politie en justitie voor een groot deel de gevolgen die burgers te duchten hebben wanneer ze wederrechtelijk handelen. Hierdoor wordt hun rechtspositie niet louter bepaald door de wetgever, maar ook door de uitvoerende macht.⁹³ Het is de vraag hoe deze door het beleid bepaalde rechtspositie de onderliggende structuur van het materiële recht kan blijven weerspiegelen. De Hullu is van mening dat waarden als gematigdheid en terughoudendheid in het huidige

91 Groenhuijsen & Kooijmans 2010, p. 454.

92 Ellian 2008, p. 49.

93 Groenhuijsen 1987, p. 10.

strafrecht minder goed uit de verf komen dan de instrumentaliteit, die veel beter gewaarborgd is.⁹⁴ De waarden van gematigdheid en terughoudendheid zijn volgens hem echter van belang voor de keuze uit de vele mogelijkheden voor aansprakelijkstelling die in een veelomvattend materieel strafrecht bestaan. Hoewel veel gedragingen leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid, betekent dat volgens De Hullu niet noodzakelijkerwijs dat die gedragingen ook strafwaardig zijn, of dat de aansprakelijkheid omvangrijk of zwaar is. Dat kan bijvoorbeeld bij voorbereidingshandelingen of bij witwassen vaak voorkomen.⁹⁵ Nadere beperkingen moeten volgens De Hullu daarom worden gezocht in een zinvolle toepassing door het OM en de rechter, en hoewel dat minder houvast en zekerheid biedt dan wenselijk is, valt dat niet te vermijden. De uitbreiding van de reikwijdte van strafrechtelijke aansprakelijkheid betekent in ieder geval, dat het strafbare karakter van een gedraging nog geen maatschappelijke afkeuring betekent. Daarom neemt de invulling van het opportuniteitsbeginsel in belang toe.⁹⁶

De oorzaak van de grote reikwijdte van het Nederlandse materiële strafrecht ligt onder meer in twee factoren: de ruime formulering van delictomschrijvingen, en de weinig beperkende uitleg van algemene leerstukken. Bij beide factoren is er sprake van de in dit hoofdstuk centraal staande wisselwerking tussen opportuniteitsbeginsel en materieel strafrecht: het bestaan van het opportuniteitsbeginsel heeft betekenis voor de inhoud van het materiële strafrecht, en andersom. Bij de formulering van delictomschrijvingen werd bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht van 1886 al rekening gehouden met de mitigerende werking van het opportuniteitsbeginsel op delictsniveau.⁹⁷ Iets dergelijks valt ook waar te nemen in verband met enkele leerstukken, hoewel de wisselwerking daar minder prominent optreedt. Dit zal ik hieronder toelichten. Daarbij zal ik me allereerst richten op enige algemene leerstukken, om vervolgens stil te staan bij de redactie van delictomschrijvingen. Ten slotte volgen enkele algemene opmerkingen over de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en de reikwijdte van het strafrecht.

6.4.2 Een ruime uitleg van algemene leerstukken

Om met enkele algemene leerstukken te beginnen: de grenzen van de verschillende deelnemingsvarianten zijn in de rechtspraak van de Hoge Raad gestaag verruimd. Daardoor kan men in theorie veel gedragingen onder het bereik van de strafwet laten vallen, eventueel te kwalificeren in ketens van deel-

94 De Hullu 2012, p. 540.

95 Zie ook HR 23 november 2010, NJ 2011, 44, m.nt. N. Keijzer.

96 Buruma 2004, p. 89-90.

97 Smidt & Smidt 1886-1887, deel III, p. 2.

neming aan deelneming. De Jong en Knigge merken daarover op dat de officier van justitie in de praktijk een terughoudend beleid zal voeren bij het vervolgen van personen die door zoveel schakels van het plegen zelf verwijderd zijn.⁹⁸ Ook de grenzen van de medeplichtigheid kunnen zich zover uitstrekken dat bepaalde vormen daarvan niet voldoende ernstig zijn om te vervolgen.⁹⁹ Hetzelfde geldt voor de zogenaamde noodzakelijke deelneming: wanneer een delict wordt gepleegd waarbij het slachtoffer tevens als deelnemer kan worden beschouwd, ligt het niet voor de hand om tot vervolging van dat slachtoffer over te gaan, hoewel er een materieelrechtelijke grondslag voor aansprakelijkheid zou bestaan.¹⁰⁰ Andere problemen doen zich voor wanneer er in het strafprocesrecht onvoldoende opsporingsbevoegdheden voorhanden zijn, wat tot strafbaarheid van opsporingsambtenaren vanwege hun taakuitoefening kan leiden. Zo paste men vóór de inwerkingtreding van de Wet bijzondere opsporingsbevoegdheden het opportuniteitsbeginsel toe ten aanzien van opsporingsambtenaren wiens taakvervulling zou kunnen worden gekwalificeerd als het uitlokken van strafbare feiten.¹⁰¹

Er zijn ook gevallen waarin de wetgever aansprakelijkheidsgronden begrenst, omdat strafrechtelijk optreden vrijwel nooit opportuun zou zijn. Een voorbeeld hiervan is de niet-strafbaarheid van de poging tot overtreding.¹⁰² Ook de vrijwillige terugtred garandeert niet-strafbaarheid, maar deze roept vragen op omtrent de verhouding tussen de wet en het opportuniteitsbeginsel. Bijvoorbeeld over de verhouding tussen enerzijds degene die spontaan tijdig zijn handelingen ongedaan maakt, en anderzijds de berouwvolle dief die zijn buit de volgende dag terugbezorgt. De eerste gaat vrijuit omdat het delict nog niet is voltooid, bij de tweede is vrijwillige terugtred niet meer mogelijk en dreigt vervolging. Dat verschil in behandeling is volgens sommige auteurs niet rechtvaardig, en daarom zou de tweede om opportuniteitsredenen niet vervolgd moeten worden.¹⁰³

Ten aanzien van de strafbare voorbereiding zijn soortgelijke meningen geuit. Volgens de Werkgroep strafbaarstelling voorbereidingshandelingen, was het onmogelijk om in de context van voorbereidingshandelingen een vergelijkbare figuur als de vrijwillige terugtred in te voeren. Omdat een dergelijke voorziening wel gewenst zou zijn, mede vanwege de analogie met de poging, zou daarvoor het opportuniteitsbeginsel moeten worden ingezet. Het ontbreken van een wettelijke garantie van straffeloosheid in geval van vrijwillige terugtred van voorbereidingshandelingen zou dus moeten worden gecompenseerd door het seponeren van de betreffende zaken om opportuni-

98 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 246.

99 De Hullu 2012, p. 478-479.

100 De Hullu 2012, p. 426-427.

101 Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 39 bij art. 47.

102 De Hullu 2012, p. 385.

103 Aldus Keijzer in zijn noot onder HR 3 maart 2009, NJ 2009, 236.

teitsredenen. Dat standpunt ontlokte aan 't Hart de principiële opmerking, dat het positief geïnterpreteerde opportuniteitsbeginsel geen excuus mag zijn om de wettelijke strafbaarheid steeds verder te laten uitdijen, totdat slechts de opportuniteitsafweging bepalend is voor de strafrechtelijke reactie, en de wet geen enkele garantie meer biedt.¹⁰⁴ In dit concrete geval is aan die garantie uitvoering gegeven door ook met betrekking tot de voorbereiding een beroep op vrijwillige terugtred mogelijk te maken (artikel 46b Sr). In meer algemene zin lijkt de beperking van aansprakelijkstelling toch in aanzienlijke mate te moeten worden gezocht in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel, omdat veel algemene leerstukken de strafrechtelijke aansprakelijkheid ver uitbreiden.

6.4.3 Een ruime formulering van delictsomschrijvingen

Over de formulering van delictsomschrijvingen kunnen vergelijkbare opmerkingen worden gemaakt als over de uitleg van algemene leerstukken die leiden tot een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De wetgever van de negentiende eeuw koos voor ruime omschrijvingen van delicten, omdat hij vertrouwde op een voorzichtig gebruik van strafbaarstellingen, en op de traditionele gematigdheid en mildheid bij het OM.¹⁰⁵ Dat de delictsomschrijvingen in het Wetboek van Strafrecht spreken over hij die 'wordt gestraft', moet dan ook in dat licht worden bezien. Die formulering is, vanuit het opportuniteitsbeginsel bekeken, te categorisch.¹⁰⁶ Allerlei gedragingen zijn in principe te kwalificeren als overtreding van een bepaalde delictsomschrijving, maar vele daarvan zijn zo weinig strafwaardig dat er geen aanleiding bestaat om over te gaan tot opsporing en vervolging, zoals de spreekwoordelijke diefstal van een lucifer.¹⁰⁷

De wetgever gebruikt het opportuniteitsbeginsel soms als argument om een verruiming van strafrechtelijke aansprakelijkheid door te voeren, terwijl de capaciteit van het strafrechtelijk systeem beperkt is. Hierbij baseert hij zich soms juist mede op die beperkte capaciteit: wanneer politie en justitie toch met het opportuniteitsbeginsel in de hand selecteren op welke feiten zij strafrechtelijk reageren, kan het geen kwaad om de reikwijdte van aansprakelijkheid verder uit te breiden. Die redenering is terug te vinden in de parlementaire geschiedenis van de partiële wijziging van de zedelijkheidswetgeving in de jaren dertig van de vorige eeuw.¹⁰⁸ Ook recenter zijn er in de parlementaire behandeling van onderwerpen van materieel strafrecht dergelijke overwegingen

104 HR 25 oktober 1988, NJ 1989, 456 m.nt. 'tH.

105 Smidt 1881-1886, dl. III, p. 2; Peters 1993, p. 124.

106 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 7.

107 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 39.

108 *Handelingen II* 1935/36, 56, p. 1808, aangehaald door Röling 1953, p. 270.

aangevoerd. Dat was bijvoorbeeld het geval in een motie, die overigens door de Tweede Kamer werd verworpen,¹⁰⁹ waarin de regering werd opgeroepen een aantal vrijstellingsgronden in de Flora- en faunawet te schrappen. Dat daardoor de aansprakelijkheid verruimd zou worden, werd door de indiener aanvaardbaar geacht onder de overweging 'dat het strafrechtelijke "opportuniteitsbeginsel" binnen de huidige wettelijke kaders al de mogelijkheid biedt om belangen van soorten en belangen van activiteiten af te wegen'.¹¹⁰ Andere voorbeelden zijn te vinden in discussies over de strafbaarstelling van softdrugs, die later in dit hoofdstuk worden behandeld.

Wanneer beperkingen niet in wetgeving zijn neergelegd, moeten deze dan ook noodzakelijkerwijs in het vervolgingsbeleid worden aangebracht. Dat is bijvoorbeeld expliciet terug te vinden in de Aanwijzing opsporing en vervolging ambtelijke corruptie in het buitenland,¹¹¹ waarin wordt verwezen naar een keuze van de wetgever om in de wettelijke omschrijving van corruptie¹¹² geen onderscheid aan te brengen tussen strafwaardige en niet-strafwaardige giften. Deze Aanwijzing vervult de opdracht om op basis van het opportuniteitsbeginsel nadere grenzen te stellen, door zeven gezichtspunten te noemen die in aanmerking kunnen worden genomen bij de vervolgingsbeslissing. Daardoor wordt de gewenste beperking gevonden in het vervolgingsbeleid. De bewoordingen daarvan bieden echter weinig houvast bij de beoordeling of het OM conform het vertrouwensbeginsel heeft opgetreden. Een wettelijke beperking geeft de rechter meer mogelijkheden om zelf de grenzen van de strafwet te bepalen.

6.4.4 Een procesrechtelijk schadebeginsel als alternatief

De onderzoekers van Strafvoeding 2001 aanvaardden dit uitgangspunt van breed geformuleerde delictsommschrijvingen, waarbij zij tevens signaleren dat het strafrechtelijk relevante regelbestand zo omvangrijk is en zo uiteenlopend van aard, dat een afweging op (gegeneraliseerd) gevalsniveau te verkiezen is 'boven een fixatie op de geschreven wettelijke bepaling'. De maatschappelijke nadelen die strafrechtelijke interventies kunnen hebben, zouden moeten worden voorkomen door het hanteren van een procesrechtelijk schadebeginsel, als pendant van de meer materiële *ultimum remedium*-gedachte.¹¹³ Met behulp van dit procesrechtelijke schadebeginsel zou onnodige en vermijdbare leedtoevoeging achterwege moeten blijven. Daarbij lijkt de betekenis van dat schadebeginsel voor het slachtoffer voorop te staan, maar tevens wordt onder-

109 *Handelingen II* 2004-2005, 37, p. 2520.

110 *Kamerstukken II* 2004/05, 29446, nr. 17.

111 *Stcr.* 2011, 13663, p. 1-2 en 4-5.

112 Meer bepaald de art. 177, 177a, 178, 362, 363 en 364 Sr.

113 Groenhuijsen & Knigge 2004, p. 142-143.

kend dat dit beginsel voor verdachten een rechtsbeschermende dimensie bezit.¹¹⁴

Een dergelijke benadering leidt ertoe dat materiële vraagstukken worden geproceduraliseerd. Blijkbaar is de gedachte dat in concrete strafvorderlijke beslissingen moet worden bepaald of er daadwerkelijk voldoende schade is toegebracht om strafrechtelijk ingrijpen te legitimeren. De noodzaak daartoe zou gelegen zijn in de geringe mate waarin het vervullen van een delictsomschrijving samenhangt met het geschaad zijn van een rechtsgoed. De uitkomst daarvan kan in beginsel gelijk zijn aan een benadering waarbij de rechtsbescherming vooral wordt gezocht in het materiële recht. Wanneer het te hanteren procesrechtelijk schadebeginsel echter vooral wordt gehanteerd om schade aan de zijde van het slachtoffer te voorkomen, kan het resultaat zijn dat de inzet van het strafrecht vooral bij slachtofferloze delicten achterwege blijft, evenals in gevallen waarbij secundaire victimisatie dreigt. Ook vervolging van bagateldelicten zal vaak niet nodig gevonden worden. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het bezit van een kleine hoeveelheid virtuele kinderporno voor eigen gebruik: daarbij zijn geen slachtoffers gemaakt, en er gaat ook weinig substantiële gevaarstelling van uit.¹¹⁵ Wanneer een dergelijke situatie daadwerkelijk wordt geaccepteerd, raakt de rechtsbescherming van verdachten wel enigszins in de knel: die kan dan niet worden gevonden in een beperking van de materieelrechtelijke strafbaarstelling, en slechts zeer ten dele in het procesrechtelijke schadebeginsel, wanneer de invulling daarvan afhankelijk wordt gemaakt van de belangen van het slachtoffer.

6.4.5 Beperking van aansprakelijkheid door niet-vervolging

Het beperken van een (zeer) ruim toepassingsbereik van het materiële strafrecht, dat soms aansprakelijkheid vestigt over ogenschijnlijk onschuldige gedragingen, alleen door te vertrouwen op toepassing van het opportuniteitsbeginsel, is volgens sommigen geen rechtsstatelijk verantwoorde oplossing.¹¹⁶ Het opportuniteitsbeginsel kan eventuele ongewenste gevolgen van ruime strafbaarstellingen wel mitigeren, maar de formeelrechtelijke afdwingbaarheid van het vervolgingsbeleid is aanmerkelijk zwakker dan wanneer dezelfde oplossingen op materieelrechtelijke wijze zijn vormgegeven. Zo kan de strafbaarheid van kindermishandeling gewenst zijn, terwijl de Hoge Raad in zijn jurisprudentie over artikel 300 Sr ruimte laat voor een ouderlijk tuchtigingsrecht. De wetgever heeft in die context niet gekozen voor aanpassing van artikel 300 Sr, maar voor een wettelijke ingreep in het Burgerlijk Wetboek, meer precies in artikel 1:247 lid 2 BW, met onder meer als doel om daarmee

114 Groenhuijsen & Kwakman 2002, p. 821-823.

115 Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 3 en 4 bij art. 240b.

116 Backes 2003, p. 291-292.

een reflexwerking te kunnen laten uitgaan op de rechtspraak van de Hoge Raad over de precieze grenzen van strafbare mishandeling.¹¹⁷ Dat die uitwerking op de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet zonder meer plaatsvindt, neemt niet weg dat de wetgever het aan het vervolgingsbeleid overliet of ook oorvijgen zouden moeten worden vervolgd.¹¹⁸ Bij het instellen van vervolging zal volgens de wetgever het belang van het kind bij de invulling van het opportunitiebeginsel een belangrijke rol moeten spelen.¹¹⁹ Niet iedereen heeft zoveel vertrouwen heeft in de matigende werking van het opportunitiebeginsel. Willems stelde voor om in plaats daarvan een oplossing te zoeken in de procedure voorafgaand aan de beslissing tot vervolging voor kindermishandeling. Voordat tot vervolging besloten zou worden, zou eerst de Raad voor de Kinderbescherming moeten worden gehoord.¹²⁰ Ook daarmee wordt gekozen voor een oplossing in het procesrecht in plaats van in het materiële recht.

De ruime omvang van strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft zijn belangrijkste achtergrond in drie ontwikkelingen. De eerste is de grote naoorlogse toename van het orderingsstrafrecht, de tweede de verzakelijking van het strafrecht in de jaren tachtig en het optreden tegen de 'veelvoorkomende criminaliteit', en de derde de toename van maatregelen die gericht zijn op het vergroten van de maatschappelijke veiligheid, als reactie op onder andere de dreiging van het islamitisch terrorisme. Met elke ontwikkeling wordt de reikwijdte van het materiële strafrecht verder vergroot, waardoor niet alleen capaciteitsproblemen ontstaan, maar in het verlengde daarvan ook meer substantiële vragen rijzen over welke strafbare feiten op welke wijze en met welke prioriteit moeten worden afgedaan. Na een verruiming van de wettelijke aansprakelijkheid wordt stevast gewaarschuwd voor eventuele onwenselijke gevolgen. Zo stelde Van Veen al in 1978 dat het aantal strafbepalingen niet kan worden uitgebreid, zonder dat er meer en willekeuriger gestuurd zou moeten worden in de selectie van strafbare feiten waartegen wordt opgetreden.¹²¹ Bovendien is het volgens De Hullu de vraag of uitbreidingen van aansprakelijkheid wel oplossingen zijn voor materieelrechtelijke problemen, of dat daaraan formeelrechtelijke problemen ten grondslag liggen.¹²² Vanuit dat perspectief kan het opportunitiebeginsel als scharnierpunt tussen materieel en formeel strafrecht een belangrijke rol vervullen in discussies over ontwikkelingen in het materiële strafrecht. Wellicht is het er zelfs deels de oorzaak van, dat voor formeelrechtelijke problemen de oplossing kan worden gezocht in het materiële strafrecht.

117 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 316, nr. 3, p. 2-3.

118 HR 4 oktober 2005, *NJ* 2007, 192, met name de conclusie van A-G Jörg

119 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 316, nr. 3, p. 5.

120 Willems 2004, p. 66-68.

121 Van Veen 1978, p. 540-549.

122 De Hullu 1993, p. 56-57.

In essentie verschillen deze stellingnames van Van Veen en De Hullu niet van een recentere positie van Klip, die waarschuwde voor een 'totaalstrafrecht', waarin zoveel gedragingen tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen leiden, dat de uiteindelijke beleidskeuzes minder transparant en controleerbaar zullen zijn.¹²³ Klip signaleert veel verruiming die tot een grotere reikwijdte van het strafrechtelijk ingrijpen leiden, zoals wettelijke ingrepen in de rechtsmacht en in de verjaringsregeling, nieuwe strafbaarstellingen, verhoging van strafmaxima en wellicht zelfs minimumstraffen, invoering van herziening ten nadele en de verlenging van de termijn voor voorlopige hechtenis. Dit, gecombineerd met een veel sterkere betrokkenheid van burgers bij de strafrechtspleging, schept hoge verwachtingen van het strafrecht, terwijl de kloof tussen de gevallen waarin strafrechtelijk optreden juridisch mogelijk is, en de gevallen waarin dat vanuit capaciteitsoverwegingen haalbaar is, eveneens steeds groter wordt. Klip acht met name de fixatie op de ernst van het feit als criterium voor strafrechtelijk ingrijpen problematisch. Daaruit spreekt volgens hem een benadering die het straffen voorop stelt. Door wettelijke uitbreidingen wordt volgens hem het richtinggevende van de strafwet gedevalueerd, waardoor de uitvoerende macht meer aandacht moet geven aan beleidsinvulling, terwijl belanghebbenden dit beleid kunnen doorkruisen door beklag tegen niet-vervolgging in te stellen.

Uit deze bijdrage van Klip komt een behoefte naar voren om het materiële strafrecht van betekenis te laten zijn voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel: het materiële recht dient richting te geven aan de handhaving. Hoewel een fixatie op de ernst van het feit inderdaad kan uitmonden in een ongebreidelde punitiviteit, kan er ook een matigende invloed van uitgaan, die de proportionaliteit van het ingrijpen vooropstelt. Zo opperde De Waard dat bij massaal verzet en ordeverstoringen, waartegen optreden vanuit capaciteitsoogpunt begrensd was, de ernst van het feit als maatstaf zou dienen te worden genomen in de handhaving.¹²⁴ Volgens Kelk verdwijnt deze oriëntatie in het huidige strafklimaat: hij signaleert dat de situatie waarin bestraffing van culpoos handelen een uitzondering was, is omgevormd tot het uitgangspunt dat zulke gedragingen in beginsel tot strafrechtelijke aansprakelijkheid moeten leiden, onder meer omdat het OM zich laat leiden door een verhard punitief klimaat.¹²⁵ Het OM lijkt volgens hem toe te geven aan de primaire neiging om voor iedere calamiteit een schuldige te willen aanwijzen.¹²⁶ Boutellier noemt dit een ontwikkeling van een 'ultiem' naar een 'urgent' strafrecht. Hoewel hij erkent dat er door capaciteitstekorten beleidsvoering noodzakelijk is, stelt hij zich tegelijk op het standpunt dat niet een terughoudend, maar een geloofwaardig strafrecht zou moeten worden nagestreefd, waarbij die

123 Klip 2010, p. 592.

124 De Waard 1981, p. 351, 353.

125 Kelk 2010, p. 223; Kelk 2008, p. 24.

126 Kelk 2008, p. 26-27.

geloofwaardigheid zich vooral vertaalt in termen van de ernst van het feit en de gepastheid van de reactie daarop.¹²⁷ Volgens Van der Woude zou de veiligheidscultuur die ook in de Nederlandse strafwetgeving doorklinkt, er in ieder geval niet toe moeten leiden dat er een heilloze wetgevingsspiraal ontstaat, die uitsluitend in het teken staat van meer, eerder en ingrijpender strafrechtelijk optreden.¹²⁸

Duidelijk is dat het actievere optreden van de wetgever op strafrechtelijk gebied van betekenis is voor de handhaving. Wanneer wetgeving alleen als legitimerend, maar niet als sturend wordt gezien, vergroot een uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid de mogelijkheid van willekeurige of onevenwichtige toepassing. Als ontwikkelingen in de strafwetgeving maatgevend zijn voor de toepassing daarvan, is het de vraag of de strafrechtelijke autoriteiten een kritische distantie dienen te bewaren ten opzichte van de wetgeving, of dat zij in beginsel getrouw uitvoering dienen te geven aan de bestaande strafbaarstellingen, inclusief de gedachten die daaraan ten grondslag liggen. Dat laat nog onverlet dat die achterliggende gedachten meer dan eens onduidelijk zijn.

