



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Normering van ontvankelijkheid bestuursrecht en strafrecht

Cleiren, C.P.M.

Citation

Cleiren, C. P. M. (1994). Normering van ontvankelijkheid bestuursrecht en strafrecht. *Geïntegreerde Rechtswetenschap*, 49-88. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3091>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3091>

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

Normering van ontvankelijkheid;

Bestuursrecht en Strafrecht

*Tineke Cleiren
Ron van Male**

1. Inleiding

Aan de juridische faculteit van de Erasmus Universiteit Rotterdam wordt onder de titel 'De rechtsbetrekking als gemeenschappelijke noemer van bestuursrecht, strafrecht en privaatrecht' een gezamenlijk onderzoeksprogramma tot ontwikkeling gebracht waaraan onderzoekers van verschillende vakgroepen – algemeen, strafrecht & criminologie, staats- en bestuursrecht en privaatrecht – hun medewerking verlenen. Dit programma is gericht op een verkenning van de mogelijkheden en onmogelijkheden van een verdere integratie van de klassieke rechtsgebieden, dat wil zeggen van het bestuursrecht, het strafrecht en het privaatrecht, dan wel van bepaalde delen ervan.

Daarbij is de aandacht in de eerste plaats gericht op de vraag of gemeenschappelijk ideeëngoed voorhanden is dat de verschillende deeldisciplines met elkaar delen; een gedachtengoed dat het fundament zou kunnen zijn van een soort van gemeenschappelijk algemeen deel: een soort van nieuw gemeen recht, waarin algemene aspecten van de klassieke rechtsgebieden kunnen worden geïntegreerd. Geïntegreerd recht kan zowel op het materiële, als op het formele recht – het procesrecht – betrekking hebben. Om een materieelrechtelijk voorbeeld te geven: algemene bepalingen van schadevergoedingsrecht voor strafrechtelijke, privaatrechtelijke en bestuursrechtelijke zaken zouden in een dergelijk algemeen deel thuishoren. Voor wat het procesrecht betreft kan gedacht worden aan een algemene regeling voor actietermijnen, voor bijstand en vertegenwoordiging, voor het indienen van stukken en voor het herstel van verzuimen en gebreken.

* De eerstgenoemde auteur is hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht; de laatstgenoemde is hoogleraar staats- en bestuursrecht, Faculteit der Rechtsgeleerdheid (EUR).

Daarnaast – en in de tweede plaats – is de aandacht evenwel gericht op het aanwijzen van domeinspecifieke rechtsbeginselen die nopen tot desintegratie; dat wil zeggen die algemene rechtsbeginselen die een eigen specifieke ontwikkeling van een rechtsgebied in afwijking van, of in aanvulling op, het algemeen deel van het recht kunnen rechtvaardigen. Om een voorbeeld te noemen: zijn er aan de eigen aard van het openbaar bestuur gerelateerde beginselen die de thans bestaande risico-aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten – in afwijking van de algemene toerekeningsnormen – kunnen rechtvaardigen? En is het te rechtvaardigen dat de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in een strafzaak mede wordt beoordeeld aan de hand van ongeschreven recht (beginselen van behoorlijk bestuur), maar die van de indiener van bezwaar en/of beroep niet?

2. Methode: de rechtsbetrekking

Om een ongerechtvaardigde behandeling van vergelijkbare verschijnselen op de verschillende rechtsgebieden te kunnen opsporen en duiden is het methodologisch noodzakelijk dezelfde taal te spreken. In het onderzoeksprogramma 'De rechtsbetrekking' wordt getracht eenzelfde taal te spreken in termen van rechtsbetrekking. Met het begrip rechtsbetrekking wordt getracht een categorie – en daarmee een theoretisch kader – te introduceren waarin het weer mogelijk wordt het recht vanuit een geïntegreerde visie te begrijpen en te beoefenen. Door verwante rechtsverschijnselen te analyseren in termen van een methodisch-theoretisch begrip rechtsbetrekking kan op basis van een zelfde begrippenapparaat worden verhelderd welke verschillen tussen de rechtsgebieden functioneel zijn, tot en met de rechtsfilosofische, politiek-filosofische en ethische dimensies daarvan.

Een prangende vraag is wat onder rechtsbetrekking moet worden verstaan. Vooralsnog – dat wil zeggen bij wijze van werkdefinitie – zal deze term normatief neutraal worden gebruikt. Dit betekent dat als rechtsbetrekking wordt geduid een verhouding tussen verschillende personen, natuurlijke of rechtspersonen, waarbij die personen ten opzichte van elkaar gehouden zijn de binnen die verhouding geldende rechtsnormen in acht te nemen. Korter geformuleerd: een rechtsbetrekking is een door rechtsnormen bepaalde betrekking tussen twee of meer rechtssubjecten.¹

De rechtsbetrekking wordt als een betrekking tussen subjecten geduid, omdat het daardoor mogelijk wordt over de grenzen heen te kijken van de traditionele rechtsgebieden. Aanleggende partij in het bestuursprocesrecht

is immers meestal een burger, een natuurlijke of een rechtspersoon, maar soms ook een bestuursorgaan of een openbaar lichaam. In het Strafrecht wordt een zaak bij de rechter aangebracht door het Openbaar Ministerie, in Awb-termen een bestuursorgaan, tenzij het een hoger beroep betreft; dan kan de actie ook door de verdachte worden begonnen. In het burgerlijk recht maakt het in principe niet uit wie de actie begint; voldoende is dat het een natuurlijke of rechtspersoon is die handelingsbekwaam is, waarbij dan nog weer wel de vraag kan rijzen of er sprake is van een rechtspersoon.²

De rechtsnormen die de inhoud van de rechtsbetrekking bepalen strekken ertoe het gedrag — een handelen of nalaten — van de betrokken rechtssubjecten te beïnvloeden. Het gaat daarbij om een beoogde beïnvloeding, omdat de enkele omstandigheid dat een rechtssubject de tot hem gerichte rechtsnorm schendt, niet van betekenis mag zijn voor de vraag of de betreffende norm een rechtsnorm is.

De binnen deze rechtsbetrekking geldende rechtsnormen kunnen veranderen, al dan niet door ingrijpen van één van de rechtssubjecten van de verhouding. De aldus begrepen rechtsbetrekking is dan ook een dynamisch concept in die zin dat de inhoud van rechtsbetrekkingen door een rechtshandeling kan worden gewijzigd.³

3. Ontvankelijkheid: een case-study

Teneinde enig inzicht te geven in de invalshoek van de te verrichten onderzoeken zal in het onderstaande worden onderzocht of — en in hoeverre — het rechtsinstituut van de ontvankelijkheid in het bestuursrecht afwijkt van dat in het strafrecht. Dit onderzoek zal niet uitputtend zijn, maar analyserend op hoofdpunten.

Welke betekenis heeft het instituut van de niet-ontvankelijkheid en om welke reden kan een rechtssubject niet-ontvankelijk worden verklaard? Wat is niet-ontvankelijkheid?

Wij zullen het voorlopig omschrijven als de beslissing van een rechtssubject om een verzoek van één of meer andere rechtssubjecten om een be-

1 Vergelijk N. Achterberg, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnissordnung*, Berlin (1982), p. 31 e.v., en N. Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2. Auflage, Heidelberg (1986), par. 20, randnr. 20 e.v.

2 Zie echter voor een uitzondering HR 3 december 1993, Bijlage *NJB* 2 (1994), 4 (Medezeggenschapsraad Van Hall Instituut).

3 Hierover R.M. van Male, *Onvoltooid recht* (oratie Rotterdam), Zwolle (1993).

Waar de ontvankelijkheidsvraag in het bestuursrecht zowel het contentieuze als het niet-contentieuze proces kan betreffen, komt zij in het strafrecht alleen in het contentieuze recht voor. Men komt haar daar dus niet tegen bij de vraag of het Openbaar Ministerie de zaak in behandeling wil of kan nemen. Dit hangt samen met het strafrechtelijke opportuniteitsbeginsel. Dit beginsel brengt onder meer mee dat het Openbaar Ministerie noch door de aangifte van een derde kan worden verplicht tot vervolging over te gaan, noch in het uitoefenen van zijn bevoegdheid om al dan niet tot vervolging over te gaan afhankelijk is van zodanige aangifte. In samenhang daarmee is het Openbaar Ministerie krachtens de wet niet verplicht de aangiften die hem bereiken te onderwerpen aan een behandeling en is er geen procedure vastgelegd die verplicht tot een uitdrukkelijke en gemotiveerde beslissing op de aangifte.⁷ In geval van een klachtdelict kan men stellen dat het recht om een zaak in behandeling te nemen pas ontstaat nadat een klacht is ingediend.⁸ Overigens geldt dat in geval van een klacht het Openbaar Ministerie niet verplicht is tot vervolging over te gaan, en dat het evenmin gehouden is een uitdrukkelijke en gemotiveerde beslissing op het verzoek tot vervolging te nemen.

Dit voert tot de conclusie dat de ontvankelijkheidsvraag in het strafrecht het best vergeleken kan worden met die in de contentieuze fase van het bestuursrecht en wel in het bijzonder met die van de fase van het beroep bij de administratieve rechter. In beide rechtsgebieden gaat het er namelijk om of de partij die de zaak bij de rechter aanhangig heeft gemaakt, ook recht heeft op behandeling ervan.

Voor wat de behandeling van de strafzaak in eerste aanleg betreft, heeft de ontvankelijkheidsvraag betrekking op het vervolgingsbesluit van het Openbaar Ministerie, dus op de beslissing van het Openbaar Ministerie om de zaak door middel van een dagvaarding aanhangig te maken bij de rechter. In appel echter kan de ontvankelijkheidsvraag *ook* slaan op de ontvankelijkheid van de verdachte. Dat geldt ook in geval de rechter op initiatief van de verdachte in een bezwaarschriftprocedure (art. 250 Sv) wordt gevraagd een oordeel te vellen over de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie.⁹

⁷ Deze uitspraak moet evenwel worden genuanceerd met het oog op de richtlijnen voor de politie en het Openbaar Ministerie inzake het slachtofferbeleid, *Stcrt* van 1 april 1987, nr 64

⁸ De klacht is een aangifte met verzoek tot vervolging (zie art 164 Sv) De voorwaarde van de klacht geldt krachtens de rechtspraak ook de opsporing van klachtdelicten (HR 3 mei 1977, *NJ* 1978, 692)

paalde publiekrechtelijke rechtshandeling te verrichten, of juist na te laten, niet in behandeling te nemen.⁴ Aldus opgevat verschijnt niet-ontvankelijkheid dus als een weigering om de procedure te beginnen die kan leiden tot deze rechtshandeling. Deze procedure kan in het bestuursrecht betrekking hebben op verschillende soorten van rechtshandelingen. In de eerste plaats op het nemen van een primair bestuursbesluit, dat wil zeggen op het nemen van een besluit op aanvraag, bijvoorbeeld het verlenen van een vergunning, dan wel op het ambtshalve nemen van een besluit, bijvoorbeeld het besluit om bestuursdwang toe te passen. In de tweede plaats op het beslissen van een geschil dat partijen verdeeld houdt. Wat dat betreft zijn er verschillende varianten. Een eerste variant is die waarin het geschil beslist wordt door een bestuursorgaan, omdat een bezwaarschrift is ingediend of omdat administratief beroep aanhangig is gemaakt. De procedure van bezwaar, dan wel administratief beroep is een bestuurlijke procedure die uitmondt in het nemen van een secundair besluit. Daarbij wordt het primaire besluit gehandhaafd, gewijzigd of alsnog geweigerd. Een tweede variant is die waarbij het geschil beslecht wordt door middel van een uitspraak van een administratieve rechter. Zijn beoordeling van het geschil mondt uit in een rechterlijke uitspraak; niet in een besluit. In het systeem van de Algemene wet bestuursrecht kan een besluit uitsluitend door een bestuursorgaan worden genomen (art. 1:3 Awb).⁵ De procedure die tot het primaire bestuursbesluit leidt wordt non-contentieuze procedure genoemd; de procedure van bezwaar en/of beroep contentieuze procedure.⁶

