



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De bevoegdheidsverhouding tussen minister en Openbaar Ministerie 1997

Cliteur, P.B.

Citation

Cliteur, P. B. (1997). De bevoegdheidsverhouding tussen minister en Openbaar Ministerie 1997. *Beleid En Maatschappij*, 1997(3), 117-133. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/20722>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/20722>

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

Beleid & Maatschappij

1997-3 mei/juni jaargang XXIV

Titelnummer 100
Het Openbaar Ministerie en de democratische
rechtspraak
Auteurs: H. G. van der Vliet en J. B. van der
Vliet

Boom

Beleid & Maatschappij

wil een onafhankelijk forum zijn voor wetenschappelijk verantwoorde analyses van beleidsontwikkelingen in de samenleving binnen de spanningsverhouding tussen beleid, wetenschap en de publieke zaak

Redactie

A.M.J. KREUKELS (voorzitter), Universiteit Utrecht
J.B.D. SIMONIS (vice-voorzitter), Universiteit Utrecht
J.C. VERDAAS (secretaris), Gemeente Zwolle
W.P. BLOCKMANS, Rijksuniversiteit Leiden
M.A.P. BOVENS, Rijksuniversiteit Leiden
P.B. CLITEUR, Rijksuniversiteit Leiden
G. ENGBERSEN, Universiteit Utrecht
A.C. HEMERJCK, Erasmus Universiteit Rotterdam
P. DEN HOED, WRR
M.J. TRAPPENBURG, Rijksuniversiteit Leiden

Adviesraad

H.P.M. ADRIAANSENS, Universiteit Utrecht
W. ALBEDA
J.W. DE BEUS, Rijksuniversiteit Groningen
H. DAUDT
H. DELEECK, Universiteit Antwerpen
W. DERKSEN, Rijksuniversiteit Leiden
J.P.H. DONNER, WRR
J.A.A. VAN DOORN
H.R. VAN GUNSTEREN, Rijksuniversiteit Leiden
F.L. VAN HOLTHOON, Rijksuniversiteit Groningen
Percy B. LEHNING, Erasmus Universiteit Rotterdam
A.B. RINGELING, Erasmus Universiteit Rotterdam
U. ROSENTHAL, Rijksuniversiteit Leiden
H.J. DE RU, Vrije Universiteit Amsterdam
C.J.M. SCHUYT, Universiteit van Amsterdam
L.A. WELTERS

Redactiesecretariaat

Mevr. Maiumi Sadler, vakgroep Sociale Economie.
Postbus 80140, 3508 TC Utrecht
Telefoon 030-2531959

Administratie

Uitgeverij Boom, Amsterdam / Meppel
Voor abonnementen en losse nummers wende men zich tot het adres van de uitgeverij: Uitgeverij Boom, Postbus 400, 7940 AK Meppel, telefoon 0522-257012. Advertentie-exploitatie: Fennie van der Weide, telefoon 0522-266120
Giro Boompers Meppel 2756509
Bank ABN-Amro Meppel, rek. nr. 47 69 09 775

Beleid & Maatschappij verschijnt 7x per jaar:

in 6 afleveringen en een boekuitgave
Het abonnement kost f 110,- (instellingen f 185,-);
studentenabonnement f 55,- (maximaal 4 aaneengesloten jaren); los nummer f 22,50
Abonnementen kunnen wel tussentijds ingaan, maar niet tussentijds worden beëindigd; opzeggingen ten minste één maand voor het einde van de jaargang
Advertentietarieven op aanvraag

© Boom, Amsterdam / Meppel; niets uit dit tijdschrift mag, in welke vorm ook, worden gereproduceerd en/of verspreid dan na uitdrukkelijke toestemming van de copyright-houder

De bevoegdheidsverhouding tussen minister en Openbaar Ministerie

P.B. Cliteur

Bijzonder hoogleraar filosofie TU Delft en universitair hoofddocent encyclopedie van de rechtswetenschap RU Leiden.

Adres: Afdeling Encyclopedie van de Rechtswetenschap, Rijksuniversiteit Leiden, Postbus 9520, 2300 RA Leiden, 071 5277548.

Samenvatting

Strafrechts- en staatsrechtsgeleerden verschillen met elkaar van mening over de onafhankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Strafrechtsjuristen pleiten over het algemeen voor een (bepaalde mate van) onafhankelijkheid van het OM ten opzichte van de minister van Justitie. Cliteur benadrukt dat in de discussie een onderscheid gemaakt moet worden tussen a) organisatiekunde en staatsrecht, en tussen b) recht zoals het 'is' en 'moet zijn'. De conclusie is dat het recht zoals het 'is' geen andere interpretatie toelaat dan dat het OM in principe afhankelijk is. Op deze wijze is ook een democratische controle van het OM zeker gesteld.

1. Inleiding

Sinds enige tijd wordt in brede kring een discussie gevoerd over de bestaande én de wenselijke bevoegdheidsverhouding tussen het Openbaar Ministerie en de minister van Justitie.

Daaruit is naar voren gekomen dat niet langer wordt betwist dat de minister van Justitie bevoegd is tot het geven van aanwijzingen aan het Openbaar Ministerie, maar over de specifieke aard van die opdrachten bestaat nog verschil van inzicht. De minister heeft zich middels een brief aan de Tweede Kamer van 28 juni 1996 op het standpunt gesteld dat de minister *volledig* bevoegd is.¹ Dat wil zeggen: de minister is bevoegd tot het geven van aanwijzingen tot (i) vervolgen, (ii) niet-vervolgen, en (iii) het houden van een bepaald requisitoir. Het standpunt dat de minister in deze brief uiteenzet, is reeds vóór de brief van 28 juni naar voren gebracht in lezingen, nog het meest pregnant in een lezing voor rechterlijk ambtenaren in opleiding in april 1996.² De argumentatie van de minister komt op het volgende neer: (i) de mi-

nister is volledig bevoegd ten aanzien van het OM en daarom ook volledig verantwoordelijk; (ii) de minister is volledig verantwoordelijk en daarmee ook volledig bevoegd; (iii) de wet en de wetsgeschiedenis laten geen twijfel over de bevoegdheid van de minister ten aanzien van het OM.

Het standpunt van de minister heeft veel discussie losgemaakt bij strafrechtsgeleerden en bij leden van het OM. Op 17 september stuurde de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) een afwijzend standpunt naar de Kamer.³ Met de Kamer heeft de minister vervolgens overlegd op 3 oktober 1996, waarbij de minister brede steun voor haar plannen kreeg van de zijde van de volksvertegenwoordiging.⁴ Daarop is weer een brief van 11 oktober verschenen van het College van Procureurs-Generaal (PG), ondertekend door de voorzitter Docters van Leeuwen, gericht aan de minister, maar met een afschrift aan de Vaste Commissie voor Justitie van de Tweede Kamer.⁵ De brief van de procureurs onderstreept wederom het belang van het standpunt van de NVvR en de gevaren van het standpunt van de minister. Via de voorlichter van de voorzitter van het College van PG's is naar buiten gekomen dat er tussen de voorzitter en de minister geen overeenstemming zou bestaan over de wijze waarop de bevoegdheidsverhouding minister en OM geregeld zou moeten worden.⁶

De kritiek op het standpunt van de minister spitst zich toe op de stelling van de minister dat deze niet alleen bevoegd zou zijn tot het voorschrijven van *algemene* richtlijnen, maar ook tot het geven van opdrachten in *individuele* gevallen. In een conceptwetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie is deze lijn voortgezet.⁷

In deze bijdrage zal ik proberen de kritiek op het

standpunt van de minister te wegen en aan te geven wat een staatsrechtelijk wenselijke bevoegdheidsverhouding is tussen de minister van Justitie en het OM. Alvorens daartoe over te gaan wil ik echter twee onderscheidingen introduceren die van belang zijn voor de te voeren discussie.

2. Het onderscheid tussen organisatiekunde en staatsrecht

Voor een zuiver oordeel over deze zaak is het allereerst van belang een scherp onderscheid te maken tussen bedrijfsorganisatorische aanbevelingen en uitspraken over staatsrechtelijke bevoegdheidsverhoudingen. Bijna in alle bijdragen over dit onderwerp wordt dit onderscheid genegeerd en grote verwarring is daarvan het gevolg. De opbouw van de meeste artikelen over dit onderwerp verloopt volgens een identiek stramien. Allereerst wordt geconstateerd dat het OM werkt onder verantwoordelijkheid van de minister. Vervolgens wordt geconstateerd dat de minister ook bevoegd is tot het geven van 'aanwijzingen' aan het OM (het woord 'bevelen' dat art. 5 RO bezigt wordt doorgaans vermeden). Maar daarop volgt dan meestal een accentuering van de gevaren wanneer het vervolgingsbeleid een 'instrument' zou worden van 'de politiek'. Er zouden dan 'Belgische toestanden' dreigen (zonder dat wordt gespecificeerd wat dat zijn).⁸ Er wordt een beroep gedaan op 'magistratelijheid' die kenmerkend zou zijn voor ambtenaren van het OM, voor wie de ministeriële plannen een bedreiging zouden vormen. Een en ander resulteert dan doorgaans in een pleidooi voor 'afstand' (of een 'zekere' afstand) tussen minister en OM.

Veel van deze beschouwingen worden gekenmerkt door een aanzienlijk feilen: zelden wordt aangegeven welke afstand dan precies in acht zou moeten worden genomen. Dat is voor een jurist onbevredigend. Het hier gesignaleerde probleem is namelijk niets anders dan dat geen pogingen ondernomen worden om *rechtsregels* te formuleren die de afstand tussen minister en OM zouden moeten normeren. De meeste artikelen vormen een amalgaam van uitspraken over staatsrechtelijke bevoegdheidsverhoudingen (voornamelijk hoe het systeem *niet* in elkaar zou zitten) en bedrijfsorganisatorische aanbevelingen (er moet een zekere afstand worden bewaard).

Hoe gemakkelijk misverstand over deze kwestie kan ontstaan, blijkt uit een gedachtenwisseling tussen de staatsrechtsgeleerden Kortmann en Elzinga. Elzinga schreef een artikel onder de titel: 'Een volle ministeriële verantwoordelijkheid voor het Openbaar Ministerie. Maar geen ongebreidelde sturing van het OM'.⁹ Kortmann stelde toen de vraag of met de laatste zin bedoeld was een *rechtsregel* te formuleren.¹⁰ Zo ja, dan zou hij tegen die rechtsregel bezwaren hebben, immers, men kan niet *volledig* verantwoordelijk zijn als men slechts *beperkte* sturing heeft. Mocht het niet de bedoeling zijn om een rechtsregel te formuleren, dan zou het verstandig zijn dit heel goed duidelijk te maken.

Deze observatie is van belang. Wil men géén rechtsregel formuleren, dan betreft die aansporing tot 'afstand' een bedrijfsorganisatorische aanbeveling¹¹ ten aanzien van de wijze waarop het management van een organisatie (in dit geval de minister) het beste kan opereren. Elzinga verduidelijkte in een naschrift dat hij met de tweede zin uit de titel van zijn artikel *niet* had bedoeld om een uitspraak te doen over staatsrechtelijke bevoegdheidsverhoudingen.¹²

Daarmee was het standpunt van Elzinga duidelijk geworden, maar dat neemt niet weg dat de gedachtenwisseling tussen deze twee staatsrechtsgeleerden van groot belang is. Het punt dat Kortmann hier namelijk aan de orde stelde, heeft een dominante rol gespeeld in de discussie over dit onderwerp sinds 1827.¹³ Keer op keer worden degenen die het pleidooi voor het democratisch gecontroleerd vervolgingsbeleid houden (door de tegenstanders getypeerd als voorstanders van een 'politiek gestuurd OM'), aangesproken op het gevaar van een frequente interventie. Maar daarop antwoorden die voorstanders van het democratisch gecontroleerd vervolgingsbeleid in tweeërlei zin: (i) dat zij zich van die gevaren bewust zijn¹⁴ en (ii) dat wat er ook zij van die gevaren, de *volksvertegenwoordiging* geacht wordt de minister te controleren op het prudent gebruik van de bevoegdheid ex. art. 5 RO, en *niet* het OM.¹⁵

Juridisch wordt het echter pas interessant als de critici van de plannen van het ministerie aan hun bedrijfsorganisatorische aanbevelingen (waarover geen verschil van mening bestaat), het juridische gevolg zouden willen verbinden dat de minister dan ook niet volledig bevoegd zou moeten zijn tot het ge-

ven van aanwijzingen. Daarbij dient men dan ook de consequentie van een dergelijke beperking in ogenschouw te nemen, namelijk dat óók de ministeriële verantwoordelijkheid hier haar grens vindt.