6.4.6 Een gerichtheid op iets anders dan op de ernst van het feit

De ernst van het feit is niet de enige mogelijke relevante grond voor de inzet van strafrechtelijke middelen. Volgens 't Hart betekent de overtreding van een wettelijke delictsomschrijving niet in alle gevallen dat overgegaan moet worden tot het nemen van strafrechtelijke maatregelen. In de visie van 't Hart gaat het er niet zozeer om of het onrecht strafrechtelijk kwalificeerbaar is, maar wat er met die strafrechtelijke kwalificatie moet worden gedaan. Welk strafrechtelijk kwalificeerbaar onrecht opgespoord en vervolgd moet worden, dient dan ook steeds opnieuw in concreto te worden bepaald.¹²⁹ Door die concretisering komen andere gezichtspunten in beeld, die meer rechtstreeks samenhangen met de context van de gedraging, met de persoon van de verdachte of de belangen van het slachtoffer. In een strikt positieve interpretatie heeft het feit dat er strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat, geen betekenis voor de opportuniteit van opsporing en vervolging. In alle concrete gevallen moeten andere belangen worden verdisconteerd in de te nemen strafvorderlijke beslissingen.

Bij een uitdijend strafrecht zal een model op de grondslag van een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel echter onwerkbaar zijn, zonder de inzet van aanwijzingen en richtlijnen die het strafrechtelijk optreden van politie en OM inperken tot gewenste proporties. Door het gebruik van deze

127 Boutellier 2005.

128 Van der Woude 2010, p. 401.

129 't Hart 1976, p. 17-18.

gedelegeerde regelgeving ontstaat alsnog een oriëntatie op de ernst van het feit, omdat specifieke zaaksgerelateerde omstandigheden nu eenmaal moeilijk te verwerken zijn in een aanwijzing. Zo kent de Aanwijzing gebruik sepotgronden een sepotgrond 40, 'gering feit', waarvan de omschrijving luidt: 'Het gebeurde is een zo geringe inbreuk op de rechtsorde of heeft zo weinig schade veroorzaakt, dat een strafvervolgning terzake het strafbare feit waaronder het is te brengen onevenredig zwaar zou zijn in verhouding tot wat heeft plaatsgevonden.' Wat hier geldt voor het seponeren, geldt in nog sterkere mate voor de aanwijzingen die bepalen in welke gevallen tot vervolging en in welke tot een andere afdoening zal worden overgegaan. Deze zijn vrijwel geheel gesteld in termen van de ernst van het feit en de aangerichte schade, die worden verwerkt in een puntensysteem dat uiteindelijk de wijze van afdoening bepaalt.

Het Kader voor strafvordering¹³⁰ stelt voorop dat voor vergelijkbare delicten, ongeacht plaats of beoordelaar, vergelijkbare straffen moeten worden gevorderd. Daarbij zou het bovendien zo moeten zijn, dat de verhouding tussen de strafrechtelijke reacties op die verschillende delicten overeenkomt met de verhouding tussen de ernst van die delicten. Karakteristiek is de tweefasestructuur die het Kader aanbrengt om dat uitgangspunt te verwezenlijken. In de eerste beslissingsfase wordt aan de hand van richtlijnen beoordeeld welke sanctie in soortgelijke zaken passend zou zijn, waarna in de tweede beslissingsfase bepaald wordt of het gevonden uitgangspunt passend is in de specifieke strafzaak. Daarbij is afwijking van de richtlijnen in concrete gevallen toegestaan, maar die afwijking moet wel worden gemotiveerd. Het aanwenden van deze uitgangspunten, zeker nu dat door het OM op grote schaal plaatsvindt met behulp van geautomatiseerde besluitvorming, kan er gemakkelijk toe leiden dat de eerste fase die het Kader onderscheidt, tevens de laatste is. Automatisering leidt onvermijdelijk tot verwaarlozing van het bijzondere, en dit zorgt voor een sterke benadrukking van de ernst van het strafbare feit als factor bij het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Als op deze manier strafrechtelijk beleid wordt gevoerd, is er weinig verschil van benadering tussen het materiële recht en het vervolgingsbeleid: beide oriënteren zich op de abstracte ernst van in algemene termen omschreven gedragingen.

6.5 DE ROL VAN HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL IN (DE)CRIMINALISERINGS-PROCESSEN

6.5.1 Het opportuniteitsbeginsel en nieuwe strafbaarstellingen

In vergelijking met het verleden, is de strafwetgever tegenwoordig uitzonderlijk actief. In hoog tempo worden nieuwe bevoegdheden en strafbaarstellingen geïntroduceerd, en het is maar de vraag of daarbij rekening wordt gehouden

130 Aanwijzing d.d. 4 oktober 2011, *Stcrt.* 2011, 19452.

met de beschikbare capaciteit van het opsporings- en vervolgingsapparaat.¹³¹ Dat roept de vraag op hoe het OM in zijn beleid omgaat met veranderingen in de strafwetgeving, zowel wanneer nieuwe wetgeving wordt ingevoerd, als wanneer wetgeving wordt gewijzigd of ingetrokken. Bij het beantwoorden van deze vraag zal ik uiteraard in het bijzonder ingaan op de rol van het opportuniteitsbeginsel als juridische grondslag onder dat beleid. Twee situaties kunnen worden onderscheiden: gevallen waarin door wetgevend optreden nieuwe strafbaarstellingen worden ingevoerd of bestaande worden uitgebreid, en gevallen waarin strafbare feiten worden geschrapt of anderszins beperkt. In gevallen van de eerste categorie fungeert het opportuniteitsbeginsel als basis voor het beleid dat aan de nieuw ingevoerde delicten uitvoering moet geven. In gevallen van de tweede categorie fungeert het als basis onder een beleid dat zorgt voor een zorgvuldige afschaffing, ofwel vanwege een voornemen van de wetgever, of als provocatie van een dergelijke ingreep.

Dat de strafrechtelijke voorzieningen nieuw zijn, geeft ze een sterke democratische legitimiteit die kan doorwerken in de uitvoering ervan. Of dit doorslaggevend is, kan afhankelijk zijn van de deugdelijkheid van de parlementaire behandeling, eventueel gezien in het licht van een daarmee samenhangende maatschappelijke discussie. De belangenafweging die door de wetgever ten grondslag is gelegd aan de nieuwe strafbaarstelling heeft in dat geval betekenis voor de belangenafweging die het OM maakt in de beleidsvoering. Als de democratische legitimatie van de toepassing van het opportuniteitsbeginsel van belang is, geldt bij de invoering van nieuwe strafbaarstellingen dat de toepassing van het opportuniteitsbeginsel zich vooral zal manifesteren in de afdoening van concrete gevallen, en niet in categorische beleidsbeslissingen. In de uitvoering van de nieuw vastgestelde wetgeving is er minder discretionaire ruimte om algemene voorschriften terughoudend uit te voeren. Voor de minder beladen invoeringsmaatregelen, die samenhangen met organisatorische aspecten zoals de voorhanden zijnde capaciteit en kunde in het handhavingsapparaat, biedt het opportuniteitsbeginsel meer mogelijkheden.

Deze opvatting over de betekenis van het opportuniteitsbeginsel voor recent strafbaar gestelde gedragingen is, zoals werd opgemerkt, wel afhankelijk van de deugdelijkheid van de strafbaarstellingsdiscussie. Wanneer daarin zorgvuldige afwegingen zijn gemaakt, die transparant zijn geworden in de parlementaire behandeling, wordt aan de belangenafweging een dusdanige democratische legitimiteit verleend dat een terughoudend vervolgingsbeleid een miskenning betekent van de noodzaak van democratische legitimatie. Wanneer in de wetgevingsprocedure echter weinig inzicht wordt gegeven in de gedachtegang van de wetgever, in een situatie waarin dat wel mogelijk is, bijvoorbeeld

131 Spronken 2012, p. 1006-1008.

door keuzes te motiveren aan de hand van criteria voor strafbaarstelling,¹³² blijft er een legitimiteitsprobleem bestaan. Het OM is dan in zijn beleid minder sterk gebonden aan de wettelijke keuzes, en heeft meer vrijheid in de uitvoering van de wetgeving. Daarbij kan dan ook door het OM zelf gebruik worden gemaakt van criteria voor strafbaarstelling, die, *mutatis mutandis*, kunnen worden toegepast bij de vaststelling van het vervolgingsbeleid. Bij discussies omtrent strafbaarstelling spelen immers vaak soortgelijke argumenten een rol als bij de vraag welke gedragingen tot opsporing en vervolging zouden moeten leiden.¹³³

Het *ultimum remedium*-beginsel valt te vergelijken met een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel: nooit strafbaar stellen, respectievelijk strafrechtelijk handhaven, tenzij daarvoor doorslaggevende redenen zijn. Het *ultimum remedium*-beginsel is echter op zijn retour.¹³⁴ Die afnemende rol van de *ultimum remedium*-gedachte zou kunnen worden gecompenseerd, door het opportuniteitsbeginsel zodanig te interpreteren dat het daarmee communiceert: wanneer onvoldoende inzichtelijk wordt dat de in het wetgevingsproces gekozen oplossing als uiterste mogelijkheid werd gezien, kan vanuit het opportuniteitsbeginsel een ruimere discretionaire bevoegdheid worden afgeleid dan in gevallen waarin de onontkoombaarheid van de wettelijke regeling uitvoerig in de parlementaire behandeling is onderbouwd. Deze uitgangspunten kunnen dan tezamen verzekeren dat slechts tot strafrechtelijk ingrijpen wordt overgegaan na een zorgvuldige besluitvorming. Er bestaan echter ook andere opvattingen. Volgens Kelk dient het strafrecht alsnog met terughoudendheid te worden toegepast, ook als de wetgever een bepaald gedrag recent strafbaar heeft gesteld. Dat volgt volgens hem uit de beschikbaarheid van het opportuniteitsbeginsel, en uit de rechterlijke straftoemingsvrijheid.¹³⁵

Dat het opportuniteitsbeginsel in zijn positieve interpretatie invloed heeft op de opstelling van het OM tegenover nieuwe strafwetgeving, valt af te lezen uit de reacties op de inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand in 2010.¹³⁶ Exemplarisch was de reactie van het College van Procureurs-generaal, dat liet weten zijn vervolgingsbeleid niet te veranderen, ondanks een debat in de Tweede Kamer waarin de noodzaak van een doortastend optreden tegen kraken uitgebreid aan de orde kwam: 'We gaan niet ontruimen voor leegstand'.¹³⁷ In het hedendaagse politieke klimaat hoeft het geen verwondering

132 Daarvoor zij verwezen naar de bijdragen aan de discussie over criteria voor strafbaarstelling: Hulsman 1965; Van Bemmelen 1973; De Roos 1987; Haveman 1998, en de verschillende bijdragen in Cleiren e.a. 2012.

133 Vergelijk MacCormick 2007b, p. 176-180.

134 Crijns 2012.

135 Kelk 2010, p. 10.

136 *Stb.* 2010, 320.

137 'Justitie laat krakers met rust ondanks wet', *De Volkskrant*, 4 juni 2010.

te wekken dat zulke standpunten onmiddellijk weer onderwerp worden van Kamervragen.¹³⁸

De reactie van het OM is geheel conform de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel: hoe repressief en probleemoplossend de strafwetgeving ook bedoeld is, dat hoeft niet te betekenen dat een wetswijziging enig effect heeft op de handhaving. De daadwerkelijke inzet van het strafrecht moet immers afhangen van een zelfstandige inschatting door het OM van hetgeen de rechtshandhaving vereist. Het veroorlovend systeem en het stuursysteem zijn in een positieve interpretatie strikt gescheiden, waardoor invoering van nieuwe wetgeving in beginsel geen betekenis heeft voor de handhaving. Hier komt als nadeel van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel aan het licht dat daardoor de democratische legitimiteit van de rechtshandhaving vermindert. Die legitimiteit berust dan slechts op de verantwoordelijkheid van de minister voor het strafrechtelijke beleid van het OM, terwijl de handhaving ook aan democratische legitimiteit kan winnen door zich sterker te binden aan de wetgeving.

6.5.2 Anticiperend gedogen

Bij de eerste categorie van gevallen waarin het opportuniteitsbeginsel relevant is voor processen van criminalisering en decriminalisering, zoals hierboven besproken, ging het om het omgaan met veranderingen in strafbaarstellingen. In gevallen van de tweede categorie heeft het opportuniteitsbeginsel zijn functie niet naar aanleiding van een wetswijziging, maar daaraan voorafgaand. Wanneer overtredingen van bepaalde met straf bedreigde normen langdurig worden gedoogd, rijst de vraag of een vernieuwde inzet op handhaving van die normen wel rechtmatig is. Volgens de Hoge Raad is de handhaving van wettelijke voorschriften die verouderd zijn echter niet onrechtmatig, ook niet wanneer een wetswijziging binnen korte tijd te verwachten is.¹³⁹ In beginsel kan een dergelijk beroep op *non-usus* of *desuetudo* niet tot de niet-ontvankelijkheid van het OM leiden.¹⁴⁰ Onaangekondigde vervolging en daarmee beëindiging van een gedoogbeleid zou volgens sommigen echter in strijd kunnen zijn met artikel 7 EVRM.¹⁴¹

Wanneer het voornemen bestaat een wettelijke bepaling te laten vervallen of het toepassingsbereik ervan te beperken, kan een verminderde handhaving, conform de voorgenomen wijziging, vanuit het opportuniteitsbeginsel worden

138 Vragen van de leden Vietsch, Ten Hoopen en Van Bochove (allen CDA) aan de ministers voor Wonen, Wijken en Integratie, van Justitie en van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de Wet kraken en leegstand, 9 juni 2010, nr. 2010Z09228.

139 HR 25 maart 1975, NJ 1975, 273.

140 Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 9 bij Wederrechtelijkheid.

141 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 39.

verwezenlijkt. Een ophanden zijnde legalisering kan namelijk niet als argument worden aangedragen bij een beroep op afwezigheid van alle schuld: het leidt namelijk niet tot de conclusie dat geen enkel verwijt kan worden gemaakt.¹⁴² Omdat die strafuitsluitingsgrond niet openstaat is anticipatoir gedogen een manier waarop de rechtshandhaving langs maatschappelijk verantwoorde lijnen kan worden vormgegeven. Dat komt ook tot uitdrukking in sepotgrond 31, 'wetswijziging', die het mogelijk maakt om te seponeren 'in verband met te verwachten wetswijziging op grond van wijziging van inzicht in strafbaarheid of strafwaardigheid'. De situatie waarin er een wetswijziging aanstaande is, of dat althans van de wetgever een optreden mag worden verwacht in het licht van de maatschappelijk ontwikkelingen op een bepaald gebied, wordt wel aangeduid als de enige waarin het OM bevoegd is om bij wijze van generaal sepot een algemene beleidslijn te ontwikkelen waarin voor een bepaald delict in het geheel niet zal worden vervolgd.¹⁴³

Maar het opportuniteitsbeginsel kan ook op een andere manier bijdragen aan een rechtsontwikkeling die uitmondt in het inperken van de reikwijdte van het strafrecht. Het OM kan ervoor kiezen om een actief vervolgingsbeleid te voeren op een terrein waar maatschappelijke ontwikkelingen een minder grote rol voor het strafrecht indiceren, of waar onduidelijkheid bestaat over de wenselijkheid van het strafrecht op dat terrein. Op die manier kan het OM bijdragen aan een jurisprudentiële ontwikkeling die leidt tot een restrictieve interpretatie van de strafwet, en wellicht ook uitmondt in een wetswijziging. Hier dient echter voorzichtig met het instellen van vervolgingen te worden omgegaan. Bij gedragingen waarvan de strafbaarheid maatschappelijk gezien ter discussie staat, of waarbij bepaalde belangenconflicten spelen, kan het ook juist verstandig zijn om strafrechtelijke handhaving achterwege te laten en de maatschappelijke discussie af te wachten. Wanneer daarvoor in een concreet geval gekozen wordt, kan de zaak worden geseponneerd met registratie onder grond 44, 'maatschappelijk belangenconflict'. Die grond wordt als volgt toegelicht: 'hoewel formeel strafbaar, is het feit een uitvloeisel van een sociaal economisch of politiek conflict met een ideologische achtergrond dat zich moeilijk leent tot incidentele strafrechtelijke beoordeling en beïnvloeding; het is daarbij niet van zodanige ernst, dat strafvervolging desondanks geboden zou zijn als bijv. ernstige geweldsdaden; gedacht is aan bedrijfsbezettingen, kraken van woningen, alternatieve hulp aan minderjarigen e.d.'

Een voorbeeld van een actief vervolgingsbeleid is te vinden in de context van euthanasie. Volgens Weyers heeft het actieve vervolgingsbeleid dat door het OM ter zake daarvan werd gevoerd, een belangrijke rol gespeeld bij de rechtsontwikkeling op dat gebied. Uiteindelijk heeft dit geleid tot de regeling zoals die in de wet is opgenomen. Wat volgens haar opvalt aan de ontwikkeling van het euthanasievraagstuk in Nederland, is dat het OM minder gebruik

142 HR 19 april 1977, NJ 1977, 410 m.nt. GEM.

143 Melai/Groenhuijsen, aant. 8.1 op art. 167.

maakte van gedoogpraktijken dan in andere landen gebeurde. Slechts betrekkelijk korte tijd is er in Nederland sprake geweest van een gedoogbeleid, maar in die periode werd in enkele zaken, die van belang waren voor de rechtsontwikkeling, juist wel vervolging ingesteld. Daardoor kon de Hoge Raad zich uiteindelijk uitspreken over de toepasselijkheid van overmacht in euthanasiezaken, en werd door de jurisprudentiële ontwikkeling de reikwijdte van het strafrecht ingeperkt. Daardoor doet het OM euthanasiezaken sindsdien niet met een beleidssepot maar met een technisch sepot af: de strafbaarheid van de gedraging is niet meer aanwezig. Op die manier kon het op zorgvuldige wijze toepassen van het opportunitetsbeginsel ertoe leiden, dat er een ontwikkeling in de rechtspraak kwam waarna geen gedoogbeleid meer hoefde te worden gevoerd, ook niet in de fase waarin de wetgever nog niet was opgetreden.¹⁴⁴

Sinds de inwerkingtreding van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, en de oprichting van de regionale toetsingscommissies, is er een veel beperkter aantal zaken waarin een beleidssepot kan worden overwogen, omdat de meeste meldingen van euthanasie tot de conclusie zullen leiden dat er geen strafbaar feit heeft plaatsgevonden.¹⁴⁵ De beslissing omtrent vervolging is zodanig geproceduraliseerd dat ervan uit mag worden gegaan dat slechts in zeer uitzonderlijke gevallen nog een beslissing tot vervolging zal worden gegeven. Die kunnen echter nog steeds dienen ter verdere ontwikkeling van het materiële recht.¹⁴⁶ In ieder geval kan uit de huidige stand van het materiële recht inzake euthanasie nog steeds niet volgen, dat het OM vrijwel nooit tot vervolging kan overgaan; daarvoor is ook de beoordeling van de noodtoestand te zeer verweven met de concrete omstandigheden van het geval.¹⁴⁷ Het besluit om in grensgevallen toch te vervolgen zal sterk afhangen van de toepassing van het opportunitetsbeginsel.¹⁴⁸ Voorlopig lijkt het erop dat het OM een zeer terughoudend beleid voert.¹⁴⁹ Of een intensivering zal leiden tot een verdere decriminalisering van euthanasie,¹⁵⁰ of niet,¹⁵¹ is moeilijk te voorspellen. Maar wanneer een wat actiever vervolgingsbeleid wordt gevoerd, bijvoorbeeld in gevallen waarin euthanasie is

144 Weyers 2002, p. 353-354; Griffiths, Bood & Weyers 1998, p. 86-88.

145 Voor kritiek op het hoge aantal als zorgvuldig ingeschatte meldingen in het eerste jaarverslag zie Hubben 2000. Zie ook Sorgdrager 2000.

146 Zie de Aanwijzing vervolgbeslissing inzake levensbeëindiging op verzoek (euthanasie en hulp bij zelfdoding), *Stcrt.* 2012, nr. 26899. Zie ook Groenhuijsen & Van Laanen 2007, p. 19, 213-214 en Van der Wal & Van der Maas 1996, p. 136-151.

147 In dat opzicht is er weinig veranderd sinds Van Binsbergen 1974, Schalken 1985, p. 154-157 en Stolwijk 1996. Voor voorbeelden zie Legemaate 2006, p. 73-75, Cuperus-Bosma, Van der Wal & Van der Maas 1997 en Cuperus-Bosma, Van der Wal & Van der Maas 1998, Den Hartogh 2013.

148 Ter Kuile 2002, p. 57-58; Tak 2002a, p. 90-91.

149 Duijst 2009, p. 95-96.

150 Onwuteaka-Philipsen e.a. 2007.

151 Buijsen 2007.

toegepast bij demente patiënten, kan het zijn dat daarover discussie ontstaat.¹⁵² De vraag is wel in hoeverre grensgevallen gemeld worden bij de toetsingscommissies; onder artsen bestaat geen groot vertrouwen in een goede inschatting door juristen van beslissingen rond het levenseinde.¹⁵³

6.6 VERVOLGING VAN PUBLIEKRECHTELIJKE RECHTSPERSONEN

6.6.1 De aanwijzingsbevoegdheid als probleem

Een specifiek materieelrechtelijk probleem waarin het opportuniteitsbeginsel een rol speelt, is de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen. Naar huidig Nederlands recht is de Staat niet strafrechtelijk aansprakelijk,¹⁵⁴ terwijl lagere overheden slechts aansprakelijk zijn voor gedragingen die zij uitvoeren in het kader van een exclusieve overheidstaak.¹⁵⁵ Af en toe steken discussies over deze immuniteiten de kop op, waarbij het bestaan van een controlestelsel rondom de toepassing van het opportuniteitsbeginsel als argument wordt gebruikt tegen het aannemen van aansprakelijkheid van de Staat. Met name de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie (artikel 127 RO) wordt daarbij als problematisch gezien.¹⁵⁶ Wanneer de Staat immers voor zijn gedragingen strafrechtelijk aansprakelijk zou zijn, zou de Minister van Justitie via die bevoegdheid invloed kunnen uitoefenen op de te nemen vervolgingsbeslissing. De mogelijkheid van politieke beïnvloeding ligt in een democratische rechtsstaat gevoelig: de kans bestaat dat de minister van Justitie zijn aanwijzingsbevoegdheid gebruikt om vervolging tegen te houden, teneinde de regering niet in verlegenheid te brengen. Ook zouden zijn bevoegdheden juist kunnen worden aangewend om gedragingen te vervolgen die zijn gepleegd onder verantwoordelijkheid van een collega-bewindspersoon van een andere politieke partij, om bij naderende verkiezingen daaruit politiek gewin te verkrijgen. Daarnaast scheidt een mogelijk gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid spanning binnen de ministerraad: bewindspersonen die verantwoordelijk zijn voor een departement of dienst waar een strafbare gedraging is verricht, zullen mogelijk druk willen uitoefenen op de minister van Justitie om vervolging te voorkomen.

152 Nijboer 1996; Hubben 2007. Zie bijvoorbeeld Rozemond 2012 en Den Hartogh 2012. Of dat leidt tot meer rechtszekerheid is volgens Groenhuisen 2007, p. 23, nog maar de vraag.