4 Niet-ontvankelijkheid betreft een afwijzing *in limine litis* om redenen buiten de zaak zelf gelegen, aldus C W Star Busmann, L E H Ruiten, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem (1972), p 207

5 Weliswaar kan de rechter het geschil definitief beslissen door middel van wat heet 'zelf in de zaak voorzien', maar dat is niet het nemen van een besluit Artikel 8:72, vierde lid, brengt dit scherp onder woorden door te bepalen dat de rechter een uitspraak kan doen die in de plaats treedt van het vernietigde besluit of het vernietigde gedeelte ervan

6 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van administratief recht*, achtste druk, Utrecht (1993), p 33 De civielrechtelijke verzoekschriftprocedure en wat in het civiele procesrecht heet *non-contentieuze rechtspraak*, mogen niet worden verward Niet-contentieuze rechtspraak betreft in wezen bestuurlijke besluitvorming welke is opgedragen aan een rechterlijke instantie, bijvoorbeeld adoptie en voogdij Voor deze niet-contentieuze besluitvorming is een aparte rechtsingang gecreeerd de verzoekschriftprocedure Omdat deze procedure eenvoudig is en informeel, heeft de wetgever haar toepassingsbereik gaandeweg uitgebreid over delen van het contentieuze recht Zie over het bestuurlijke karakter van de eigenlijke rechtspraak ook A F M Brennkmeijer, *Burgerlijk procesrecht als publiekrecht*, Zwolle (1993), p 21-23 Brennkmeijer wil er de stelling verdedigen dat niet-contentieuze rechtspraak niet belast

Hoewel de voor rechtsmiddelen tegen een uitspraak van een rechter toepasselijke ontvankelijkheidsnormen in het strafrecht waarschijnlijk overeenkomsten zullen vertonen met die van het hoger beroep in het bestuursprocesrecht, blijven deze in dit verband buiten beschouwing.

Wij zullen ons – een enkele zijsprong, de bestuursrechtelijke non-contentieuze procedure, daargelaten – beperken tot een vergelijking van die normen die de ontvankelijkheid van de aanleggende partij in eerste – rechterlijke – aanleg betreffen. Op die manier kan het beste inzicht worden verkregen in de mogelijke overeenkomsten en verschillen die het ontvankelijkheidsrecht te zien zal geven. Bovendien kan op deze wijze het zuiverst worden nagegaan of de eventuele verschillen herleid kunnen worden tot de eigen aard van de strafvorderlijke of de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking. Voor beide rechtsgebieden geldt, dat wanneer verschillen niet vanuit de grondslagen van het eigen rechtsgebied kunnen worden verklaard, er reden is of kan zijn voor harmonisatie en unificatie.

4. Ontvankelijkheid in het bestuursrecht

4.1. *Ontvankelijkheid in de non-contentieuze procedure*

Karakteristiek voor rechtsbetrekking van partijen in de non-contentieuze procedure is dat er nog geen sprake is van een geschil.¹⁰ Weliswaar kunnen betrokkenen vooralsnog van inzicht en opvatting verschillen over de

9 De ontvankelijkheid speelt in het strafrecht dus ook een rol ingeval de 'wederpartij' van het Openbaar Ministerie een bezwaarschrift indient tegen de dagvaarding, dan wel bij het indienen van een verzoek om schadevergoeding ex art 89 e v Sv, alsmede bij de ontvankelijkheid van het slachtoffer als benadeelde partij en in de beklagprocedure ex art 12 Sv. De beoordeling van de ontvankelijkheid in het kader van een strafrechtelijke bezwaarschriftprocedure tegen de dagvaarding geschiedt op basis van 'zuiver' procedurele eisen, zoals de vraag of er geen kennisgeving van verdere vervolging is voorafgegaan of het bezwaarschrift verkeerd of te laat is ingediend. Zie over de karakterisering van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding als een rechtsmiddel J B H M Simmelink, in Melar et al, *Wetboek van Strafvordering* (losbl), aant 9 op art 250, suppl 74, J Remmelink, 'Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding' in J F Glastra v Loon, R A V v Haersolte en J M Polak (red), *Speculum Langemeyer*, Zwolle (1973), p 425 en Th W van Veen, 'Enige gedachten over strafvorderlijke beschikkingen en bezwaarschriften' *RM Themis* (1985), 253-256. Zie ook W E C A Valkenburg, *Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding*, Arnhem Gouda Quint (1993).

10 Karakteristiek voor een geschil is een verschil van mening over een bepaalde aangelegenheid. Vergelijk R Crinice Le Roy, 'Geschillen van bestuur' *Bestuurswetenschappen* (1963), 80.

uitkomst van de procedure – dus over de inhoud van de te nemen beslissing –, maar van een geschil in de zin van een botsing van inzicht over de beslissing van een bestuursorgaan dat aan een derde rechtssubject (bestuursorgaan of rechterlijke instantie) ter bindende beslechting kan worden voorgelegd is dan nog geen sprake.¹¹

De non-contentieuze procedure kan hetzij door het bestuursorgaan zelf, hetzij door een derde, dat wil zeggen een ander bestuursorgaan, een rechtspersoon of een natuurlijke persoon worden geïnitieerd. In het eerste geval begint het bestuursorgaan de procedure ambtshalve en kan dus de ontvankelijkheidsvraag geen rol meer spelen. In het tweede geval wordt door een belanghebbende om het nemen van een besluit – en dus om het beginnen van de procedure – verzocht. Alsdan is sprake van een aanvraag in de zin van artikel 1:3, derde lid, Algemene wet bestuursrecht. Welnu, een dergelijke aanvraag – bijvoorbeeld de aanvraag van een bouwvergunning – kan niet-ontvankelijk worden verklaard, indien de aanvrager niet heeft voldaan aan de voorschriften voor het indienen van een aanvraag. De benamingen voor het niet in behandeling nemen verschillen. Artikel 47, derde lid, Woningwet spreekt in dit verband uitdrukkelijk van niet-ontvankelijkheid van de aanvrager. Artikel 4:5 gebruikt een andere terminologie, maar bedoelt hetzelfde: de aanvraag wordt buiten behandeling gelaten.

De bevoegdheid een aanvraag buiten behandeling te laten mag blijkens de tekst van artikel 4:5 Awb alleen dan worden uitgeoefend, wanneer de aanvrager van een beschikking niet heeft voldaan aan *enig wettelijk voorschrift* voor het in behandeling nemen van de aanvraag; en daarnaast ook wanneer de door de aanvrager verstrekte gegevens en bescheiden onvoldoende zijn voor de beoordeling van de aanvraag of voor de voorbereiding van de beschikking, mits de aanvrager de gelegenheid heeft gehad binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn de aanvraag aan te vullen. Voor beide situaties geldt evenwel dat er een wettelijke grondslag is voor de verplichtingen die van een burger kunnen worden verlangd. Artikel 47, eerste lid, Woningwet houdt een analoge regeling in. De niet-ontvankelijkheid van de

¹¹ Zo begrijp ik ook J B J M ten Berge, A F Gaastra, H T Kernkamp, E Poortinga, *Bestuursgeschillen Kroon of rechter?*, Zwolle (1989), p 4-5. De gegeven omschrijving legt weer eens het hybride karakter van de bestuursrechtelijke bezwaarschriftprocedure bloot enerzijds verlengde besluitvorming door hetzelfde bestuursorgaan over een primair besluit, anderzijds een vorm van rechtsbescherming, maar dan niet bij een ander orgaan dan het bestuursorgaan dat het bestreden besluit nam.

aanvrager kan alleen het door deze niet voldoen aan de *bij of krachtens deze wet* aan het indienen van een aanvraag gestelde eisen betreffen.

Het beperken van de bevoegdheid om een aanvraag buiten behandeling te laten tot gevallen waarin de aanvrager niet heeft voldaan aan zijn bij wettelijk voorschrift bepaalde verplichtingen is een wezenlijke waarborg voor de aanvrager. Ze hangt samen met de hoeksteen van ons constitutionele recht, het legaliteitsbeginsel, voor zover dit inhoudt dat niemand buiten de wet om verplicht kan worden.¹² Toegepast op de non-contentieuze procedure betekent dit, dat de aanvrager niet buiten een algemeen verbindend voorschrift om verplicht kan worden aan het openbaar bestuur gegevens te verstrekken voor het in behandeling nemen van de aanvraag, die hij om hem moverende redenen niet wenst te verstrekken. Voor niet-ontvankelijkheid van de aanvraag omdat de burger zich niet van een ongeschreven rechtsplicht heeft gekweten, lijkt in het bestuursrecht dan ook weinig of geen plaats te zijn. Wat dat betreft lijkt de conceptie van de wederkerige rechtsbetrekking die bij de Awb voor ogen heeft gestaan, niet aan te sluiten op de juridische werkelijkheid. Waar de regering in de Memorie van Toelichting schrijft dat beide partijen – ook de burger – rekening moeten houden met de positie en de belangen van de wederpartij, mag dit niet worden misverstaan.¹³ Het kan niet meer betekenen dan dat de burger zijn inzichten en belangen op geschikte wijze naar voren dient te brengen, wil hij dat het bestuur daarmee rekening houdt. Men mag de wederkerigheid van de rechtsbetrekking niet opvatten als een vrijbrief om bestuurslasten samenhangende met het voorbereiden van besluiten onder het mom van informatieverplichtingen af te wentelen op de burger.¹⁴ Zou men het anders willen - zou men de eis van een wettelijke grondslag voor het stellen van eisen aan de wederpartij van de overheid loslaten, dan zouden bestuursorganen buiten de wet om een deel van hun bestuurlijke verplichtingen kunnen afschuiven op burgers; hen kunnen belasten met het verrichten van kost-

12 Zie voor de betekenis van dit beginsel E M H Hirsch Ballin, 'Het grondrecht op vrijheid en de wet' in *Rechtsstaat en beleid een keuze uit het werk van E M H Hirsch Ballin*, Zwolle (1991), p 163 e v , verder M C Burkens, H R B M Kummeling, B P Vermeulen, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Zwolle (1992), p 14, R M van Male, 'Commentaar op art 89 Grondwet' in P W C Akkermans, A K Koekoek (red), *De Grondwet*, Zwolle (1993), p 784-793

13 Tweede Kamer 1988-1989, 21221, nr 3, p 12-13

14 R M van Male, op cit noot 3 Kritisch ook is L J A Damen, 'Bestaat de Awbmens?' in J L Boxum et al (red), *Aantrekkelijke gedachten* (Scheltema-bundel), Deventer (1993), p 107-129

baar onderzoek, nodig voor het vellen van een verantwoord oordeel over de aanvraag; hen kunnen verplichten het aanleveren van de gegevens te laten fiatteren door een door de overheid gecertificeerd onderzoeksinstituut. Dit zou wel passen in de hedendaagse bedrijfsfilosofie van de overheid – gekenmerkt door horizontaal bestuur, efficiency en marktmechanismen – maar het zou uit een oogpunt van rechtsstatelijkheid bedenkelijk zijn.¹⁵

4.2. Ontvankelijkheid in de contentieuze procedure

Niet-ontvankelijkheid, in de zin van buiten behandeling laten, speelt ook een rol in het contentieuze bestuursrecht, dus bij de rechtsbescherming. Wij zullen ons beperken tot de administratieve rechtsbescherming; tot wat de Awb in artikel 1:5 bezwaar, administratief beroep en beroep bij de administratieve rechter noemt. De complexe vraag naar de ontvankelijkheid in civielrechtelijke gedingen tegen de overheid wordt dus buiten beschouwing gelaten.