3. Het onderscheid tussen het recht zoals het 'is' en 'moet zijn'

Een tweede onderscheid dat ten aanzien van dit onderwerp voor de hand ligt, maar dat lang niet altijd gehanteerd wordt, is het onderscheid tussen een oordeel over hoe deze kwestie in het positieve recht *geregeld is* en een oordeel over hoe deze kwestie *geregeld zou moeten zijn*. Dat is overigens een onderscheid dat omstrede kan worden genoemd, en dat vanuit natuurrechtelijke optiek ook bewust niet gemaakt wordt. Persoonlijk ben ik geneigd te stellen dat het in bepaalde gevallen ook inderdaad moeilijk is om aan te houden. Dat geldt in het bijzonder wanneer de wet door semantische meerduidigheden of vage termen, twijfel openlaat over de wijze waarop een bepaling geïnterpreteerd zou moeten worden. Een oordeel over wat de wet zegt, loopt dan gemakkelijk over in een oordeel over wat de wet *moeten* bepalen.¹⁶ Ook kan men stellen dat het voor de hand ligt dat in vele gevallen de rechter zal proberen een interpretatie van het recht te geven, waardoor het recht in het 'beste licht' komt te staan.¹⁷ Maar naar mijn idee sluit dat niet uit dat in sommige gevallen de wetgever de zaak zó duidelijk heeft geregeld, dat men een oordeel over hoe het recht in elkaar zit kan scheiden van een oordeel over hoe het recht in elkaar zou moeten zitten. Voor de regeling van de bevoegdheidsverhouding tussen minister en OM geldt dat: deze is zo glashelder geregeld in het positieve recht, dat men weinig creatieve interpretaties behoeft te presenteren om een consistent wettelijk systeem te onderkennen.¹⁸ Ten overvloede zij opgemerkt dat dit *niet* betekent dat men het met die regeling eens zou moeten zijn. Kritiek is mogelijk. Maar het is zuiverder deze kritiek te presenteren als *kritiek op het positieve recht* dan als een 'interpretatie' van het positieve recht ten gunste van het standpunt dat men eigenlijk voorstaat. Dit onderscheid wordt natuurlijk lang niet altijd gemaakt. Veel 'interpretatie' is kritiek op het werk van een wetgever waarmee men het eigenlijk niet eens is, in dit geval de wetgever van 1827. Dat geldt met name voor de strafrechtsdogmatiek

van de laatste jaren. Het is hier de (recent gevormde) doctrine die verwarring veroorzaakt; de wetgever is duidelijk.

Met de woorden 'recent gevormde' wordt bedoeld dat men in de discussie in het verleden over de interpretatie van art. 5 RO, *Sein* en *Sollen* scherp gescheiden wist te houden. Blok¹⁹ en Duisterwinkel²⁰ bepleitten beiden een onafhankelijk OM. Maar zij waren zich er tevens van bewust dat het positieve recht uitging van een *afhankelijk* OM.

In de moderne interpretatie van art. 5 RO wordt dat onderscheid niet consequent gehanteerd en verhandelingen over dit onderwerp vormen vaak een moeilijk te ontwarren kluwen van uitspraken over roloppvattingen van officieren, waarschuwingen tegen machtsmisbruik door personen en organen, interpretaties van wettelijke regels en politieke aanbevelingen in het algemeen. Onophoudelijk worden recht en ideologie verward. Ik zal nu proberen deze twee zaken uit elkaar te houden. Ik begin met een analyse van de manier waarop het positieve recht ten aanzien van de verhouding minister/OM - naar mijn idee - in elkaar zit. Daarop volgt een rechtspolitieke argumentatie over hoe het in elkaar zou moeten zitten. Dat laatste resulteert in een loftuiting op de grondwetgever en wetgever: zoals het is, is het goed.²¹

4. De wettelijke regeling

Zoals gezegd, eerst hoe het recht in elkaar zit. Over dit punt verschillen strafrechts- en staatsrechtsgeleerden met elkaar van mening. Dat meningsverschil loopt zo haarscherp langs de verschillende beoefenaren van de twee disciplines dat men kan spreken van 'de' strafrechtelijke en 'de' staatsrechtelijke doctrine. Men kan ook spreken van het strafrechtelijk en het staatsrechtelijk 'paradigma'. Van de strafrechtsgeleerden lijken alleen Stolwijk²² en Corstens²³ enige affiniteit te hebben met het staatsrechtelijk standpunt. En bij de staatsrechtsgeleerden lijkt alleen Van Maarseveen²⁴ enig begrip te hebben voor het strafrechtelijk standpunt. Maar verder lijken de twee groepen een ijzeren *esprit de corps* hoog te houden.

De staatsrechtsgeleerden beginnen bij de ministeriële verantwoordelijkheid, waarbij zij art. 5 RO zien als een nadere specificatie van het algemene leerstuk dat de minister van Justitie verantwoordelijk is voor

het integrale justitiebeleid.²⁵ De brief van de minister van 28 juni is een mooi voorbeeld van het staatsrechtelijke paradigma.

(a) *De staatsrechtelijke visie* – Staatsrechtsgeleerden vinden voor hun visie steun in art. 5 RO, waarin bepaald is dat de minister van Justitie bevelen mag geven aan het OM. Het begrip ‘bevel’ kan moeilijk anders dan als een *concrete* aanwijzing worden verstaan. Art. 5 RO is daarmee de eerste pijler van het bestaande systeem. Het ironische van de situatie is zelfs dat men *op basis van de wetstekst* van art. 5 RO, nog beter de bevoegdheid tot het geven van *algemene* aanwijzingen door de minister zou kunnen betwisten, dan de bevoegdheid tot het geven van *concrete* bevelen. Art. 5 RO spreekt immers van een ‘bevel’ en niet van ‘richtlijn’. Dat duidt op een concrete opdracht. Grammaticaal redenerend staat de staatsrechtelijke visie, die een volledige bevoegdheid van de minister onderschrijft, dus sterk.

Ook overigens bij een wetshistorische interpretatie. Gaat men de wetsgeschiedenis na van art. 5 RO, dan kan er geen twijfel over bestaan dat het de bedoeling van de wetgever is geweest een volledige zeggenschap van de minister te realiseren over het vervolgingsbeleid van het OM. Minister Sorgdrager is in die zin een *Van Maanen Redivivus*²⁶ dat zij opnieuw de uitgangspunten van het wettelijk systeem articuleert waarvoor de Kamer in 1827 gekozen heeft.²⁷

Overigens was ook al in die tijd de regeling omstreden en van tijd tot tijd zijn pleidooien gehouden voor een andere regeling, een regeling waarbij het OM meer discretionaire bevoegdheden zou krijgen. De argumenten daarvoor moeten echter niet hier - waar het gaat om het interpreteren van het bestaande systeem - worden gewogen, maar bij het bespreken van de argumenten voor een *wijziging* van het bestaande systeem. Het onafhankelijk OM heeft het namelijk politiek niet gehaald.

Een tweede pijler van het bestaande systeem vormt de algemene regeling ten aanzien van de ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, lid 2 Gw [Grondwet]). Deze kent twee dimensies. De eerste is de regel dat wie bevoegd is, ook verantwoordelijk is. Dat is een staatsrechtelijke regel die door niemand wordt betwist.²⁸ Maar de tweede regel is meer omstreden, namelijk dat wie verantwoordelijk is toch

ook de bevoegdheden moet hebben om sturend op te treden ten aanzien van het punt waarvoor men verantwoordelijk wordt gehouden.

Dat laatste vloeit niet *logisch* uit het eerste voort,²⁹ maar lijkt wel *redelijk*. Alleen in Griekse tragedies moeten mensen ‘boeten’ voor zaken waarop zij geen enkele invloed hebben. Het aanspreken van een minister op een punt, waarop deze zelf niet sturend zou kunnen optreden degradeert de ministeriële verantwoordelijkheid tot een soort van risicoaansprakelijkheid. Dat lijkt niet voor de hand te liggen. De regel ‘indien verantwoordelijk, dan bevoegd’ is dus niet te rechtvaardigen als een ‘omdraaiing’ van de regel ‘indien bevoegd, dan verantwoordelijk’, maar wel als een regel met een zelfstandige status. En voorzover deze niet zou bestaan, zou deze moeten worden ingevoerd of als logisch voorondersteld aan het systeem moeten worden geconstrueerd.

(b) *De strafrechtelijke visie* – Tot zover de ‘staatsrechtelijke visie’. Hoewel men van strafrechtelijke zijde zelden in discussie gaat met de staatsrechtsgeleerden, presenteren strafrechtsgeleerden wel twee zelfstandige argumenten voor een ‘zekere mate’ van onafhankelijkheid van het OM. Van strafrechtelijke zijde is wel aangevoerd dat het OM ‘tot de rechterlijke macht’ zou behoren, een visie die gebaseerd is op een interpretatie van art. 117, lid 1 van de grondwet, waarin de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is geregeld.³⁰ Wanneer men de tekst van het artikel echter zorgvuldig doorleest, blijkt dat het OM weliswaar tot de rechterlijke macht wordt gerekend, maar *niet* tot dat deel van de rechterlijke macht waarvoor onafhankelijkheid wordt gevestigd. Het OM behoort dus hoogstens tot het *niet-onafhankelijke deel* van de rechterlijke macht. Het artikel maakt namelijk een onderscheid tussen leden die met rechtspraak zijn belast en leden die dat (a contrario) niet zijn. Alleen voor de met rechtspraak belaste leden van de rechterlijke macht (de rechters dus) wordt expliciet een onafhankelijkheid gevestigd, *niet* voor de niet met rechtspraak belaste leden van de rechterlijke macht (waartoe men de officieren van justitie zou kunnen rekenen). Die laatste onafhankelijkheid moet men dus - zo men daar een pleidooi voor zou willen houden - door een bepaalde argumentatie aannemelijk maken. Zo zou men de overeenkomst in aard en functie van deze twee groepen die deel uit-

maken van de rechterlijke macht kunnen accentueren, en aangeven dat de onafhankelijkheid van de rechters daarom *naar analogie* ook zou moeten gelden voor de officieren. Dat is echter een zware opdracht, want het valt gemakkelijk te zien dat er grote verschillen bestaan tussen het vervolgen van strafbare feiten en het berechten daarvan³¹ - alle gevoelens van verwantschap tussen de leden van de zittende en de leden van de staande magistratuur ten spijt.³²

Er kan dan ook geen sprake zijn van 'verantwoording afleggen' van het OM ten overstaan van de rechter. Dat hiervan sprake zou kunnen zijn vindt men bij vele strafrechtelijke auteurs over dit onderwerp, ook bij Boek.³³ Het lijkt op grond van ons constitutioneel systeem echter beter te verdedigen dat een rechter een heel andere rol heeft dan een officier van justitie en dat van een 'verantwoordingsrelatie' dus ook helemaal niet kan worden gesproken. Een rechter is ook niet hiërarchisch bovengeschikt aan het OM, net zo min als een rechter hiërarchisch bovengeschikt is aan de advocaat. Men kan dan ook niet zeggen dat een advocaat 'verantwoording aflegt' aan de rechter. Of dat een advocaat wordt 'gecontroleerd' door een rechter.³⁴

Een tweede pijler van het strafrechtelijk pleidooi voor een in meerdere of mindere mate onafhankelijk OM wordt wel ontleend aan het feit dat de bevoegdheid tot vervolging bij de wet (art. 4 RO) aan het OM is opgedragen en *niet* aan de minister van Justitie. Ook dit argument is echter niet sterk, want het feit dat een minister niet zelf ter zitting mag verschijnen om als vervolgende instantie op te treden, impliceert niet dat officieren van justitie vrij zouden zijn in het voeren van eigen beleid.³⁵ Het enige recht dat het OM tegenover de minister aan art. 4 RO kan ontleenen, is dat de minister niet zelf vervolging instelt. Maar een dergelijk recht is ook nooit door de minister opgeëist. De minister eist slechts een bevoegdheid op voor iets waarvoor hij ook verantwoordelijk wordt gehouden. Om aan die verantwoordelijkheid tegemoet te kunnen komen wil de minister maar één ding: dat een officier rechtens gehouden is tot het opvolgen van concrete opdrachten van de minister.