153 Van Tol 2005, p. 226-227.

154 HR 25 januari 1994, *NJ* 1994, 598 m.nt. G.J.M. Corstens.

155 HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367 m.nt. J. de Hullu.

156 Brants & De Lange 1996, p. 84-86.

6.6.2 Mogelijke oplossingen

Voor deze problemen zijn verschillende oplossingen aan te dragen. De commissie-Roelvink, die adviseerde over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat, stelde voor om de aanwijzingsbevoegdheid van artikel 127 RO in het geheel uit te sluiten wanneer het een gedraging van een onderdeel van de Staat betrof. Het OM zou daarnaast ook heel goed in staat zijn om in dergelijke gevoelige procedures een zorgvuldige toepassing aan het opportuniteitsbeginsel te geven.¹⁵⁷ De regering stelde zich echter op het standpunt dat de aanwijzingsbevoegdheid niet zou moeten worden ingeperkt, maar ongelimiteerd beschikbaar zou dienen te blijven, omdat de verantwoordelijkheid van de minister jegens het parlement ook onbeperkt is.¹⁵⁸ Simmelink zoekt daarin een middenweg: hij stelt voor om de aanwijzingsbevoegdheid slechts in te perken ten aanzien van het geven van negatieve aanwijzingen, en de minister van justitie de ruimte te laten om een positieve aanwijzing tot vervolging te geven. Zulke aanwijzingen zijn door de waarborgen van artikel 128 RO onderworpen aan discussie met het College van procureurs-generaal. Ook worden ze opgenomen in het procesdossier en kunnen daardoor worden verdisconteerd in de beslissing van de strafrechter.¹⁵⁹

Een andere oplossing ligt in de modellering naar het voorbeeld van de procedure waarmee een beslissing wordt genomen tot vervolging van ministers en staatssecretarissen voor door hen gepleegde ambtsdelicten. Deze procedure is geregeld in artikel 119 Gw, artikel 76 RO, de artikelen 483-485 Sv en de Wet ministeriële verantwoordelijkheid. De commissie-Roelvink vond een dergelijke inbedding niet noodzakelijk, omdat strafzaken tegen publiekrechtelijke rechtspersonen juist zoveel mogelijk als gewone strafzaken zouden moeten worden behandeld.¹⁶⁰ Voor weer een andere variant is gekozen in het Wetsvoorstel in verband met het opheffen van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers.¹⁶¹ In dat voorstel wordt de aanwijzingsbevoegdheid van de Minister van Justitie niet beperkt, maar is de vervolgingsbeslissing, in alle gevallen waarin een publiekrechtelijke rechtspersoon de verdachte is, opgedragen aan de officier van justitie bij het functioneel parket. Wanneer het wetsvoorstel ongewijzigd in werking treedt en daarmee de strafrechtelijke immuniteit van de Staat is opgeheven, blijft de bijzondere procedure voor de vervolging van ambtsmisdrijven bestaan naast de nieuwe mogelijkheid om de Staat en niet-bewindspersonen als feitelijk leidinggevers te vervolging in een reguliere strafprocedure. Er ontstaan daardoor wel ingewikkelde afgrenzingsproblemen tussen de verschillende organen

157 Roelvink e.a. 2002, p. 33-37.

158 *Kamerstukken II* 2001/02, 25 294, nr. 15, p. 2.

159 Simmelink 2004, p. 226-228.

160 Roelvink e.a. 2002, p. 36.

161 Het gewijzigd voorstel van wet is te vinden in *Kamerstukken I* 2012/13, 30 538, nr. A.

aan wie de vervolgingsbeslissing en daarmee ook de toepassing van het opportuniteitsbeginsel dan is opgedragen.¹⁶²

Een belangrijke verschil tussen beide procedures lijkt mij, dat tegen niet-vervolgving voor ambtsmisdrijven via de procedure bij de Hoge Raad, in beginsel geen beklagmogelijkheid openstaat bij het Gerechtshof in de normale artikel 12 Sv-procedure.¹⁶³ Wanneer vervolging van de Staat, en van feitelijk leidinggevers aan een strafbaar feit door de Staat gepleegd, wordt opgedragen aan de officier van justitie bij het functioneel parket, lijkt het logisch dat tegen diens beslissingen wel beklag mogelijk is. Dat zou de deur openen voor veel klaagschriften die wellicht voor een groot deel ongegrond zijn, maar wel veel rechtvaardigheid kunnen veroorzaken. Het kan ook zo zijn dat klaagschriften worden ingediend gebaseerd op internationale vervolgingsverplichtingen die dan niet hun bindende werking door het Gerechtshof kan worden ontzegd. In beginsel brengen deze internationale verplichtingen tot het doen van onderzoek of het instellen van vervolging geen beperkingen met zich mee ten aanzien van de toedeling van de bevoegdheid om te beslissen over het instellen van vervolging.¹⁶⁴ Daarom kunnen beroepen op dergelijke verplichtingen van de kant van burgers voorlopig door de beklagrechter worden afgewezen op de grond dat politieke organen met de vervolgingsbeslissing zijn belast wanneer het gaat om ambtsmisdrijven. Als het mogelijk wordt om op de voet van artikel 12 Sv beklag in te dienen tegen een beslissing om de Staat niet te vervolgen, kan daarbij eventueel een beroep worden gedaan op vervolgingsverplichtingen uit internationaal en Europees recht.¹⁶⁵ Hoe een dergelijke verandering moet worden gewaardeerd is niet met zekerheid te zeggen. De mogelijkheid bestaat dat 'beroepsklagers' grote hoeveelheden ongegronde klaagschriften zullen indienen. Aan de andere kant is het misschien ook juist de bedoeling in een rechtsstaat dat het eventueel strafrechtelijk relevant handelen van de overheid bij de onafhankelijke rechter ter discussie kan worden gesteld. In ieder geval verschuift de discussie over het strafrechtelijk verwijtbaar handelen van de Staat van het terrein van de immuniteiten naar de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.¹⁶⁶

162 Daarover de indieners van het wetsvoorstel in reactie op een brief van het College van Procureurs-Generaal: *Kamerstukken II* 2012/13, 30 538, nr. 15.

163 HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 244 m.nt. ThWvV, HR 27 oktober 1989, *NJ* 1990, 108 m.nt. ThWvV, HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 538, HR 7 april 2006, *NJ* 2006, 243.

164 HR 19 oktober 2007, *NJ* 2008, 26 m.nt. E.A. Alkema.

165 Zelfs al zou Europees recht dwingen tot vervolging, wat helemaal niet duidelijk is, dan dwingt het in ieder geval niet tot introductie van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat, volgens Hof 's-Gravenhage 12 december 2012, *LJN* BY6448.

166 Van Sliedregt 2013, p. 197.

6.6.3 Vervolging van Europese instellingen

Naast de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat, die nog steeds is uitgesloten, speelt de vraag of internationale organisaties, waaronder de Europese Unie en de talrijke daarbij behorende diensten en agentschappen, in het nationale strafrecht aansprakelijk kunnen worden gehouden. Vanwege het politiek gevoelige karakter van strafvervolgingen van internationale organisaties voor nationale rechtbanken zijn deze meer materieelrechtelijke vragen nauw verbonden met de vormgeving van de concrete vervolgingsbeslissing. Tamelijk recent nog heeft de Hoge Raad beslist dat aan Euratom in beginsel naar internationaal recht immuniteit toekomt, zij het dat die zich alleen uitstrekt voor zover het gaat om gedragingen die onmiddellijk verband houden met de aan Euratom opgedragen taken.¹⁶⁷ De merkwaardige procesgang in deze zaak laat zien dat de beantwoording van deze rechtsvragen met gevoeligheden is omkleed: Euratom was gedagvaard voor het begaan van enkele milieudelicten, maar beriep zich in een bezwaarschriftprocedure op strafrechtelijke immuniteit, waarna het OM de dagvaarding introk en de officier van justitie een kennisgeving van niet verdere vervolging verzond. De raadkamer heeft zich daardoor niet over het bezwaarschrift uitgelaten. Naar verluidt is de intrekking van de dagvaarding gevolgd op een overleg van de Europese Commissie met het ministerie van Buitenlandse Zaken, waarin de Commissie de immuniteit van Europese organisaties duidelijk naar voren heeft gebracht. Hoe de ambtelijke communicatie verder is gelopen, is niet helemaal duidelijk, maar heeft er blijkbaar toe geleid dat het OM de dagvaarding introk.¹⁶⁸ Naar aanleiding daarvan diende Greenpeace beklag in bij het Gerechtshof Amsterdam tegen de beslissing tot niet-vervolging. Het Hof oordeelde dat Euratom inderdaad geen immuniteit toekwam en beval het OM tot verdere vervolging over te gaan.¹⁶⁹ Tegen die beschikking van het Hof werd door de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad cassatie in het belang der wet ingesteld, waarna de Hoge Raad tot het oordeel kwam dat Euratom wel immuniteit genoot.

Hoe moet deze gang van zaken worden gewaardeerd? Wanneer het belang van een loyale en effectieve handhaving door de lidstaten wordt benadrukt, is het misschien opmerkelijk dat zij de mogelijkheden ontberen om Europese instellingen via de strafrechtelijke weg te bestraffen wanneer deze een overtreding begaan.¹⁷⁰ Aan de andere kant is er ook wat voor te zeggen om strafrechtelijke procedures op Europees niveau te concentreren,¹⁷¹ maar die rechtsgang bestaat nu eenmaal niet en daarvoor is ook geen rechtsgrondslag aan-

167 HR 13 november 2007, *NJ* 2008, 147 m.nt. N. Keijzer. Daarover ook Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 10.4 op art. 51.

168 Zie over deze kwestie ook *Handelingen II* 2004-2005, 31, p. 2043-2048.

169 Daarover Veldt-Foglia 2006 en Klip 2006b, p. 1069-1070.

170 Klip 2006b, p. 1069.

171 Zoals die, onder andere voor Euratom-ambtenaren, ooit wel voorzien is, zie onder meer Rozie 1977.

wezig in de Verdragen. Helaas heeft geen van de Nederlandse rechterlijke colleges die zich over deze zaak gebogen heeft, aanleiding gezien tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, dat had allicht wat meer helderheid kunnen bieden en in ieder geval de eenvormige interpretatie kunnen bevorderen van de immuniteit van Europese diensten en agentschappen.¹⁷² Vooral nog zullen dergelijke gevallen, mede vanwege het zeldzame karakter daarvan, kunnen uitgroeien tot gevoelige politieke kwesties in buitengewone procedures, waarin onder andere de toepassing van het opportuniteitsbeginsel een punt van discussie kan zijn.

6.7 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL EN STRAFUITSLUITINGSGRONDEN

6.7.1 Toepassing in elkaars verlengde?

Het opportuniteitsbeginsel vertoont in zijn uitwerking overeenkomsten met het stelsel van strafuitsluitingsgronden: gedragingen waarvoor een wettelijke delictsomschrijving strafrechtelijke aansprakelijkheid vestigt, hoeven niet te leiden tot een daadwerkelijke veroordeling. Rechters en officieren van justitie juridiseren niet elke gedraging die onder een strafrechtelijke delictsomschrijving kan worden gekwalificeerd. De rechter vindt daartoe uitwegen in strafuitsluitingsgronden, eventueel zelfs buitenwettelijke, terwijl het OM die uitweg vindt in het sepotbeleid.¹⁷³ Deze twee manieren om veroordeling te voorkomen zijn daarmee in hoge mate verschillend. Het opportuniteitsbeginsel is procesrechtelijk ingebed, terwijl de strafuitsluitingsgronden onmiskenbaar materieelrechtelijk van aard zijn. Vervolgingsuitsluitingsgronden zijn daar tussenin te situeren. Deze betekenen niet dat de strafwaardigheid ontbreekt, maar dat er een andere reden bestaat waarom strafrechtelijk ingrijpen niet opportuun is.¹⁷⁴ De strafuitsluitingsgronden vormen een instrument in de handen van de strafrechter, terwijl deze de toepassing van het opportuniteitsbeginsel slechts toetst op verenigbaarheid met beginselen van een goede procesorde.

Beide spelen ook een rol in de fasen voorafgaand aan de berechting, want een mogelijk succesvol beroep op een strafuitsluitingsgrond kan in het kader van de beoordeling van de haalbaarheid heel goed tot een (technisch) sepot leiden. Het OM zal in evidente gevallen vaak van vervolging afzien.¹⁷⁵ Daarbij zal meestal gekozen worden voor een technisch sepot en niet voor een beleidssepot, omdat de opportuniteitscomponent nog niet aan de orde gekomen is. Toch valt ook in dit verband een activistische tendens in het vervolgingsbeleid

172 Aldus ook Klip 2006b, p. 1069 en Veldt-Foglia 2006, p. 165-166.

173 Broekman & 't Hart 1980, p. 115.

174 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 142.

175 Van Bemmelen/Van Veen/De Jong & Knigge 2003, p. 150; De Hullu 2009, p. 375; Van Rest 1991, p. 1.

te bespeuren, bijvoorbeeld bij het vervolgen van geweld gepleegd tijdens een burgeraanhouding dan wel noodweersituatie.¹⁷⁶ Het beeld dat er sprake zou zijn van een nogal repressief beleid ten opzichte van de aanhoudende dan wel zich verdedigende burger, heeft er toe geleid dat het OM een Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer heeft opgesteld.¹⁷⁷ De aanwijzing heeft een bijzondere strekking, namelijk dat de toepassing van het dwangmiddel aanhouding moet worden beperkt wanneer de burger bij het verrichten van de aanhouding heeft gehandeld uit noodweer of noodweerecces.¹⁷⁸ De eventuele toepasselijkheid van een strafuitsluitingsgrond heeft dus al zijn uitwerking lang voordat berechting of vervolging plaatsvindt, namelijk – nadrukkelijk in een beleidsregel vastgelegd – in de opsporingsfase.

Er bestaat daarmee een wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en de strafuitsluitingsgronden: het bestaan van het opportuniteitsbeginsel betekent dat de strafuitsluitingsgronden geen volledig, sluitend systeem hoeven te vormen.¹⁷⁹ Het opportuniteitsbeginsel kan worden toegepast in gevallen waarin minder duidelijk een beroep op een rechtvaardigingsgrond of een schulditsluitingsgrond mogelijk lijkt, maar waarin desondanks wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid niet of nauwelijks aanwezig zijn. Tot op zekere hoogte kunnen gedragingen waarvoor geen strafuitsluitingsgronden beschikbaar zijn, maar die desondanks niet strafwaardig worden geacht, daardoor buiten het bereik van het strafrecht worden gehouden.¹⁸⁰ De aanwijzing gebruik sepotgronden geeft daarvoor de ruimte middels sepotgrond 42, 'geringe strafwaardigheid van het feit', die als volgt wordt toegelicht: 'hoewel aan de formele eisen van een strafbaar feit is voldaan en een rechtvaardigingsgrond of schulditsluitingsgrond (overmacht, noodweer e.d.) in strikte zin ontbreekt, is het gebeurde ten aanzien van een strafuitsluitingsgrond een zodanig randgeval dat een strafvervolgning onevenredig zwaar zou zijn.' De strafuitsluitingsgronden en de daarop aansluitende mogelijkheden van het opportuniteitsbeginsel fungeren gezamenlijk als uitzonderingen op de regel dat aansprakelijkstelling in het strafrecht mogelijk is wanneer een gedraging kan worden gekwalificeerd onder een wettelijke delictsomschrijving.¹⁸¹

Als voorbeeld kan gedacht worden aan een kwestie als absolute overmacht in psychische zin, die een academisch karakter heeft en dat waarschijnlijk ontleent aan het zelden voorkomen ervan, maar misschien ook wel aan de

176 Naeyé 2010, p. 8-9.

177 *Stcr.* 2010, 20474.

178 Vergelijk in dit verband ook de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren, laatst gewijzigd bij Besluit van 4 oktober 2012, *Stb.* 2012, 458. Daarin zijn enkele bepalingen opgenomen die duidelijk verband houden met noodweer, zoals artikel 8 lid 1.

179 Van Veen 1986; De Hullu 2012, p. 284-285, 369-370.

180 Zie voor enkele voorbeelden daarvan Van Bemmelen 1931, p. 15-17.

181 Vellinga 1985.

filterende werking van het opportuniteitsbeginsel.¹⁸² Ook een schulditsluitende noodtoestand is in de jurisprudentie niet ontwikkeld, omdat het OM gevallen die daartoe aanleiding zouden kunnen geven, om opportuniteitsredenen seponereert.¹⁸³ Vooral bij de overmacht komt duidelijk naar voren dat de wetgever restrictief wenste op te treden, vertrouwend op een terughoudend vervolgingsbeleid.¹⁸⁴ De Hullu wijst op de conclusie van A-G Tak voor het opticiens-arrest. Deze wijst het beroep op overmacht nog af, opmerkend dat de gedragingen in kwestie nooit tot straffeloosheid kunnen leiden, maar slechts het nut van de vervolging of de strafmaat kunnen beïnvloeden.¹⁸⁵ De Hoge Raad besliste anders.¹⁸⁶ Ook het relatief slapende bestaan van de strafuitsluitingsgrond van handelen ter uitvoering van een wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr) zou toe te schrijven zijn aan de matigende werking van het opportuniteitsbeginsel.¹⁸⁷ Belangrijker wellicht is dat de tamelijk strikte omschrijving van de ontoerekenbaarheid nogal wat gevallen niet bestrijkt, zoals dat van een geestelijke stoornis die opgekomen is nadat de strafrechtelijk relevante gedraging is verricht. De opportuniteitsvraag moet in dergelijke gevallen uitkomst bieden.¹⁸⁸ Een strafrechtelijke reactie bij bijvoorbeeld strafbare feiten gepleegd binnen psychiatrische inrichtingen moet niet bij voorbaat kansloos worden geacht wegens vermeende ontoerekenbaarheid, maar is vaak haalbaar en kan zelfs bijdragen aan de psychiatrische behandeling. Daarom is het belangrijk dat wordt onderkend dat bij niet-vervolging van dergelijke zaken gebruik wordt gemaakt van het opportuniteitsbeginsel, en dat een transparant vervolgingsbeleid wordt geformuleerd.¹⁸⁹

Ingewikkelder voorbeelden van de samenhang van het opportuniteitsbeginsel met de strafuitsluitingsgronden zijn ook voorhanden. Als een politieambtenaar geen mededelingen doet over een onrechtmatige toestand, is dat niet voldoende om een beroep op verontschuldigbare rechtsdwalings op te leveren. Zo'n beroep kan alleen slagen wanneer de ambtenaar ter zake stellige mededelingen heeft gedaan.¹⁹⁰ Zulke zwijgen kan echter ook worden gezien als een politiesept, waardoor een beroep op het vertrouwensbeginsel eventueel een niet-ontvankelijkheid oplevert. Materieel recht en toepassing van het opportuniteitsbeginsel liggen hier heel dicht tegen elkaar aan.¹⁹¹ Ook andere voorbeelden illustreren dat toepassing van het opportuniteitsbeginsel vaak in het

182 De Hullu 2012, p. 289.

183 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 303.

184 Hazewinkel-Suringa/Rommelink 1996, p. 300-301; Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 4 bij art. 40 en aant. 10 bij art. 189.

185 De Hullu 2012, p. 294.

186 HR 15 oktober 1923, *NJ* 1923, p. 1329.

187 De Hullu 2012, p. 327, 329.

188 De Hullu 2012, p. 335.

189 Harte, Van Leeuwen & Nederpelt 2010.

190 HR 22 november 1949, *NJ* 1950, 180, m.nt. BVAR.

191 De Hullu 2009, p. 360.

verlengde ligt van een beroep op een strafuitsluitingsgrond. Zo wordt een beroep op overmacht in de zin van noodtoestand niet gemakkelijk aannemelijk gevonden bij een ongewenst verklaarde vreemdeling die wordt vervolgd voor overtreding van artikel 197 Sr. Wanneer zo'n vreemdeling echter keer op keer wordt vervolgd voor hetzelfde misdrijf, omdat hij het land niet kan verlaten, kan de opportuniteit van een nieuwe vervolging ontbreken. Het Hof Amsterdam verklaarde in een dergelijke zaak zelfs het OM niet-ontvankelijk wegens strijd met de beginselen van een goede procesorde, omdat de nieuwe vervolging geen enkel redelijk doel zou dienen.¹⁹² Volgens Van Kempen en Pieters zou het beter zijn om voor dit soort gevallen de reikwijdte van de overmacht te verruimen, zodat er geen behoefte meer is aan de toepassing van het opportuniteitsbeginsel en de controle daarop.¹⁹³

6.7.2 Buitenwettelijke rechtvaardigingsgronden en wederrechtelijkheid

Het opportuniteitsbeginsel kan dus dienen als aanvulling op de strafuitsluitingsgronden. Wanneer men niet op die aanvullende werking wil vertrouwen, kan worden gezocht naar een ruime uitleg van de strafuitsluitingsgronden, of een wettelijke uitbreiding daarvan. Zo bezien vormen de strafuitsluitingsgronden en het opportuniteitsbeginsel communicerende vaten. Een methode van uitbreiding van de reikwijdte van de strafuitsluitingsgronden, waardoor minder sterk op het opportuniteitsbeginsel hoeft te worden geleund, kan worden gevonden in het aanvaarden van buitenwettelijke strafuitsluitingsgronden. De grootste rol daarin lijkt te zijn weggelegd voor de afwezigheid van alle schuld. Aan de buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid wordt in de hedendaagse doctrine niet of nauwelijks waarde toegekend.¹⁹⁴ Dat er geen noodzaak bestaat om een dergelijke buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond te gebruiken zou een gevolg kunnen zijn van een terughoudend vervolgingsbeleid ter zake van maatschappelijk onbesliste vraagstukken, maar zou ook veroorzaakt kunnen zijn doordat bepaalde delictsbestanddelen terughoudend worden geïnterpreteerd met het oog op die vraagstukken. Volgens R Emmelink bieden die beide methoden, tezamen met de door hem voorgestelde rol van een 'contraveniërende norm', adequate oplossingen, die de noodzaak van het aanvaarden van een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond wegnemen.¹⁹⁵ Ook Holland ziet mogelijkheden voor het gebruiken van het opportuniteitsbeginsel wanneer restrictieve interpretatie niet mogelijk lijkt te zijn, naast toepassing van het rechterlijk pardon in

192 Hof Amsterdam 10 november 1998, *NJ* 1999, 454; zie ook Noyon/Langemeijer/R Emmelink, aant. 5 bij art. 197.

193 Van Kempen & Pieters 2006.

194 De Hullu 2012, p. 347-348.

195 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 351-353.

gevallen waarin toch wordt vervolgd.¹⁹⁶ Groenhuijsen stelt dat de controverse rondom het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid zijn scherpe kanten heeft verloren doordat die kwestie in beginsel behoort te worden opgenomen in de vervolgingsbeslissing.¹⁹⁷ Daarmee krijgt toepassing van het opportunititeitsbeginsel een duidelijk normatief karakter: het beleidssepot vult de wederrechtelijkheid nader in, door in concrete gevallen als aanvulling op de rechtvaardigingsgronden te functioneren. In die gevallen waarin wel kwalificatie onder een delictsomschrijving mogelijk zou zijn, en ook geen beroep op een rechtvaardigingsgrond kan worden gedaan, maar waarin desondanks onvoldoende redenen bestaan om te oordelen dat er wederrechtelijk gehandeld is, kan vervolging achterwege worden gelaten, en daarmee wordt een andere, maar vergelijkbare uitkomst verkregen: er wordt geen toepassing gegeven aan het materiële strafrecht.