In het bestuursprocesrecht werd niet-ontvankelijkheid van het bezwaar en/of beroep tot voor kort uitgesproken in twee gevallen, namelijk:

- a. als het bestuursorgaan, of als de rechter *niet bevoegd* was van de zaak kennis te nemen en;
- b. als de *aanleggende partij* op enigerlei manier de processuele voorschriften voor het instellen van bezwaar of beroep niet had nageleefd, dan wel zelf, als zodanig, niet aan deze voorschriften voldeed.

Konden terzake van deze beide punten één of meer gebreken worden vastgesteld, dan verbond het bestuursorgaan, of de rechter daaraan de consequentie dat de aanleggende partij in zijn bezwaar, beroep of vordering niet-ontvankelijk werd verklaard. Verschil tussen onbevoegdheid en overige ontvankelijkheidsgebreken werd daarbij niet gemaakt; althans niet op het punt van het *dictum*, dat in beide gevallen niet-ontvankelijk luidde.¹⁶

¹⁵ Dit wordt miskend door CBB 22 juni 1993, Bijlage *NJB* 3 (1994), p. 39 (RIM-plan voor KRS-subsidie), waar in beslist werd dat het Regionaal Bestuur voor de Arbeidsvoorziening van een startende ondernemer zonder wettelijke basis een door het ROM goedgekeurd ondernemingsplan mocht vragen, teneinde te kunnen beoordelen of de capaciteiten van deze ondernemer en de marktomstandigheden kans op succes boden

¹⁶ J B J M ten Berge, A Q C Tak, *Hoofdlijnen van het Nederlands administratief procesrecht*, tweede herziene druk, Zwolle (1990), p. 82-83

Onder het nieuwe bestuursprocesrecht is dit in zoverre veranderd, dat – in die zin in navolging van het rapport ABAR¹⁷ – duidelijk wordt onderscheiden tussen gevallen van onbevoegdheid van de rechter en gevallen van niet-ontvankelijkheid van het beroep (art. 8:70 Awb).¹⁸ Voor wat de bezwaarschriftprocedure en het administratief beroep betreft, is de oude situatie merkwaardigerwijs blijven voortbestaan (art. 7:11 en 7:25 Awb), omdat de wet daar verzuimd heeft de *dicta* te regelen en met name omdat het *dictum* onbevoegdheid er niet is genoemd.¹⁹

De onbevoegdheid van de administratieve rechter kan twee gevallen betreffen. In de eerste plaats het geval waarin een andere administratieve rechter bevoegd is, in de tweede plaats dat waarin de burgerlijke rechter competent is.²⁰ De onbevoegdheid houdt in dat de geadieerde administratieve rechter een zaak op zijn bureau krijgt die hij naar haar aard niet mag behandelen; nu niet en in de toekomst niet. Onbevoegdheid hangt samen met de wijze van rechtsmachtbepaling in het bestuursprocesrecht. Bestuursorganen en rechters zijn alleen dan bevoegd van een geschil over een besluit of handeling kennis te nemen wanneer de wet dat uitdrukkelijk heeft bepaald.

17 Vereniging voor Administratief Recht, *Algemene bepalingen van administratief recht*, vijfde geheel herziene druk, Alphen aan den Rijn (1984) Onder het hoofdje ontvankelijkheid worden de volgende onderwerpen behandeld wie kan beroep instellen, belang, de regeling van de beroepstermijn en enige andere punten de ontvankelijkheid rakende, te weten de niet-appellabele besluiten en in een vreemde taal gestelde beroepschriften

18 Artikel 8 70 somt voor de administratieve rechter vier mogelijke *dicta* op onbevoegdverklaring van de rechter, en niet-ontvankelijkheid, gegrondverklaring of ongegrondverklaring van het beroep Handhaving van het oude systeem wordt bepleit door G P Kleijn, A E Schilder, G A C M van Ballegooij, D W Bruil, *Rechtsbescherming bestuursrechtspraak en bestuursprocesrecht*, Deventer (1994), p 80 Idem B W N de Waard, 'Een gek dictum onbevoegdverklaring' *NTB* (1993), 223-224 Deze opvatting wordt bestreden bij Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van administratief recht*, tiende druk, Utrecht (1994), par 11 54

19 Artikel 7 11 schrijft voor de bezwaarschriftprocedure een ontvankelijkheidstoetsing voor, maar zwijgt over de *dicta*, ook in de andere artikelen van afdeling 7 1 blijven deze ongeregeld Artikel 7 11 zwijgt ook over de gegrondheid of ongegrondheid van het bezwaar Artikel 7 25 is voor het administratief beroep wat preciezer door te spreken over de ontvankelijkheid en gegrondheid van het beroep Ook hier blijft echter onduidelijk welk *dictum* bij de onbevoegdheid van het bestuursorgaan hoort

20 Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, op cit noot 6, p 670 en 714 J B J M ten Berge, *Bescherming tegen de overheid*, Zwolle (1993), p 172, gaat er ten onrechte van uit dat de vraag of de aanleggende partij belanghebbende is, van belang kan zijn voor de bevoegdheid van de administratieve rechter Het betreft hier geen factor die de rechtbank betreft, maar de aanleggende partij De rechtbank is heel wel bevoegd wanneer appellat A geen belanghebbende is, maar appellant B terzake van hetzelfde besluit wel

De gevallen van niet-ontvankelijkheid van het beroep bij de administratieve rechter betreffen in het nieuwe bestuursprocesrecht omstandigheden die in de toerekenings-sfeer van de aanleggende partij liggen. Welke omstandigheden dat zijn wordt nu kort aangegeven.

Het is in de eerste plaats mogelijk dat de aanleggende partij niet procesbevoegd is. Bezwaar en beroep kan in het algemeen alleen worden ingesteld door een belanghebbende. Het rechtssubject dat geen belanghebbende is, heeft geen beroepsrecht en wordt dan ook om die reden niet-ontvankelijk verklaard. Daarnaast is het mogelijk dat er gebreken kleven aan de handelingsbekwaamheid van de aanleggende partij of aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van degene die het bezwaar- of beroepschrift heeft ingediend.

Ook is het – gegeven de veelheid en verscheidenheid van rechtsbeschermingsprocedures – mogelijk dat de aanleggende partij de voorrangsregels onjuist heeft toegepast; hij had een bestuurlijke voorprocedure moeten voeren, maar heeft dat nog niet gedaan, dan wel verzuimd dat tijdig te doen. Ook dan wordt hij niet-ontvankelijk verklaard.

De indiener van een beroepschrift wordt evenzeer niet-ontvankelijk verklaard wanneer het in de zaak verschuldigde griffierecht niet tijdig is betaald.

Verder kan de indiener van het bezwaar of beroep in gebreke zijn gebleven tijdig de gronden aan te voeren van zijn bezwaar of beroep. Ook dat leidt tot niet-ontvankelijkheid van het bezwaar, respectievelijk het beroep.

Bij de verkeerde instantie ingediende bezwaar- en beroepschriften leiden onder het oude recht regelmatig tot niet-ontvankelijkheid van de indiener van het bezwaar- of beroepschrift. In de Awb zal dat minder snel kunnen gebeuren, omdat artikel 6:15 regelt dat onjuist ingediende geschriften moeten worden doorgezonden aan het wél bevoegde bestuursorgaan, of aan de wél bevoegde administratieve rechter. De wet garandeert daarbij termijnbehoud wanneer aan de indiener van het bezwaar of beroep geen verwijt kan worden gemaakt van de verkeerde indiening.

Tenslotte kan de aanleggende partij in zijn beroep niet-ontvankelijk worden verklaard wanneer hij prematuur bezwaar of beroep heeft ingesteld, of wanneer hij de termijn voor het instellen van bezwaar of beroep heeft laten verstrijken. Voor beide gevallen is in de wet voorzien in een uitzondering voor die gevallen waarin het buiten de termijn ageren niet aan de aanleggende partij kan worden toegerekend. Voor wat het prematuur ingediende bezwaar of beroep betreft, is bepaald dat niet-ontvankelijkverklaring ervan achterwege blijft als het besluit ten tijde van het indienen wel reeds tot stand was gekomen. En hetzelfde geldt als het nog niet tot stand was geko-

men, maar de indiener ervan redelijkerwijs kon menen dat dit wel het geval was (art. 6:10 Awb). Wat de te late indiening betreft blijft niet-ontvankelijkverklaring achterwege wanneer de belanghebbende van de termijnoverschrijding geen verwijt kan worden gemaakt (art. 6:11 Awb).²¹ Is het bezwaar of beroep gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit, dan betreft het een omstandigheid in de risicosfeer van de overheid en geldt er geen vaste termijn voor het instellen van een actie. Wel berust in dat geval op de belanghebbende de verplichting om niet onredelijk lang te wachten met de indiening. Doet hij dat toch dan wordt het bezwaar- of beroepschrift desalniettemin niet-ontvankelijk verklaard (art. 6:12 Awb).

Andere gevallen van niet-ontvankelijkheid kent het nieuwe bestuursprocesrecht niet; in het bijzonder geen niet-ontvankelijkheden wegens strijd met algemene beginselen van (behoorlijk) procesrecht.

4.3. De ratio van niet-ontvankelijkheden in het bestuursrecht

4.3.1. Wat het non-contentieuze bestuursrecht betreft

Ratio van de niet-ontvankelijkheid in het non-contentieuze bestuursrecht is dat het bestuursorgaan door de belanghebbende burger feitelijk in staat gesteld moet worden zijn bevoegdheid uit te oefenen. Niemand, ook een bestuursorgaan niet, is immers tot het onmogelijke gehouden. De wetgever kan het bestuursorgaan bevoegd hebben verklaard bepaalde besluiten te nemen – en het bestuursorgaan is dan in zoverre ook verplicht de daarbij rechtstreeks betrokken belangen af te wegen (art. 3:4, lid 1, Awb) – maar van de burger mag daarbij ook een zekere medewerking worden verlangd. Daarom bepaalt artikel 4:2, tweede lid, Awb voor beschikkingen op aanvraag²² dat de aanvrager de gegevens dient te verschaffen en de bescheiden dient te overleggen die voor het nemen van de beslissing op de aan-

21 Dit kan in zekere zin worden vergeleken met die van het onjuiste, het te laat of bij de verkeerde instantie instellen van een rechtsmiddel door de verdachte. In het strafproces is in de rechtspraak zonder expliciete wettelijke grondslag inmiddels ruimschoots aanvaard dat onder bepaalde omstandigheden de uit de wet voortvloeiende niet-ontvankelijkheid van het beroep niet wordt uitgesproken. De rechter wordt toegestaan het rechtsmiddel te converteren, aan een andere rechter te doen toekomen of desalniettemin in behandeling te nemen. Zie hierover onder meer G. J. M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Arnhem Gouda Quint (1993), Hfst. XIX, par. 6 en Th. W. van Veen, 'Slachtoffers van strafprocesrecht', *RM Themis* 5 (1994), 201-202.