Louter op basis van de tekst van de wet, waarbij de artikelen 5 RO, art. 42, lid 2 Gw, art. 117, lid 1 Gw en art. 4 RO een cruciale rol spelen, lijkt de staatsrechtelijke visie daarom de voorkeur te hebben boven de strafrechtelijke. Het is dan ook niet verba-

zingwekkend dat men zich in de jongste stukken van het Ministerie van Justitie nadrukkelijk op de staatsrechtelijke benadering beroept, een standpunt dat de Kamer in reactie op het standpunt van de minister heeft overgenomen.³⁶

5. De wenselijke regeling

Een en ander laat natuurlijk onverlet dat men uitspraken kan blijven doen over hoe de zaak juridisch geregeld *zou moeten zijn*. Maar het dient dan wel duidelijk te zijn vanuit welk perspectief dat gebeurt: men verzet zich tegen het positieve recht en probeert alternatieve regelingen voor te stellen. Dat hebben in het verleden ook Blok en Duisterwinkel gedaan. Daar is niets op tegen, maar we moeten dan wel bedenken dat we ons begeven op het terrein van de politieke filosofie, de moraal, het *ius constituendum* of hoe men dat ook maar noemen wil.

Dat zou alleen maar anders zijn, wanneer men zou kunnen verdedigen dat de (straf)rechtelijke doctrine in de afgelopen decennia nieuw recht heeft geschapen *contra legem*. Men zou dan aannemelijk moeten maken dat art. 5 RO in onbruik is geraakt of dat het woord 'bevel' dat daarin gehanteerd wordt, door de doctrine is ingevuld als slechts beperkt tot 'algemene richtlijn'. Een dergelijke interpretatie verhoudt zich echter op gespannen voet met de wetsgeschiedenis en met het systeem van ons recht en onze grondwet.

Nadat nu is vastgesteld wat het positieve recht inhoudt, kunnen we overgaan tot een waardering daarvan. Wetgeving kan immers veranderen en het is dus mogelijk te betogen dat art. 5 RO gewijzigd zou moeten worden ten gunste van een regeling met een grotere vrijheid voor het OM dan de huidige wettige regeling toelaat. Daarbij kan men zich twee vormen voorstellen en vijf modaliteiten.³⁷

6. Twee vormen van onafhankelijkheid van het OM

(a) *Gecentraliseerde onafhankelijkheid* - De eerste is dat de *top* van het OM onafhankelijk (of in een bepaalde modaliteit van onafhankelijkheid) van de minister zou moeten kunnen opereren. Dat is in het verleden, zoals hiervoor reeds werd aangegeven, verdedigd door de strafrechtsgeleerde Duisterwinkel (1968). Bij de bespreking van zijn preadvies voor de

Nederlandse Juristenvereniging kreeg hij geen enkele bijval. Dan is het OM ondergeschikt aan het eenhoofdig leiderschap van een niet-democratisch gecontroleerde functionaris, de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad (tegenwoordig zou dat zijn: de voorzitter van het College van PG's), zo luidde het algemeen gevoelen ten aanzien van de door Duisterwinkel verdedigde optie.³⁸

De bezwaren die de Nederlandse Juristenvereniging aanvoerde tegen het leggen van deze zware verantwoordelijkheid in de handen van een democratisch niet te controleren functionaris, verwoordde de Kamer onlangs opnieuw toen men de minister van Justitie ontraadde om te veel macht te leggen in handen van de voorzitter van het College van Procureurs-Generaal. PvdA, D66 en VVD hebben de minister te kennen gegeven dat men 'collegiaal bestuur' in het College van Procureurs-Generaal wenst en géén eenhoofdig leiderschap van de voorzitter. De minister stelde aanvankelijk voor dat het College bij meerderheid van stemmen zou beslissen, maar met dien verstande dat de stem van de voorzitter bij die meerderheid zou moeten zijn. De Kamer achtte dat niet nodig.

(b) *Gedecentraliseerde onafhankelijkheid* – Een tweede mogelijkheid is dat men een *gedecentraliseerde* onafhankelijkheid vestigt. Dan is niet de top van het OM onafhankelijk, maar de individuele officier. Dat heeft wellicht voor de officieren van justitie als voordeel dat de gekoesterde onafhankelijkheid (of magistratelijkheid) voor de leden van het OM dan optimaal gerealiseerd wordt. Het maakt voor de individuele officier immers niet uit of hij aan de directieven van de minister gebonden wordt of aan die van het College van Procureurs-Generaal, dan wel de voorzitter van dat college. In beide gevallen komt de magistratelijkheid in de knel. Als zakelijk argument voor die gedecentraliseerde onafhankelijkheid zou men verder kunnen aanvoeren dat het lokaal vervolgingsbeleid ook lokaal moet kunnen worden bepaald om het goed af te stemmen op de plaatselijke omstandigheden. Hetzelfde bezwaar dat de procureurs-generaal dus kunnen aanvoeren tegen de plannen van de minister, kunnen de hoofdofficieren of officieren aanvoeren tegen de gecentraliseerde macht in handen van het College van Procureurs-Generaal. De kranten hebben verslag gedaan van

een discussie binnen het OM over dit punt, waarbij de korpsbeheerders (burgemeesters) de zijde zouden hebben gekozen van de hoofdofficieren van justitie, immers de procureurs-generaal willen ten onrechte het lokale beleid bepalen. Het zal geen verbazing wekken dat het College van PG's een 'strikte, van bovenaf opgelegde beleidslijn' kiest, schrijven Van den Elt en Stolwijk.³⁹

De *problemen* bij een gedecentraliseerde onafhankelijkheid liggen echter eveneens voor de hand. Van een gecoördineerd vervolgingsbeleid kan moeilijk sprake zijn. Coördinatie van beleid vergt immers altijd centralisatie. Volgens velen is daarom de vraag ook niet óf die centralisatie gerealiseerd moet worden, maar *waar*. De gedecentraliseerde onafhankelijkheid is hoe dan ook een zaak van het verleden, hoort men wel. Het is kiezen tussen het College van PG's of de minister.

7. **Waarom de eindverantwoordelijkheid bij de minister moet liggen**

Gegeven deze stand van zaken lijkt het leggen van de eindverantwoordelijkheid in handen van een democratisch gecontroleerd orgaan als de minister van Justitie de minst slechte van de denkbare opties. Natuurlijk brengt elke vorm van machtsgebruik risico's met zich mee. Dat geldt ook voor het toekennen van de eindverantwoordelijkheid aan de minister van Justitie. 'Power corrupts and absolute power corrupts absolutely', zei Lord Acton. Maar de 'macht' in handen van de minister is géén absolute macht. De minister staat onder controle van de volksvertegenwoordiging. Het is dus een keuze tussen democratisch gecontroleerde macht van de minister of de niet-democratisch gecontroleerde macht van het College van PG's.

Men zou die wenselijkheid van spreiding van macht overigens ook kunnen aanvoeren ten gunste van een gedecentraliseerde onafhankelijkheid. Het is echter de vraag of dat argument valide is. Ook bij verdergaande decentralisatie van bevoegdheden is het probleem van de corrumperende macht niet uit de wereld. Zou men gedecentraliseerde onafhankelijkheid vestigen, dan is de officier van justitie almachtig. De enige beperking in die macht schuilt daarin dat zijn collega-officier een geheel ander beleid kan voeren en dat het beleid van officier A in de

ene richting, kan worden gecompenseerd door het beleid van officier B in de andere richting. Maar dat is voor de individuele gevallen waarin die macht wordt aangewend bepaald niet geruststellend. In het individuele geval dat door de officier wordt behandeld, wordt absolute macht uitgeoefend. Hoe vreemd dat ook moge klinken, maar *gecentraliseerde* macht is een *conditio sine qua non* voor beheersbaarheid van macht, voor democratische controle, maar ook voor *vermindering van macht*.

Ten aanzien van macht in handen van de minister wordt doorgaans gewaarschuwd voor 'politieke inmenging' van de zijde van de minister of zelfs voor 'politieke processen' of 'partijpolitieke beïnvloeding'.⁴⁰

Dat is ongetwijfeld een gevaar, maar - wederom - het is een gevaar dat zich scherper opdringt bij *on*-controleerbare organen dan bij controleerbare organen. Een minister is formeel controleerbaar, het OM is dat slechts informeel.⁴¹ Een minister staat sterk in de belangstelling. Hij wordt formeel door de volksvertegenwoordiging gecontroleerd en informeel door de media. De ervaring leert dat de kleinste handelingen van een minister worden onderworpen aan een minutieuze analyse. Een officier van justitie opereert grotendeels in het verborgene.⁴²

Waarom zouden we ten aanzien van het machtsgebruik van een officier zo optimistisch ingesteld moeten zijn en zo pessimistisch ten aanzien van het machtsgebruik van een minister?⁴³ Waarom veranderen de machiavellisten ineens in rousseauïsten als zij het niet meer over de minister, maar over de officier hebben? Gaat het over de officier, dan wordt prijzend gesproken van 'professionals', van wie verwacht wordt dat zij weerstand zullen bieden aan de verleiding van corruptie, politieke beïnvloeding en ander feilen, terwijl ministers geacht worden voor deze verleidingen gemakkelijk te bezwijken. Dat is enigszins naïef. Gelukkig heeft zowel de wetgever als de grondwetgever deze naïviteit weten te vermijden. Strafrechtsdogmatici blijken echter volledig doordrenkt van deze naïviteit⁴⁴. Men kritiseert voortdurend 'de politiek', maar vergeet dat men daarmee bureaucratische macht versterkt. Dat de grondwetgever overigens heeft bedacht dat er een mogelijkheid moet zijn om politici te vervolgen door een van de uitvoerende macht onafhankelijke instantie, blijkt

uit het feit dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad een taak heeft op dit terrein.

Daaraan is dan ook de rechtspositie van de PG bij de Hoge Raad aangepast. Voor hem gelden dezelfde benoemingsvoorschriften en overige bepalingen inzake de rechtspositie als voor de rechtsprekende leden van de rechterlijke macht (art. 117 Gw). Die bijzondere positie hangt samen met het feit dat de PG door de Tweede Kamer opgedragen kan krijgen één van de in art. 119 Gw genoemde ambtsdragers te vervolgen. Een dergelijke vervolging moet niet kunnen worden voorkomen door ontslag van de PG door de regering. De overige ambtenaren van het OM (advocaten-generaal, procureurs-generaal, officieren van justitie) worden bij koninklijk besluit aangesteld en kunnen te allen tijde worden ontslagen.⁴⁵

Het systeem van de grondwet zit dus als volgt in elkaar. Tot de rechterlijke macht behoren:

- 1 de met rechtspraak belaste leden van de rechterlijke macht;
- 2 de niet met rechtspraak belaste leden van de rechterlijke macht;
 - a de procureur-generaal bij de Hoge Raad;
 - b de advocaten-generaal, procureurs-generaal en officieren van justitie.