Een specifieke manier om tot een terughoudende toepassing van materieelrechtelijke normen te komen is om deze te interpreteren in het licht van het achterliggende belang.¹⁹⁸ De centrale rol die het erkennen van een bepaald belang in deze methode speelt, maakt dat er een verband bestaat met het opportunititeitsbeginsel, dat immers legitimeert tot het achterwege laten van vervolging, wanneer dat in het algemeen belang is. Een oriëntatie op het door de materieelrechtelijke norm beschermde rechtsbelang legt daardoor een rechtstreeks verband met de grond voor niet-vervolging. Kenmerkend is echter, dat wanneer het ontbreken van een rechtsbelang een rol speelt bij de kwalificatiebeslissing, in het algemeen een nauwkeuriger bepaling van het betreffende belang zal moeten worden gegeven, dan wanneer vervolging achterwege wordt gelaten. Het algemeen belang is daarvoor te sterk een verzamelbegrip, en daarnaast dwingt de formeelrechtelijke inbedding van de vervolgingsbeslissing niet tot een precieze motivering van het sepot. Hoe dan ook zou het sepot volgens Schaffmeister en Heijder zelden als oplossing nodig zijn, omdat de rechter veel mogelijkheden heeft om via een concretisering van de wederrechtelijkheid tot een terughoudende interpretatie van de delictsomschrijving te komen. Voor een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond bestaat daarom nauwelijks noodzaak, formeelrechtelijke oplossingen als het sepot zouden voldoende zijn en bovendien als gelijkwaardig moeten worden gezien aan materieelrechtelijke oplossingen door middel van wetgevend ingrijpen. Voor een dergelijke gelijkwaardigheid zouden de democratische en rechterlijke controle rondom het vervolgingsbeleid voldoende garanties bieden.¹⁹⁹

Aan de gelding van strafrechtelijke normen en de daarmee samenhangende wederrechtelijkheid kan tot op zekere hoogte ook worden afgedaan door een weinig intensief vervolgingsbeleid. In dat verband is het de vraag, of de

196 Holland 1989, p. 303.

197 Groenhuijsen 2002, p. 444.

198 Uitgebreid daarover Schaffmeister & Heijder 1983.

199 Schaffmeister & Heijder 1983, p. 472-473.

overheid kan volstaan met het opstellen van normen waarvan de overtreding met straf bedreigd wordt, of dat een minimale intensiteit van vervolging en bestraffing noodzakelijk is om de inhoud van die normen tot een levend onderdeel van het rechtsbewustzijn te laten zijn. Wanneer aan het strafrecht een sociaal-ethische doelstelling wordt toegedicht, waarin het als taak heeft de in de samenleving levende overtuigingen te beïnvloeden, kan het als noodzakelijk worden beschouwd dat daadwerkelijk vervolging en bestraffing wordt toegepast naar aanleiding van een strafbaar feit, om de relevante normen te laten doordringen tot maatschappelijke overtuigingen. De mate waarin de materieelrechtelijke normen kunnen rekenen op maatschappelijke erkenning is in die visie mede afhankelijk van de vervolgingsintensiteit.²⁰⁰ Of dat een overtuigende visie is, is de vraag. In ieder geval zou de redenering ook kunnen worden omgedraaid: de intensiteit waarmee materieelrechtelijk normen worden gehandhaafd kan afhankelijk worden gemaakt van de mate waarin deze normen geacht kunnen worden door een aanzienlijk gedeelte van de samenleving te worden onderschreven.

6.7.3 Het algemeen belang verwerkt in een strafuitsluitingsgrond

Die normatieve verbinding komt ook tot uitdrukking in het voorstel van De Doelder, dat een algemene strafuitsluitingsgrond zou kunnen worden geïntroduceerd als een soort rest-rechtvaardigingsgrond. Op grond hiervan zou het niet strafbaar moeten zijn om een gedraging te verrichten die het algemeen belang meer bevordert dan het achterwege laten van die gedraging.²⁰¹ Daarin valt zelfs in het gebruik van de term 'algemeen belang' een duidelijk raakvlak met het opportuniteitsbeginsel te herkennen.

Diezelfde term komt voor in de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 261 lid 3 en artikel 273 lid 2 Sr. Volgens Bogert betekent de term 'algemeen belang' in deze bijzondere strafuitsluitingsgrond echter niet hetzelfde als in artikel 167 lid 2 Sv. Een verschil zou volgens hem zijn dat het algemeen belang, zoals dat bij toepassing van het opportuniteitsbeginsel wordt gebruikt, vooral gerelateerd is aan 'de kosten en de verschillende andere effecten van opsporing, vervolging en berechting van strafbare feiten en subsocialiteit', terwijl het algemeen belang in deze bijzondere strafuitsluitingsgronden nader ingevuld kan worden in de context van het specifieke strafbare feit. Een meer overtuigend verschil is er volgens hem in gelegen, dat het criterium van het algemeen belang in zijn rol als grondslag voor de opportuniteitsbeslissing een typisch strafvorderlijke functie heeft, terwijl het criterium bij de bijzondere strafuitsluitingsgronden van een andere orde is. Het gaat bij dat laatste volgens Bogert 'om maatschappelijk en/of persoonlijke overwegingen met betrekking tot of

200 Daarover Vermunt 1984, p. 153-160.

201 De Doelder 2008, p. 58-59.

interpretaties van het 'algemeen belang' in een bijzondere strafuitsluitingsgrond'. Het OM dient de mogelijkheid te hebben om een zaak voor de rechter te brengen wanneer het dat in het algemeen belang wenselijk acht, bijvoorbeeld om bij te dragen aan de rechtsvorming ten aanzien van het 'algemeen belang' uit de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Hoewel het algemeen belang gediend kan zijn met het plegen van een bepaalde belediging, waardoor de strafbaarheid zou kunnen komen te vervallen op grond van artikel 261 lid 3 Sr, is het ook mogelijk dat het algemeen belang zoals dat is verwoord in artikel 167 Sv zodanig kan worden toegepast dat tot vervolging wordt overgegaan in het belang van de rechtsontwikkeling. Bogert komt vervolgens tot de conclusie dat verschillende rechtstoepassers verschillend kunnen oordelen omtrent de betekenis en de invulling van een bepaald bestanddeel. Verder zou volgens hem de bijzondere strafuitsluitingsgrond van het algemeen belang naar civielrechtelijke lijnen worden geïnterpreteerd, terwijl het algemeen belang als vervolgingscriterium wordt uitgelegd in zijn functie binnen de strafrechtelijke handhaving.²⁰²

De conclusie dat een bepaalde bijzondere strafuitsluitingsgrond door verschillende rechtstoepassers anders wordt uitgelegd lijkt mij weinig opzienbarend. Dat civielrechtelijke inspiratie bij de interpretatie van de bijzondere strafuitsluitingsgrond een rol speelt, dient, zoals Bogert aangeeft, vooral in het licht van deze specifieke beledigingsdelicten te worden gezien. De omstandigheid dat het in artikel 261 Sr een klachtdelict betreft, laat zien dat ook in de strafrechtelijke regeling het belang erkend wordt van de persoonlijke omstandigheden en voorkeuren van de bij het delict betrokkenen. Dat deze bij de strafrechtelijke handhaving uit het oog verloren zouden worden, is niet te verwachten, te meer daar het algemeen belang als vervolgingscriterium tot op grote hoogte deze persoonlijke aspecten kan bevatten. Daardoor kan in de vervolgingsbeslissing evenzeer rekening worden gehouden met de verhouding tussen slachtoffer en verdachte, als bij de interpretatie van het algemeen belang als bestanddeel van de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 261 Sr. Hoewel in de bijzondere strafuitsluitingsgrond vanwege zijn delictspecifieke context een beperkte invulling van het algemeen belang naar voren komt, treedt ook hier een verbondenheid van het opportuniteitsbeginsel met het materiële strafrecht naar voren. Het criterium van het algemeen belang blijkt zelfs letterlijk terug te vinden in het materiële recht. Daardoor ligt het voor de hand om de invulling van het opsporings- en vervolgingsbeleid mede vorm te geven langs de lijnen die zijn neergelegd in de strafuitsluitingsgronden.²⁰³ Een helder voorbeeld daarvan vormt de Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer.

202 Bogert 2005, p. 177-178.

203 Bogert 2005, p. 215.

6.7.4 Opportuniteit en afwezigheid van alle schuld

De afwezigheid van alle schuld vormt in de praktijk een belangrijke tegenhanger van het opportuniteitsbeginsel. Dat het OM bij gebrek aan strafrechtelijk relevante schuld geen vervolging instelt, is uiteraard geen toepassing van het opportuniteitsbeginsel, omdat het daarbij gaat om haalbaarheidssepots.²⁰⁴ Omdat het schuldbeginsel, sinds het aanvaarden daarvan door de Hoge Raad in het Melk en Water-arrest,²⁰⁵ ontegenzeggelijk deel uitmaakt van het materiële strafrecht, moet er een technisch sepot volgen wanneer wegens het ontbreken van verwijtbaarheid van vervolging wordt afgezien. Dat wil niet zeggen dat voordat de Hoge Raad het schuldbeginsel erkende, bij overtredingen ook in randgevallen veelvuldig tot vervolging over werd gegaan. In die context functioneerde het opportuniteitsbeginsel volgens R Emmelink als aanvulling op de wettelijke mogelijkheden om niet verwijtbare gedragingen buiten het strafrecht te houden.²⁰⁶ Een ruimer gebruik van de strafuitsluitingsgrond van afwezigheid van alle schuld maakt het inmiddels mogelijk zijn toevlucht te zoeken in het materiële recht. De noodzaak om het opportuniteitsbeginsel in te roepen varieert, afhankelijk van de betekenis die aan de strafuitsluitingsgrond van afwezigheid van alle schuld wordt toegekend. Grensgevallen zijn zeer goed denkbaar, waardoor een grijs gebied tussen haalbaarheid en opportuniteit kan ontstaan en het opportuniteitsbeginsel en de afwezigheid van alle schuld als elkaar aanvullende voorzieningen kunnen worden gezien.²⁰⁷

Die overeenkomst in functie tussen afwezigheid van alle schuld en het opportuniteitsbeginsel gaat echter niet zover, dat het verontschuldigbaar zou zijn om te handelen in een te groot vertrouwen op de terughoudendheid van het OM, op grond waarvan een beroep op avas zou kunnen slagen. Dat was althans het oordeel van de Hoge Raad in de zaak waarin een seksbioscoop wegens het ontbreken van een vergunning was vervolgd. De rechtbank had de verdachte wegens afwezigheid van alle schuld ontslagen van rechtsvervolging, omdat het OM al geruime tijd geen vervolgingen meer instelde voor de tenlastegelegde gedragingen, en een wetswijziging aanstaande was. De rechtbank aanvaardde de afwezigheid van alle schuld, terwijl zij een beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid verwierp. Vanwege de summiere onderbouwing van het oordeel van de rechtbank kon de Hoge Raad weinig anders dan casseren. De Advocaat-Generaal wees bovendien op het feit dat de verdachte wist dat hij de benodigde vergunning miste, en dat na

204 Vellinga 1982, p. 10; Van Dijk 2008, p. 83; De Hullu 2012, p. 359-360.

205 HR 14 februari 1916, NJ 1916, 681.

206 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 375.

207 Hazewinkel-Suringa/R Emmelink 1996, p. 291; zie ook Hof Arnhem 14 februari 1984, VR 1985, 55 m.nt. C.J.G. Bleichrodt.

de op handen zijnde wetswijziging een vergunningenstelsel zou blijven bestaan.²⁰⁸

6.7.5 Onderlinge verbondenheid

Vooral wanneer een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel wordt gehanteerd, vallen strafuitsluitingsgronden duidelijk te positioneren ten opzichte van het opportuniteitsbeginsel. Waar strafuitsluitingsgronden een uitzondering vormen op de regel dat strafrechtelijke aansprakelijkheid gegeven is met de vervulling van de delictsomschrijving, biedt het opportuniteitsbeginsel een zelfde soort uitzondering: ondanks strafrechtelijke aansprakelijkheid volgt geen (opsporing en) vervolging, vanwege feiten of omstandigheden die, in het licht van het algemeen belang, in de weg staan aan de inzet van strafrechtelijke middelen. Het opportuniteitsbeginsel speelt in die negatieve interpretatie een duidelijk aanvullende rol ten opzichte van de strafuitsluitingsgronden. Een beroep op een strafuitsluitingsgrond dat niet geheel slaagt, kan dan leiden tot een beleidssepot.

De speelruimte voor het opportuniteitsbeginsel is daarmee omgekeerd evenredig aan de welwillendheid waarmee strafuitsluitingsgronden worden uitgelegd. Het is mogelijk deze nogal terughoudend te interpreteren, als excepties met eigen karakteristieken die elkaar bovendien kunnen overlappen, en die niet te sterk hoeven te worden gekoppeld aan de elementen van wederrechtelijkheid en schuld.²⁰⁹ In dat geval bestaat er meer behoefte aan een corrigerende rol van het opportuniteitsbeginsel, dan wanneer de strafuitsluitingsgronden worden gezien als een stelsel dat strafrechtelijke aansprakelijkheid uitsluit bij het ontbreken, of vrijwel ontbreken, van wederrechtelijkheid en schuld. In dat laatste geval treden vooral de overmacht en de buitenwettelijke afwezigheid van alle schuld op de voorgrond, als methoden om in het materiële recht overwegingen een plaats te geven die ook in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel kunnen worden verwerkt.²¹⁰ Ook komt die onderlinge verbondenheid tot uitdrukking in de bijzondere strafuitsluitingsgronden van artikel 261 en 273 Sr, waarin het criterium van het algemeen belang als voorwaarde is opgenomen. Ten slotte kan vanuit wetgevingsperspectief de vraag rijzen of het wenselijk is te vertrouwen op een zorgvuldige toepassing van het opportuniteitsbeginsel, of dat de introductie van aanvullende (bijzondere) strafuitsluitingsgronden de voorkeur verdient.²¹¹

208 HR 19 april 1977, NJ 1977, 410 m.nt. GEM.

209 De Hullu 2012, p. 282-283, 369-372.

210 Daarover ook Van Dijck 2003, p. 184-235.

211 Bogert 2005, p. 86-87.

6.8 OPPORTUNITEIT EN SUBSOCIALITEIT

6.8.1 Het voorstel van Vrij

In zijn Groningse afscheidsrede suggereerde Vrij dat, naast de elementen van wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid, een derde element zou moeten worden erkend als algemene voorwaarde voor strafbaarheid. Dit derde element, 'het subsociale', of de subsocialiteit, zou als aanvulling op de vier algemeen erkende voorwaarden voor strafbaarheid moeten dienen. Daarmee zou het op materieelrechtelijke wijze diverse praktijken in de strafrechtspleging kunnen verklaren, waarbij op een of andere manier geen straf wordt opgelegd, terwijl er wel sprake is van een menselijke gedraging die, vallend onder een wettelijke delictsomschrijving, wederrechtelijk en aan schuld te wijten is. Daarbij dacht Vrij met name aan het rechterlijk pardon, als mogelijkheid om geen straf op te leggen hoewel er wel een veroordeling wordt gegeven, aan de verjaring als beletsel voor het vervolgen van feiten die overigens wel strafbaar zijn, en aan het toepassen van het opportunitiebeginsel, waarmee geen vervolging wordt ingezet in gevallen waarin dat om redenen van algemeen belang niet opportuun wordt geacht.

Deze voorgestelde wijziging in de theorievorming omtrent strafbare feiten is duidelijk geïnspireerd op de praktijk van de strafrechtspleging. Zo stelt Vrij de onontkoombaarheid van het opportunitiebeginsel voorop, ook voor de opsporing, of althans de keuze tussen het opportunitiebeginsel met zijn controlemechanismen aan de ene kant en het legaliteitsbeginsel met ruime uitzonderingsgronden aan de andere kant. Hoogstens zou in een politiek instabiel bestel, vanwege de sterkere rechtswaarborgen, voor een gemitigeerd legaliteitsbeginsel kunnen worden gekozen. In beide gevallen doet zich echter het verschijnsel voor dat feiten die formeel strafbaar zijn, onbestraft blijven.²¹²

Ten aanzien van de strafbare feiten waarbij door toepassing van het opportunitiebeginsel strafrechtelijke sancties uitblijven, onderscheidt Vrij twee situaties.²¹³ Ten eerste noemt hij de bagateldelicten, waaronder hij die strafbare feiten verstaat die weliswaar onder een wettelijke delictsomschrijving vallen, in veel gevallen zelfs een misdrijf zijn, maar desondanks zo weinig ernstig zijn dat de gemeenschap die door de vingers kan en mag zien. In die op de gemeenschap gerichte formulering klinkt het element van de subsocialiteit duidelijk door. Deze delicten stelt Vrij overigens tegenover de strafbare feiten die slechts bestaan vanwege een te ruime strafbaarstelling door onzorgvuldige of gehaaste wetgeving. Daar treedt volgens hem het opportunitiebeginsel weliswaar ter correctie op, maar is blijkbaar geen sprake van zulk onrecht dat is voldaan aan de overige vier voorwaarden voor strafbaarheid. De wederrechtelijkheid ontbreekt daar kennelijk aan. Heden ten dage zouden

212 Vrij 1948, p. 5-8.

213 Vrij 1948, p. 8-10.

we daarvoor overigens niet noodzakelijkerwijs het opportuniteitsbeginsel inzetten, omdat er bij het ontbreken van wederrechtelijkheid geen sprake is van een strafbaar feit. De werkelijke bagateldelicten behelzen wel wederrechtelijkheid en schuld, maar zijn onvoldoende om de gemeenschap tot strafrechtelijk optreden te bewegen. Dit wordt ofwel vormgegeven door toepassing van het opportuniteitsbeginsel, dan wel door het rechterlijk pardon, dat volgens Vrij als verlengstuk van het opportuniteitsbeginsel werkt.

Ten tweede noemt Vrij de strafbare feiten waarbij weliswaar voldoende redenen bestaan om vervolging te rechtvaardigen, maar waar grotere belangen een rol spelen, die ervoor zorgen dat strafrechtelijk optreden niet opportuun is. Bij de bagateldelicten is er sprake van een gebrek aan redenen om tot vervolging over te gaan, terwijl bij deze tweede categorie een positieve keuze voor niet-vervolging wordt gemaakt, vanwege doorslaggevende redenen die buiten de reikwijdte van het betrekkelijke feit gelegen zijn. Als voorbeeld voert Vrij de niet-vervolging aan van hoge staatsambtenaren wegens fraude, waarvoor in sommige gevallen gekozen kan worden omdat anders het voortbestaan van de staat in gevaar zou kunnen komen. Daardoor heeft de gemeenschap een groter belang bij het onvervolgd blijven van het strafbare feit dan bij een strafrechtelijke reactie, hoewel die zonder twijfel vanuit het oogpunt van wederrechtelijkheid en schuld gerechtvaardigd zou zijn. Hier fungeert het gemeenschapsperspectief dus duidelijk als grondslag onder de sepotbeslissing. Verder noemt Vrij het jeugdstrafrecht, waarin veelvuldig geseponeerd wordt teneinde jeugdigen een terechtzitting te besparen, alsmede delicten die te groot in aantal zijn om adequaat te kunnen worden verwerkt.

Dat in al deze gevallen, op verschillende manieren, niet strafrechtelijk wordt opgetreden, zou te verklaren zijn uit het ontbreken van gemeenschapsbelang, en daaruit volgt volgens Vrij dat er kennelijk voor strafbaarheid benodigd is, dat de strafbare gedraging ook een subsociaal element in zich draagt. Niet alleen bij het ontbreken van die subsocialiteit is dat gezichtspunt relevant, ook in gevallen waarin juist wel strafrechtelijk optreden volgt, kan subsocialiteit mede verklaren waarom voor die afdoening is gekozen. Daardoor wordt dit derde element naast de wederrechtelijkheid en de schuld geplaatst, die weliswaar hun voornaamste betekenis laten zien wanneer zij ontbreken, of wanneer dat ontbreken wordt aangevoerd, maar die in overige gevallen geacht worden een grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te verschaffen.²¹⁴

Een volgend argument voor de aanvaarding van het subsociale als element van het strafbare feit vond Vrij in de samenhang die daardoor wordt gevonden tussen enerzijds de voorwaarden voor strafbaarheid en anderzijds de zin van de daarop volgende straf. Het onder de invloed van de Moderne richting veranderde strafbegrip, dat zich meer oriënteerde op het door de dader gevormde gevaar dan op de aan hem te verwijten schuld, zou weerspiegeld moeten worden in een aangepast delictsbegrip. De straf zou mede een reactie

214 Vrij 1948, p. 10-11.

moeten zijn op het door de dader opgeroepen gevaar, en daarom zou dat gevaar ook een zelfstandige plaats moeten krijgen in de theorie over hetgeen een strafbaar feit constitueert. Naast het onrecht en de schuld is dat dus de subsocialiteit, inhoudende het gevaar dat jegens de gemeenschap in het leven is geroepen. Wanneer de subsocialiteit als derde element wordt erkend, is te verklaren dat in de schaal van straftoemeting, waarin toepassing van het opportuniteitsbeginsel volgens Vrij de laagst mogelijke graad vormt, dit gevaar jegens de gemeenschap wordt gereflecteerd. De straf vereffent dan overigens niet zozeer het gevaar zelf, als wel de maatschappelijke toestand van onrust, ontstemming of verstoring die door dat gevaar is veroorzaakt. Dat onmaatschappelijke gevaar valt volgens Vrij niet te reduceren tot onrecht en schuld, maar dient als eigen element van het delict te worden beschouwd.²¹⁵

Dat onmaatschappelijke kan verder worden gespecificeerd naar het effect dat het strafbare feit heeft gehad op verschillende groepen personen. Allereerst betreft het de persoon van de dader, die door het feit kan zijn bewogen tot herhaling, welke drang kan worden verminderd door de op te leggen straf. Vervolgens betreft het de derden, die eveneens door het begaan zijn van het feit geprikkeld kunnen raken en aangezet kunnen worden tot navolging, hetgeen door het opleggen van straf aan de dader zou kunnen worden tegengaan. Verder bevindt het slachtoffer zich uiteraard in een positie waarin hij om vergoeding vraagt van de schade, aan het herstel waarvan het bestraffen van de dader een bijdrage kan leveren. Meer op afstand zou de ontdaanheid die door het feit ontstaat bij vierden dienen te worden gecompenseerd door een adequate strafoplegging. Ten slotte delen al deze posities zich volgens Vrij mee aan de over de straf beraadslagende rechter, die door de straf streeft naar vereffening van de maatschappelijke effecten van het strafbare feit, die bij deze verschillende groepen personen zijn te constateren. De straf vereffent naast onrecht en schuld deze vier 'sociaal-psychologische beroeringen'. Bij het opleggen van maatregelen zijn onrecht en schuld nauwelijks relevant, maar zijn deze 'beroeringen' vrijwel uitsluitend bepalend.²¹⁶

Volgens Vrij zou de aanvaarding van subsocialiteit als derde element van het strafbare feit voor de praktijk en de wetenschap belangrijke betekenis kunnen bezitten. De straftoemeting en -tenuitvoerlegging zouden er baat bij hebben dat er een helderder geformuleerd 'sociaal-psychologisch minus' onderkend wordt, dat houvast kan geven bij in de praktijk te nemen beslissingen. Dat vraagt van de criminologie een inspanning om deze minussituaties te onderkennen en te onderzoeken, teneinde de verwerking daarvan door de betrokkenen in de strafrechtspleging te faciliteren. De mogelijkheden om het strafrechtelijk apparaat doelmatig in te zetten en, indien mogelijk, vaker van bestraffing af te zien, zouden kunnen worden vergroot door algemene invoe-

215 Vrij 1948, p. 11-15.

216 Vrij 1948, p. 15-18.

ring van het rechterlijk pardon²¹⁷ en door het beperken van het aantal gevaarzettingsdelicten. Vanuit rechtssociologisch perspectief wordt daarmee nog duidelijker dat de strafrechtelijke handhaving een instrument wordt ter uitvoering van sociale politiek, omdat het zich rechtstreeks oriënteert op de mogelijke uitwerking van bepaalde gedragingen op de gehele maatschappij.²¹⁸ Daarom bewijst volgens Vrij de aanvaarding van het subsociale als derde element van het delict dat het strafrecht in wezen een publiekrechtelijk karakter heeft, terwijl onrechtmatigheid en schuld in beginsel ook een privaaf strafrecht kunnen funderen. Het strafbare feit krijgt door de insluiting van de subsocialiteit als wezenskenmerk dat het de maatschappelijke veiligheid aantast. Daardoor wordt de gemeenschap tot hoofdbelanghebbende en het strafrecht tot publiekrecht.²¹⁹

6.8.2 Eerste reacties

De reacties op deze afscheidsrede van Vrij waren nogal kritisch, maar waardevolle opmerkingen werden zeker ook gemaakt. Een belangrijk punt van discussie was de formeelrechtelijke consequentie van een mogelijke aanvaarding van de subsocialiteit als derde element van het strafbare feit.