22 Dus niet voor alle besluiten!

vraag nodig zijn, althans voor zover hij over die gegevens en bescheiden redelijkerwijs de beschikking kan krijgen. Bij het bepalen van de mate van te vergen medewerking mag het bestuursorgaan echter niet buiten de wet om gaan. Dit vloeit direct voort uit het legaliteitsbeginsel: burgers mogen niet buiten de wet om worden gebonden door het bestuur. Artikel 4:2, tweede lid, is echter een wettelijk voorschrift dat de burger een medewerkingsplicht oplegt. Het betreft een betrekkelijk open verplichting tot medewerking, waarvan de grenzen bepaald worden door de redelijkheid en waarvan de reikwijdte dus vooralsnog onzeker is.

Zeker is dat de burger ook in andere wettelijke voorschriften kan worden geroepen het nodige te doen om de overheid van dienst te zijn bij het vervullen van haar taak. Daar waar de wet of de van toepassing zijnde algemeen verbindende voorschriften zwijgen zullen echter geen ongeschreven rechtsplichten kunnen worden aangenomen. Wat dat betreft geldt in het bestuursrecht om rechtsstatelijke redenen niet een soort van algemene maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht, zoals die wel in het burgerlijk recht wordt aangenomen.

4.3.2. *Wat het contentieuze bestuursrecht betreft*

De ratio van de ontvankelijkheden is hier verschillend. Er zijn drie groepen van argumenten te onderscheiden. Ze betreffen:

- de rechtszekerheid van partijen;
- de slagvaardigheid, flexibiliteit en effectiviteit van het openbaar bestuur;
- de kostenbeheersing.

Het verband tussen de rechtszekerheid en algemene rechtsbeginselen is aanstonds duidelijk. Dat tussen de andere argumenten en rechtsbeginselen is veel diffuser, maar niettemin aanwezig. De argumenten van slagvaardigheid *cum annexis* houden verband met het beginsel van de trias-conceptie en met dat van de democratie, maar daarnaast ook nog met dat van de rechtszekerheid, namelijk in die zin dat recht bestaat op het nemen van een besluit binnen een redelijke termijn. Het argument van de kostenbeheersing tenslotte houdt verband met het beginsel van de democratie in de zin van optimalisering van de overheidsbeïnvloeding.

Uitgewerkt naar de verschillende factoren die de ontvankelijkheid bepalen, levert dit het volgende beeld op.

Wanneer de aanleggende partij niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat hij geen belanghebbende is, worden daarmee verschillende ratio's gediend. Er

kan in de eerste plaats mee worden tegengegaan, dat de rechterlijke macht zaken moet beslissen waarmee geen redelijk belang is gediend, omdat met die beslissing toch niet kan worden bereikt wat appellant met zijn actie beoogt (ontbrekend procesbelang). In zekere zin wordt daarmee bijgedragen aan het voorkomen van overbelasting van de met geschilbeslechting belaste instanties.

Tegengaan van overbelasting van de rechter is er mede de ratio van dat alleen rechtstreeks in hun belang getroffen rechtssubjecten (belanghebbenden) in bezwaar of beroep kunnen komen. Daarnaast is er echter ook het belang van de rechtszekerheid mee gediend, omdat een al te uitbundig gebruik van actierechten het bestuur onaanvaardbaar belemmert bij de vervulling van zijn taken; het dient daarom binnen relatief korte tijd uit te kunnen gaan van de rechtmatigheid van zijn besluiten. Het rechtszekerheidsbelang betreft verder dat van degene die begunstigd wordt door een overheidsbesluit: ook deze belanghebbende heeft er belang bij niet zonder goede reden – als mede-verwerende-belanghebbende – in rechte te worden betrokken door een derde.

Wanneer een partij niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat hij de civielrechtelijke bevoegdheid mist om in rechte op te treden, kan daarbij in de eerste plaats het belang van het individu zelf aan de orde zijn. Wellicht was hij buiten staat om zijn wil te vormen en/of te verklaren. Ook kan het zijn dat hij de nodige vertegenwoordigingsbevoegdheid miste en daarom dus niet voor een ander kon optreden. In dat geval was de individuele autonomie van die derde aan de orde.

De niet-ontvankelijkverklaring kan ook een onjuiste toepassing van voorraangsregels betreffen. De belanghebbende had een bestuurlijke voorprocedure moeten voeren, maar heeft dat nog niet gedaan of heeft verzuimd dat wel tijdig te doen. Hoofregel van bestuursprocesrecht is dat niet rauwelijks bij de administratieve rechter geprocedeerd kan worden. De belanghebbende dient volgens art. 7:1 Awb eerst een bestuurlijke voorprocedure – in de regel een bezwaarschriftprocedure, soms administratief beroep – te volgen. Slechts over het heroverwogen – dus secundaire – besluit van een bestuursorgaan kan beroep bij de rechter worden ingesteld. Hiermee worden verschillende doelen gediend. Er wordt in de eerste plaats mee voorkomen dat de rechterlijke macht wordt belast met zaken, waarin het bestuur een gemakkelijk te herstellen fout heeft gemaakt. Er zijn ook rechtsbeschermingsbelangen mee gemoeid omdat de toetsing niet beperkt mag blijven tot de rechtmatigheid van het bestreden besluit; ook de be-

stuurlijke of beleidsmatige wenselijkheid kan derhalve voorwerp van discussie zijn. De voorprocedures hebben ook betekenis voor de efficiency van het openbaar bestuur. Bij gestandaardiseerde massa-beschikkingen functioneren ze als een piepsysteem voor bijzondere gevallen die niet in de categorieën van de automatisering vallen.²³ In de bezwaarschriftprocedure kan dan voor het eerst aandacht worden geschonken aan de vraag of een bijzonder geval voorligt dat noopt tot een bijzondere behandeling. Terugkoppeling van de uitkomsten van de bestuurlijke voorprocedure kan bijdragen aan een verhoging van de kwaliteit van de primaire besluitvorming en een goede motivering van de secundaire besluiten aan een vergroting van de legitimiteit van het openbaar bestuur. Bezie men deze argumenten, dan blijken toch vooral de efficiency-belangen van de overheid (rechterlijke macht en openbaar bestuur) gediend te worden en daarmee het belang van de democratie. De gediende belangen van de burgers zijn vooral rechtszekerheidsbelangen: het belang van een snelle uitkomst van de procedure en dat van een zorgvuldige, deugdelijk gemotiveerde belangenafweging.

Een belanghebbende kan ook niet-ontvankelijk worden verklaard omdat hij het griffierecht niet of niet tijdig heeft betaald. De ratio van het heffen van griffiegelden ligt vandaag de dag vooral hierin dat het de aanleggende partij tot een afweging dwingt: hoeveel is het instellen van bezwaar of beroep hem waard in relatie tot de waarde van zijn belangen. Met het resultaat van deze afweging zijn in de eerste plaats de belangen van de wederpartij gemoeid – en dus zijn rechtszekerheid – omdat hij zich al dan niet in rechte zal moeten verweren; in de tweede plaats die van de overheid in verband met de budgettaire lasten van een omvangrijke rechterlijke macht. Het budgetrecht van het parlement, één van de meest wezenlijke democratische rechten is dus in het geding. Bovendien zijn de belangen van de rechtszekerheid in zoverre aan de orde, dat het dichtslibben van de rechterlijke macht leidt tot vertraging bij de afhandeling van zaken.²⁴

23. H. Pennarts, 'Massaliteit en zorgvuldigheid.' *NTB* (1991), 311-316; J. Smit en A.W. Venstra, 'De Informatiseringsbank en de uitvoering van de Wet op de studiefinanciering.' *preadvies VAR 1993*, p. 143-144.

24. De zeer hoge griffierechten die kort voor 1 januari 1994 in de Awb zijn opgenomen, berusten op een oneigenlijke grond, namelijk het dekken van een dreigend tekort op de begroting van het Ministerie van Justitie. P. Nicolai, 'Het nieuwe bestuursprocesrecht.' *preadvies VAR 1994*, p. 131 schetste de problemen van de cumulatie van griffierechten en bekritiseerde de wettelijke regeling. In lagere rechtspraak is het hoge griffierecht in strijd met artikel 6 EVRM geoordeeld: Pres. Rb. Assen 21 maart 1994, Bijlage *NJB* 17 (1994), 210-211.

De korte termijnen voor het instellen van bezwaar en beroep – in de regel zes weken (art. 6:7 Awb) – zijn kenmerkend voor het administratieve procesrecht. Met deze korte termijnen worden vooral de rechtszekerheidsbelangen van verweerders en andere belanghebbenden gediend. Van verweerders, omdat deze bij de uitvoering uit moeten kunnen gaan van de rechtmatigheid van de besluiten van bestuursorganen; van anderen dan degenen die bezwaar of beroep hebben ingesteld, omdat hun civiele wederpartij niet te lang in onzekerheid mag verkeren omtrent zijn rechtspositie. De vergunninghouder moet niet tot in lengte van jaren hoeven vrezen dat zijn vergunning door een of meer derden in rechte wordt bestreden. De korte actietermijnen in het bestuursrecht houden dan ook stellig verband met het objectiefrechtelijke karakter van de rechtsnorm(en) die door het besluit geconstitueerd worden. Over de rechtmatigheid van die rechtsnormen mag niet te lang onzekerheid bestaan. De omstandigheid dat het in de bestuursrechtelijke procedure om de vaststelling, dan wel de rechterlijke toetsing van een besluit gaat, brengt scherp de asymmetrie van de bestuursrechtelijke rechtsbetrekking aan het licht.

Tenslotte kan de niet-ontvankelijkverklaring er betrekking op hebben dat een partij verzuimd heeft om tijdig de gronden van het bezwaar of beroep aan te voeren (art. 6:5 j^o 6:6 Awb). Hiermee wordt de rechtszekerheid van alle betrokkenen gediend. De wederpartij behoort te kunnen weten waar ze aan toe is en het proces dient met een zekere voortvarendheid afgewerkt te kunnen worden. Ook moet in het belang van de rechtszekerheid worden voorkomen dat de korte beroepstermijnen worden omzeild.