1 en 2a vervullen een zeer verschillende functie, maar voor beide functies geldt dat er waarborgen dienen te worden geschapen voor onafhankelijkheid. 2a en 2b behoren weliswaar beide tot het Openbaar Ministerie, maar er zijn toch zulke verschillen in functie dat het niet verantwoord is, zelfs constitutioneel onjuist om hen eenzelfde soort onafhankelijke status te geven. Ik zou daaraan toe willen voegen dat de onafhankelijkheid van 1 en 2a een eis is van rechtstatelijkheid. De afhankelijkheid van 2b is een eis van democratie.

8. Vijf mogelijkheden tot beperking van de bevoegdheid van de minister

Tot zover is het resultaat van dit betoog dat we moeten kiezen voor een regeling waarbij de minister eindverantwoordelijk is én tevens bevoegd. Wanneer men echter kiest voor het leggen van de eindverantwoordelijkheid in handen van de minister van Justitie, dan is daarmee niet gezegd dat het niet mogelijk is hier beperkingen in aan te brengen. Vandaar dat ik naast twee *vormen* van onafhankelijkheid vijf

modaliteiten onderscheid. Naar mijn idee vormt de beste waarborg tegen machtsmisbruik binnen het vervolgingsapparaat een (bijna) *volledig bevoegde* en (bijna) *volledig verantwoordelijke* minister (de regeling die door de minister wordt voorgesteld dus en die in grote lijnen de wijze is waarop de wetgever in 1827 de zaak geregeld heeft). De wenselijkheid van deze optie dringt zich echter pas op wanneer men de voorgestelde alternatieven nader analyseert.

Deze alternatieven worden nu behandeld in een toenemende mate van specificatie. Aan het eind (bij v) is sprake van een volledige hiërarchische ondergeschiktheid van het vervolgingsbeleid aan de democratisch gelegitimeerde organen. De eerdere opties vestigen allemaal een zekere mate van onafhankelijkheid voor het OM.

(i) *Aanwijzing beperkt tot algemene richtlijn* – De eerste mogelijke beperking van de bevoegdheid van de minister is dat men de minister alleen een bevoegdheid geeft tot het uitvoeren van *algemene richtlijnen* en het dus voor de minister verboden is zich bezig te houden met concrete gevallen. Dat is het standpunt dat de laatste tijd verschillende keren is bepleit door leden van het OM. Men heeft geen problemen met algemene richtlijnen, maar hoe die richtlijnen in het concrete geval worden toegepast, zou aan het oordeel van de individuele officier moeten worden overgelaten.

Tegen een dergelijke beperking zijn echter verschillende bezwaren aan te voeren. Allereerst kan men zich afvragen of men hiermee het OM wel adequaat kan controleren. Wie immers mag beoordelen of de algemene regels op een concreet geval al dan niet van toepassing zijn en daarover het *laatste oordeel* mag uitspreken, is *de facto* autonoom.⁴⁶

Een tweede probleem met het uitsluiten van de opdracht in individuele gevallen, is dat juist in de gevallen waarin de minister geneigd zal zijn zich met het vervolgingsbeleid te bemoeien, het zal gaan om een specifiek geval. De ervaring wijst dat uit. Onlangs was de van martelingen beschuldigde voormalige dictator Pinochet in Nederland. Volgens internationaalrechtelijke normen had hij opgepakt kunnen worden. Het OM heeft niet ingegrepen.

Stel nu eens dat de minister - al dan niet daartoe geactiveerd door de Kamer - het daarmee oneens is. Wanneer de minister niet zou mogen interveniëren in

individuele gevallen zou hij lijdzaam moeten toezien hoe het OM niet tot activiteit te bewegen is. Dat lijkt mij een onwenselijke situatie.

Maar ook wanneer men van mening is dat een minister de bevoegdheid moet hebben tot het geven van een opdracht in een concreet geval, dan is daarmee nog niet gezegd dat de minister *elke denkbare* opdracht kan geven. Ook hier kan men weer verdere beperkingen van de bevoegdheden van de minister bepleiten.

(ii) *Aanwijzing beperkt tot vervolging* – Een tweede beperking die wordt voorgesteld ten aanzien van de bevoegdheden van de minister, is dat deze slechts een opdracht zou mogen geven tot *vervolging*, maar *niet tot niet-vervolging*.⁴⁷ Dat lijkt logisch.⁴⁸ Immers wanneer men overgaat tot vervolging komt de zaak bij de rechter terecht en kan de rechter over de kwestie een oordeel uitspreken. Geeft men echter een opdracht tot niet-vervolging dan komt de zaak *niet* bij de rechter terecht en kan daarover dus door de rechter geen oordeel worden gegeven. Het in handen van de minister leggen van de bevoegdheid om een voorgenomen vervolging af te blazen is dan gevaarlijk, immers, zo zou een minister politieke vrienden kunnen helpen.

Toch is ook deze redenering niet overtuigend. Wanneer men het wat nader analyseert, blijkt zij gebaseerd op dezelfde misvatting die hiervoor al werd gesignaleerd. De argumentatie wordt geheel bepaald door de vooronderstelling dat alleen (of vooral) voor machtsmisbruik van de zijde van de minister te vrezen is. Voor machtsmisbruik van de officier heeft men geen aandacht. Waarom dat een illusie is blijkt uit twee zaken. Allereerst omdat een minister zich voor een opdracht tot niet-vervolging heeft te verantwoorden ten overstaan van het parlement. In het bijzonder met de door de minister voorgestelde regeling om alle opdrachten, zowel tot vervolging als niet-vervolging, op schrift te stellen *kan* dat eenvoudig niet aan de aandacht ontsnappen.

Een tweede punt dat doorgaans onderbelicht blijft, is dat wanneer de minister *niet* de bevoegdheid heeft om bevelen te geven tot niet-vervolging, het de *officier* is die autonoom kan beslissen tot niet-vervolgen. Dat laatste is nog veel gevaarlijker.⁴⁹ Reeds in de vorige eeuw werd gesignaleerd dat het toch niet zo kan zijn dat een officier van justitie die op grond

van persoonlijke preoccupaties bepaalde zaken niet wil vervolgen daarover het laatste oordeel zou mogen hebben.⁵⁰

Verder kan men zelfstandige redenen aanvoeren waarom een minister de bevoegdheid moet hebben om een vervolging af te blazen. Corstens haalt het volgende voorbeeld aan. 'Stel, een buitenlander die geen diplomatieke immuniteit geniet, begaat een ernstig misdrijf. Men voorziet dat als die man hier vervolgd zou worden, we in grote problemen komen met onze verhoudingen tot... noem maar een bevriende natie. Dan kan het wel eens geraden zijn om vanwege het staatsbelang die man te laten lopen'.⁵¹

Ook de tweede voorgestelde beperking van de bevoegdheid van de minister lijkt dus niet wenselijk.

(iii) *Geen aanwijzing tot het houden van voorgeschreven requisitoir* – Dat brengt ons op een derde voorgestelde beperking ten aanzien van de concrete bevelsbevoegdheid van de minister. Men zou namelijk kunnen verdedigen dat de minister (a) een opdracht mag geven tot vervolging, (b) een opdracht tot niet-vervolging, maar dat (c) bij vervolging de officier zelf vrij is *ten aanzien van het requisitoir*. Zo spreekt Boek wel van ondergeschiktheid van het OM aan de bevelen van de minister, maar daaruit volgt *niet*, zo schrijft hij, dat de minister van Justitie aan een individuele officier eis en requisitoir kan voorschrijven. Als reden daarvoor voert hij aan dat de officier van justitie ter terechtzitting geen partijbelang, maar een algemeen belang moet dienen. 'Hij moet dus ook letten op wat ter verdediging van de verdachte kan worden aangevoerd en hij zal desnoods vrijspraak moeten vorderen als de uitkomst van het onderzoek ter terechtzitting daartoe aanleiding geeft'.⁵²

Zelfs wanneer men het eens zou zijn met de rol die Boek aan het OM toeschrijft, behoeft dat nog niet te betekenen dat het OM vrijheid van requisitoir zou hebben. Voorondersteld aan zijn betoog is dat de minister *partijdig* is. Maar waarom? Waarom zou het ministerie niet kunnen wat het Openbaar Ministerie wel kan, namelijk alleen tot vervolging bevelen wanneer daarvoor voldoende gronden aanwezig zijn?

Ministeriële interventie met het inquisitoir wordt ook door de rechter en strafrechtsgeleerde N. Jörg bekritiseerd. Het requisitoir is de aan het eind van de

feitelijke behandeling van een strafzaak mondeling toegelichte eis van de officier, dat de rechter een door de officier gewenste beslissing zal nemen. Wanneer de officier dit requisitoir niet meer zelf inhoud mag geven, dan zou de officier niets meer zijn dan een 'loopjongen van Den Haag'.⁵³ Het zou een directe confrontatie betekenen tussen 'de politiek' en de rechter. In ons stelsel zou er altijd een 'magistraat tussen de wensen van de politiek en de rechterlijke beslissing' zitten.

Het is echter de vraag of het vanuit democratisch en rechtsstatelijk standpunt *verantwoord is* dat zich een 'magistraat' positioneert tussen de burgerij en de rechter. In het beeld dat door vele strafrechtsgeleerden van het optreden van de officier als magistraat geschetst wordt, blijkt het te gaan om een oncontroleerbare buffer in het overheidsapparaat. De officier wordt getypeerd als 'iemand die mentaal onafhankelijk de merites van de zaak naar aanleiding van wat ter zitting naar voren komt, maar ook de merites van de wet en van het overheidsbeleid kan wegen, en ook eventueel falen of misstanden bij de overheid onverbloemd, en zonder angst voor disciplinaire sancties naar voren kan brengen' (Jörg).

Tegen een dergelijke rol kan men echter grote bezwaren aanvoeren. Laten we de zaak eens van een andere kant benaderen. Als burgers via de volksvertegenwoordiging en de regering wetten maken, waarom zouden zij dan nog aan een orgaan als het OM de bevoegdheid geven om na te wegen of die wetten wel terecht gemaakt zijn? Er is één orgaan dat *achteraf* de kwaliteit van wetten en het overheidsoptreden kan toetsen en dat is de rechterlijke macht in de zin van de *met rechtspraak belaste* leden van de rechterlijke macht. Ons constitutioneel bestel kent niet een 'preventieve'⁵⁴ toetsing van het overheidsoptreden door een speciaal instituut als het OM. Zou het dat wel kennen, dan zou dat neerkomen op een vorm van preventieve (constitutionele) toetsing door een niet-rechterlijk orgaan. Noch in de wet, noch in de grondwet is daarvoor een basis te vinden. De argumentaties die hier en daar ten beste worden gegeven, zijn dan ook niet gebaseerd op de wet of op het systeem van ons recht, maar een creatie van de (strafrechtelijke) doctrine. Ons systeem kent dus *niet* aan een officier van justitie de bevoegdheid toe om te toetsen of een bepaling, waaraan de volksvertegenwoordiging haar goedkeuring heeft gegeven (bij-

voorbeeld de meldingsplicht voor artsen bij euthanasie), in strijd is met het nemo tenetur-beginsel uit het verdragsrecht.⁵⁵ In het licht van het voorgaande lijkt het verantwoord te stellen dat een officier van justitie optreedt als *overheidsorgaan*⁵⁶ en zich daarmee trouw heeft op te stellen ten aanzien van de eis die de hoogste bevoegde overheidsinstantie aan de rechter voorgelegd wil zien.