Langemeijer wees er in een eerste beschouwing op, dat aan de verdachte die toegeeft dat hij wederrechtelijk en verwijtbaar heeft gehandeld, maar die bestrijdt dat die gedraging subsociaal was, waarschijnlijk niet een welwillende behandeling gegeven zal worden.²²⁰ Dat standpunt hangt samen met de overtuiging van Langemeijer, dat Vrij enkele categorieën van strafzaken onterecht binnen de reikwijdte van materieel recht heeft gebracht door die in het nieuwe concept van de subsocialiteit te plaatsen. Volgens Langemeijer is er geen wezenlijke grondslag te vinden in enig aspect van materieel strafrecht dat verklaart dat om redenen van staatsbelang het opportuniteitsbeginsel wordt toegepast, zoals bijvoorbeeld het geval is bij het in de doofpot stoppen van ambtsmisdrijven. Ook de omstandigheid dat een verdachte de door hem veroorzaakte schade aan het slachtoffer heeft vergoed, waarop een beleidssepot kan volgen, ligt zo ver van het eigenlijke delict af, dat het er niet wezenlijk voor is. Bij bagateldelicten zou volgens Langemeijer misschien enige betekenis toekomen aan het subsociale, dat daardoor in feite wordt getransformeerd tot een met de inhoud van de delictomschrijving samenhangende strafwaardigheid.

Het formeelrechtelijke effect van de introductie van subsocialiteit zal daarom, naar het standpunt van Langemeijer, ook niet direct kunnen zijn dat

217 Toentertijd nog voorbehouden aan de kantonrechter en in de bijzondere rechtspleging.

218 Vrij 1948, p. 18-19.

219 Vrij 1948, p. 19-20.

220 Langemeijer 1950.

verdachten zich beroepen op een soort subsocialiteitsuitsluitingsgrond, omdat een dergelijke stelling in de praktijk neerkomt op een beroep op een terughoudende interpretatie van de delictsomschrijving en daarmee op een kwalificatieverweer. Maar ook inhoudelijk heeft Langemeijer problemen met het in de doofpot stoppen van ambtsmisdrijven: daardoor sluipt vergif de samenleving in.²²¹ Een belangrijk inzicht dat volgens Langemeijer uit de rede naar voren komt, is dat ook in gevallen waarin de strafbaarheid niet kan worden ontkend, de mogelijkheid van het ontbreken van subsocialiteit onder ogen moet worden gezien, en daarmee tevens de mogelijkheid om niet te vervolgen. Het niet vervolgen is daardoor geen abnormaliteit, maar 'een bestanddeel van de handhaving van het strafrecht, waarvan de onmisbaarheid uit het wezen zelf van dat stuk recht voortvloeit.'²²²

Nagel wijst erop, dat deze onmisbare rol van de niet-vervolgving en zelfs van de niet-verbalisering, naar de mening van Vrij vooral op de voorgrond treedt in het sociaaleconomische strafrecht. Het commune strafrecht zou vooral een reactie geven op de krenking van de rechtsorde, en deze daarmee herstellen, terwijl het sociaaleconomische strafrecht er juist naar streeft een orde te vestigen. In dat verband is de doelmatigheid van de strafrechtelijke reactie van groot belang, en daarom zouden zelfs opsporingsambtenaren bij de handhaving van het orderingsstrafrecht principieel alle recht hebben om verbalisering achterwege te laten en in plaats daarvan te waarschuwen of anderszins te corrigeren.²²³

Ook volgens Van Veen werpt Vrijs standpunt nieuw licht op het opportuniteitsbeginsel: of een vervolging zin heeft, hangt volgens hem ten nauwste samen met de balans tussen wat de rechtsorde nodig heeft aan berechting, en wat de rechtsorde zonder schade kan verdragen aan ongestrafte delicten. De omvang en aard van de subsociale invloed van het strafbare feit zouden doorslaggevend zijn voor de beslissing omtrent strafrechtelijk ingrijpen. Daarin sluit Van Veen duidelijk aan bij zijn voorganger Vrij, maar hij voegt daaraan toe, dat steeds voorafgaand aan het nemen van een vervolgings- of straftoemtingsbeslissing een voorlichtingsrapport wenselijk zou zijn, om de subsociale werking van het delict adequaat te kunnen vaststellen. Hij vult dat aan met de verwachting dat zich op den duur, nadat op die wijze een rol voor de voorlichtende reclassering is vormgegeven, de uitkomsten van die rapporten zullen worden verwerkt aan de hand van een stelsel van regels dat richting geeft aan de beslissing over het al dan niet vervolgen. Zo'n ontwikkeling zou zowel vanuit het perspectief van doelmatigheid, als van dat van rechtvaardigheid, winst betekenen.²²⁴ In dit standpunt van Van Veen is daarmee een voorbode te herkennen van de ontwikkeling van de strafvorderingsrichtlijnen

221 Langemeijer 1950, p. 16. In die zin ook Rozemond 1965, p. 89-90.

222 Langemeijer 1950, p. 18.

223 Nagel 1955, p. 19.

224 Van Veen 1952, p. 134.

van het OM, zoals die vanaf de jaren zeventig en tachtig van de twintigste eeuw zijn opgesteld. In de lijn van Van Veen zou de inhoud van deze richtlijnen als een concretisering van de subsocialiteit kunnen worden beschouwd.

Kritischer is Röling, die het standpunt van Vrij verwierp, omdat het subsociale in wezen niets anders zou zijn dan de wijze waarop de schuld van de dader en diens onrecht op de maatschappij hun uitwerking hebben. Vrij zou de behoefte aan het derde element van de subsocialiteit hebben gecreëerd, door de inhoud van de elementen wederrechtelijkheid en schuld te veronachtzamen. De door het delict ontstane maatschappelijke situatie en hetgeen daarover in de strafprocedure naar voren komt betreft de werking van het feit, en niet het feit zelf.²²⁵ Ook staat hij afwijzend tegenover Van Veens aanvullende bijdrage. Dat de subsocialiteit volgens Van Veen een theorie kan bieden voor de verjaring, de voorwaardelijke invrijheidstelling en de gratie, net als voor de hogere strafmaat bij door het gevolg gekwalificeerde delicten, is volgens Röling niet overtuigend. Die invloeden op de aansprakelijkheid en de straftoemeting zijn alle terug te voeren op het in meer of mindere mate aanwezig zijn van wederrechtelijkheid en met name schuld.²²⁶ Wanneer naast de vergelding van schuld tevens sociaalpsychologische beroeringen zouden moeten worden vereffend, zou bovendien een bis in idem-probleem ontstaan.²²⁷

In zijn afwijzing oriënteert Röling zich vooral op de betekenis van het subsociale voor de strafbaarheid en de straftoemeting. Hij is minder expliciet over de achtergrond van de introductie van het derde element, namelijk de constatering dat toepassing van het opportunititeitsbeginsel veel strafbare feiten buiten de strafrechtspleging houdt. Hij erkent overigens wel dat onder omstandigheden de constatering van een strafbaar feit, dat is een feit dat valt te kwalificeren onder een wettelijke delictomschrijving, niet zou hoeven te leiden tot een strafrechtelijke reactie. Sterker nog: de beginselen van de rechtsorde kunnen meebrengen dat straf in dergelijke gevallen moet uitblijven. Daarbij denkt Röling voornamelijk aan de wederrechtelijkheid en de schuld als onmisbare voorwaarden voor strafbaarheid. Hij betreft daar echter ook de niet-vervolgving bij, en zoekt in zoverre aansluiting bij de opmerkingen van Lange-meijer.²²⁸

Een vergelijkbare opvatting is te vinden in de bespreking van de afscheidsrede van Vrij door Jonkers, die wijst op de redactie van artikel 12 Sv (oud), dat voor toepassing van het opportunititeitsbeginsel het bestaan van een strafbaar feit veronderstelt. Subsocialiteit, als verwerkt in de aanwending van het opportunititeitsbeginsel, is dus iets dat volgt op de vaststelling van strafbaarheid, en daar geen deel van uitmaakt. Jonkers sluit zich ook aan bij Langemeijer

225 Röling 1953, p. 273, 277.

226 Röling 1953, p. 271-282.

227 Röling 1953, p. 282.

228 Röling 1953, p. 261, 281.

in diens afwijzing van de doofpotzaken als illustratie voor het ontbreken van subsocialiteit; die zaken worden wel degelijk als strafwaardig aangemerkt, maar alleen vanwege het bestaan van een zwaarwegend staatsbelang van vervolging uitgezonderd. Om een terughoudende strafrechtelijke behandeling van bagatel delicten en delicten begaan door jeugdigen te verkrijgen, ziet Jonkers een grotere rol voor de rechter weggelegd in een terughoudende interpretatie van delictsbestanddelen. Wanneer dat niet mogelijk is, zou toepassing van het opportunititeitsbeginsel de enige optie zijn.²²⁹

Rölings kritische opmerkingen leidden bij Vrij en Van Veen tot de wens gezamenlijk te reageren, hetgeen door het overlijden van Vrij onmogelijk werd. Van Veen publiceerde noodgedwongen zelfstandig een reactie.²³⁰ Hij stelt daarin dat de voornaamste bedoeling van het voorstel van Vrij was, om beter te kunnen verklaren waarom in sommige gevallen wel werd vervolgd, berecht en gestraft, in sommige gevallen in het geheel niet en in andere wel tot vervolging en berechting werd gekomen maar geen straf werd opgelegd. Met de introductie van een derde element worden de toepassing van het rechterlijk pardon en het opportunititeitsbeginsel beter verklaarbaar. Er wordt volgens Van Veen, in weerwoord op Röling, niet gestreefd naar een verhoging van de strafmaat of een ten tweeden male bestraffen van een enkele gedraging, maar slechts naar een nadere ontleding van hetgeen er in de strafoplegging plaatsvindt.²³¹ Verder zet hij nogmaals uiteen dat de subsocialiteit als materieelrechtelijke theorie een onderbouwing biedt voor een utilistische invulling van de straftoemeting. De elementen wederrechtelijkheid en verwijtbaarheid vormen het kader voor vergelding, maar het nastreven van doelmatigheid in de straftoemeting zou worden verklaard doordat het delict zelf een dusdanige toestand heeft veroorzaakt in de maatschappij en bij de dader zelf, dat deze toestand door de functie van de straf moet worden vereffend. Het introduceren van de subsocialiteit geeft daarmee een grondslag in het materiële recht voor een verenigingstheoretische straftoemeting, waarin retributivistische aspecten reageren op wederrechtelijkheid en schuld, en utilitaristische aspecten de subsocialiteit vereffenen.²³²

Wel erkent Van Veen dat de subsociale werking pas na voltooiing van het delict intreedt, en dat daarom de subsocialiteit eerder als voorwaarde voor straf dan als voorwaarde voor strafbaarheid moet worden gezien.²³³ Hij illustreert welke consequenties deze opvatting van subsocialiteit heeft voor het opportunititeitsbeginsel. Vervolging zou namelijk uitblijven wanneer de subsocialiteit dusdanig gering is, dat bij vervolging wel een veroordeling kan

229 Jonkers 1953, p. 167-168.

230 Van Veen 1957.

231 Van Veen 1957, p. 34-36, 45.

232 Van Veen 1957, p. 37-39, 49-50.

233 Van Veen 1957, p. 43-45.

worden behaald, maar een geringe straf of een rechterlijk pardon zal volgen. Niet-vervolgning is dan ook niet zozeer gebaseerd op het ontbreken, maar op het slechts in geringe mate aanwezig zijn van het subsociale. Daarom valt toepassing van het opportuniteitsbeginsel te beschouwen als een vooruitlopen op de straftoemingsbeslissing, en houdt het geen rechtstreeks verband met een oordeel over wederrechtelijkheid of schuld.²³⁴

Ook Mulder is niet overtuigd door de betogen van Vrij en Van Veen, dat subsocialiteit moet worden erkend als derde element van het strafbare feit. Hij is wel bereid, om de manier waarop bij de straftoemeting rekening wordt gehouden met de invloed die het delict heeft op de dader en de maatschappij, te benoemen als een verwerking van het subsociale. Het ontstaan van de subsocialiteit plaatst hij namelijk niet alleen in het feit zelf, maar ook in de manier waarop daarmee in het strafproces wordt omgegaan: de verdachte wordt door het instellen en uitvoeren van de strafprocedure geïnfameerd, en het zou niet rechtvaardig zijn wanneer dat bovendien tot verzwaring van de straf zou leiden. Daarom is Mulder van mening dat de subsocialiteit, voor zover die kan meewerken bij de straftoemeting, wel moet worden gezien als voortkomend uit het strafbare feit, maar als de werking daarvan, en niet als een element. Subsocaliteit is volgens hem een kwaliteit van het delict.

Dit illustreert Mulder onder meer door zijn opvatting te plaatsen tegenover die van Vrij, in het licht van wat Vrij schreef over het opportuniteitsbeginsel.²³⁵ Hij signaleert bij Vrij twee manieren waarop subsocialiteit doorwerkt in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. In zijn Groningse afscheidsrede zou Vrij die toepassing zien als een afweging tussen enerzijds de subsocialiteit die uitgaat van het begane strafbare feit, en anderzijds de subsocialiteit die uitgaat van de naar aanleiding daarvan ingestelde vervolging en berechting. In latere geschriften zou hij zich hebben voorgesteld dat niet deze afweging zou leiden tot een sepotbeslissing, maar dat het ontbreken van subsocialiteit een vervolgingsbeletsel zou vormen. Mulders voorkeur ging uit naar de eerdere visie: een afweging van twee factoren zou een betere benadering bieden van de rol van subsocialiteit in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.²³⁶ Het door Mulder afgewezen standpunt lijkt de lijnen van een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel te volgen, terwijl de door hem onderschreven visie in Vrij's afscheidsrede, meer weg heeft van een belangenafweging gegrond in een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel.

Mulder gaat ook in op de verschillende typen delicten die Vrij gebruikte bij de uiteenzetting van zijn theorie.²³⁷ De bagatel delicten zijn daarvan het belangrijkste voorbeeld. Dat deze veelvuldig geseponneerd worden, verklaart

234 Van Veen 1957, p. 42-43.

235 Mulder 1957.

236 Mulder 1957, p. 232-233.

237 Mulder 1957, p. 233-234.

Mulder vanuit het gezichtspunt dat deze niet subsociaal genoeg zijn om vervolging te rechtvaardigen. Als een gedraging door terughoudende interpretatie buiten de reikwijdte van een strafbaarstelling blijft, of wanneer er sprake is van afwezigheid van alle schuld, ontbreekt de subsocialiteit volgens Mulder in zijn geheel. Van bagateldelicten gaat dus wel enige subsocialiteit uit, maar onvoldoende om vervolging te rechtvaardigen. Het gaat om een afweging tussen de aanwezige schuld en wederrechtelijkheid aan de ene kant en aan de andere kant de subsocialiteit die veroorzaakt wordt door een vervolging en berechting. Dit geldt volgens hem des te meer bij overtredingen die weinig ernstig zijn, maar wel voldoen aan de omschrijving van een naar zijn aard ernstig delict. Vanwege de gevolgen die een veroordeling voor een ernstig feit kan hebben, dient met de vervolging voor dat delict terughoudend te worden omgesprongen in gevallen die niet heel ernstig zijn. Bij de tweede categorie, die van de jeugdcriminaliteit, kunnen volgens Mulder soortgelijke overwegingen gebruikt worden. De derde categorie, van de massale criminaliteit, vraagt om een andere oplossing: daar zou juist selectief vervolgd moeten worden. Omdat een grote hoeveelheid vervolgingen leidt tot vermindering van het onderscheidend karakter van de straf, zouden enkele voorbeelden moeten worden gesteld. Dit vraagt dus om een zorgvuldige toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Met subsocialiteit heeft dat volgens Mulder echter niets te maken. Een terughoudende vervolging van massadelicten wordt immers niet ingegeven vanwege een beperkte subsociale werking van deze feiten, maar vanwege een strategische keuze tot het stellen van voorbeelden.

Verder stelt Mulder dat met deze drie categorieën de werking van het opportuniteitsbeginsel niet is uitgeput. In andere gevallen kan op grond van het opportuniteitsbeginsel gekozen worden voor een voorwaardelijk sepot als einde van de strafrechtelijke behandeling, hetgeen volgens Mulder in feite een vorm van straftoemeting is. Ook wordt geseponneerd terwijl een delict wel ernstig van aard is, en daarmee ook als subsociaal kan worden gezien, maar 'objectieve omstandigheden vervolging niet noodzakelijk maken'.²³⁸ Die omstandigheden vallen niet altijd te reduceren tot subsocialiteit, nog los van de vraag of dat als derde element van het delict wordt gezien, of, waarnaar Mulders voorkeur uitgaat, als kwaliteit van het delict. Daarom is volgens Mulder de verdienste van Vrij ook niet zozeer geweest dat hij het belang van de subsocialiteit voor de straftoemeting en voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel duidelijk heeft gemaakt, maar dat hij utilitaristische aspecten van de straf heeft willen onderbrengen in de theorie over de opbouw van het strafbare feit.²³⁹

238 Mulder 1957, p. 235.

239 Mulder 1957, p. 242.

6.8.3 Latere beschouwingen

Met deze eerste reacties zijn de meeste argumenten op tafel gelegd die in latere beschouwingen over subsocialiteit blijven opduiken. De meeste auteurs staan kritisch ten opzichte van de aanvaarding van een derde element als algemene voorwaarde voor strafbaarheid, en zien geen noodzaak voor het onderbouwen van de straftoemeting of de toepassing van het opportuniteitsbeginsel in een materieelrechtelijke theorie over de aard van het delict. Deels berust dat op de overtuiging dat omstandigheden die meewegen bij de straftoemeting of het vervolgingsbeleid soms zo ver verwijderd zijn van de gedraging die de verdachte verweten wordt, dat het niet zinvol is om die omstandigheden te beschouwen als een element van die gedraging zelf. Toepassing van het opportuniteitsbeginsel en straftoemeting worden daarom niet per se geacht om nauw verbonden te zijn met de aard en ernst van het delict, met wederrechtelijkheid en schuld. Binnen de grenzen die het recht stelt kunnen, in beslissingen om op te sporen, te vervolgen en straf op te leggen, omstandigheden meewegen die niet rechtstreeks samenhangen met de gedraging die aanleiding gaf tot het inschakelen van het strafrechtelijke apparaat. Voor het opportuniteitsbeginsel betekent dat, dat de toepassing ervan sterk wordt gepositioneerd in het procesrecht. Het seponeren om opportuniteitsredenen betekent niet alleen dat het veronderstelde element subsocialiteit ontbreekt. Dat komt duidelijk naar voren in latere beschouwingen die aandacht besteden aan de subsocialiteit, zoals bijvoorbeeld bij Peters. Volgens hem heeft Vrij veronachtzaamd, dat de redenen waarom het OM zou moeten vervolgen, andere kunnen zijn dan de redenen waarom de rechter zou moeten straffen. Het strafproces heeft immers volgens Peters een zelfstandige functie, en bij de beslissing tot het instellen van een strafproces kunnen daarom ook meer gezichtspunten meespelen dan bij het al dan niet opleggen van een straf, namelijk gezichtspunten die gelegen zijn in de aard en effecten van die strafprocedure als zodanig.²⁴⁰

Een ander gevolg van de theorie van Vrij is volgens Peters dat het onmogelijk is om de door het strafbare feit ontstane subsocialiteit te effenen wanneer de strafrechtelijke reactie die daarvoor moet zorgen in een systeem van strenge regels is ingekapseld. Dat hangt samen met de opkomst van het orderingsstrafrecht, dat meer ruimte voor beleidsoverwegingen noodzakelijk maakte, en eveneens een expliciete verbinding tussen het materiële recht en de toepassing daarvan door middel van de invulling van discretionaire beslissingsruimte. De flexibiliteit die in de strafrechtelijke handhaving geëist werd in het orderingsstrafrecht hoefde echter niet ongestructureerd te zijn, want daarbij zouden de uitwerkingen van het strafbare feit die samen de subsocialiteit vormen als leidraad kunnen dienen, namelijk het gevaar voor herhaling, de navolgingsdrang bij derden, de gevoelens van onvoldaanheid bij het slachtoffer en de

240 Peters 1966, p. 284-287.

gevoelens van angst of morele verontwaardiging bij het publiek. Vrij zou daarmee volgens Peters de eerste zijn geweest 'die een theoretische analyse maakte van de rol van discretionaire beslissingsmacht in de strafrechtspleging en die aan zulke bevoegdheden een theoretische status toekende in de strafrechtstheorie'.²⁴¹

6.9 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL, VAGE NORMEN EN INTERPRETATIE

6.9.1 Een balans tussen interpretatie en opportuniteitstoepassing

Het strafrecht is omvangrijk, en in de toepassing ervan moeten beleidskeuzes worden gemaakt. Hoe ver het materiële strafrecht zich uitstrekt, is echter niet steeds duidelijk. De precieze gelding van het strafrecht zal altijd een kwestie van interpretatie blijven, en daarom staat niet bij voorbaat vast of een bepaalde gedraging in rechte zal leiden tot strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dat de beoordeling van de haalbaarheid van een zaak niet steeds een eenduidig antwoord oplevert, heeft ook gevolgen voor de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing. In een stelsel waarin een ruime uitleg wordt gegeven aan het opportuniteitsbeginsel zijn beide componenten niet goed te scheiden, en lopen haalbaarheids- en opportuniteitsoverwegingen door elkaar.²⁴²

Deze vage grens tussen haalbaarheid en opportuniteit wordt mede veroorzaakt door de inhoud van het materiële strafrecht zelf. Er zijn gevallen waarin inzet van het strafrecht niet wenselijk wordt geacht, maar waarin geen ruimte is om opportuniteitsafwegingen te maken. Soortgelijke overwegingen worden dan soms verwerkt in beslissingen omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid. In het HIV IV-arrest geeft de Hoge Raad daar duidelijk blijk van.²⁴³ De statistische gegevens die in die zaak beschikbaar waren, wezen op een kans op besmetting met HIV die in de medische wereld groot werd geacht. Volgens de Hoge Raad was er echter geen sprake van een aanmerkelijke kans op het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel, die voor voorwaardelijk opzet nodig is. Aan die statistieken zou onvoldoende gewicht toekomen gelet 'op de terughoudendheid die – ook volgens de opvatting van de betrokken ministers (vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 800 VI, nr. 157, blz. 5-9) – mede in verband met volksgezondheidsbelangen ten aanzien van de bijzondere situatie van het gevaar van Hiv-besmetting dient te worden betracht bij het aanvaarden van strafrechtelijke aansprakelijkheid'. De Hoge Raad verwerkt hier het volksgezondheidsbelang in het voorwaardelijk opzet op een manier die dogmatisch niet voor de hand ligt. Hiertoe is blijkbaar besloten om het aanvaarden van

241 Peters 1993, p. 128-130. Over de in dat verband noodzakelijke beleidsvrijheid ook Moons 1969, p. 490-491.

242 Zie daarover ook paragraaf 4.2.4.

243 HR 20 februari 2007, *NJ* 2007, 313.

strafrechtelijke aansprakelijkheid te ontlopen. Volgens Rozemond heeft het OM in deze zaak de rechter klemgezet, door een discrepantie te laten ontstaan tussen zijn eigen vervolgingsbeleid en de politieke beleidsoverwegingen van het Ministerie van Justitie.²⁴⁴ Het gevolg van dat beleid is uiteindelijk een vanuit dogmatisch oogpunt merkwaardige rechtsvorming.