5. Ontvankelijkheid in het strafrecht

Waar het in de bestuursrechtelijke procedure gaat om het normeren van een vorm van handelen van de *overheid*, namelijk het voorbereiden en nemen van een besluit, of het voorbereiden en doen van een rechterlijke uitspraak, staat in het strafrecht juist een *burger*, namelijk de verdachte centraal. De inzet van het strafgeding is immers primair de beoordeling van de verdachte en het aan hem tenlastegelegde feit. Dit betekent dat het in het bestuursrecht veelal de burger is die aanleggende partij is, terwijl die rol in het strafproces aan het Openbaar Ministerie toekomt. De kwestie van de ontvankelijkheid betreft zodoende in het bestuursprocesrecht veelal de ontvankelijkheid van de burger²⁵, in het strafproces die van het Openbaar Ministerie. Dit verschil in uitgangspositie vervalt evenwel voor beide rechtsgebie-

den na de berechting in eerste aanleg, omdat beide in de procedure betrokken partijen in hoger beroep kunnen gaan²⁶ en dit ook het verwerende bestuursorgaan of de verdachte kunnen zijn.

De ontvankelijkheid van de burger speelt in het strafrecht verder in zekere zin een rol bij het gebruik maken van alle andere rechtsmiddelen dan het instellen van hoger beroep; dus bijvoorbeeld bij het indienen van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding (art. 250 Sv) en bij het doen van een verzoek om toekenning van schadevergoeding ex artikel 89 en volgende Sv.²⁷ In die gevallen geldt dus evenals in het bestuursprocesrecht dat de burger de aanleggende partij kan zijn. Zoals hierboven (onder 3) aangegeven richten we ons binnen het bestek van dit artikel echter primair op de ontvankelijkheidsnormen in verband met de vervolgingsbeslissing en laten we de ontvankelijkheid in hoger beroep en bij het gebruik maken van andere rechtsmiddelen buiten beschouwing. Wij zullen dus blijven binnen de kaders van de ontvankelijkheid in het geding in eerste aanleg.

5.1. Ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn vervolging volgens de wet

Op grond van artikel 348 Sv moet de kwestie van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie door de rechter in elke strafzaak worden onderzocht. Dit artikel formuleert vier voorvragen die het voorwerp van het strafrechtelijk onderzoek betreffen. Het gaat daarbij om de geldigheid van de dagvaarding, de bevoegdheid van de rechtbank om kennis te nemen van het tenlastegelegde feit, de ontvankelijkheid van de officier van justitie en de aanwezigheid van redenen voor schorsing van de vervolging.

De rechter is verplicht tot ambtshalve onderzoek van deze — ook wel als 'formeel' aangeduide — vragen. De vraag naar de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie komt pas na de vraag naar de bevoegdheid van de rechter aan de orde en deze volgorde is dwingend. Indien het onderzoek daartoe aanleiding geeft, spreekt de rechtbank volgens artikel 349 Sv de niet-ontvankelijkheid van de officier van justitie uit. Ingeval de verdachte

25. Maar niet altijd. Bestuursorganen, of tot de overheid behorende rechtspersonen kunnen als belanghebbende opkomen tegen een hun onwettig besluit van een (ander) bestuursorgaan, zowel in eerste aanleg als — indien die mogelijkheid bestaat — in hoger beroep.

26. Vooropgesteld dat de mogelijkheid van hoger beroep openstaat, wat niet altijd het geval is.

27. Zie hierboven noot 9.

een verweer voert met betrekking tot een van de formele vragen is de rechter bij verwerping van dat verweer volgens de wet verplicht daarover uitdrukkelijk een gemotiveerde beslissing te nemen (art. 358 j^o 359 Sv). Het belang van het vraagstuk van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie is dus uitdrukkelijk door de wetgever erkend.

In het verlengde van de wettelijke regeling betreffende de ontvankelijkheid, bevatten de Wetboeken van Strafrecht en Strafvervolgving een aantal (wettelijke) vervolgingsuitsluitingsgronden en niet-ontvankelijkheidsvoorwaarden en -gronden. Deze zijn verwerkt in de regelingen betreffende de rechtsmacht (art. 2-8 Sr), de klacht als voorwaarde voor vervolging van enkele specifieke delicten (bijvoorbeeld de art. 245, 281 en 316 Sr), de *ne bis in idem* regel (art. 68 Sr), de dood van de verdachte (art. 69 Sr), de verjaring (art. 70-73 Sr), de transactie (art. 74 Sr), de vervolgbaarheid van jeugdige personen (art. 77a Sr), de overdracht van strafvervolgving (art. 552 Sv) en de regeling van niet-ontvankelijkheid volgens artikel 255 Sv.

De wet geeft nergens aan dat deze opsomming limitatief is en inmiddels erkent het geldend strafprocesrecht naast deze bij wet geformuleerde niet-ontvankelijkheidsgronden andere gronden voor niet-ontvankelijkheid:

- strijd met het systeem van het Wetboek van Strafvervolgving;
- schending van verdragsrechtelijke bepalingen;
- schending van regels en beginselen van ongeschreven recht.

De niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in het strafproces is rechtstreeks verbonden met de fundamentele vraag naar het recht op strafvervolgving. Dat recht – die bevoegdheid – is op zijn beurt weer afhankelijk van de verdenking van een strafbaar feit, een vereiste dat ten grondslag ligt aan elke strafrechtelijke vervolging. De verdenking biedt daarmee de sleutel tot de vervolging en zelfs zo vergaand dat de als verdachte aangemerkte persoon zelf in beginsel geen invloed heeft op de vervolgingsbeslissing. Hij kan tegen zijn wil in een strafprocedure worden betrokken. De relatie tussen Openbaar Ministerie en verdachte is in die zin – zeker tot aan de aanvang van het geding – sterk asymmetrisch. De verdenking vervult daarenboven een scharnierfunctie tussen het materiële en het formele strafrecht, nu artikel 27 Sv spreekt van een redelijk vermoeden van schuld 'aan enig strafbaar feit'. Bezien in dit licht is de vraag naar het recht op strafvervolgving nauw verbonden met de vraag of het in concreto voorliggende handelen of nalaten beantwoordt aan één of meer van de wettelijke delictsoomschrijvingen.

De onontbeerlijke band tussen een in zijn consequenties strafvorderlijk recht op strafvervolgning en de noodzaak van verdenking van een strafbaar feit naar Nederlands materieel recht kan wellicht mede verklaren dat de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie ten dele langs de weg van het materieel strafrecht, ten dele langs de weg van het strafprocesrecht is geregeld.²⁸ Deze dichotomie leidt er bovendien toe dat men de gronden voor niet-ontvankelijkheid vanuit twee perspectieven kan duiden: vanuit een materieelrechtelijk perspectief als voorwaarden voor vervolgbaarheid, vanuit een procesrechtelijk perspectief als vervolgingsuitsluitingsgronden of vervolgingsbeletselen.²⁹

Allereerst is het goed erop te wijzen dat het merendeel van de wettelijke gronden voor niet-ontvankelijkheid door het Openbaar Ministerie kan en behoort te worden onderzocht alvorens tot vervolging over te gaan (denk bijvoorbeeld aan de rechtsmacht en aan de verjaring). Als het Openbaar Ministerie dit heeft nagelaten, ligt het in de rede dat aan die omissie enig gevolg wordt verbonden. Die omissie op zichzelf lijkt evenwel niet redengevend genoeg te zijn om als grond voor het verlies van een zo fundamenteel recht als het recht op strafvervolgning te kunnen worden aangewezen. Het komt dan ook als noodzakelijk voor de gronden voor de niet-ontvankelijkheden (daarenboven) op een ander niveau te zoeken.

De ratio van de in het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering vervatte regelingen betreffende de ontvankelijkheid loopt zeer uiteen: er lijkt sprake te zijn van een scala aan gronden. Dit geldt eveneens voor de niet-ontvankelijkheidsgronden die niet in de wet zijn opgenomen. Desalniettemin worden ze in strafrechtelijke literatuur – vanuit het procesrechtelijk perspectief – vaak teruggebracht tot drie onderscheiden categorieën:

- a. het niet ontstaan van het recht op strafvervolgning;
- b. het niet voldoen aan een voorwaarde voor strafvervolgning/het 'nog niet ontstaan' van het recht op strafvervolgning;
- c. het verlies of verval van het recht op strafvervolgning.

28. Zie hierboven.

29. Deze beide perspectieven worden niet steeds helder onderscheiden. Zie hierover meer algemeen J.F. Nijboer, *De doolhof van de Nederlandse strafwetgeving*, Groningen: Wolters-Noordhoff (1987); J.F. Nijboer, L.T. Wemes, *Rechtspraak, dogmatiek en dogmatisme*, Arnhem: Gouda Quint (1990); en meer toegespitst op de ontvankelijkheidsgronden J.F. Nijboer, 'Boekbespreking.' *DD* (1990), 339 e.v.; zie ook G.J.M. Corstens, op. cit. noot 21, p. 180.

Hoewel deze indeling voor strafrechtelijke doeleinden inzichtelijk kan zijn, ligt het met het oog op het doel van de onderhavige beschouwing – de vergelijking met het bestuursrecht en inzicht in de rechtsbetrekking die in beide rechtsgebieden aan de orde is – in de rede een andere weg te bewandelen. Zo kunnen de betreffende niet-ontvankelijkheidsgronden ook worden gegroepeerd naar de daarin betrokken rechtssubjecten, maar eveneens naar de handelingen of beslissingen waarop die gronden betrekking hebben, zodat inzichtelijk wordt in relatie tot welk rechtssubject, tot welke beslissing of tot welke rechtshandeling iets op conto van het Openbaar Ministerie komt. Een dergelijke benadering kan, omdat deze gronden of beletselen bij de niet-ontvankelijkverklaring in zekere zin worden toegerekend aan de aanleggende partij – het Openbaar Ministerie – zicht geven op specifieke karakteristieken van de strafrechtelijke rechtsbetrekking.

Een poging tot een aldus (her)groeperen van ontvankelijkheidsgronden in het strafrecht zou er aldus uit kunnen zien.

5.1.1. Gronden die zijn betrokken op de positie of het optreden van de verdachte

Het wettelijk stelsel bevat diverse gronden die zijn betrokken op factoren die de *verdachte* betreffen. Het Openbaar Ministerie wordt niet-ontvankelijk verklaard ingeval de verdachte is overleden (art. 69 Sr) en in geval de verdachte de leeftijd van twaalf jaren nog niet heeft bereikt (art. 77a Sr). Daarnaast wordt de duur van de verjaringstermijnen met een derde beperkt ten aanzien van diegene die ten tijde van het plegen van het feit nog geen achttien jaren was (art. 70 lid 2 Sr). Het gaat hierbij om aspecten die het Openbaar Ministerie dient te onderzoeken.

In de bepaling van schending van de redelijke termijn volgens artikel 6 derde lid EVRM, spelen factoren die de verdachte betreffen eveneens een rol. Dit artikel brengt mee dat er een zekere plicht rust op het Openbaar Ministerie op voortvarend procederen, teneinde het recht van de verdachte om niet te lang onder druk van een strafvervolgning te moeten leven te dienen. De Nederlandse strafrechter heeft aan schending van die redelijke termijn in eerste instantie de sanctie van niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie verbonden.³⁰ In de daarop volgende jurisprudentie wordt evenwel bij het bepalen van de vraag of die termijn is geschonden ook acht geslagen op het handelen van de verdachte. Het oordeel over de

30. Zie voor eerste uitspraken in die lijn Hof Arnhem 13 mei 1977, *NJ* 1979, 11 en HR 22 mei 1979, *NJ* 1979, 301.

schending van de redelijke termijn is in die rechtspraak namelijk mede afhankelijk gesteld van door de verdachte aan te voeren bijzondere omstandigheden.³¹

Een al dan niet actief optreden van de verdachte in relatie tot een spoedige behandeling van de zaak kan als gevolg van deze rechtspraak van invloed zijn op de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, de aanbrennende partij. Met andere woorden, de redelijkheid van de termijn waarbinnen het Openbaar Ministerie nog rechtsgeldig tot vervolging kan overgaan wordt mede bepaald door de processuele houding van de verdachte, het 'object' van de procedure. De rechter lijkt hier dus een zekere wederkerigheid in de rechtsbetrekking tussen het Openbaar Ministerie en de verdachte te veronderstellen. Gelet op de overwegend asymmetrische verhouding tussen de verdachte en het Openbaar Ministerie in het strafproces mogen hierbij vraagtekens worden geplaatst.³² Het ziet ernaar uit dat hier aan de verdachte binnen zijn rechtsbetrekking met het Openbaar Ministerie verplichtingen worden opgelegd of handelingen worden verlangd die niet kunnen worden herleid tot een wettelijke grondslag.³³ Hier valt een zekere spanning met het legaliteitsbeginsel te signaleren.