Er wordt in dit verband vaak tegengeworpen dat van een officier toch niet verwacht mag worden dat hij 'tegen wet en recht' ingaat. Hij zou daartoe niet mogen worden 'gedwongen'. Het zou van een verwerpelijke 'legalisme' getuigen zo iets te verdedigen. Daarop zijn verschillende antwoorden mogelijk. Allereerst dat met de toenemende betekenis van het opportuniteitsbeginsel een groot deel van het werk van een officier niet kan worden getypeerd als handhaving der wetten, maar veeleer als beleidsmatig van aard.⁵⁷ Slagzinnen als 'handhaving van de rechtsorde' werken daarom een beetje versluiserend. Het onttrekt het niet-juridische van vele afwegingen van het OM aan het oog. Maar ook in die gevallen waarin het gaat om specifiek juridische oordelen is nóg niet zeker dat het oordeel van de officier zou dienen te prevaleren boven het oordeel van de minister. De officier kan de minister kenbaar maken dat hij van oordeel is dat een bepaalde vervolging op juridische gronden niet geboden of verantwoord is. De minister neemt dat in overweging, maar hij kan tot een ander oordeel komen. Wanneer het verschil van mening tussen officier en minister ook na het advies van de officier blijft bestaan dient één oordeel te prevaleren. De vraag is welk dat moet zijn. Naar mijn idee dient dan het oordeel van de minister te prevaleren, dus óók wanneer de officier een vervolging moet inzetten die hij (maar de minister *niet*) in strijd acht met het recht.

Het argument dat men een officier niet mag dwingen tegen wet en recht in te gaan kan men dan ook het beste met een wedervraag beantwoorden. Mag een officier een minister dwingen om tegen diens overtuiging van wat wet en recht vergen, een bepaalde gedragslijn voor zijn rekening te nemen?

Aangezien de laatste vraag bezwaarlijk bevestigend kan worden beantwoord, is het de officier die moet wijken en niet de minister. Het argument dat de officier niet mag worden gedwongen tegen wet en recht in te gaan is zelfs onjuist in het licht van de rol-

opvatting waaraan het OM zich graag spiegelt: die van de rechter. Ook voor de rechter geldt dat hij soms recht moet toepassen dat hij persoonlijk anders zou hebben gemaakt wanneer hij wetgever zou zijn geweest. De Wet Algemene Bepalingen spoort rechters ook aan om het recht toe te passen zonder daarvan de "innerlijke waarde" of "billijkheid" te beoordelen.⁵⁸ Het verbod op constitutionele toetsing geeft aan dat rechters soms wetten moeten toepassen die zij in strijd achten met de grondwet. Ook moeten rechters zich laten welgevalen dat hun vonnissen worden vernietigd door hogere rechters. Dat zijn allemaal feiten die erop duiden dat het oordeel van één orgaan in de kolom niet het laatste woord is.⁵⁹ Zou men een dergelijke positie wél willen vestigen voor een officier van justitie, dan zou dat eerder uitzondering zijn dan regel in ons constitutioneel bestel.

(iv) *Een gebonden pen, maar een vrij woord* – Dat brengt ons van de derde voorgestelde beperking op de bevoegdheid van de minister op de vierde mogelijke beperking. Men zou namelijk kunnen betogen dat het aan de rechter voorleggen van een eis van de overheid, nog niet uitsluit dat de officier van justitie ook zijn eigen gevoelens aan de rechter kenbaar maakt. De officier zou dan een dubbelfunctie hebben. Hij treedt enerzijds op in de hoedanigheid van spreekbuis van de overheid. Hij is anderzijds een onafhankelijk adviseur van de rechter en in die hoedanigheid heeft hij vrijheid van requisitoir. Men typeert deze situatie wel aan de hand van het adagium 'la plume est servé, la parole est libre'. De 'plume' verwijst dan naar het eventueel voorgeschreven requisitoir van hogehand. Het 'parole' is het persoonlijk commentaar van de officier van justitie op de zaak.⁶⁰

Deze opvatting wordt door verschillende schrijvers verdedigd. Onder andere door Remmelink. Frappant is echter dat ook Remmelink zich al schrijvende lijkt te distantiëren van de consequenties van het Franse adagium zoals het door hem is uitgelegd. Immers nadat hij heeft gesteld dat 'persoonlijke noten zeer interessant zijn' en deze de zaak kunnen verlevendigen (hij wijst op het requisitoir in de zaak Van het Reve), stelt Remmelink toch ook weer dat hij bezwaar heeft tegen een persoonlijk requisitoir dat dwars tegen de ambtelijke stelling ingaat. Remmelink vreest dat het gezag van het recht wordt ondermijnd wanneer het OM op die manier met dubbele

tong spreekt.⁶¹ Tegen het vrije 'parole' zijn dan misschien geen fundamentele bezwaren aan te voeren, maar het wordt wel anders wanneer de 'spraak' de 'penvoerder' in de weg zit. Men zou het overigens ook als een probleem kunnen ervaren dat het overheidsgezag niet goed gerepresenteerd wordt wanneer één en hetzelfde overheidsorgaan met twee monden moet spreken. Voor buitenstaanders is dat zeer verwarrend. Men kan zich overigens ook afvragen of de rechter behoefte heeft aan een persoonlijk advies van een officier van justitie, waarbij deze niet namens het OM spreekt.

(v) *Wel vrij requisitoir bij nieuwe feiten* – De vijfde beperking die men kan aanbrengen op de bevoegdheid van de minister om opdrachten te geven tot vervolging, niet-vervolging en het voorschrijven van een requisitoir, is dat men kan stellen dat deze bevoegdheden bestaan, maar onder de voorwaarde dat zich ter zitting geen nieuwe feiten voordoen.⁶² Zouden die nieuwe feiten zich wel voordoen, dan is de officier vrij om naar bevind van zaken te handelen.

Ook daartegen behoeven *a prima vista* geen fundamentele bezwaren te bestaan. Er dient dan echter wel vast te staan dat het de officier van justitie is die het risico loopt dat hij zich achteraf niet van de steun van de minister verzekerd weet. Niet elk nieuw feit behoeft door de minister als relevant te worden geaccepteerd. Zou men over deze beoordeling *het laatste woord* aan de officier geven, dan zou deze toch weer een volledige onafhankelijkheid kunnen vestigen. En daarvan mag - om vernoemde redenen - geen sprake zijn. Het voorstel om de officier vrijheid te geven bij 'nieuwe feiten' lijkt dus een aantrekkelijk politiek compromis, maar het is zeer de vraag of het vanuit principieel oogpunt verantwoord is. De kwestie wordt dan verlegd naar de vraag: wie bepaalt welke feiten nieuw zijn?

9. Tot besluit

Een overzicht van de verschillende modaliteiten van onafhankelijkheid leidt daarmee tot de vaststelling dat in ieder geval van de eerste drie vormen geen sprake mag zijn. Ten aanzien van de laatste twee vormen zou een zeer voorzichtige variant kunnen worden bepleit, maar wel met bepaalde waarborgen dat het niet ontardt in *volledige* onafhankelijkheid.

Uit het voorgaande blijkt wel: de bevoegdheidsverhouding tussen minister en Openbaar Ministerie is een uiterst interessant staatsrechtelijk probleem. Een vraag als 'zou de minister bevoegd moeten zijn een officier van justitie een opdracht tot vervolging te geven?' lijkt op het eerste gezicht een betrekkelijk eenvoudige vraag. Maar wie haar probeert te beantwoorden, komt al snel in aanraking met de grondslagen van het constitutioneel bestel. Het gaat om een interpretatie van concepten als rechtsstaat, democratie, de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, de leer van de machtscheiding en andere uitgangspunten van ons bestel. Het noopt tot een bezinning op de vraag die niet primair van strafrechtelijke, maar van constitutioneelrechtelijke aard is, namelijk: hoe kan overheidsmacht het beste worden gebreed en gecontroleerd, en welke organen zouden een taak moeten hebben op dit terrein? Het is dan ook bijzonder spijtig dat de staatsrechtelijke doctrine het onderwerp zo lang heeft laten liggen, zodat allerlei opvattingen ingang hebben gevonden die bij nader inzien strijdig zijn met de grondslagen van ons constitutioneel systeem. Tegelijkertijd moet echter worden vastgesteld dat het een onderwerp is dat in de praktijk hoogst zelden speelt. Zaken waarbij opdrachten van de minister werden gegeven zijn er over een lange periode slechts enkele geweest: de zaak Prins, de zaak Kadijk, de zaak Kok, de zaak Bloemenhove, de zaak Chabot – dat is kwantitatief natuurlijk slechts een geringe hoeveelheid wanneer men het afzet tegen de zaken die *zonder* ministeriële interventie door het OM worden afgedaan. In negennegentig komma negennegentig procent van de gevallen die een officier behandelt, zal hij dan ook *de facto* een grote onafhankelijkheid in de uitoefening van zijn ambt kunnen betrachten.⁶³ Dat neemt echter niet weg dat in de gevallen waarin het wél gaat om een ministeriële interventie, het belangrijke zaken zijn en het primaat van de politiek tegenover de bureaucratie moet kunnen worden doorgezet.

Het feit dat naar alle waarschijnlijkheid interventies van de minister zelden voorkomen heeft ook consequenties voor een oordeel over de vijf beperkingsgronden van de bevoegdheid van de minister. Naar mijn idee noopt dat tot uiterste voorzichtigheid in het creëren van een autonome sfeer van de officier van justitie die niet goed te bewaken valt. Het zou vreemd zijn dat in het uiterste en zeldzame geval

waarin een minister meent te moeten interveniëren in het vervolgingsbeleid, een officier gemakkelijk blokkades kan opwerpen die een dergelijke interventie frustreren. Het is dit gegeven dat noopt tot uiterste terughoudendheid met zelfs de laatste twee modaliteiten.

Het resultaat van voorgaande afweging is dat *noch* naar positief recht, *noch* naar jus constituendum een onafhankelijk OM op goede gronden kan worden verdedigd. In deze bijdrage heb ik nadrukkelijk geprobeerd om de argumenten die tegen een democratisch gecontroleerd OM zijn aangevoerd, te wegen. Bij mijn weten is dat nooit eerder gebeurd. Wel is in verschillende staatsrechtelijk (en bestuursrechtelijk) getinte verhandelingen uiteengezet waarom - meestal als vanzelfsprekend voorgesteld - de minister de bevoegdheid heeft tot sturing van het OM. Maar daarbij wordt nooit de confrontatie aangegaan met de strafrechtelijke kritiek op dit standpunt. Door wél - naar beste vermogen, want ik ben mij er natuurlijk van bewust dat dit betoog controversieel zal blijven - de confrontatie met het andere perspectief aan te gaan heb ik proberen duidelijk te maken dat de staatsrechtelijke kritiek op een onafhankelijk OM *niet* te maken heeft met waar men vaak denkt dat het mee te maken heeft. In bepaalde delen van de strafrechtelijke literatuur is het beeld ontstaan dat de pogingen tot politieke controle op het OM te maken hebben met: 'instrumentalistisch denken', een 'top-down-benadering', 'hiërarchisch denken', 'managementdenken', overmatige accentuering van 'efficiency', 'crimefighting', officieren zonder ruggegraat, 'loopjongens van Den Haag', officieren als 'discjockeys', als 'puppets on a string',⁶⁴ 'boodschappers van de minister',⁶⁵ 'rijkskruiers',⁶⁶ 'mannequins du roi', geen oog voor 'rechtshandhaving', enzovoort, enzovoort. Mooie woorden als 'rechtsstaat' gaan over de tafel om te verhullen wat toch eigenlijk niet zo mooi is: dat een belangrijk overheidsorgaan zich probeert te onttrekken aan democratische controle.