Vaak wordt de nadruk gelegd op het belang van een goede balans tussen strafrechtelijke interpretatie en toepassing van het opportuniteitsbeginsel. Rummelink maakt daarover een aantal opmerkingen die vermeld moeten worden, vanwege de gebruikte voorbeelden. Zo bestrijdt hij de opvatting dat een delictsomschrijving die 'opzettelijk wederrechtelijk' bevat, kleurloos opzet, in plaats van boos opzet, vereist. Die interpretatie is om verschillende redenen niet aanvaardbaar, maar kan volgens Rummelink ook worden afgewezen omdat men in dat geval te vaak een beroep op het opportuniteitsbeginsel moet doen.²⁴⁵ Daaruit blijkt dat het bestaan van het opportuniteitsbeginsel kan leiden tot een bepaalde interpretatie van een delictsomschrijving. De omvang van de beleidsvrijheid die men uit het opportuniteitsbeginsel afleidt is daarbij van belang. Wanneer het opportuniteitsbeginsel in zijn negatieve interpretatie wordt gehuldigd, kunnen strafbaarstellingen in het vervolgingsbeleid weliswaar worden gematigd, maar daarop kan niet al te zwaar worden geleund. Bij een positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel bestaat er minder belang bij het scherp afbakenen van een strafbaarstelling. In beide interpretaties zorgt het opportuniteitsbeginsel ervoor dat de rechter niet hoeft te vluchten in gekunstelde restrictieve wetsinterpretatie wanneer strafrechtelijke aansprakelijkheid van bepaalde gedragingen onwenselijk voorkomt, mits het OM hem daartoe althans niet uitlokt.

Wanneer in de rechtspraak geen terughoudende benadering te construeren is, kan slechts de niet-vervolging door het OM een oplossing zijn om conflicten tussen maatschappelijke opvattingen en het positieve recht te omzeilen. Die oplossing in het vervolgingsbeleid was volgens Rummelink niet nodig bij de strafrechtelijke behandeling van openbare vertoningen van pornografische films, waarvan de inhoud door de Hoge Raad niet aanstotelijk voor de eerbaarheid werd geacht zolang de toegang tot de vertoning was voorbehouden aan personen boven de leeftijd van achttien jaar. Door die interpretatie aan artikel 240 Sr (oud) te geven, werd het bereik van de strafwet zo ingeperkt dat het vervolgingsbeleid minder vaak als instrument hoefde te worden ingezet om dezelfde resultaten te bereiken.²⁴⁶ Als voorbeeld van de omgekeerde situatie wijst Rummelink op de uitleg van samenspanningsdelicten. Daarbij is het de vraag of de strafbaarheid van samenspanning langs jurisprudentiële weg beperkt zou kunnen worden, zodat alleen diegenen strafbaar zijn die in de

244 Rozemond 2008, p. 15.

245 Hazewinkel-Suringa/Rummelink 1996, p. 218.

246 Noyon/Langemeijer/Rummelink, aant. 8 bij Wederrechtelijkheid. Zie ook Schaffmeister & Heijder 1983, p. 467-470.

voorstelling van de samenspanners het delict zouden gaan plegen, en niet diegenen die alleen bij het maken van de plannen betrokken zijn. Zo'n restrictieve interpretatie zou echter leiden tot ingewikkelde jurisprudentie, die bovendien weinig rechtszekerheid zou scheppen. In plaats daarvan geeft R Emmelink de voorkeur aan een grotere reikwijdte van de samenspanning, gecorrigeerd door toepassing van het opportuniteitsbeginsel.²⁴⁷

6.9.2 Een minder dogmatisch strafrecht

Een strikt dogmatische benadering van het materiële strafrecht ligt in een stelsel dat gekenmerkt wordt door het opportuniteitsbeginsel niet erg voor de hand. Doordat veel *hard cases* eindigen in een sepot, blijven er minder gevallen over die zich lenen als aanknopingspunt voor dogmatische verfijning. Wanneer het verkrijgen van dogmatische helderheid een belangrijke doelstelling zou zijn van het strafrechtelijke systeem, zou juist in twijfelgevallen gestreefd moeten worden naar een rechterlijke uitspraak. Het opportuniteitsbeginsel maakt het tegenovergestelde mogelijk. Dat heeft ook betekenis voor de rechtswetenschap. In de dogmatische bewerking van strafrechtelijke leerstukken mag de formele context waarbinnen het materiële strafrecht tot ontwikkeling komt, inclusief het opportuniteitsbeginsel, niet worden veronachtzaamd. Wanneer getracht wordt om materieelrechtelijke leerstukken zoveel mogelijk onafhankelijk te ontwikkelen, blijkt dat op punten een gebrekkige invulling wordt gevonden.

Dit is de invloed van het opportuniteitsbeginsel, op grond waarvan vooral zaken worden vervolgd waarvan verwacht wordt dat de rechter tot de vaststelling van strafrechtelijke aansprakelijkheid zal komen. Dat kan ook teruggevonden worden in het proefschrift van Van Dijk, die het controleprincipe vooropstelt als normatieve grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Zijn behandeling van het daderschap en van de garantenstellung als invulling van de culpa, is begrensd doordat daarover, door een terughoudend vervolgingsbeleid, weinig rechtspraak ontstaat.²⁴⁸ Desondanks komt hij tot de opstelling van zes voorwaarden die de subjectieve component van de culpa kunnen aantasten. Hierbij merkt hij op dat deze component in de rechtspraak zelden aan de orde komt, mogelijk vanwege een verstandige invulling van het opportuniteitsbeginsel.²⁴⁹ Het is de vraag of, in het licht van die formeelrechtelijke context, zulke gedetailleerde dogmatiek geen schijnzekerheden bevat. Zolang het OM veel culpoze delicten seponert, zijn dogmatische verfijningen in de

247 Conclusie R Emmelink voor HR 22 juni 1976, NJ 1976, 563 m.nt. ThWvV.

248 Van Dijk 2008, p. 9, 70.

249 Van Dijk 2008, p. 71.

praktijk weinig relevant.²⁵⁰ Wanneer een actiever vervolgingsbeleid wordt nagestreefd neemt het belang van dergelijke onderscheidingen uiteraard toe.

De beperkte waarde van een dogmatische benadering is om nog een andere reden van belang voor het opportuniteitsbeginsel. De invulling van materieel-rechtelijke leerstukken in een concreet geval is steeds meer afhankelijk van een oordeel omtrent de aard van de gedraging en de omstandigheden van het geval, van algemene ervaringsregels en van toerekeningsconstructies. Doordat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid met die ontwikkeling meer casuïstisch zijn geworden, is het moeilijker geworden om de haalbaarheid van een zaak te beoordelen voorafgaand aan de rechterlijke behandeling. Dat brengt het gevaar van willekeurige handhaving met zich mee.²⁵¹ Dat het strafrecht zich in toenemende mate van dergelijke open begrippen bedient, betekent echter ook dat het in staat is zich een blijvende maatschappelijke aanvaarding te verwerven. Die open begrippen worden immers mede bepaald door dat deel van het maatschappelijke leven, waarop zij worden toegepast, en staan daarmee dus in voortdurende wisselwerking. Dat maakt de grens tussen wat strafrechtelijk relevant gedrag is en wat niet, minder scherp, maar wel meer legitiem.²⁵² Daarvoor is het echter nodig dat die maatschappelijke oriëntatie daadwerkelijk in een normatieve dimensie wordt gezocht, en dat de invulling van die open normen niet geschied aan de hand van de beoordeling van de overige bestanddelen van het delict. Dan treedt de geïsoleerde behandeling van het strafbare feit te zeer op de voorgrond, ten koste van de op de maatschappelijke betekenis gerichte beoordeling.²⁵³

De vage, ruime of open normen die het Nederlandse materiële strafrecht heden ten dage karakteriseren, betekenen dat de handhaving ervan zich niet kan verlaten op een helder afgebakende strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een door Mevis gesignaleerd gevolg daarvan is, dat de betrokkenen bij een bepaalde gebeurtenis geen genoegen nemen met een sepotbeslissing van het OM op de grond dat de gedraging in kwestie geen strafrechtelijk verwijt oplevert. Hij gebruikt een voorbeeld uit de gezondheidszorg, waarin cliënten alleen genoegen nemen met een uitdrukkelijk oordeel van de strafrechter met betrekking tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus.²⁵⁴ Wanneer de grenzen van de aansprakelijkheid zo casuïstisch zijn geworden, is een preliminair haalbaarheidsoordeel immers minder overtuigend. In die context bezitten strafvorderlijke keuzes noodzakelijkerwijs een sterker beleidskarakter, waardoor de mogelijkheid van discussie groeit of die discussie in ieder geval op een ander vlak gevoerd kan worden, bijvoorbeeld rondom de vervolgings-

250 Noyon/Langemeijer/Rommelink, aant. 9 bij Culpa.

251 Over die ontwikkeling naar een casuïstisch materieel strafrecht: Rozemond 2007.

252 Reijntjes 2005, p. 14.

253 Voor een voorbeeld daarvan: Kwakman 2009.

254 Mevis 2011. Zie daarover ook Duijst 2009, p. 142-143.

beslissing. Deze open textuur van het strafrecht heeft dus gevolgen voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

Vanuit het omgekeerde perspectief kan worden gezegd, dat het bestaan van het opportuniteitsbeginsel van belang is voor de inhoud van de materieelrechtelijke normen. De handhaving daarvan is namelijk mede bepalend voor de uiteindelijke inhoud die aan die normen verleend wordt. Een standpunt daarover wordt, in het kader van de categorie van strafrechtelijke zorgplichtbepalingen, ingenomen door Visser, die pleit voor een zeer terughoudende opstelling van het OM bij het vervolgen van feiten waarvan het onduidelijk is of ze onder het betekenisbereik van de relevante strafbepaling vallen. Het *lex certa*-beginsel en het belang van rechtszekerheid bij de betrokkene, zouden meebrengen dat het OM slechts tot vervolging zou mogen overgaan bij zeer onwenselijke gedragingen, die liggen op de grens tussen de kern van de strafbepaling en het omringende grijze gebied. Tegelijkertijd stelt zij dat vervolging van strafbare feiten op basis van de kern van de strafbepaling tot duidelijkheid zal leiden over het betekenisbereik van de bepaling.

Dat pleidooi is echter weinig overtuigend: waarom zou die duidelijkheid ontstaan wanneer er vervolgd wordt in een geval dat duidelijk tot de kern van de strafbepaling behoort? Die duidelijkheid valt eerder te verkrijgen door het oordeel van de rechter te vragen over een feit dat in het grijze gebied rond de kern valt te plaatsen. Dat is in het licht van het legaliteitsbeginsel weliswaar kwestieus, maar het bezwaar van rechtsonzekerheid voor de verdachte zou kunnen worden weggenomen door een heldere omschrijving van het feit in de tenlastelegging. Visser vindt deze oplossing onaanvaardbaar, omdat het *lex certa*-beginsel zo zou worden verward met het specificiteitsvereiste van de tenlastelegging.²⁵⁵ Een rechtenconceptie van legaliteit hoeft echter niet slecht aan te sluiten bij de maatschappelijke realiteit. Veel verdachten staan de potentieel voor hen relevante delictsomschrijvingen niet in het bijzonder voor de geest, en deze verkrijgen voor hen pas betekenis in een concrete strafrechtelijke procedure. Het verkrijgen van duidelijkheid omtrent open, ruime of vage delictsomschrijvingen door een actief vervolgingsbeleid van het OM is dan ook niet per se onwenselijk. In ieder geval is niet duidelijk hoe het betekenisbereik van deze delictsomschrijvingen anders verduidelijkt kan worden. Zo'n actieve opstelling zou echter wel gepaard moeten gaan met een versterkte belangstelling voor de kwaliteit van de tenlastelegging, en liefst ook met een zorgvuldig uitgewerkt vervolgingsbeleid. Bovendien zouden relevante maatschappelijke sectoren, wanneer die als zodanig te identificeren zijn, bij een dergelijk vervolgingsbeleid moeten worden betrokken. Het nadeel daarvan blijft, dat het vervolgingsbeleid vanwege de inherente afwijkingsbevoegdheid formeelrechtelijk een minder dwingend karakter bezit dan materiële wetgeving, waardoor het minder zekerheid kan bieden.²⁵⁶

²⁵⁵ Visser 2001, p. 434-436.

²⁵⁶ Nan 2011, p. 247.

6.9.3 Opportuniteitsbeginsel en rechtsvorming

Het mag dan onvermijdelijk zijn om vage wetsteksten op te stellen, dat moet echter niet zo ver gaan dat delictomschrijvingen worden opgesteld die meer dan relatief onbepaald zijn. Wanneer de omschrijving van met straf bedreigde gedragingen zo ruim wordt dat de norm niet meer voldoende geconcretiseerd kan worden, dreigt willekeur van de zijde van de handhavende overheid. De wet moet altijd hanteerbaar blijven, en laveren tussen de uitersten van starheid en vaagheid. Daarom is het *lex certa*-beginsel volgens Mulder ook geen rechtsregel, maar slechts een beginsel, dat in zijn uitwerking kan worden gerelativeerd, en dat ook toestaat dat de inhoud van vage normen verder wordt geconcretiseerd door de specifieke context waarbinnen de relevante gedragingen plaatsvinden.²⁵⁷ Die onbepaaldheid plaatst niet alleen de rechter, maar ook het OM voor toepassings- en interpretatieproblemen. Wanneer het OM een beleid zou voeren van al te terughoudende interpretatie, zou dat een miskening in kunnen houden van de functie en de achtergronden van de strafwet als ‘wankel evenwicht tussen algemene en individuele belangen’: het strafrecht is (ook) een instrument van de met de zorg voor het algemeen belang belaste overheid.²⁵⁸

De keuzes omtrent het algemeen belang die verankerd liggen in de strafwet, kunnen door het OM met de nodige preciseringen worden doorgetrokken naar het vervolgingsbeleid. Dat er bepaalde opvattingen over het algemeen belang ten grondslag liggen aan de wetgeving, betekent dat daaraan niet zonder meer voorbij gegaan kan worden bij de bepaling van wat het algemeen belang vraagt van het strafvorderingsbeleid. Dat het strafrecht ook een instrumentele functie heeft, betekent in deze context dat gedragingen die niet onmiskenbaar onder de kern van een strafbepaling vallen, niet per definitie onvervolgd moeten blijven. Daarin valt overigens een afwijzing van de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel te lezen: de instrumentele opvattingen die ten grondslag liggen aan de strafwet, zouden van betekenis moeten zijn voor het op die wetgeving te baseren beleid. In een situatie waarin de strafwet voortdurend wordt geactualiseerd, en daarmee abstracte rechtsgoederen worden beschermd, is het niet wenselijk dat in het vervolgingsbeleid op autonome wijze een van de strekking van die wet afwijkende lijn wordt gevolgd. Die keuze is beter te verdedigen wanneer de strafwetgever op een bepaald terrein erg inactief is.²⁵⁹ In een gedifferentieerde interpretatie van het opportuniteitsbeginsel bestaat dan ook een noodzaak om de norm en de waarden die daaraan ten grondslag liggen daadwerkelijk tot uitdrukking te brengen, ook bij gedragingen die niet duidelijk in de kern van een strafbaarstelling liggen.

257 Mulder 1987.

258 Enschedé 1979, p. 55-57.

259 Over die tweedeling Groenhuijsen 1987, p. 53-62.

Volgens Rummelink kan in de toepassing van het opportuniteitsbeginsel een bepaalde interpretatie van het materiële strafrecht doorklinken. Bij de discussie over het karakter van artikel 131 Sr wijst hij op twee standpunten: Polenaar en Heemskerk zijn van mening dat opruiing een materieel delict is, waarbij het gevolg slechts daarin gelegen is, dat iemand door de opruiende handeling tot het plegen van een strafbaar feit kan zijn aangezet. Rummelink zelf ziet opruiing als een formeel delict. De relevantie daarvan is betrekkelijk: het OM zal volgens Rummelink bij de opportuniteitsvraag meestal het criterium van Polenaar en Heemskerk hanteren.²⁶⁰ Deels spreekt dat voor zich. De vervolging van een bepaalde uiting die niet tot een strafbare gedraging kan hebben aangezet, is weinig opportuun. Bij de vervolgingsbeslissing zal dus veel belang worden gehecht aan de uitwerking van de geuite mening. Daarmee wordt de betekenis van het materiële strafrecht voor het opportuniteitsbeginsel duidelijk: een bepaalde interpretatie van het materiële strafrecht kan de basis vormen voor de toepassing van het opportuniteitsbeginsel.

De keuze om door middel van het vervolgingsbeleid de arm van het strafrecht minder ver te laten reiken dan mogelijk is, kan daarom gezien worden als de keuze om het onderliggende materiële recht op een bepaalde manier te interpreteren. In het algemeen kan op deze manier de wederrechtelijkheid van gedragingen terughoudend worden ingevuld. Een voorbeeld daarvan is de wijze waarop het geven van toestemming relevant is voor de wederrechtelijkheid. Het kan strafrechtelijk relevant zijn wanneer het slachtoffer, voordat het delict is gepleegd, daarvoor toestemming heeft gegeven, maar in beginsel is het irrelevant als die toestemming achteraf gegeven wordt. Het opportuniteitsbeginsel geeft, samen met de straftoemettingsvrijheid van de rechter, toch handvatten om deze achteraf verleende toestemming in de strafrechtelijke reactie te laten meewerken.²⁶¹ Een ander voorbeeld is te vinden in de vervolgingsrichtlijnen en -aanwijzingen van het OM. In dit verband valt te denken aan de Richtlijn voor strafvordering ambtsdwang,²⁶² gebaseerd op artikel 179, 180 en 181 Sr, waarbij ook samenloop kan optreden met artikel 284, 285, 300 of 350 Sr. De richtlijn stelt voorop dat ambtsdwang gepleegd kan worden in twee vormen, namelijk door geweld of door bedreiging met geweld. Voorts worden drie basisdelicten gedefinieerd: ambtsdwang door geweld tegen goederen, ambtsdwang door geweld tegen personen en ambtsdwang door bedreiging met geweld. Aan de hand van die basisdelicten wordt vervolgens in een verfijnd puntensysteem bepaald tot welke afdoening men dient te komen. Iets dat in eerste instantie niet opvalt, maar waarachter wel een keuze schuilt voor een bepaalde interpretatie, is dat de reikwijdte van ambtsdwang beperkt is tot het gebruikmaken van geweld of van bedreiging met geweld. Artikel 179 stelt namelijk ook de ambtsdwang strafbaar die wordt

260 Noyon/Langemeijer/Rummelink, aant. 7 bij art. 131.

261 Noyon/Langemeijer/Rummelink, aant. 7 op boek I, titel VII.

262 Richtlijn voor strafvordering ambtsdwang, *Stcr.* 1999, 62.

gepleegd door een andere feitelijkheid of de bedreiging daarmee. De stellige formulering van de richtlijn, dat ambtsdwang gepleegd kan worden in twee limitatief opgesomde vormen, lijkt weinig ruimte over te laten voor een vervolging van de overige modaliteiten, die in artikel 284 en 285 Sr nog worden aangevuld. De richtlijn brengt daarmee een interpretatie aan die de strafrechtelijke aansprakelijkheid beperkt ten opzichte van de wetstekst. Een interessante vraag is dan, of er ruimte overblijft om ambtsdwang gepleegd door een andere feitelijkheid ook te vervolgen. Daarmee wordt de richtlijn zelf ook object van interpretatie. Op die manier is er sprake van meervoudige interpretatieve relaties, tussen wetgeving, beleidsregels en rechtspraak. Die relaties kunnen met name optreden wanneer de wetgever niet in staat is de strafwet aan de actualiteit aan te passen. Het OM kan dan als 'loco-wetgever' een politiek geïnspireerd vervolgingsbeleid voeren, ter invulling van in de wetgeving neergelegde open normen.²⁶³

Het is echter niet gebruikelijk om interpretatieve activiteiten in een trias-model te plaatsen.²⁶⁴ Meestal wordt de interpretatie van het materiële strafrecht gezien als een onderonsje tussen wetgever en rechter, waarbij de wetgever algemene regels neerlegt, die soms veel nadere uitleg vergen, en de rechter daaraan invulling geeft. In die verhouding is de onderlinge communicatie erg belangrijk, en daardoor komt veel nadruk te liggen op de parlementaire voorbereiding en op de inhoud van vonnissen en arresten.²⁶⁵ Als ook het OM gezien wordt als volwaardige deelnemer aan de rechtsvorming, kan dat licht werpen op bepaalde problemen met de interpretatie van het materiële strafrecht. Dat geldt bijvoorbeeld voor het door Borgers opgeworpen probleem of er op grond van Europese implementatieverplichtingen moet worden overgegaan tot de introductie van vaag, open of ruim omschreven strafbaarstellingen.²⁶⁶ De speelruimte van de rechter zal weliswaar beperkt zijn wegens zijn verplichting tot conforme interpretatie, maar ook in het vervolgingsbeleid kunnen keuzes worden gemaakt die de betekenis van de geïmplementeerde rechtsnorm verder vormgeven in het licht van het doel en de bewoordingen van de richtlijn of het kaderbesluit dat eraan ten grondslag ligt. Een implementatie van Europese strafrechtelijke regelgeving zou in een interpretatieve driehoeksverhouding vorm kunnen krijgen. Daaraan kunnen uiteraard tevens kwaliteitseisen worden gesteld in termen van communicatie, rechtsbescherming en voorzienbaarheid. Wellicht zijn die waarden zelfs beter te verwezenlijken in een meer transparante en flexibele werkwijze, waarin het vervolgingsbeleid van het OM volwaardig betrokken is.

Inzet van het opportuniteitsbeginsel kan echter ook leiden tot een gebrek aan dialoog omtrent de betekenis van strafbaarstellingen. Buruma constateert

263 Nieboer 1991, p. 52-53

264 Zie als voorbeeld De Hullu 2012, p. 97-98. Zie ook MacCormick 2005 p. 47.

265 Borgers 2011.

266 Borgers 2011, p. 173-174.

iets dergelijks in de context van euthanasie, waar onafhankelijke toetsingscommissies beoordelen of gehandeld is in overeenstemming met de geldende zorgvuldigheidseisen. Een negatief oordeel van de commissie is een belangrijke overweging bij de daaropvolgende vervolgingsbeslissing. De materiële zorgvuldigheidsnorm, die wettelijk is neergelegd in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, en waarnaar verwezen wordt in artikel 293 Sr, wordt op die manier niet meer uitsluitend door de rechter geïnterpreteerd, maar vooral door een onafhankelijke commissie. Volgens Buruma loopt daarbij de voorzienbaarheid gevaar. Hij stelt daarom dat in extreme gedoogsituaties het opportuniteitsbeginsel raakt aan het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel.²⁶⁷ Dat probleem valt wellicht te ondervangen door in het vervolgingsbeleid niet te snel te kiezen voor een proceduralisering van een maatschappelijk probleem, maar zoveel mogelijk een ontwikkeling van de materiële norm te blijven bevorderen. Zeker bij verschuivende maatschappelijke opvattingen zal dat moeilijk te verwezenlijken zijn, maar wanneer meer duidelijkheid is ontstaan over de inhoud van de (zorgvuldigheids)normen, zou kunnen worden overgegaan tot het materialiseren van het vervolgingsbeleid ter zake.