5.1.2. Gronden die zijn betrokken op het slachtoffer van het strafbare feit

Het wettelijk stelsel bevat bij enkele specifieke delicten een klacht van het slachtoffer als voorwaarde voor vervolging (bijvoorbeeld bij de art. 245, 281 en 316 Sr). In zo'n geval wordt de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie voorafgegaan én afhankelijk gesteld van een 'voorafweping' door het slachtoffer. Deze kan op basis van volstrekt particuliere/persoonlijke overwegingen bepalen of hij een vervolging van de verdachte op prijs stelt. De rechtsgrond voor het bestempelen van een delict tot klachtdelict ligt in de erkenning van de mogelijkheid dat het bijzondere belang (van het slachtoffer) een groter nadeel lijdt door de vervolging dan het algemene belang bij niet-vervolgen. De betreffende delicten hebben veelal een zeer persoonlijk karakter. Het strafrechtelijk handavingsstelsel en de daarbij in het geding zijnde (algemene) belangen zijn daarmee in zekere zin subsidiair geworden.³⁴

31. Zie voor een van de eerste uitspraken HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 116.

32. De mate van asymmetrie verschuift in de loop van de procedure.

33. Zie hierover onder meer C.P.M. Cleiren, 'Een grensoverschrijdende verdachte?' in: J.L.M. Boek et al. (red.), *Grensoverschrijdend strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint (1990), p. 141-164.

Ook in het wettelijk stelsel van de verjaring zullen binnenkort factoren worden verwerkt die zijn betrokken op het slachtoffer, namelijk waar het de verjaringstermijnen van bepaalde zedendelicten betreft.³⁵

5.1.3. Gronden die zijn betrokken op het gepleegde strafbare feit

Het wettelijk stelsel bevat enkele gronden voor niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie die rechtstreeks zijn verbonden met omstandigheden waaronder het strafbare feit heeft plaatsgevonden: de regeling van de rechtsmacht (art. 2-8 Sr) en die van de verjaring (art. 70-73 Sr). Relevante omstandigheden zijn onder meer de plaats van het delict, het tijdstip waarop het feit is begaan, de nationaliteit van de dader, de aard van het delict en de ernst van het feit (misdrijf of overtreding).

De regeling van de rechtsmacht betreft de door de soevereiniteit van andere staten beperkte rechtsmacht van Nederland: de Nederlandse jurisdictie. Men zou in dezen ook kunnen spreken van een bevoegdheids- of competentiekwestie. Men reserveert deze terminologie en de uitspraak 'onbevoegdheid van de rechter' in het strafproces echter voor de vraagstukken van relatieve en absolute competentie van de rechter.³⁶

Als logisch vervolg op het feit dat de regeling van de rechtsmacht materieel kan worden beschouwd als een kwestie van competentie, bestond enige discussie over de vraag of ontbreken van rechtsmacht (jurisdictie) tot onbevoegdheid van de rechter, dan wel tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie zou moeten leiden. De Hoge Raad heeft uitsluitel gegeven over deze kwestie met zijn arrest van 11 september 1990, *NJ* 1991, 250 waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat in geval van ontbreken van rechtsmacht dat oordeel moet leiden tot een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in plaats van tot een onbevoegdheid van de rechter.³⁷

34. Zie hierover onder meer H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van strafrecht*, deel I, 2e druk, Haarlem (1891), p. 462 en 493; A.J. Blok en L.Ch. Besier, *Het Nederlandsch strafproces I*, Haarlem (1925), p. 473 en G.J.M. Corstens, op. cit. noot 21, p. 76 e.v.

35. De voorliggende wetsvoorstellen betreffen artikel 71 en 245 Sr; zie Tweede Kamer 1993-1994, 22889, nr. 13, Eerste Kamer, nr. 299.

36. Zie hierover Melai c.s., op. cit. noot 9, aantekening 10 op de artikelen 348-350 en C.P.M. Cleiren, aant. 3 op de artikelen 525-527; Hazewinkel/Suringa/Remmelink, *Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht*, Alphen a/d Rijn: Samsom/Tjeenk Willink (1991), p. 476; G.J.M. Corstens, op. cit. noot 21, p. 168-169, 181 en 581. Zie voor het niet consistente woordgebruik in het strafrecht de genoemde aant. 3 op de artikelen 525-527.

37. Er bestaat een zekere overeenkomst met deze situatie in geval de politierechter een zaak krijgt voorgelegd die naar het oordeel van de politierechter niet van eenvoudige aard is of hij meer dan zes maanden gevangenisstraf zou willen opleggen en hij daarom verwijst naar de meervoudige kamer op grond van artikel 376 Sv.

Er blijkt in zekere zin van overeenstemming met het stelsel van *dicta* in het procesrecht voor de administratieve rechter. Allereerst zou men deze stand van zaken kunnen vergelijken met de niet-ontvankelijkheid wegens onjuiste toepassing van normen die de voorrang van bijzondere of andere vormen van rechtsbescherming regelen. Daarnaast geldt ook voor het bestuursprocesrecht dat onderscheid wordt gemaakt tussen onbevoegdheid van de rechter en niet-ontvankelijkheid van de aanleggende partij. Bij de regeling van de bevoegdheid wordt onderscheid gemaakt tussen absolute en relatieve bevoegdheid. De absolute onbevoegdheid regardeert er twee soorten van situaties. in de eerste plaats die waarin een andere administratieve rechter van dezelfde soort bevoegd is, in de tweede plaats die waarin de burgerlijke rechter bevoegd is. De relatieve onbevoegdheid betreft het geval waarin een andere administratieve rechter van dezelfde soort bevoegd is, bijvoorbeeld niet de geadieerde rechtbank Groningen, maar de rechtbank Rotterdam.³⁸ De niet-ontvankelijkheid betreft er daarentegen niet de rechtbank, maar het aanhangig maken van de zaak (het indienen van het beroep), om redenen die aan de indiener van het beroep worden toegerekend.³⁹

In het strafrecht regardeert de bevoegdheidsvraag eveneens de gevallen van absolute en relatieve competentie. Het systeem van competentieregels is er zodanig dat er altijd een rechter bevoegd is om van het tenlastegelegde feit kennis te nemen.⁴⁰ Het is die rechter die moet beoordelen of het feit valt onder de rechtsmacht van de Nederlandse strafwet. De hier besproken niet-ontvankelijkheid in het strafrecht betreft een aanhangig gemaakt feit waarop het Nederlandse strafrecht niet van toepassing is, zodat er geen strafbepalingen zijn die de Nederlandse rechter kan hanteren. Het Openbaar Ministerie wordt blijkbaar geacht geen zaken aan te brengen waarvoor in deze zin geen rechtsmacht bestaat en wordt in zo'n geval niet-ontvankelijk verklaard.

5.1.4. Gronden die de verhouding tussen het OM en de rechter betreffen
Ingeval de rechter in het strafproces een uitspraak heeft gegeven wordt de rol van het Openbaar Ministerie door het wettelijk stelsel beperkt. De *ne*

38 Rb Groningen 25 maart 1993, *TAR* 1993, 134 (Winsum of Rotterdam)

39 Zie paragraaf 4.2

40 Zie voor de regeling van de competentie uitvoerig G. J. M. Corstens, op cit noot 21, Hfst VI. Bij het hier genoemde punt moet evenwel worden gewezen op de mogelijkheid van een geschil over rechtsmacht in de zin van de artikelen 525-527 Sv. Het begrip rechtsmacht moet in deze regeling worden begrepen als competentie en niet als jurisdictie. Zie hierover C. P. M. Cleiren, in Melai c. s., op cit noot 9, aant. 3 bij de artikelen 525-527

bis in idem regel van artikel 68 Sr verhindert dat het Openbaar Ministerie een zaak opnieuw bij de rechter aanbrengt indien de rechter reeds onherroepelijk over dat feit heeft beslist.⁴¹ Analooq aan deze wettelijke niet-ontvankelijkheidsgrond wordt in de rechtspraak ook niet-ontvankelijkheid uitgesproken in geval van schending van de strekking van artikel 68, zoals bij een zogenaamde inhaaldagvaarding, of bij vervolging van een feit dat reeds via een behandeling *ad informandum* in een strafoplegging is betrokken.⁴²

Daarnaast zal een strafvervolging, die wordt ingesteld na een buitenvervolginstelling of na een beschikking dat de zaak geëindigd is, krachtens artikel 255 Sv uitmonden in een niet-ontvankelijkheid, tenzij nieuwe bezwaren bekend zijn geworden.⁴³

5.1.5. Gronden die (voornamelijk) de positie van het OM zelf betreffen

De wet bevat verscheidene niet-ontvankelijkheidsgronden die zijn betrokken op (voorafgaand) optreden van het Openbaar Ministerie, of op beslissingen genomen door het Openbaar Ministerie, dan wel op handelingen of beslissingen die onder zijn verantwoordelijkheid zijn verricht of genomen.

Allereerst kan worden gewezen op de mogelijkheden tot het aanbieden van een transactie, geregeld in de artikelen 74 Sr en volgende. Als een zaak is getransigeerd vervalt het recht op strafvervolging.⁴⁴ De grond voor de hiermee samenhangende niet-ontvankelijkheid ligt niet louter in het eigen optreden van het Openbaar Ministerie, maar wordt blijkbaar gerechtvaardigd door de bij de transactie betrokken belangen, waaronder de rechtszekerheid.

41 Niet-ontvankelijkheid wegens *ne bis in idem* vertaalt zich in het bestuursrecht in onbevoegdheid van de rechtbank, althans wanneer voor de tweede maal tegen hetzelfde besluit wordt geageerd. Ingeval een herhaald besluit is verkregen is er wel sprake van een besluit en is de rechtbank dus wel bevoegd.

42 Zie voor de eerste rechtspraak op het punt van de inhaaldagvaarding HR 15 februari 1949, *NJ* 1949, 305, voor de *ad informandum* gevoegde zaken HR 13 februari 1979, *NJ* 1979, 243. Zie meer uitgebreid A. A. Franken, *Voeging ad informandum in strafzaken*, Arnhem Gouda Quint (1993), m. n. par. 2.3.4.