Het verzet tegen een democratisch gecontroleerd OM wordt met grote heftigheid en in emotioneel geladen beschouwingen gevoerd. De motieven van degenen die het staatsrechtelijk perspectief verdedigen worden niet zelden in twijfel getrokken als onzuiver of zelfs politiek gemotiveerd. Maar naar mijn idee heeft dit allemaal weinig of niets te maken met wat het staatsrechtelijk perspectief ten diepste inspireert.

Wat daaraan ten grondslag ligt, is vooral de bezinning op de grondslagen van ons constitutioneel bestel. Het is een poging om de concepten rechtsstaat en democratie te interpreteren en om deze in een werkbare en principieel verantwoorde verhouding tot elkaar te plaatsen. En dat resulteert in de vaststelling dat we moeten kiezen voor een systeem waarbij de minister het OM controleert, niet het OM de minister.

Tot slot nog dit. Deze bijdrage zal ongetwijfeld door sommigen als 'legistisch' of 'positivistisch' worden ervaren. Misschien is die indruk juist. Maar wat is daarmee gezegd? Tot mijn eigen verrassing ben ik door de analyse van dit probleem iets gaan voelen voor de scheiding van 'is' en 'ought' op een manier die ik tot voor kort voor onmogelijk zou hebben gehouden. Deze bijdrage zal wellicht ook als 'dogmatisch' worden ervaren. Misschien is die indruk eveneens juist. Maar lijdt de Nederlandse rechtswetenschap niet veeleer aan een *tekort* aan leerstelling dan aan een *teveel*, waardoor principiële kwesties honderden jaren in een nevel van woorden onbeslist zijn gebleven?⁶⁷ Het is misschien wel goed dat de wetgever nu met 'drie berichtende Worte' bibliotheken naar de papiermolen verwijst.⁶⁸ De onzekerheid van het recht op dit centrale punt kon tenslotte niet langer voortduren.

Noten

1. Sorgdrager, W., Brief aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 28 juni 1996.

2. Sorgdrager, W., 1996, Voordracht van de minister van Justitie ter opening van het RAIO-congres 'De eerbied waardig? Een bezinning op de positie van de rechter en de officier van justitie'. Noordwijkerhout, 3 april 1996, ten dele afgedrukt in: *NJB*, 4:620-621.

3. Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, Brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 17 september 1996. Gepubliceerd in *Trema*, 1996/9.

4. Verslag van een algemeen overleg van de minister van Justitie met de Vaste Commissie van Justitie op 3 oktober 1996 over de notitie van de minister van 28 juni 1996 inzake de ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM.

5. College van Procureurs-Generaal, Brief aan de minister van Justitie van 11 oktober 1996.

6. Vgl. ook reeds het interview met Docters van Leeuwen door: Helten, N. v., 1996, 'De super PG zelf aan het woord'. In: *Het Tijdschrift voor Politie*, 58, 6:3-5.

7. Art. 127 van dit concept-wetsvoorstel luidt als volgt: 'Onze minister van Justitie kan algemene en bijzondere aan-

wijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie'.

8. Twee verwijzingen zijn in dit verband populair: 'Italiaanse toestanden' en 'Belgische toestanden'. Zo ook: Manen, N.F. van, 'Openbaar Ministerie niet onderwerpen aan Justitie'. In: *NRC Handelsblad*, 9 november 1996 als reactie op: Cliteur, P.B., 'Openbaar Ministerie past politieke terughoudendheid'. In: *NRC Handelsblad*, 5 november 1996. Vgl. verder: Cliteur, P.B., 'Openbaar Ministerie kent plaats niet'. In: *NRC Handelsblad*, 19 november 1996. En: Manen, N.F. van, 'Het OM'. In: *NRC Handelsblad*, 28 november 1996. Naar mijn idee dient men zeer voorzichtig te zijn met het leggen van een causaal verband tussen de politieke malaise in sommige landen en de vraag of daar al dan niet een onafhankelijk OM functioneert. Vaak zijn ook tegenvoorbeelden te bedenken: in Turkije is het OM onafhankelijk en functioneert het slecht. Vgl. Jurgens, E., 1994, 'De Staten-Generaal en het OM'. In: Doelder, H. de, R.M.G.E. Focué en R.A.F. Gerding red., *Taak en functioneren van het OM*, Gouda Quint, Arnhem, pp. 267-275.

9. Elzinga, D.J., 1994, 'Een volle ministeriële verantwoordelijkheid voor het Openbaar Ministerie. Maar geen ongebreidelde sturing van het OM'. In: *NJB*, pp. 529-537.

10. Kortmann, C.A.J.M., 1994, 'Consistentie?'. In: *NJB*, 6:750.

11. Deze terminologie is voor mijn rekening; P.C.

12. Elzinga, D.J., 1994, 'Naschrift'. In: *NJB*, 6:751.

13. Het door elkaar lopen van bedrijfskunde en recht manifesteert zich bijvoorbeeld duidelijk bij: Mostert, P., 1968, 'Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?'. In: *Preadvies NJV, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 38e jrg., I:253-376.

14. In deze zin bijvoorbeeld ook Korthals Altes, F., 1988, 'De verhouding tussen de minister van Justitie en het Openbaar Ministerie'. In: *Trema*, pp. 267-273. Blijkens zijn recente kritiek als senator op het beleid van minister Sorgdrager is Korthals Altes van mening veranderd over het OM. In zijn tijd als minister betoogde hij - met een beroep op Lubberdink - dat een afhankelijk OM gewenst was. Nu heeft hij zich aangesloten bij de kritiek van de NVvR op het standpunt van de minister.

15. Vgl. Munneke: 'Art 5 Wet RO verplicht ambtenaren van het Openbaar Ministerie van hogerhand gegeven bevelen op te volgen. In hoeverre het politiek opportuun geacht wordt om bevelen te geven, staat ter beoordeling van de minister van Justitie en de hem controlerende volksvertegenwoordiging'. Vgl. Munneke, H., 1994, 'Wetmatigheid van bestuur belangrijker dan toetsing politiek'. In: *NJB*, 6:750-751.

16. Aldus Hart, H.L.A., 1958, 'Positivism and the Separation of Law and Morals'. In: *Harvard Law Review*, 71. Ook in: Hart, H.L.A., 1983, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Clarendon Press, Oxford, pp. 49-87.

17. Aldus Dworkin, R.A., 1982, '"Natural" Law Revisited'. In: *University of Florida Law Review*, 34:165-188. En: Dworkin, R., 1996, 'The Moral Reading of the Constitution'. In: *The New York Review of Books*, 3:46-50.

18. Vooral door oudere schrijvers wordt dit onderkend. Vgl. Boot, W., 1885, *De afhankelijkheid van het Openbaar*

Ministerie ten opzichte van het instellen der strafvordering. Diss. Amsterdam, M.J. Portielje. Hierna zal blijken dat de argumentatie van Boot in zijn tijd weliswaar al sterk was, maar dat deze nog aan betekenis heeft gewonnen in onze tijd. Talloze andere auteurs traden in zijn voetspoor. Vgl. Mulder, J.P.H., 1919, *De vervolgingstaak van het Openbaar Ministerie*. Diss. VU, Drukkerij Libertas, Rotterdam, p. 13; Nieuwenhuis, C.H., 1901, *Het Openbaar Ministerie in Nederlandsch-Indië*, Wettevreden Visser & Co., p.1; Limburg Stirum, O.E.G. van, 1919, *De positie van het Openbaar Ministerie voornamelijk in verband met het ontwerp-wetboek van strafvordering*. Diss. VU, G.J.A. Ruys, Utrecht, p. 14. Van de oudere literatuur: Wall Bake, W.A. van den, 1859, *Specimen historico-juridicum inauguralis de Remotione officialium ministerii publici*. J. de Kruyff, Trajecti ad Rhenum, p. 35.

19. Blok, A.J., 1908, *Positie en taak van het Openbaar Ministerie*. Oratie Leiden, E.J. Brill, Leiden, p. 7. Blok schrijft dat hij zich er nooit mee heeft kunnen verenigen dat de ambtenaar van het OM, in tegenstelling tot de voor het leven aangestelde rechter, een afhankelijke positie heeft. Hij vraagt voor het Openbaar Ministerie 'onafhankelijkheid van de Regeering ten aanzien van zijne bevoegdheid om te vervolgen of niet te vervolgen'. De controle op het OM zou moeten worden uitgeoefend door de rechter.

20. Duisterwinkel, G., 1968, 'Vereisen de functies van het Openbaar Ministerie nieuwe wettelijke voorzieningen?'. *Preadvies NJV, Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 38, I:195-251; idem, (discussiebijdrage) *Handelingen*, Zwolle 1968, II:106-128; Duisterwinkel, G., 1977, 'Taak en functioneren van het Openbaar Ministerie'. In: *RMThemis*:121-137; Duisterwinkel, G., 1965, *Enige facetten van de taak van het Openbaar Ministerie naar Nederlands recht*. Oratie Leiden, Kluwer, Deventer.

21. Boek schrijft dat de Commissie-Donner probeert de klok zo'n 150 jaar terug te zetten. Vgl. Boek, J., 1995, 'Een organisatie OM trots op te zijn'. In: *Lex v., e.a., red., Crimineel Jaarboek 1995*, Almelo, Uitgeverij Papieren Tijger, Coornhert-Liga, pp. 61-74, p. 67. Misschien heeft hij daar wel gelijk in. Maar het bewijst niet wat hij wil suggereren. Honderdvijftig jaar geleden was het gewoon *goed geregeld*. Er is niet inmiddels vooruitgang geboekt in de doctrine, zoals Boek vooronderstelt, maar de doctrine geeft achteruitgang te zien.

22. Stolwijk, S.A.M., 1992, 'De minister van Justitie, het Openbaar Ministerie en artikel 5 RO'. In: *Magistraat met beleid. De officier en zijn omgeving*, opstellen aangeboden aan mr. C. van Steenderen bij zijn afscheid als hoofdofficier van justitie te Amsterdam op 25 september 1992, Gouda Quint, Arnhem, pp. 33-40. Een ander voorbeeld is Wiewel, P., 'Minister kan OM niet loslaten'. In: *Het Parool*, 24 oktober 1996.

23. Wat Corstens betreft zeer duidelijk in een interview met: Lebesque, V., 'Mannetjesputters of mannequins du roi?'. In: *De Volkskrant*, 9 november 1996. Over de brief van de minister van 28 juni zegt hij: 'Ik vind het een prima brief, voortreffelijk (...) Haar brief is mij uit het hart gegrepen'. Zijn handboek is veel minder duidelijk. Daar interpreteert Corstens de feitelijke praktijk dat de minister afstand houdt van het OM nog als een gewoonteregel en daarmee dus als een *rechtsregel*. Vgl. Corstens, G.J.M., 1995, *Het Nederlandse strafproces*

recht. Tweede druk, Gouda Quint, Arnhem, p. 103.

24. Van Maarseveen bespreekt het OM als een min of meer 'anarchieke organisatie' zonder daartegen een staatsrechtelijk protest te laten horen. Vgl. Maarseveen, H.Th.J.F., 1977, 'Ministeriële verantwoordelijkheid en Openbaar Ministerie na 1976'. In: *NJB*:209-215; Maarseveen, H.Th.J.F. van, 1983, 'Openbaar Ministerie, parlement en departement; enkele politieke rechtelijke overdenkingen'. In: Bunt, H.G. van de, G. de Jonge, H.J. Koops, H.J. Michel, red., *De macht van het O.M.*, Ars Aequi Libri, Nijmegen, pp. 175-189.