Er is ook een combinatie mogelijk van de bagatelbenadering zoals die eerder naar voren is gekomen, met een interpretatief aspect zoals hierboven aan de orde kwam. Voor een dergelijke benadering kan het een en ander ontleend worden aan de oratie van Verkade, over een dergelijke combinatie op het rechtsgebied van de intellectuele eigendom. Veel intellectuele eigendomsrechten zijn als harde regels vormgegeven waaruit bagatelinbreuken niet kunnen worden weggeïnterpreteerd, maar daarnaast bestaan er enkele zorgvuldigheidsnormen waarin kwantitatieve elementen kunnen worden verwerkt. De hardere normen kunnen volgens Verkade echter ook worden gerelativeerd, en wel door ze te interpreteren op een wijze die de achterliggende waarden en belangen van de betreffende norm vooropstelt. Wanneer daar vanuit wordt gegaan, vallen de bagatelinbreuken niet meer te kwalificeren als een inbreuk op het intellectuele eigendomsrecht, omdat ze de door de norm gewaarborgde waarden of belangen geen significante schade toebrengen. Het Hof van Justitie zou een dergelijke benadering kunnen ondersteunen, terwijl het Benelux Gerechtshof daar niet zo duidelijk ruimte voor geeft.²⁶⁸ Een dergelijke benadering lijkt ook in het strafrecht mogelijk te zijn, wanneer gebruik gemaakt wordt van teleologische interpretatie. Breed geformuleerde delictomschrijvingen kunnen zo worden geïnterpreteerd dat bagatelzaken daar niet onder vallen, zodat deze buiten de strafrechtspleging worden gehouden, zonder dat daarvoor het opportuniteitsbeginsel hoeft te worden gebruikt. Er kleeft wel een risico aan deze methode, namelijk dat de reikwijdte van de delictomschrijving erg versnipperd wordt. Als er een grote hoeveelheid rechterlijke uitspraken is die concrete gedragingen buiten het bereik van een strafbepaling plaatst, kan deze

267 Buruma 2000, p. 71-73.

268 Verkade 2002, p. 18-19.

bepaling een weinig voorspelbare inhoud krijgen. Dat gevaar van verminderde rechtszekerheid kan deels worden voorkomen door in de rechtspraak duidelijk te wijzen op het beschermd belang dat de restrictieve interpretatie rechtvaardigt.

6.10 HET OPPORTUNITEITSBEGINSEL EN DE HARMONISATIE VAN HET COFFEE-SHOPBELEID

6.10.1 Opportuniteitsbeginsel en coffeeshops in Nederland

De verhouding tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht kan goed worden onderzocht door het Nederlandse softdrugsbeleid als voorbeeld te nemen. Voor de juridische inbedding van het Nederlandse beleid omtrent coffeeshops vormt het opportuniteitsbeginsel namelijk de noodzakelijke grondslag. Dit coffeeshopbeleid is bovendien in Europees perspectief één van de interessantste toepassingen van het opportuniteitsbeginsel, omdat het daarbij gaat om een materie die op Europees niveau geharmoniseerd is en daarnaast een uitwaaiërend effect heeft op enkele nabijgelegen andere lidstaten van de EU. In het Nederlandse vervolgingsbeleid zijn zogeheten AHOJGI-criteria voor coffeeshops opgenomen,²⁶⁹ en coffeeshophouders die zich daaraan houden hebben geen overheidsingrijpen te duchten. Wanneer het OM tot vervolging overgaat zonder dat deze criteria zijn overschreden, volgt in beginsel niet-ontvankelijkheid, tenzij de afwijking van het beleid degelijk gemotiveerd kan worden. Dit betreft een vergaande toepassing van het opportuniteitsbeginsel, die ertoe leidt dat strafbare gedragingen niet worden vervolgd en bestraft als men zich aan bepaalde, gepubliceerde voorwaarden houdt. Toezicht en handhaving van deze voorwaarden zijn verdeeld over bestuursrechtelijke en strafrechtelijke trajecten, waardoor een methode van integrale handhaving wordt gebruikt.

Het bezit van de kleinste hoeveelheden cannabis, dat in artikel 11 Opiumwet als overtreding wordt gekwalificeerd, is weinig strafwaardig, ook in Europees perspectief. De bedoeling achter het sterk getrapte stelsel van sanctienormen was om de eindgebruiker zoveel mogelijk strafrechtelijk te ontzien, maar de handelaars en producenten niet vrijuit te laten gaan. Daarom is ook in de Aanwijzing Opiumwet²⁷⁰ het onderscheid gemaakt tussen het gedoogbeleid ten aanzien van een aantal strafbare feiten aan de ene kant, en het toekennen van een lage opsporingsprioriteit aan de andere kant. Ten aanzien van het gedoogbeleid stelt de Aanwijzing dat het belang van handhaving moet

269 Deze vereisen van coffeeshops: geen affichering, geen harddrugs, geen overlast, geen jongeren, geen grote hoeveelheden en geen toegang voor ingezetenen. Zie voor de specifieke regelingen de Aanwijzing Opiumwet, *Stcrt.* 2012, 26938.

270 *Stcrt.* 2012, 26938.

wijken voor het algemeen belang van de volksgezondheid en de handhaving van de openbare orde. Onafhankelijk van de beschikbare capaciteit wordt daarom een 'positieve beslissing' genomen om de strafbare feiten die onder het gedoogbeleid vallen niet op te sporen en te vervolgen. De reden om te kiezen voor de andere optie, het toekennen van een lage opsporingsprioriteit, is volgens de Aanwijzing gelegen in de betrekkelijk geringe ernst van de relevante feiten, afgezet tegen de beschikbare capaciteit van opsporing en vervolging.

Voor coffeeshops geldt in Nederland een gedoogbeleid, en dat heeft tot aanzienlijke spanningen geleid met andere lidstaten van de Europese Unie. Het duidelijkste voorbeeld hiervan is de tot op diplomatiek niveau spelende botsing met Frankrijk in 1996. Inmiddels heeft Nederland getracht op diverse manieren de problemen met buitenlandse drugstoeristen en -koeriers te vermindern. De aanscherping van het drugsbeleid is niet alleen het gevolg van het reageren op internationale en Europese ontwikkelingen, ook op nationaal niveau lijkt de mate waarin drugsgebruik getolereerd wordt af te nemen. Een proef waarmee de laatste jaren in het coffeeshopbeleid is gewerkt betreft de introductie van het zogenaamde 'woonlandbeginsel' in Maastricht. Op grond daarvan hadden alleen ingezetenen van Nederland toegang tot coffeeshops in deze plaats. De verenigbaarheid van deze regelgeving met het Europese recht is onderwerp geweest van enkele procedures, die ook een uitspraak aan het Hof van Justitie hebben ontlokt. Later verwerkte de regering dit woonlandbeginsel in een verscherping van het coffeeshopbeleid, door aan de gedoogcriteria een B- en een I-criterium toe te voegen. Deze houden respectievelijk in dat coffeeshops alleen nog gedoogd worden wanneer zij een besloten club zijn met ten hoogste 2000 leden, en dat zij alleen toegang mogen verschaffen aan leden die ingezetene zijn van Nederland. Die toegevoegde criteria (ook wel de 'wietpas' genoemd) werden vanaf 1 mei 2012 van toepassing in de drie zuidelijke provincies, en zouden op 1 januari 2013 voor heel Nederland gaan gelden. Door maatschappelijke discussie en verdringingsproblematiek is er na een half jaar van afgezien om het besloten club-criterium verder te handhaven. Wat betreft de handhaving van het ingezetenen criterium is aanzienlijke verscheidenheid ontstaan, omdat elke gemeente waarin coffeeshops gevestigd zijn in overleg mag kiezen of het overgaat tot handhaving van dit criterium.²⁷¹

Een belangrijk discussiepunt met betrekking tot de coffeeshops betreft de zogenaamde 'achterdeurproblematiek': het gegeven dat de verkoop van kleine hoeveelheden cannabis aan eindgebruikers onder het gedoogbeleid valt, terwijl dat niet het geval is met de leverantie aan de coffeeshop. Wanneer het aanleveren van cannabis aan de 'achterdeur' van coffeeshops daadwerkelijk op strafrechtelijk ingrijpen zou kunnen rekenen, zouden coffeeshops niet kunnen bestaan. Daarmee zou de doelstelling van het gedoogbeleid, de bevordering

271 Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 24 077, nrs. 309 en 310.

van de volksgezondheid en de handhaving van de openbare orde, in gevaar komen. Het kan dus niet anders dan dat die leveranties aan de achterdeur een dusdanig lage opsporingsprioriteit krijgen dat er in uitwerking weinig onderscheid meer is met het gedoogbeleid. In ieder geval wordt daartegen niet geregeld actie ondernomen op een soortgelijke wijze als tegen hennepkwekerijen. De strafrechtelijke behandeling van de gehele bedrijfskolom van wietproductie tot -consumptie kenmerkt zich dan ook door concentratie op de aanpak van de productie aan de ene kant, het vrijwel geheel ongemoeid laten van persoonlijke consumptie aan de andere kant, en daartussenin een glijdende schaal waarbij de verkoop in coffeeshops nog worden gedoogd, maar niet alle handelingen die de levering betreffen een even hoge opsporingsprioriteit krijgen. Desondanks betekent dat niet dat vanwege de achterdeurproblematiek het OM niet-ontvankelijk zou worden verklaard wanneer het een vervolging instelt voor gedragingen die buiten de AHOJGI-criteria vallen, maar als er duidelijk sprake is van het in voorraad houden van redelijke hoeveelheden om te voorzien in de dagelijkse bedrijfsvoering van coffeeshops, kan het weinig strafwaardig karakter daarvan wel resulteren in een rechterlijk pardon.²⁷² Sommigen roepen op tot de legalisering, of althans het gedogen, van de gehele bedrijfskolom die zich met cannabis bezighoudt. Een aanpak die onderscheidt maakt tussen de verschillende handelingen die met cannabis worden gepleegd zou niet consequent zijn. Met de huidige wetstekst van artikel 11 Opiumwet is legalisering van de gehele wietteelt moeilijk te realiseren, omdat de strafmaat sterk toeneemt bij grote hoeveelheden of beroeps- of bedrijfsmatige teelt. Coffeeshops mogen volgens het G-criterium precies zoveel cannabis in voorraad hebben dat ze nog niet onder de reikwijdte vallen van artikel 11 lid 5 Opw. Hierin wordt de strafmaat op verschillende gedragingen fors verhoogd wanneer er sprake is van grote hoeveelheden.

6.10.2 Interpretatie van de Aanwijzing Opiumwet

Het gegeven dat beleidsregels worden opgesteld die beslissingen omtrent opsporing en vervolging nader sturen, betekent dat niet alleen de wet die daarbij toegepast wordt, maar ook die beleidsregels voor interpretatie vatbaar zijn. Een voorbeeld kan dit illustreren. Artikel 11 lid 3 Opiumwet stelt een strafmaximum van zes jaar of een geldboete van de vijfde categorie op beroeps- of bedrijfsmatige hennep-teelt. De Aanwijzing Opiumwet bevat ter beoordeling van de professionaliteit van de teelt een tabel, waarin indicatoren zijn opgenomen zoals belichting, bodem en de ruimte waarin de teelt plaatsvindt. Daglicht leidt tot een lage indicatie van professionaliteit, kunstverlichting die wordt bestuurd met tijd klokken tot een hoge indicatie. Aarde of potgrond als bodem geeft een lage indicatie, speciaal verrijkte aarde of potgrond, steenwol of

272 Rb 's-Gravenhage 21 december 2012, L/JN BY7120.

hydrocultuur een hoge. Een hoge indicatie wordt verder toegekend wanneer de teelt plaatsvindt in een kas of een grote, verdeelde en afgeschermdede ruimte binnen of buiten. Teelt in een afgescheiden ruimte in huis levert een gemiddelde indicatie op, en teelt op een balkon of in een tuin een lage indicatie. Tegenover deze indicatoren tot een oordeel over de professionaliteit van de teelt, die gecombineerd met de factoren van schaalgrootte en het doel van de teelt tot een oordeel leiden omtrent het bestanddeel van het beroeps- of bedrijfsmatig karakter. Opmerkelijk is daarbij, dat de aanwijzing bepaalt dat er sprake is van beroeps- of bedrijfsmatig handelen, wanneer, ongeacht de hoeveelheid planten, 'wordt voldaan aan twee of meer punten' van de lijst met indicatoren. Betekent dat, dat er sprake is van professionaliteit wanneer er nog maar op twee punten een lage indicatie is, of moet er op twee punten een hoge indicatie zijn? Vermoedelijk het laatste, maar helemaal duidelijk is het niet, zeker wanneer de indicaties tussen hoog en laag in liggen. Door deze onduidelijke formulering vraagt de aanwijzing zelf weer om een interpretatie van de eigen interpretatie van het wettelijke bestanddeel beroeps- of bedrijfsmatige teelt.

Die interpretatie van de zijde van de rechter blijft dan ook niet uit. De rechter verwijst daarbij niet altijd expliciet naar de Aanwijzing van het OM, maar beoordeelt in beginsel zelfstandig de vraag of het bestanddeel van beroeps- of bedrijfsmatige teelt is vervuld.²⁷³ De rechter kan zich ook explicietter verhouden tot de Aanwijzing. Zo oordeelde de Hoge Raad dat ook in een woning sprake kan zijn van beroeps- of bedrijfsmatig handelen, omdat er sprake was van geregelde en stelselmatige verkoop van softdrugs.²⁷⁴ Voor de beoordeling van het beroeps- of bedrijfsmatige karakter van de verkoop ging de Hoge Raad te rade bij de wetsgeschiedenis over dit bestanddeel. De Aanwijzing bevat immers alleen indicatoren met betrekking tot de beroeps- of bedrijfsmatige teelt, en niet voor de verkoop van cannabis. Advocaat-Generaal Vellinga wijst ook op het ontbreken daarvan in zijn conclusie, waarbij hij wel het bestaan van de indicatoren voor de teelt benoemt.²⁷⁵ Wanneer de beleidsregels dus geen uitspraak doen over de uitleg van een onderdeel van de wettelijke delictomschrijving, zoals in dit geval het beroeps- of bedrijfsmatig verkopen van softdrugs, kunnen deze moeilijk in de rechtspraak worden betrokken. De rechter kan dan in zijn interpretatie wel gebruik maken van de indicatoren voor professionaliteit die beschikbaar zijn in de Aanwijzing ten aanzien van een ander, vergelijkbaar bestanddeel.

273 Zoals bijvoorbeeld in Rb 's-Gravenhage 10 april 2009, L/JN BI2403.

274 HR 1 juli 2008, NJ 2008, 410.

275 Overweging 12 van de conclusie.

6.10.3 Discussies voorafgaand aan het kaderbesluit drugshandel

Het Nederlandse drugsbeleid, en met name het gedogen van coffeeshops, roept in Europees verband nogal eens spanningen op. Dat betekent ook dat bij de opstelling van harmonisatie-instrumenten inzake de strafrechtelijke handhaving van verdovende middelen het opportuniteitsbeginsel een rol speelt. Een voorbeeld daarvan is te vinden bij de totstandkoming van het kaderbesluit illegale drugshandel, waar de Nederlandse onderhandelaars hebben ingezet op een resultaat dat het opportuniteitsbeginsel onverlet laat. Het kaderbesluit bevat mede daarom slechts verplichtingen tot wetgevende activiteit, en niet tot daadwerkelijke handhaving. Bij de onderhandelingen over de inhoud van het kaderbesluit was het de vraag of het coffeeshopbeleid onaangetast kon blijven. Uit die onderhandelingen kwam ook naar voren dat er twee verschillen in opvatting bestonden onder de lidstaten. Het ene verschil in opvatting betrof het eigenlijke drugsbeleid, en welke vorm dat zou moeten aannemen. Het andere verschil in opvatting betrof de vraag welke rol er hierin voor de Europese Unie zou moeten zijn.²⁷⁶

Eén van de voorlopige versies van het kaderbesluit bevatte tijdens de onderhandelingsfase de bepaling dat ook het bezit van de kleinste hoeveelheid cannabis met een maximumstraf van tenminste achttien maanden zou moeten worden bedreigd. Tijdens een algemeen overleg met de vaste commissie voor Justitie kwam de vraag aan de orde of dat zou betekenen dat het coffeeshopbeleid geheel zou moeten worden herzien. De minister van Justitie stelde tijdens het overleg dat het niet duidelijk was of een dergelijk kaderbesluit, als dat aangenomen zou worden, het opportuniteitsbeginsel zou uitsluiten. Meer duidelijkheid over zijn standpunt gaf hij in een brief aan de vaste Kamercommissie. Daarin geeft hij toe dat het logisch lijkt, dat met een verhoging van de strafmaat een hogere prioriteit aan opsporing en vervolging wordt gegeven, maar dat het kaderbesluit niets zegt over coffeeshops of over het opportuniteitsbeginsel. Volgens de minister moet er dan ook van worden uitgegaan, dat het regelen van opsporing en vervolging geheel aan de lidstaten wordt overgelaten. 'Dit betekent dat het Kaderbesluit het geldende opportuniteitsbeginsel onverlet laat.'²⁷⁷ De regering stelde zich met andere woorden op het standpunt dat de harmonisatie van strafbaarstellingen in beginsel geen gevolgen heeft voor het vervolgingsbeleid ten aanzien van die geharmoniseerde delicten.

²⁷⁶ Buruma & Verrest 2004, p. 26.

²⁷⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 23 490, nr. 246.

6.10.4 Discussies bij de implementatie van het kaderbesluit

Ook bij de implementatie van het kaderbesluit²⁷⁸ zijn er in de parlementaire behandeling woorden gewijd aan de mogelijke beïnvloeding van het opportuniteitsbeginsel, en dan met name voor zover het coffeeshopbeleid daarop is gebouwd. De regering was daarbij ook van mening dat slechts wetgevende activiteit wordt verlangd door het kaderbesluit, en dat dit niet ziet op het vervolgingsbeleid van de lidstaten. Daartoe verwees zij naar overweging negen van het kaderbesluit, waaruit dat duidelijk zou blijken.²⁷⁹ Deze overweging zou van groot belang zijn voor het coffeeshopbeleid, ten aanzien waarvan uit het kaderbesluit geen enkele verplichting zou voortvloeien die verdergaat dan tot aanpassing van de strafwetgeving, zodat ook na de implementatie van het kaderbesluit de (inmiddels) AHOJGI-criteria het kader bieden waaraan de coffeeshops zich moeten houden.²⁸⁰

Het regeringsstandpunt stuitte in de parlementaire behandeling wel op enig weerwoord. Zo vroeg de CDA-fractie zich af, of ondanks het ontbreken van een effect op het vervolgingsbeleid, de implementatie van het kaderbesluit niet toch een aanleiding zou kunnen zijn om het drugsbeleid aan te scherpen. De PvdA-fractie wilde juist weten of het ontbreken van dit effect misschien zou kunnen betekenen dat de gehele bedrijfskolom van de wietteelt zou kunnen worden gedoogd, en of het kaderbesluit dat wel of niet mogelijk maakte. Bij deze fractie en de fractie van de ChristenUnie bestonden vragen over de oplosbaarheid van de achterdeurproblematiek in het licht van het kaderbesluit.²⁸¹

Nogmaals benadrukt de regering dat de Nederlandse inzet is geweest dat het kaderbesluit slechts verplichtingen tot wetgevend optreden schept, en geen vervolgingsverplichtingen in het leven roept. De verhoging van de strafmaxima zou echter wel tot uitdrukking moeten komen in een aanpassing van het vervolgings- en strafvorderingsbeleid van het OM. Daar zou echter niet het kaderbesluit 'als voorwendsel' voor moeten worden gebruikt.²⁸² Met betrekking tot de implementatie van de verplichting tot strafbaarstelling van onder andere het in voorraad hebben van een grote hoeveelheid drugs, uit artikel 4 lid 2 onder a van het kaderbesluit, is iets bijzonders aan de hand. De lidstaten hebben met opzet achterwege gelaten wat precies moet worden verstaan onder het begrip 'grote hoeveelheden'. De Nederlandse wetgever achtte zich daarom vrij om de betekenis daarvan nader te regelen bij AMvB. Deze hoeveelheid is

278 Kaderbesluit 2004/757/JBZ van de Raad van 25 oktober 2004 betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, *PbEU* 2004, L 335/8.

279 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 3, p. 1.

280 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 3, p. 2.

281 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 6.

282 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 7, p. 2.

vastgesteld op – onder andere – 500 gram hennep.²⁸³ Deze grens is met opzet gekozen om daarmee aan te sluiten bij de maximale handelsvoorraad voor coffeeshops, het G-criterium uit de Aanwijzing Opiumwet van het OM.²⁸⁴ De vormgeving van deze gelede strafbaarstelling is dus toegesneden op het vervolgingsbeleid: de invulling van het opportuniteitsbeginsel heeft ertoe geleid dat de grens van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het in artikel 11 lid 5 Opw opgenomen verbod gelegd is op 500 gram hennep.

In de Eerste Kamer werd de stelling van de minister dat de implementatie geen vervolgingsverplichtingen met zich meebrengt ter discussie gesteld. Leden van de CDA-fractie merkten op dat het kaderbesluit verwarring schept omdat het stelt dat de lidstaten maatregelen treffen opdat bepaalde gedragingen ‘worden bestraft’. De Engelse tekst spreekt van ‘punishable’, en de Kamerleden betreuren dat de Nederlandse tekst in dit opzicht verwarring wekt. Ook wijzen zij op artikel 8 van het kaderbesluit, dat de lidstaten verplicht rechtsmacht te vestigen ten aanzien van de in het kaderbesluit genoemde feiten en deze te vervolgen wanneer ze door eigen onderdanen buiten het eigen grondgebied zijn gepleegd. Deze leden achten de opmerking van de minister dat het kaderbesluit niet noopt tot aanscherping van het vervolgingsbeleid verder enigszins in tegenspraak met zijn voorstel dat de vervolgings- en strafvorderingsrichtlijnen van het OM zullen worden aangepast aan de verhoogde strafmaxima. Ook ten aanzien van de implementatie van het bestanddeel ‘grote hoeveelheden’ bestaan nog vragen: het is namelijk niet uitgesloten dat een Nederlandse rechter een prejudiciële vraag zal stellen aan het Hof van Justitie daarover, omdat de term immers afkomstig is uit Europese wetgeving, en als gevolg daarvan zou de Nederlandse implementatie, die nu nog gelijk oploopt met het vervolgingsbeleid, eventueel moeten worden aangescherpt.²⁸⁵

De minister onderschrijft dat de tekst van het kaderbesluit ongelukkig is vertaald waar het spreekt over ‘wordt bestraft’, maar benadrukt dat daarmee niet anders is bedoeld dan te verplichten tot aanpassen van de wetgeving. Volgens de minister behelst artikel 8 van het kaderbesluit een *aut dedere aut judicare*-verplichting, zodat alleen in gevallen waarin een lidstaat niet tot overlevering van een eigen onderdaan overgaat hij verplicht is om deze te vervolgen. Buiten die context bestaat er dus geen vervolgingsverplichting, zodat lidstaten nog steeds kunnen beslissen over de vervolging van strafbare feiten die binnen hun eigen grenzen zijn begaan, en artikel 8 voor Nederland geen vervolgingsopdracht bevat. Dat de interpretatie van het begrip ‘grote hoeveelheid’ ruimte laat voor het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kan op instemming rekenen van de minister. Daarbij merkt hij op dat het volledig afhankelijk is van de uitspraak van die instantie welke

283 Art. 1 lid 2 Opiumwetbesluit.

284 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, nr. 7, p. 4.

285 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, A.

inhoud dat begrip zal blijken te bezitten.²⁸⁶ Als deze visie juist is, betekent dat dat er ruimte bestaat voor het Hof van Justitie om deze begrenzing van aansprakelijkheid nader in te vullen, waardoor de strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 11 lid 5 Opiumwet, zoals nader gespecificeerd in het Opiumwetbesluit, uit de pas zou kunnen gaan lopen met het G-criterium uit de Aanwijzing Opiumwet. In dat geval zou het voor de hand liggen om het vervolgingsbeleid analoog in te vullen aan het eventueel gewijzigde Opiumwetbesluit.