43 Voor het bestuursrecht geldt dat indien een belanghebbende een nieuwe beschikking vraagt over een onderwerp waarover het bevoegde bestuursorgaan reeds een in rechte onaantastbaar geworden beschikking heeft gegeven, daarop opnieuw beschikt moet worden. Voorwaarde is wel dat de aanvrager *nova* heeft vermeld. Zijn geen nieuwe *nova* gesteld, dan kan de afwijzing van de herhaalde aanvraag worden gemotiveerd met een verwijzing naar het eerdere besluit, aldus artikel 4.6 Awb. De aldus herhaalde afwijzing is wel appellabel (artikel 8.1, j^o 1.3, tweede lid, j^o 6.2 Awb).

44 Zie over de transactie uitvoerig P. Osinga, *Transactie in strafzaken*, Arnhem Gouda Quint (1992).

Zo is transactie voor lichte strafbare feiten mogelijk op eigen initiatief van de dader. Een andere indicatie hiervoor vindt men in het feit dat het recht tot strafvervolging in geval van een bevel tot vervolging door het Gerechtshof in een artikel 12 Sv-procedure kan herleven (art. 12k Sv).

Daarnaast zal een strafvervolging die wordt ingesteld na een kennisgeving van niet verdere vervolging krachtens artikel 255 Sv uitmonden in een niet-ontvankelijkheid, tenzij nieuwe bezwaren bekend zijn geworden. Ook na een overdracht van strafvervolging ingevolge artikel 552 Sv vervalt volgens artikel 77bis het vervolgingsrecht. Verjaring van een strafbaar feit leidt eveneens tot verlies van het recht op strafvervolging en derhalve tot niet-ontvankelijkheid. De termijnen zijn in principe afhankelijk van de aard en ernst van het betreffende strafbare feit (art. 70 lid 1 Sr).⁴⁵

In de Nederlandse rechtspraak is aan schending van de redelijke termijn van artikel 6, derde lid, EVRM de consequentie van niet-ontvankelijkheid verbonden.⁴⁶

5.2. De ongeschreven gronden voor niet-ontvankelijkheid

De huidige – positieve – interpretatie van het strafvorderlijk opportuniteitsbeginsel brengt met zich mee dat het Openbaar Ministerie een zeer grote discretionaire bevoegdheid toekomt bij het bepalen of het tot vervolging zal overgaan.⁴⁷ Het ligt, gezien de eis van stelselmatigheid en het verbod van willekeur, in de rede dat het Openbaar Ministerie criteria ontwikkelt op basis waarvan het in concrete gevallen kan beslissen of een vervolging het algemeen belang zou dienen op grond waarvan tot vervolging zou kunnen worden overgegaan.⁴⁸ Daarnaast heeft het Openbaar Ministerie, onder meer in verband met capaciteitsproblemen, prioriteiten moeten stellen. De beslis-

⁴⁵ Zie onder meer A J A van Dorst, *De verjaring van het recht tot strafvordering*, Arnhem Gouda Quint (1985), afwijkende verjaringstermijnen vindt men in art 58 Wetboek Militair Strafrecht en in de uitvoeringswet van 8 april 1971, *Stb* 1971, 210 betreffende oorlogsmisdrijven en misdrijven tegen de menselijkheid. Daarnaast zijn de termijnen in enkele gevallen mede afhankelijk gesteld van de leeftijd van de verdachte (artikel 70 lid 2 en 77a Sr) of van omstandigheden het slachtoffer betreffende (de toekomstige regeling betreffende de zedendelicten, zie hierboven onder 5.1.2)

⁴⁶ Zie voor eerste uitspraken in die lijn Hof Arnhem 13 mei 1977, *NJ* 1979, 11 en HR 22 mei 1979, *NJ* 1979, 301. Sinds 1980 volstaat men echter steeds vaker met een vermindering van de op te leggen straf. Zie voor een van de eerste uitspraken HR 23 september 1980, *NJ* 1981, 11.

⁴⁷ Zie hierover uitvoerig A C 't Hart, *Om het O M, Een verkenning van enkele aspecten van taak en functioneren van het Openbaar Ministerie in Nederland*, Zwolle (1976)

sing tot vervolgen wordt dus niet meer slechts bepaald door de wet, maar ook door het strafrechtelijk beleid. Met dit beleid geeft het Openbaar Ministerie niet alleen de burger duidelijkheid, maar het bindt ook zichzelf aan dit beleid. De beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie wordt daardoor begrensd en in zekere zin genormeerd.⁴⁹ Dit heeft consequenties voor toetsing van de vervolgingsbeslissing door de rechter. Nu de uitoefening van de vervolgingsbevoegdheid niet slechts is gericht op de handhaving van de wet, maar mede gericht op de uitvoering van strafrechtelijk beleid, heeft de rechter bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn vervolging (terecht) niet nagelaten dit beleid in zijn beoordeling te betrekken.⁵⁰ Niet-naleving van dat beleid of onevenwichtig of willekeurig optreden kan derhalve leiden tot het oordeel dat het Openbaar Ministerie in redelijkheid niet tot vervolging had kunnen overgaan. Hoewel het WvSv voor dergelijke gevallen geen niet-ontvankelijkheidsgrond heeft gecreëerd kan een dergelijk oordeel toch tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie leiden. Deze mogelijkheid wordt door de Hoge Raad sinds het arrest van 22 december 1981, *NJ* 1982, 233 uitdrukkelijk aanvaard: 'dat de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie ook kan berusten op regels van ongeschreven recht of beginselen van behoorlijk procesrecht'. Voor een dergelijke uitspraak blijken in aanmerking te komen vervolgingen in strijd met het verbod van willekeur, met het vertrouwensbeginsel, met het gelijkheidsbeginsel, met het beginsel van zuiverheid van oogmerk en met het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging.⁵¹ Deze ongeschreven niet-ontvankelijkheidsgronden betref-

48 Zie voor een (bestuursrechtelijk georiënteerde) bespreking van die eis J H van Kreveld, *Beleidsregels in het recht* (dissertatie Groningen 1983), Deventer (1983), p 272

49 Zie voor een (bestuursrechtelijk georiënteerde) kern van het bestuursrecht *RM Themis* (1978), 564 e v 'Waar door wetgever of bestuur 'vrijheid tot het voeren van beleid is gegeven, moet ook een rechtsplicht daartoe aangenomen worden () Van elk bestuursorgaan wordt thans () geeist en verwacht, dat het een stelselmatig, dus niet door gril of toeval ingegeven, gebruik van zijn bevoegdheden maakt', Idem W Duk, 'Maatstaven voor de beoordeling van sancties' *Ars Aequi* (1981), 231-238

50 Zie voor eenzelfde norm voor de rechter in het bestuursrecht R M van Male, 'Bereende besluiten, Plaats, functie en betekenis van het motiveringsbeginsel in het Nederlandse bestuursrecht' *NTB* (1988), 73-80, verder J B J M ten Berge et al (red), *Commentaar Algemene wet bestuursrecht* (losbl), VUGA, artikel 4 16 (4 1 4 1)

51 Zie voor het vertrouwensbeginsel bv HR 29-05-1978, *NJ* 1978, 358, HR 13-02-1979, *NJ* 1979, 243, HR 13-03-1979, *NJ* 1979, 269, HR 13-09-1983, *NJ* 1984, 151, voor het gelijkheidsbeginsel bv HR 24-06-1980, *NJ* 1981, 659, HR 30-05-1989, *NJ* 1989, 883, HR 22-10-1991, *NJ* 1992, 282, voor het beginsel van zuiverheid van oogmerk bv HR 22-06-1982, *NJ* 1983, 73, HR 29-03-1983, *NJ* 1983, 482, HR 18-12-1984, *NJ* 1985, 426, voor het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging bv HR 5-12-1989, *NJ* 1990, 719

fen de inhoud van de vervolgingsbeslissing en kunnen derhalve – ter vergelijking met de bestuursrechtelijke rechtsbeginselen – het best als materiële beginselen worden aangeduid. Voor ongeschreven processuele beginselen zoals in het bestuursrecht leek in eerste instantie in het strafprocesrecht weinig plaats te zijn als gevolg van het feit dat de daaronder begrepen normen voor een belangrijk deel zijn verwerkt in de wettelijke regeling van het WvSv.⁵² Nu evenwel door de positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel de betekenis van een strafrechtelijk beleid is gegroeid, zijn ongeschreven processuele beginselen wel een rol gaan spelen. Men kan bijvoorbeeld denken aan een verplichting voor het Openbaar Ministerie tot het voor de rechter motiveren van een afwijking van het beleid.⁵³

Samengevat, kan men stellen dat de gronden voor niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in geval van strijd met ongeschreven beginselen van behoorlijke strafrechtspleging de 'normering' van het gebruik van discretionaire bevoegdheden betreffen. Daarbij gaat het om de normering van de uitoefening van bevoegdheden die de wetgever aan het Openbaar Ministerie heeft toevertrouwd. Deze normering laat de bevoegdheden als zodanig ongemoeid, maar betreft wel de uitoefening ervan, in die zin dat deze uitoefening in overeenstemming behoort te zijn met de rechtsbeginselen die in de wet liggen besloten, dus conform de algemene rechtsbeginselen van rechtszekerheid, gelijkheid en deugdelijk gemotiveerde belangenafweging. Deze gronden betreffen dus niet zozeer de positie van het Openbaar Ministerie alswel zijn politiek-functioneel optreden. Anders geformuleerd, ze normeren de toepassing van het opportuniteitsbeginsel voor zover de wetgever die toepassing niet heeft kunnen of willen binden aan wettelijke rechtsnormen.

5.3. De ratio van de niet-ontvankelijkheden in het strafrecht

Het is duidelijk dat het merendeel van de gronden op een of andere wijze samenhangt met de zeer diverse bij een strafvervolging betrokken belan-

52. Gedoeld wordt op formele algemene rechtsbeginselen, of formele beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het formele zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel voor zover laatstgenoemd beginsel inhoudt dat een beslissing door een deugdelijke motivering gedragen moet kunnen worden.

53. Uitvoeriger C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde: een analyse van rechtspraak in strafzaken* (proefschrift Leiden), Arnhem: Gouda Quint (1989), p. 256-257. Zie voor een voorbeeld HR 5 maart 1991, NJ 1991, 694.

gen: het publieke belang bij strafvervolgning en berechting, het belang van vervolging van ernstige strafbare feiten, de belangen van het slachtoffer en het belang van rechtszekerheid. De ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn vervolging kan dus niet worden losgedacht van het vervolgingsbelang en van de aan het strafproces ten grondslag liggende beginselen.

De ratio van de bepalingen inzake de niet-ontvankelijkheid lijkt dus zeer divers. Men kan trachten te onderscheiden tussen enkele groepen van argumenten. Zo zijn er argumenten die het belang van en bij een proces betreffen, daarnaast de rechtszekerheid van betrokkenen, de slagvaardigheid, efficiency, doelmatigheid van de strafvorderlijke procedure en daarnaast ook de rechtmatigheid van de vervolging. Zowel het belang van de rechtszekerheid als dat van de rechtmatigheid van de vervolging hangt nauw samen met algemene rechtsbeginselen.

Uitgewerkt naar de verschillende factoren die de ontvankelijkheid bepalen, leveren de argumenten het volgende beeld op.