25. Lubberdink, H.G., 1982, *De betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid voor de organisatie van het openbaar bestuur*. Kluwer, Deventer, p. 70; Brenninkmeijer, A.F.M., 1995, 'De magistratuur in het strafrecht'. In: *NJB*: 211; Kortmann, C.A.J.M., en P.P.T. Bovend'Eert, *Inleiding constitutioneel recht*. Tweede druk, Kluwer, Deventer, p. 67; Degenkamp, J.Th., 'Vervolgingsbeleid is zaak van minister van Justitie'. In: *Haagsche Courant*, 11 oktober 1996; Degenkamp, J.Th., 'Justitie als barmhartige beul veroordeelde Van der Valkjes'. In: *Haagsche Courant*, 20 december 1995; Stellinga, J.R., 1953, *Grondtrekken van het Nederlands staatsrecht*. Algemeen gedeelte, en bevoegdheden en verplichtingen der overheidsorganen, W.E.J. Tjeenk Willink, p. 415. Helaas besteden de meeste handboeken van het Nederlandse staatsrecht geen aandacht aan de staatsrechtelijke positie van het OM. Het boek van Stellinga is een uitzondering. Wellicht dat in de toekomst dit manco zal worden hersteld. De afwijzing van een onafhankelijk OM in het boek van Kortmann en Bovend'Eert zou navolging verdienen.

26. Art. 5 RO werd krachtig verdedigd door minister C.F. van Maanen (1769-1849). Vgl. over hem: Verburg, M.E., 1994, *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie*. Deel I 1798-1898, Sdu Uitgeverij, Den Haag, p. 71 en Heijnsbergen, P. van, *Geschiedenis der rechtswetenschap*. Beknopt overzicht der geschiedenis onzer rechtswetenschap tot 1900, J.M. Meulenhoff, Amsterdam mcmxxv, p. 157. Van Maanens opvattingen over het OM worden uitvoerig besproken door: Bosch Kemper, J. de., 1838, *Wetboek van strafvordering*. Eerste deel. Müller, Amsterdam, p. 148.

27. Vgl. over de geschiedenis: Pieterman, R., 1990, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920*. Gouda Quint, Arnhem; Maanen, C.F.Th. v., 1860, *Het Openbaar Ministerie in Nederland*. Eerste gedeelte, J. Visser, 's-Gravenhage (dit is dus niet de minister). Dulleman, A.A.L.F. v., 1958/1959, 'Positie en taak van het Openbaar Ministerie in Nederland'. Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, in: *Jaarboek 1958-1959*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, pp. 138-166 zet de argumenten van vóór- en tegenstanders van art. 5 RO mooi op een rij.

28. Belinfante en De Reede onderscheiden twee regels van het staatsrecht. De eerste is: geen bevoegdheid zonder grondslag in wet of grondwet. De tweede is: niemand kan een bevoegdheid uitoefenen zonder verantwoording schuldig te zijn of zonder dat op die uitoefening controle bestaat. Het gaat hier dus om de 'tweede grondregel'. Vgl. Belinfante, A.D., en J.L. de Reede, 1994, *Beginselen van Nederlands staatsrecht*. 12e druk, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn.

29. Kortmann, C.A.J.M., 1996, 'Ministeriële verantwoor-

delijkheid'. In: *RMThemis*, 7:243-244 waarschuwt in reactie op een bijdrage van Van Angeren voor het omkeren van 'Indien bevoegd, dan verantwoordelijk' tot 'Indien verantwoordelijk, dan bevoegd'. Op logische gronden is een dergelijke waarschuwing gepast. Dat zou immers een omdraaiing van de modus ponens betekenen en dat levert geen geldige redenering op. Op andere gronden wordt de regel ook betwist door: Doelder, H. de, 1996, 'Het OM als buitendienst van het departement van Justitie'. In: *Trema*, 9:294-298. Maar door Angeren, J.A.M. v., 1996, 'Mag de ministeriële verantwoordelijkheid voor het bestuur worden beperkt?'. In: *RMThemis*, 10:367-375 wordt terecht aangevoerd dat men een minister niet verantwoordelijk kan houden voor zaken waarvoor deze niet bevoegd is om op te treden. Aan dit punt gaat Kortmann naar mijn idee ten onrechte voorbij.

30. Donker, H.J. en J.J. v. Eck, 1991, 'Waar staat de staande magistratuur?'. In: *Trema*, pp. 93-97, p. 95: "De haven is en blijft die van een plek binnen de rechterlijke macht".

31. Voor sommigen ook een reden om de officier een plaats naast de rechter te ontzeggen. Vgl. Degenkamp, J.Th., 'Justitie als barmhartige beul veroordeelde Van der Valkjes'. In: *Haagsche Courant*, 20 december 1995: Het OM is tegenpartij van de verdachte en hij eist namens de samenleving een bepaalde straf. Daarom zouden officier en verdachte eigenlijk ook beiden in de zaal moeten zitten en alleen de rechter op een podium. Datzelfde merkte ook senator Glasz (CDA) op in de Eerste Kamer in een gedachtenwisseling met minister Sorgdrager. Bij advocaten vindt men overigens vaak dat het accusatoire karakter van het strafproces wordt geaccentueerd. Vgl. G. Spong, 'Kletskoek schaadt de rechtsorde'. In: *NRC Handelsblad*, 12-10-1996 en J.M. Sjöcrona, 'Echte tegenspraak verbetert rechtspraak'. In: *NRC Handelsblad*, 12-10-1996. Dit proces wordt beschreven door: Haenen, M., 'Prijbsokken en procesrecht. De Octopus-affaire voltooit de metamorfose van het strafproces'. In: *NRC Handelsblad*, 18 januari 1997. Vgl. ook: Sandberg, H.W., 'De minister en het OM'. In: *Het Parool*, 31 oktober 1996 die het plaatsnemen van de officier aan de tafel van de rechter afwijst. Ook reeds door: Asch van Wijck, L.H.K.C. v., 1939, 'De onafhankelijkheid van den rechter I'. In: *NJB*, pp. 515-522 en deel II, pp. 545-555 werd betoogd dat een onafhankelijk rechter alleen kan bestaan bij een afhankelijk OM.

32. Een scherp onderscheid tussen zittende en staande magistratuur wordt terecht gemaakt door Heide, J. ter, 1970, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een functioneel-analytische beschouwing*. Agon Elsevier, Amsterdam/Brussel, p. 19. Uit een NVvR-enquête, gepubliceerd in *Trema*, 1995, nr. 7b, blijkt dat de leden van de zittende magistratuur de verwantschap met de staande magistratuur minder sterk accentueren dan omgekeerd.

33. Boek, 'Een organisatie OM trots op te zijn', p. 63.

34. Officiëren van justitie behoeven dus ook niet bezorgd te zijn dat zij aan 'geloofwaardigheid' bij de rechter inboeten of het 'krediet bij de rechter' verliezen wanneer de plannen van de minister doorgang vinden. Onjuist is daarom de opvatting van hoofdofficier Brouwer, H., 'Minister moet niet te dicht op OM gaan zitten'. In: *De Volkskrant*, 22 oktober 1996, die schrijft: 'Men is bevreesd dat deze opvatting van het

OM ten opzichte van de rechter zal schaden'. Het OM zou, aldus Brouwer, ook moeten kunnen toetsen of de opdrachten die de minister geeft 'passen bij de aan het OM opgedragen taakuitoefening'. Als criteria draagt Brouwer daarvoor aan dat deze moeten voldoen aan eisen van 'objectiviteit', 'integriteit' en 'algemeen belang'. Een onjuist standpunt, lijkt mij. Een officier van justitie moet natuurlijk integer optreden, maar dat moeten een advocaat en een minister ook. De onafhankelijkheid van de rechter zou in gevaar komen, wanneer de officier krachtens zijn functie a priori 'krediet' zou hebben bij de rechter, terwijl de advocaat dat ontzegt blijft. Wanneer men dan ook zou pleiten voor het 'partijdig' karakter van de advocaat (de heersende leer. Vgl. Roos, Th. A. de, 1991, *Verdediging van belangen*: het belang van de verdediging. Enkele principiële vragen over de rol van de verdediging in strafzaken, Rede, Gouda Quint, Arnhem) is het incongruent een officier een onduidelijke dubbelrol toe te delen.

35. Vgl. Oranje, L., 1976, 'De politieke verantwoordelijkheid voor het vervolgingsbeleid'. *Calvinistische Juristen-Vereeniging*, 5:21 die stelt dat het feit dat het OM bij de wet 'originair bevoegdheden' heeft gekregen geen indicatie geeft in de richting van de Wet RO. Hij verwijst naar Donner die in het Algemeen deel van het Nederlands bestuursrecht schrijft: 'Wanneer de wet echter aan de ambtenaren der politie of aan anderen bevoegdheden tot controle, tot opsporing of tot het geven van aanwijzingen geeft, dan geschiedt dit om de betrokkenen tegenover de burger te rechtvaardigen, allerminst om hen aan de bevelen van hun meerderen te onttrekken'.

36. Opvallend is de verandering in de argumentatie ten gunste van een centraal en democratisch gecontroleerd OM. Tot voor een jaar geleden werd de legitimatie vooral gezocht in 'management'-achtige beschouwingen. Men vindt dat bijvoorbeeld nog duidelijk in het *Plan van aanpak reorganisatie Openbaar Ministerie*, Ministerie van justitie, mei, 1995 en het *Rapport van de Commissie Openbaar Ministerie* (Commissie-Donner), ministerie van Justitie, juni, 1994. In de RAIQ-rede van de minister van april 1996 heeft echter het staatsrechtelijk perspectief de overhand. De 'paradigmawissel' is dus van recente datum. Een democratisch gecontroleerd OM wordt nu niet meer verdedigd als een kwestie van politieke en strategische opportuniteit, maar als een zaak van principe. Naar mijn idee wordt daarmee het idee van een onafhankelijk OM scherper bekritiseerd dan voorheen. Ook de ideeën van de minister zelf hebben een ontwikkeling doorgemaakt. Vgl. Sorgdrager, W., 1989, 'De relatie OM-minister. Enkele notities'. In: *Trema*:68-76; Sorgdrager, W., 1990, 'De relatie OM-minister'. In: *Trema*:68-76; Sorgdrager, W., 1990, 'Verelendung van het Openbaar Ministerie?'. In: *Trema*:333-337. Sorgdrager, W., 1992, 'Het Openbaar Ministerie, opsporen en bewaken'. In: *Trema*:427-432; Sorgdrager, W., 1994, 'De rol van het OM in het veranderingsproces van de strafrechtshandhaving'. In: Doelder, H. de, e.a., red., *Taak en functioneren van het OM*, Gouda Quint, Arnhem, pp. 27-37. Sorgdrager ondertekende als PG ook de (Procureurs-Generaal), *Paasbrief Procureurs-Generaal*. In: *Trema*:291-293. De op handen zijnde wetgeving vormt een radicale breuk met de teneur van die brief.

37. Het is de verdienste van Van der Feltz en Moons dat zij onder de aandacht brengen dat dezelfde vragen die spelen in de

verhouding tussen minister/OM ook spelen in de verhouding PG's, hoofdofficieren en andere leden van het OM. Vgl. Feltz, W.A. Baron van der, en J.M.A.V. Moons, 1969, *De ambtelijke verhouding in het Nederlandse Openbaar Ministerie*. Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, p. 9.

38. Vgl. Bemmelen, J.M. van, 1968, 'De functies van het Openbaar Ministerie'. In: *NJB*:605-615.

39. Elt, G. van den, en E. Stolwijk, 'Ruzie over procureurs'. In: *Algemeen Dagblad*, 2 oktober 1996.

40. Onder andere door: Jörg, N., 'Wat doet de minister van Justitie als haar hoofd in de politieke strop hangt?'. In: *Trouw*, 12 oktober 1996. Hoofdofficier Manschot waarschuwt zelfs voor 'vriendjespolitiek' van de minister. Vgl. het verslag van zijn lezing in: *Twentse Courant*, 'Manschot waarschuwt minister Sorgdrager', 20 november 1996.