6.10.5 Effectieve handhaving en het coffeeshopbeleid

Dat het coffeeshopbeleid in het geheel niet wordt geraakt door het Kaderbesluit illegale drugshandel en zijn implementatie, lijkt me echter minder vanzelfsprekend dan de minister deed voorkomen. Dat is met name het geval vanwege het erkennen door het Hof van Justitie dat Europese wetgeving door de lidstaten doeltreffend, evenredig en afschrikkend moet worden gehandhaafd, en dat overtredingen daarvan op gelijkwaardige wijze moeten worden behandeld als overeenkomstige overtredingen van nationaal recht. Het meest expliciet in het trekken van de consequentie dat daaruit ook verplichtingen tot strafrechtelijke vervolging voortvloeien is het Hof tot nu toe geweest in het arrest *Vo*. Deze verplichtingen kunnen voortvloeien uit instrumenten ter harmonisatie van materieel strafrecht, waarbij de verplichting om strafrechtelijk op te treden tegen inbreuken niet absoluut is, maar afhankelijk van de mate waarin dit optreden kan bijdragen aan een doeltreffende, evenredige en afschrikkende handhaving. Verplichtingen om strafrechtelijk op te treden zijn dus met name aanwezig bij die delicten die de doeltreffendheid van het onderliggende Europese beleid het sterkst in gevaar brengen.²⁸⁷

De norm van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties is ook expliciet opgenomen in het kaderbesluit illegale drugshandel. Overweging 5 stelt dat de lidstaten in straffen moeten voorzien die doeltreffend, evenredig en afschrikkend dienen te zijn. Verder geeft deze overweging aan, dat voor de bepaling van de straf rekening dient te worden gehouden met feitelijke gegevens, zoals de hoeveelheden en de aard van de verhandelde drugs en de vraag of het strafbare feit in het kader van een criminele organisatie is gepleegd. Deels zijn deze omstandigheden ook verwerkt in de minimale maximumstraffen die het kaderbesluit voorschrijft, maar deze overweging heeft duidelijk betrekking op de straftoemeting. De eis dat de lidstaten doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties mogelijk maken is ook opgenomen in artikel 4 lid 1, dat zich uitstrekt over alle in het kaderbesluit genoemde gedra-

²⁸⁶ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 339, B.

²⁸⁷ Zie over deze rechtspraak meer in detail paragraaf 3.4.

gingen die betrekking hebben op verdovende middelen, inclusief de uitlokking daarvan, de medeplichtigheid daaraan en de poging daartoe.

De eisen van evenredige, doeltreffende en afschrikkende sancties, die volgens het Hof van Justitie in het arrest *Vo*²⁸⁸ een verplichting tot vervolging kunnen inhouden, zouden in het verband van het coffeeshopbeleid ook tot inspanningen van de strafvorderlijke autoriteiten kunnen verplichten. Of dat daadwerkelijk het geval is, valt nog te bezien. Zowel bij het Kaderbesluit illegale drugshandel als bij het Kaderbesluit illegale binnenkomst, doortocht en verblijf, dat een rol speelde in de zaak *Vo*, waren de bewoordingen van de verplichting tot strafbaarstelling niet altijd gelukkig gekozen. Zoals hierboven vermeld wees de minister erop, dat het de bedoeling was dat het kaderbesluit slechts verplichtingen tot strafbaarstelling in het leven zou roepen, en dat daarom de Nederlandse vertaling ten onrechte in artikel 2 lid 1 spreekt van 'bestraft worden'. Misschien betekent het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Vo* echter dat het Hof niet bereid is om hierin een vertaalfout te herkennen. In dat geval ligt het voor de hand dat het Hof ook in het kaderbesluit illegale drugshandel een vervolgingsverplichting leest.

Maar ook wanneer het Hof van Justitie niet van de veronderstelling is uitgegaan dat de Europese wetgever een verplichting tot bestraffing heeft opgenomen in de rechtsinstrumenten ter harmonisatie van het materiële strafrecht, is het mogelijk om toch tot de conclusie te komen dat een vervolgingsverplichting bestaat. Daartoe is de overeenkomst tussen de in de harmonisatie-instrumenten neergelegde eisen van doeltreffende, evenredige en afschrikkende sancties enerzijds, met de interpretatie van de verplichting tot loyale uitvoering van het Unierecht (artikel 4 lid 3 VEU) anderzijds, eenvoudigweg te groot. Wanneer de lidstaten dus op grond van het kaderbesluit illegale drugshandel niet alleen verplicht zijn tot strafbaarstelling, maar ook tot daadwerkelijk opsporen en vervolgen, om daarmee uitvoering te geven aan het kaderbesluit, is de vervolgvraag tot welke activiteiten die regelgeving dan precies verplicht. Zoals eerder aangegeven²⁸⁹ lijkt het niet waarschijnlijk om uit de jurisprudentie van het Hof categorische vervolgingsverplichtingen af te leiden. De eis dat het optreden van de lidstaten doeltreffend, evenredig en afschrikkend dient te zijn laat meer differentiatie toe. Die eis heeft echter wel een sterk utilitaristische inhoud, waardoor de nationale autoriteiten vooral de doelstellingen van het relevante Europese beleid in ogenschouw moeten nemen bij het bepalen van hun strafrechtelijk beleid ter uitvoering van de regelgeving. In de context van het drugsbeleid en de uitvoering van het kaderbesluit moeten die doelstellingen vooral uit de bepalingen en de overwegingen van het kaderbesluit worden afgeleid.

Het kaderbesluit geeft gelukkig vrij veel informatie over zijn doelstellingen. In overweging 1 stelt het dat de illegale drugshandel een bedreiging vormt

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

289 Zie paragraaf 3.4.

voor de gezondheid, veiligheid en levenskwaliteit van de burgers van de Europese Unie, en voor de wettige economie, de stabiliteit en de veiligheid van de lidstaten. Verder is het duidelijk dat persoonlijk drugsgebruik niet strafwaardig wordt geacht (artikel 2 lid 2), en dat zulks wel geldt voor het handelen in het verband van een criminele organisatie (overweging 5, artikel 4 lid 3). Ook uit de strafmaxima komt een beeld naar voren met betrekking tot de doelstellingen van het kaderbesluit: gedragingen met betrekking tot grote hoeveelheden drugs of zeer schadelijke drugs (artikel 4 lid 2) worden ernstig geacht. De meest strafwaardige gedragingen zijn die, die gepleegd zijn in het kader van een criminele organisatie, waarbij de strafwaardigheid minder sterk is wanneer in dat kader slechts voorbereidingshandelingen zijn gepleegd (artikel 4 lid 3 en 4). Ook uit enkele bijzondere omstandigheden die moeten kunnen meewegen bij de straftoemeting blijkt van bepaalde opvattingen ten aanzien van de doelstellingen van het kaderbesluit (artikel 5). Daarbij gaat het om het afzien van criminele activiteiten wat betreft de drugshandel, of om het verstrekken van informatie waarmee de gevolgen van het strafbare feit kunnen worden voorkomen of verminderd, de daders kunnen worden aangewezen, bewijs verzameld of nieuwe strafbare feiten worden voorkomen (zie ook overweging 6). Uit dit geheel komt naar voren dat de doelstellingen van het kaderbesluit nadrukkelijk zijn gericht op het voorkomen van gezondheidsschade, de bevordering van maatschappelijke veiligheid en stabiliteit en het bestrijden van de georganiseerde drugshandel, waarbij het persoonlijk gebruik weinig strafwaardig wordt geacht en zelfs aanzienlijke strafvermindering mogelijk moet worden gemaakt voor zich coöperatief opstellende verdachten, teneinde daardoor nieuwe schade te voorkomen.

Als we deze bevindingen in verband brengen met het Nederlandse coffeeshop-beleid, vallen in ieder geval enkele overeenkomsten te ontdekken. Overeenstemming bestaat over de grondslag van het strafrechtelijke drugsbeleid als bevordering van de volksgezondheid en de openbare orde. Die ratio achter het Nederlandse drugsbeleid lijkt, in algemene termen gesteld, in het geheel niet op gespannen voet te staan met de doelstellingen van het Kaderbesluit illegale drugshandel. Ook de geringe strafwaardigheid van persoonlijk drugsgebruik komt zowel tot uitdrukking in het kaderbesluit (artikel 2 lid 2) als in de Opiumwet (artikel 10 lid 6 en artikel 11 lid 6 en 7). De strafverzwaring bij deelneming aan een criminele organisatie is eveneens in de Opiumwet opgenomen wanneer het gaat om softdrugs (artikel 11a), omdat de strafmaxima bij de harddrugs al hoog genoeg waren om aan de implementatieverplichtingen op dit punt te voldoen. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de gedraging heeft plaatsgevonden met betrekking tot een grote hoeveelheid drugs (artikel 11 lid 5 Opiumwet). De schadelijkheid van de drugs als strafverzwarende omstandigheid (artikel 4 lid 2 van het kaderbesluit) kan geacht worden te zijn gereflecteerd in de verschillende regimes voor hard- en softdrugs. Grosso modo kan dus worden gezegd dat de wetgeving in Nederland dezelfde

accenten legt als het kaderbesluit, behalve dat de onderlinge verhouding die tussen de verschillende gedragingen in het kaderbesluit gemaakt wordt niet altijd in de Opiumwet tot uitdrukking komt, omdat de Nederlandse strafmaxima terzake niet hoefden te worden aangepast. In dat verband is het de vraag of de implementatieverplichtingen enigszins minimalistisch moeten worden opgevat, waarbij strafmaxima alleen worden aangepast wanneer het Nederlandse maximum onvoldoende hoog is, of dat er ook gestreefd moet worden naar een vergelijkbare verhouding tussen de verschillende maximumstraffen als in het harmonisatie-instrument is opgenomen.

Dat de Nederlandse wetgeving vergelijkbare uitgangspunten laat zien als het kaderbesluit, betekent echter nog niet dat de uitvoering daarvan conform Europese doelstellingen is. Daarbij is het coffeeshopbeleid het meest opvallend. Verschillende voor- en tegenargumenten zijn aan te voeren met betrekking tot de legitimiteit van het coffeeshopbeleid in Europees perspectief. Met het oog op het kaderbesluit kan dat beleid wellicht worden gerechtvaardigd vanwege de kennelijke doelstelling dat persoonlijk gebruik niet gecriminaliseerd moet worden. De maximale hoeveelheid van vijf gram cannabis voor verkoop door de coffeeshop laat het niet of nauwelijks toe dat daarmee grootschalige doorverkoop plaatsvindt. Desondanks gaat het bij de gedragingen van de coffeeshophouder wel om verkoop van aanzienlijke hoeveelheden, hoewel door het gebruik wat de Nederlandse wetgever van zijn implementatieruimte heeft gemaakt de strafverzwarende omstandigheid van artikel 11 lid 5 Opiumwet precies gelijk is aan de maximale handelsvoorraad van de coffeeshop. Ook de overlastbestrijding zou steun kunnen vinden in het kaderbesluit, vanwege de doelstelling de veiligheid en levenskwaliteit van de burgers en de stabiliteit en veiligheid van de lidstaten te beschermen. Problematischer is het dat het kaderbesluit veel nadruk legt op de bestrijding van georganiseerde criminaliteit, en bij de coffeeshops zijn banden met handelaars en telers niet altijd afwezig, terwijl het bedrijf dat de coffeeshop exploiteert zelf meestal ook een georganiseerd samenwerkingsverband vormt.

Bij deze stand van zaken is het niet ondenkbaar dat het Nederlandse coffeeshopbeleid vanuit het Europese recht bezien onder sterkere druk komt te staan. Gezien de toenemende aanscherping van het Nederlandse drugsbeleid hoeft dat niet te betekenen dat het vigerende beleid doorkruist zal gaan worden. Een verdere versoepeling van het beleid omtrent coffeeshops zal echter niet kunnen worden doorgezet zonder dat daaraan een zorgvuldige inschatting is voorafgegaan van wat het Europese recht vereist. Met name de eis dat geharmoniseerde strafbaarstellingen doeltreffend, evenredig en afschrikkend gehandhaafd moeten worden brengt met zich mee dat in gevallen waarin de met de Europese norm corresponderende gedoogcriteria, zoals de regel met betrekking tot de maximale handelsvoorraad, worden geschonden, daartegen in enigerlei vorm moet worden opgetreden. De doelstellingen van het Europese recht inzake drugsbestrijding zullen door de lidstaten op loyale wijze moeten worden omgezet in daadwerkelijke handhavingsinspanningen. Daarbij vormen

de coffeeshops een duidelijk grensgeval, waarbij moeilijk te zeggen is in hoeverre het Europese recht noopt tot een strengere aanpak en in hoeverre daarbij nog nationale beleidsvrijheid mag worden benut.

6.10.6 Coffeeshops, vrij verkeer en discriminatie

Het coffeeshopbeleid kan nog vanuit een ander perspectief worden belicht: staat het Europese recht misschien in de weg aan een aanscherping van het beleid, met name wanneer daarin een woonlandbeginsel of ingezetenen criterium wordt opgenomen? Met andere woorden: is het vanwege het vrij verkeer van goederen of diensten toegestaan om de verkoop van illegale drugs aan Nederlandse ingezetenen voor te behouden? Het *Josemans*-arrest van het Hof van Justitie geeft daar een antwoord op: in beginsel wordt de verkoop van drugs niet beschermd door de bepalingen inzake het vrij verkeer, omdat het handelswaar betreft waarvan in Europese wetgeving, namelijk het Kaderbesluit illegale drugshandel, is bepaald dat onder andere de verkoop daarvan door de lidstaten strafbaar moet worden gesteld. Coffeeshophouders kunnen zich daarom niet met een beroep op het vrij verkeer van diensten verzetten tegen een regeling die het verkopen van deze drugs voorbehoudt aan ingezetenen. Wat betreft de overige goederen die verkocht worden in de coffeeshops geldt dat het vrije verkeersrecht wel wordt geschonden door de toegang tot coffeeshops te beperken tot Nederlandse ingezetenen, maar dat deze inbreuk wordt gerechtvaardigd. Deze goederen, alcoholvrije dranken en etenswaren, kunnen op zoveel plaatsen worden gekocht dat de inbreuk op het vrije verkeer evenredig is.²⁹⁰

De onderbouwing geeft op een belangrijk punt onvoldoende blijk van een goed inzicht in het Nederlandse drugsbeleid. De kern van het Nederlandse beleid is volgens het Hof dat zodanig toepassing wordt gegeven aan het opportuniteitsbeginsel, dat de verkoop van cannabis met het oog op een doeltreffende strafvervolging in zeer beperkte hoeveelheden en onder gecontroleerde omstandigheden wordt gedoogd en prioriteit wordt gegeven aan de vervolging van andere als gevaarlijker beschouwde strafbare feiten.²⁹¹ Het feit dat dit gedoogbeleid bestaat doet volgens het Hof van Justitie niets af aan het illegale karakter van de verkoop van verdovende middelen. Het verbod wordt volgens het Hof niet ontkracht wanneer de autoriteiten 'wegens met name de beperkte personele en materiële mogelijkheden een lagere prioriteit toekennen aan de vervolging van een bepaald soort handel in verdovende middelen, omdat zij andere soorten gevaarlijker achten. Die houding kan in geen geval leiden tot gelijkstelling van de illegale handel in verdovende middelen met het door de bevoegde autoriteiten strikt gecontroleerde handels-

290 HvJ EU 16 december 2010, zaak C-139/09, NJ 2011, 290 m.nt. Klip (Josemans).

291 Overwegingen 12-14 van het arrest.

verkeer in de medische en wetenschappelijke sfeer. Dit laatste is immers daadwerkelijk gelegaliseerd, terwijl de illegale handel, ook al wordt hij gedoogd, verboden blijft.²⁹² Hiervoor is echter opgemerkt dat het kenmerk van het coffeeshopbeleid nu juist is dat er in de Aanwijzing Opiumwet niet slechts een lage opsporingsprioriteit wordt toegekend aan deze gedragingen, maar dat er uitdrukkelijk voor wordt gekozen om onder materiële voorwaarden geen strafrechtelijke reactie te doen volgen. Dat wil inderdaad niet zeggen dat er een volledige legalisatie heeft plaatsgevonden, maar de strafrechtelijke behandeling van coffeeshops is niet puur een capaciteitskwestie. Deze overweging van het Hof geeft dan ook blijk van een miskenning van de juridische inbedding van het coffeeshopbeleid. De overweging is afkomstig uit het arrest *Happy Family*,²⁹³ waarbij het Hof in aanvulling daarop nog overwoog, dat 'de politie er te allen tijde tegen kan optreden wanneer de bevoegde autoriteiten dat opportuun achten.'²⁹⁴ Blijkbaar vond het Hof die laatste opmerking niet meer voldoende aansluiten bij de juridische werkelijkheid om hem te herhalen in het *Josemans*-arrest. Als dat zo is, is het niet helemaal begrijpelijk waarom het eigen karakter van het gedoogbeleid toch niet goed naar voren komt in die uitspraak. De eventuele consequentie dat de verkoop van cannabis door de vrije verkeersrechten zou worden beschermd zal daar te radicaal voor zijn geweest, waarbij de ferme stellingname van advocaat-generaal Bot mischien ook heeft bijgedragen aan een gematigde uitkomst.²⁹⁵

6.11 DEELCONCLUSIE

Met de bespreking in dit hoofdstuk is getracht een antwoord te verkrijgen op de vijfde deelvraag van dit onderzoek, die luidde: 'wat is de verhouding tussen het opportunititeitsbeginsel en het materiële strafrecht in het licht van de verplichting tot implementatie van Europees recht?' In dit hoofdstuk lag daarom de nadruk op de wisselwerking tussen het materiële strafrecht en het opportunititeitsbeginsel. Wanneer aan dat beginsel een ruime uitleg wordt gegeven, bestaat er weinig noodzaak om in het materiële recht precies uitdrukking te geven aan de strafwaardigheid van omschreven gedragingen, omdat altijd in het vervolgingsbeleid kan worden bepaald op welke gedragingen in de strafrechtelijke handhaving de nadruk moet liggen, en welke ongestraft mogen blijven. Een weinig terughoudende interpretatie van delictsomschrijvingen en een aanzienlijke uitbreiding van strafbaarheid door middel van algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid is in het licht van een positieve interpretatie van het opportunititeitsbeginsel dan ook niet per se

292 Overweging 43 van het arrest.

293 HvJ EG 5 juli 1988, zaak 289/86, *Jur.* 1988, p. 3655 (*Happy Family*).

294 Overweging 29.

295 Te vinden in *Jur.* 2010, p. I-13019.

verdacht, mits erop vertrouwd kan worden dat strafvorderlijke bevoegdheden door de daartoe gerechtigde autoriteiten met prudentie worden toegepast. Bij een negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel is er meer noodzaak om de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid te bewaken. Desondanks kan ook daarbij gebruik worden gemaakt van sepotgronden die de toepassing van het materiële strafrecht binnen de perken houden.

Het spanningsveld tussen het recht als steeds voorlopig en bediscussieerbaar resultaat van meningsvorming en overtuiging aan de ene kant, en aan de andere kant het recht als heldere en zekerheid verlenende waarborg tegen overheidsop treden, zal voorsnog niet worden weggenomen.²⁹⁶ Dat hoeft misschien ook niet. Wat wel mogelijk is, is het analyseren van de manier waarop het recht zich in dit spanningsveld beweegt, en in het bestek van dit proefschrift is die analyse verricht vanuit het perspectief van het opportuniteitsbeginsel. De meerwaarde van dat beginsel is dat het flexibiliteit biedt aan de strafrechtelijke rechtshandhaving zonder elk richtinggevend karakter te verliezen. Op die manier kan het een rol vervullen in het spanningsveld tussen de twee hiervoor geschetste uitersten. De mogelijkheden van het opportuniteitsbeginsel bieden een aanvulling voor het gebruikelijke tweespan van wetgever en rechter in de rechtsontwikkeling op materieelrechtelijk gebied, omdat het OM daardoor een heel eigen rol kan vervullen als mederechtsvormer.

Deze stand van zaken heeft het Nederlandse materiële strafrecht tamelijk sterk afhankelijk gemaakt van een zorgvuldige toepassing van het opportuniteitsbeginsel, en daarnaast van de straftoematingspraktijk. Wanneer de harmonisatie van materieel strafrecht binnen het kader van de Europese Unie betekent dat die inbedding van het materiële recht van karakter verandert, is het misschien verstandig dat de vormgeving van concrete strafbaarstellingen en de betekenis van algemene leerstukken daaraan wordt aangepast.²⁹⁷ Strafbaarstellingen die te gelden hebben als een implementatie van Europees recht bevatten immers een daaraan inherente handhavingsaanspraak. Dat kan gelden voor een delict dat uitdrukkelijk onderwerp is geweest van harmonisatie, waarvan het aantal toeneemt en die niet alleen beperkt zijn tot de in artikel 83 lid 1 VWEU genoemde delictscategorieën, hoewel die al een groot deel van de ernstiger delicten omvatten. Ook minder voor de hand liggende delicten kunnen in een concreet geval relevant blijken te zijn voor de strafrechtelijke bescherming van Europese beleidsterreinen of verdragsrechten zoals de fundamentele vrijheden. Dat betekent dat het materiële strafrecht niet langer kan worden gezien als een manier om de inzet van het strafrecht te regelen, zodanig dat die later altijd nog in het vervolgingsbeleid kan worden gecorrigeerd.

Een ander aspect van de wisselwerking tussen het opportuniteitsbeginsel en het materiële strafrecht betreft de betekenis van het materiële recht voor de invulling van het algemeen belang en de toepassing van het opportuniteits-

296 MacCormick 2005, p. 12-31.

297 Buruma 2002b, p. 802.

beginsel. De inhoud van het vervolgingsbeleid vertoont op punten duidelijke overeenkomsten met materieelrechtelijke bepalingen. Zo vormt het systeem van sanctiepunten in de richtlijnen en aanwijzingen van het OM een duidelijke verfijning van de manier waarop de relatieve ernst van gedragingen in de strafwet tot uitdrukking komt. Ook zijn diverse septogonden gerelateerd aan onderwerpen van vervolgbaarheid en aansprakelijkheid. Een open vraag is nog hoe de betekenis van het Europese recht voor het materiële strafrecht kan doorwerken in de invulling van het algemeen belang in concrete gevallen en de opstelling van het algemene vervolgingsbeleid.

Daartoe is in dit hoofdstuk een concreet voorbeeld gebruikt, namelijk het Nederlandse coffeeshopbeleid. Daaruit wordt duidelijk dat het opportuniteitsbeginsel een grondslag biedt voor de specificatie van in materiële strafwetgeving neergelegde verbodsnormen, waarmee het kan bijdragen aan een verheldering van het geldingsbereik van het strafrecht. Een groot verschil tussen het treffen van materieelrechtelijke voorzieningen en het vertrouwen op de toepassing van het opportuniteitsbeginsel is uiteraard dat de mate van rechtsbescherming in die beleidscontext minder sterk is. Daardoor ontstaat door toepassing van het opportuniteitsbeginsel een argumentatieve ruimte, die tot uitdrukking komt door een interpretatie te geven van het algemeen belang. Daardoor kan worden bijgedragen aan de uiteindelijke omvang van de strafrechtelijke handhaving: wanneer bijzondere omstandigheden afwijking van het beleid rechtvaardigen, is dat mogelijk zonder de beginselen van goede procesorde te schenden. Die omstandigheden moeten dan wel gemotiveerd in het strafproces naar voren worden gebracht. Daarin klinkt het argumentatieve aspect duidelijk door. Mijns inziens zal die motivering, om geloofwaardig te kunnen zijn, wel georiënteerd dienen te zijn op een interpretatie van het algemeen belang in verbinding met het materiële recht. Daardoor wordt voorkomen dat aanwending van de afwijkingsbevoegdheid een al te verruimend effect zal verkrijgen. Voor de wijze waarop het algemeen belang zou moeten worden geïnterpreteerd, en met name de rol die het Europese effectiviteitsvereiste daarbij kan spelen, zij verwezen naar hoofdstuk 3.