41. Van Maarseveen meende dat het OM ook wel op een andere manier dan via de ministeriële verantwoordelijkheid zou kunnen worden gecontroleerd, namelijk: (i) door rechterlijke controle (art. 12 Sv); (ii) door 'globale beleidscontrole' van het parlement; (iii) door 'incidentele controles die voor een klein deel lopen via commissies voor verzoekschriften en voor een groter deel door het ministerie van Justitie worden uitgeoefend, daartoe ook aangezet door ontvangen verzoeken of klachten vanuit de bevolking of het organisatieleven'; (iv) door het afleggen van perscommuniqués, persconferenties en interviews. Vgl. Maarseveen, H.Th.J.F., 1977, 'Ministeriële verantwoordelijkheid en Openbaar Ministerie na 1976'. In: *NJB*:209-215. Naar mijn idee zijn deze 'controlemogelijkheden' onvoldoende, omdat de controlerende instantie machteloos is wanneer de gecontroleerde instantie zich niets aan kritiek gelegen laat liggen.

42. De officier en niet de minister draagt de ring van Gyges, de ring waarmee je jezelf onzichtbaar kunt maken. Plato bespreekt in *Republiek* de vraag of mensen nog zedelijk verantwoord zouden handelen wanneer zij een ring konden dragen waarmee zij zichzelf onzichtbaar konden maken. Men behoeft geen cynicus te zijn om te denken dat de kans op misbruik van macht en onzedelijk handelen, groter is bij de dragers van de ring dan bij de zichtbaren. Vgl. Rachels en Plato hierover in: Gould, J. A., 1978, *Classic Philosophical Questions*. MacMillan, New York, pp. 117-133.

43. Dit wordt terecht aangevoerd door Corstens. Vgl. Lebesque, V., 'Mannetjesputters of mannequins du roi?' (Interview met Corstens en Schalken). In: *De Volkskrant*, 9 november 1996.

44. Men komt het tegen in bijna elk artikel van T.M. Schalken. Vgl. voor een bescheiden selectie: *Trema*, 1991, pp. 179-194; *NJB*, 1995, pp. 862-863; *NJB*, 1995, pp. 16-17; *NJB*, 1992, pp. 813-818; *NJB*, 1994, pp. 833-836.

45. Kortmann, C.A.J.M., 1994, *Constitutioneel recht*, tweede druk, Kluwer, Deventer, p. 238; Corstens, G.J.M., 1995, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Tweede druk, Gouda Quint, Arnhem, p. 103.

46. Van Gunsteren formuleert het als volgt: 'Een delegatie of attributie van verantwoordelijkheden, b.v. aan zelfstandige bestuursorganen, betekent niet dat de minister alleen nog op hoofdlijnen mag worden aangesproken. De strijd over wat

hoofdlijnen zijn wordt immers typisch via details uitgestreden'. Vgl. Gunsteren, H.R. van, 1990, 'Ministeriële verantwoordelijkheid in diskrediet'. In: Cliteur, P.B., & M.R. Rutgers, red., *De trias onder spanning*, Wolters-Noordhoff, Groningen, pp. 67-77, p. 72.

47. Dit zou het geval zijn in België. Vgl. Matthijs, J., 1983, *Openbaar Ministerie*. E. Story-Scientia, Gent, p. 42.

48. Vgl. hoofdofficier Manschot: 'Ik zou mij moeilijk kunnen voorstellen dat de minister het OM opdracht geeft om een bepaalde zaak niet te vervolgen. Dat is levensgevaarlijk. Het omgekeerde wel, want dan is het een zaak waarover de rechter onafhankelijk kan oordelen'. Aangehaald in: Horst, M. van der en R.L.H. v. Tooren, 'Brouwer, Manschot, Wooldrik. Bespiegelingen van drie hoofdofficiëren van justitie'. In: *Trema*, 9:271-277.

49. Tijdens *Het overleg tussen de vaste commissie voor Justitie en de minister van justitie op 3 oktober 1996 over de notitie van de minister van justitie van 28 juni 1996* kreeg de minister bijval van de PvdA (Kalsbeek-Jasperse). Naar het oordeel van de PvdA is de minister ook bevoegd tot het opleggen van een beslissing tot vervolging of tot niet-vervolging. De redengeving is hier opvallend. Als de minister daarvoor niet verantwoordelijk zou zijn, dan rijst onmiddellijk de vraag wie wel. Dat zou dan de officier van justitie moeten zijn. Daarmee valt nog te leven, aldus de PvdA-fractie, wanneer het gaat om een beslissing tot vervolging. Gaat het echter om een beslissing tot niet-vervolging dan verdwijnt het dossier in een diepe la en valt er niets meer te toetsen. Deze redenering is precies het spiegelbeeld van de redenering van Manschot die hiervoor werd aangehaald.

50. Zo was kamerlid Beelaerts van Blokland een vurig tegenstander van een onafhankelijk opererend OM. De handhaving van een wet zou niet moeten afhangen van het 'verkeerd begrip' of van de 'loomheid van een substituut-officier'. Dat was ook het oordeel van kamerlid Tammo Sypkens die het OM typeerde als de 'bewegende kracht der Regering bij den regter wiens oordeel het inroept'. De officier is dienaar van de wet, maar onder toezicht van de regent, commissaris van de regering. Zou men het OM onafhankelijk maken dan zou men een 'vreeslijk en gevaarlijk' gezag plaatsen in de persoon van de procureur-generaal. Deze dient ondergeschikt te zijn en te blijven aan het hoogste gezag in de staat. Vgl. *Handelingen II 1826-1827*, p. 333.

51. Vgl. Lebesque, V., 'Mannetjesputters of mannequins du roi?'. In: *De Volkskrant*, 9 november 1996.

52. Boek, 'Een organisatie OM trots op te zijn', p. 62.

53. Aldus Jörg, N., 'Wat doet de minister van Justitie als haar hoofd in de politieke strop hangt?'. In: *Trouw*, 12 oktober 1996. Volgens Couzijn zou een dergelijke officier slechts een 'discjockey' zijn. Vgl. Couzijn, J.C.M., 'Tussen politiek en rechtspraak moet helderheid over ieders taak bestaan'. In: *Trouw*, 12 oktober 1996.

54. Preventief aan de toetsing van de rechter dus.

55. Het nemo tenetur-beginsel heeft een expliciete verdragsrechtelijke basis in art. 14, lid 3, g van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten, waar het recht is neergelegd om 'niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen'. In de zaak Fun-

ke (Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 25 februari 1993) werd aanvaard dat onder art. 6 van het Europees Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (eerlijk proces) ook het nemo tenetur-beginsel dient te worden begrepen. Vgl. EM, 1993, 'Zwijgen op aangeven van douane'. In: *NJCM-Bulletin*, 5:584-592. EM schrijft dat het nemo tenetur-beginsel ook een rol zou moeten spelen bij de meldingsprocedure bij euthanasie, waarbij de euthanaserende arts nu in feite verplicht wordt aangifte te doen van het door hem in noodtoestand gepleegde strafbare feit (p. 591). Vgl. tevens: EM, 1996, 'Zwijgen zonder raadsman', over John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk (EHRM 8 februari 1996). In: *NJCM-Bulletin*, 5:706-724.

56. Men zegt ook wel dat het OM één en ondeelbaar is. Het betekent dat binnen de perken van hun wettelijke attributies de magistraten nooit uit eigen naam optreden, maar uit naam van het parket waaraan zij verbonden zijn. Hun persoonlijkheid vermengt zich met de morele persoon, samengesteld uit het geheel van de magistraten van een zelfde parket, schrijft Matthijs. Matthijs, J., 1983, *Openbaar Ministerie*. E. Story-Scientia, Gent, p. 67. Van den Wall Bake citeert Mangin: "Le sens de la maxime *le Ministère Public est indivisible* ne peut en avoir qu'un; c'est que, sous le rapport administratif, il y a unité dans le Ministère Public établi pour le ressort de chaque Cour Royale". Vgl. Van den Wall Bake, W.A., *Specimen historico-juridicum inaugurale de Remotione officialium ministerii publici*. J. de Kruyff, Trajecti ad Rhenum 1859, p. 35.

57. Vgl. hierover: Hart, A.C. 't, 1986, 'Criminal law policy in The Netherlands'. In: Dijk, J. v., e.a., red., *Criminal Law in Action. An overview of current issues in Western societies*, Gouda Quint, Arnhem, 73-99 en Pieterman, R., 1985, 'Opportunité; een uniek kenmerk van de strafvervolgning in Nederland'. In: *Sociologisch tijdschrift*, 2:339-367. 't Hart typeert de beleidsmatige benadering als een betrekkelijk recent verschijnsel (jaren zeventig), Pieterman accentueert dat dit aansluit bij een eeuwenoude traditie in Nederland.

58. Art 11 Wet Algemene Bepalingen: 'De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen'.

59. Vgl. hierover ook de opvattingen van Learned Hand, zoals getypeerd door Dworkin: Dworkin, R., 1996, *Freedom's Law. The Moral Reading of the Constitution*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), p. 340 e.v.

60. In deze zin: Rummelink, J., 1968, 'Het Openbaar Ministerie ter discussie'. In: *Verkeersrecht*, pp. 169-174, 193-197, p. 172. Het hanteren van de pen en het woord was overigens in Frankrijk toebedeeld aan verschillende personen, met verschillende taken. Vgl. Hingst, S.J., 1870, 'Regterlijke organisatie'. In: *Nieuwe bijdragen voor regtsgeleerdheid en wetgeving*, verzameld en uitgegeven door B.J.L. de Geer en Van Boneval Faure, 20e deel, Johannes Müller, Amsterdam, p. 112.

61. Rummelink, 'Het Openbaar Ministerie ter discussie', p. 172.

62. Aldus Viering, M.L.W.M. en H.R.B.M. Kummeling, 'La plume est servé, la parole est un petit peu libre'. In: *NJB*, 4:592-596.

63. Vgl. voor voorbeelden: Bunt, H.G. van de, 1985, *Officiëren van justitie. Verslag van een participerend observatie-*

onderzoek. W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle.

64. Aldus de Rotterdamse hoofdofficier De Wit, aangehaald in Ruud van Heese, 'Rechters en officieren eendrachtig kwaad'. Interview met de voorzitter van de NVvR, in: *Trouw*, 31 oktober 1996.

65. Aldus de advocaat-generaal te Arnhem, Kuijck, Y. van, 'Het OM als boodschapper van de minister'. In: *NRC Handelsblad*, 22 oktober 1996.

66. Uitspraak van Remmelink, aangehaald door De Graaf in het overleg tussen minister en Vaste Kamercommissie d.d. 3 oktober 1996.

67. Asscher schrijft dat ter vergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak op 24 en 25 mei 1991 in Maas-tricht geen eenstemmigheid bleek te bestaan over de vraag of de minister van Justitie nu wél of niet het hoofd is van het OM.

'Het is mij nog nooit gelukt bij mijn niet juridisch geschoolde vrienden enig begrip te wekken voor een dergelijke fundamentele onduidelijkheid'. Vgl. Asscher, B.J., 1992, 'De officier van justitie door het oog van een rechter, of: de derivatieve uitvoering van originele bevoegdheden'. In: *Magistraat met beleid. De officier van justitie en zijn omgeving*. Opstellen aangeboden aan mr. C. van Steenderen, Gouda Quint, Arnhem, pp. 145-153, p. 145. Vgl. voor een positieve benadering van een 'dogmatische' benaderingswijze: McTaggart, John McTaggart Ellis, 1906, *Some Dogmas of Religion*, Edward Arnold, London, pp. 1-3.

68. Aldus de Duitse officier van justitie Julius von Kirchmann (1802-1884) in zijn geschrift *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, verschenen in 1848, herdrukt in Darmstadt 1960.