De factor 'belang bij een procedure' of '*procesbelang*' ligt allereerst besloten in de omvang van het vervolgingsrecht en de daarvoor in de wet neergelegde regeling van het opportuniteitsbeginsel zelf (art. 167 Sv). De positieve interpretatie van dit beginsel brengt met zich mee dat er een uitdrukkelijke keuze moet plaatsvinden om tot vervolging over te gaan, zodat er geen sprake kan zijn van een automatisme: er zal een algemeen belang aanwezig moeten zijn om tot vervolging over te gaan. Als voorbeeld van afwezigheid van algemeen belang bij de vervolging kan dienen de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in geval van de dood van de verdachte.

De taak van het Openbaar Ministerie brengt mee dat zijn belang bij het proces altijd gerelateerd zal (moeten) zijn aan een vorm van algemeen belang.⁵⁴

Het publiekrechtelijk karakter van het strafrecht brengt mee dat het Openbaar Ministerie *dominus litis* is en wordt geacht de belangen van slachtoffers, getuigen, benadeelden en overige bij het strafbare feit betrokkenen (waaronder overigens ook de verdachte) mede te behartigen en te

54. Hetgeen overigens samenhangt met de doelstelling van de handhavingstaak van het Openbaar Ministerie. Zie over de betekenis van deze doelstelling, de bepaling daarvan en de mogelijkheden tot realisering A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint, (1994), m.n. hoofdstuk 2C.

verwoorden. Deze stand van zaken is mogelijk debet aan het feit dat de procesbelangen van de bij het strafbaar feit betrokkenen niet of nauwelijks als zelfstandige factoren in de wettelijke niet-ontvankelijkheidsgronden zijn verwerkt. Alleen in de ontvankelijkheidsregeling voor klachtdelicten speelt de factor 'procesbelang' van betrokkenen – zij het in beperkte mate – een rol.⁵⁵ Waarschijnlijk zullen in de toekomst de belangen van slachtoffers van zedendelicten door middel van langere verjaringstermijnen wel doorwerken.⁵⁶ Ook met betrekking tot gevallen van schending van de redelijke termijn zou men – onder omstandigheden – kunnen verdedigen dat door het tijdsverloop het belang bij een proces is afgenomen. Met de niet-ontvankelijkheidsgronden die zijn gerelateerd aan 'belang bij proces' wordt bereikt dat de rechter niet inhoudelijk hoeft te beslissen over zaken waar geen algemeen belang mee is gediend, of waarvan vervolging en veroordeling dermate strijdig zijn met een individueel belang dat het algemeen belang daar niet tegen opweegt. In zekere zin wordt daarmee eveneens bijgedragen aan het voorkomen van overbelasting van de rechter.

Voor argumenten die het belang van de rechtszekerheid dienen kan men onder meer denken aan een behandeling binnen redelijke termijn en aan factoren waardoor zaken die niet (meer) tot een veroordeling kunnen leiden ook niet worden voortgezet (verjaring, *ne bis in idem*, het ontbreken van rechtsmacht) of in die zin dat zaken die niet tot uitvoering van een straf kunnen leiden niet worden voortgezet (dood van de verdachte). Daarnaast kan worden gewezen op de rechtszekerheid van de betrokken verdachte, nu hij in een rechtsstaat moet kunnen vertrouwen op beslissingen genomen door justitiële of rechterlijke instanties (transactieregeling en *ne bis in idem*). Deze bescherming van de rechtszekerheid vindt men ook terug bij de ongeschreven niet-ontvankelijkheidsgronden, met name in de analoge toepassing van het *ne bis in idem* beginsel en in de toepassing van het vertrouwensbeginsel.

Ook eisen van doelmatigheid, slagvaardigheid en efficiency zijn aan het niet-ontvankelijkheidsoordeel in het strafrecht niet vreemd. Deze argumenten lijken onder meer te zijn begrepen in de *ne bis in idem* regel, de verjarringsregel, de redelijke termijn-eis en het verlies van het recht op vervolging in geval van dood van de verdachte. De rechtmatigheid van de strafvorderlijke procedure speelt met name door in de ongeschreven niet-ont-

55 De beperking voor de betrokkenen ligt daarin, dat het Openbaar Ministerie ondanks de klacht niet verplicht is tot vervolging over te gaan. De klacht is slechts voorwaarde voor vervolging.

56 Zie hierboven onder 5.1.2.

vankelijkheidsgronden. De rechtmatigheid van de vervolging wordt niet slechts bepaald door de eis van verdenking van een strafbaar feit (naar Nederlands recht), maar ook door eisen voortvloeiend uit ongeschreven rechtsbeginselen.

Overziet men het geheel van argumenten, dan blijkt dat zowel de belangen van het Openbaar Ministerie – hieronder mede begrepen het algemeen belang van strafvervolging – alsook de belangen van de verdachte en de klachtgerechtigde (veelal slachtoffer) in de niet-ontvankelijkheidsgronden liggen besloten. Voor het Openbaar Ministerie betreft het vooral de aanwezigheid van een algemeen belang bij een strafvervolging en een efficiënte en doelmatige procedure, voor de verdachte waarborgen zij rechtszekerheid en optreden in overeenstemming met de algemene beginselen van een rechtsstaat (in overeenstemming met opgewekt vertrouwen, eisen van gelijkheid enzovoort). Voor de klachtgerechtigde functioneert de niet-ontvankelijkheidsgrond als een erkenning en waarborging van zijn persoonlijke belangen bij niet-vervolging.

Opvallend evenwel aan de geconstateerde factoren is dat ze, ook al zijn ze niet (of niet rechtstreeks) op handelingen of beslissingen van het Openbaar Ministerie betrokken, blijkbaar toch worden toegerekend aan dit orgaan. Dat vraagt om nadere uitleg.

Allereerst is het goed erop te wijzen dat de ratio's van niet-ontvankelijkheden – rechtszekerheid, doelmatigheid, publiek belang bij strafvervolging etcetera – zijn verwerkt in een zeer uiteenlopend stelsel van wettelijke niet-ontvankelijkheidsgronden. De officier van justitie kan het merendeel daarvan voorafgaand aan de vervolging toetsen en deze gronden in zijn beslissing tot vervolgen verdisconteren.

Toch verklaart deze stand van zaken niet zonder meer waarom factoren die niet rechtstreeks zijn betrokken op het Openbaar Ministerie – zoals de onder 5.1.1, 5.1.2 en 5.1.3 behandelde – wel aan dit orgaan worden toegekend.

Welnu, uit de ratio van de wettelijke niet-ontvankelijkheden blijkt dat de wetgever ervoor heeft gekozen om door middel van die niet-ontvankelijkheidsgronden het in beginsel onbeperkte vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie ten behoeve van onder meer rechtszekerheid, publieke belangen bij strafvervolging en doelmatigheid van de strafvervolging te beperken. Een nadere beschouwing van de gememoreerde wettelijke gronden lijkt dan ook te wijzen op een verband tussen niet-ontvankelijkheden en de in het wettelijke stelsel gerealiseerde taakverdeling tussen de wetgever, de rechter en het Openbaar Ministerie, met andere woorden met de Trias-gedachte.

De staatsrechtelijke positie van het Openbaar Ministerie en zijn daarbij behorende initiërende recht op vervolging – dat een vergaande discretionaire bevoegdheid impliceert – wordt met de niet-ontvankelijkheidsgronden bepaald en begrensd ten opzichte van de taak van de rechter en ten opzichte van de door de wetgever gemaakte belangenafwegingen. De omvang van dat recht wordt daarmee als het ware bepaald. De verhouding tot de rechter bijvoorbeeld door middel van de *ne bis in idem* regel in artikel 68 Sr, de verhouding tot de door de wetgever gemaakte belangenafweging bijvoorbeeld met de regeling van de verjaring en van de klachtdelicten. De *wettelijke gronden die de ontvankelijkheid bepalen of beperken* zijn derhalve nauw gelieerd aan de initiërende rol van het Openbaar Ministerie en zijn institutionele positie binnen de totale strafrechtspleging. Dit maakt begrijpelijk dat ook de gronden die niet zonder meer op het Openbaar Ministerie betrokken lijken (zoals die welke zijn behandeld onder 5.1.1, 5.1.2, 5.1.3) toch zeer nauw zijn verbonden met de positie van het Openbaar Ministerie in zijn relatie tot ander organen binnen de strafrechtspleging. Vanuit dit perspectief wordt aannemelijk dat de gronden behoren tot de 'sfeer' van het Openbaar Ministerie en dus bij vervolging aan dat orgaan worden toegerekend met een niet-ontvankelijkverklaring.

Men zou – vanuit een meer bestuursrechtelijk georiënteerd perspectief – ook kunnen stellen dat voor al de hieronder begrepen gevallen van niet-ontvankelijkheid geldt, dat op het moment dat de rechter de ontvankelijkheid beoordeelt, geconstateerd moet worden dat de bevoegdheid tot vervolgen ontbreekt.

Bezien we de in de rechtspraak gehanteerde *ongeschreven niet-ontvankelijkheidsgronden* nader, dan valt op dat deze niet zozeer, zoals de wettelijke niet-ontvankelijkheidsgronden, zijn verbonden met de institutionele positie van het Openbaar Ministerie binnen de totale strafrechtspleging. De gronden lijken hier niet zozeer institutioneel als wel politiek-functioneel, namelijk rechtstreeks verbonden met de verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor het vervolgingsbeleid. Anders gezegd, zij zijn rechtstreeks betrokken op de ongeschreven rechtsnormen die de vorming en toepassing van dit vervolgingsbeleid regarderen. De rechter staat daarmee niet voor de vraag of er sprake is van een door de wetgever geconstitueerde 'bevoegdheid' om te vervolgen, maar voor de vraag of de gegeven bevoegdheid in het licht van de taakuitoefening door het Openbaar Ministerie wel rechtmatig wordt uitgeoefend. Vanuit een meer bestuursrechtelijk georiënteerd perspectief zou men voor al de hieronder begrepen gevallen van niet-ontvankelijkheid kunnen stellen dat niet de bevoegdheid tot vervolgen

ontbreekt, maar dat aan de uitoefening van de bevoegdheid in het concrete geval gebreken kleven. De vraag naar toerekening van factoren aan het Openbaar Ministerie bij de ontvankelijkheidsvraag van 348 Sv krijgt hier dientengevolge een wat andere 'kleuring'. Rees bij de wettelijke niet-ontvankelijkheidsgronden de vraag waarom handelingen/beslissingen of omstandigheden die niet het Openbaar Ministerie zelf betreffen, dat orgaan desalniettemin op grond van zijn institutionele positie kunnen worden toegerekend, hier rijst de vraag welk optreden of welke beslissingen nog geacht mogen worden te vallen binnen de politiek-functionele verantwoordelijkheid van het Openbaar Ministerie voor het strafrechtelijk beleid en dientengevolge tot niet-ontvankelijkheid kunnen leiden. Deze problematiek kwam regelmatig in de rechtspraak aan de orde. In het algemeen kan men stellen dat 'fouten' niet worden toegerekend aan het Openbaar Ministerie in geval er 'slechts' is opgetreden door niet voor het vervolgingsbeleid verantwoordelijke organen.⁵⁷

5.4. De rol van de verdachte/verdediging

Het is goed er uitdrukkelijk op te wijzen dat het optreden van de verdachte zelf in de wettelijke gronden van het WvSv geen rol speelt. Deze bevinding past wonderwel bij het gegeven dat in ons strafproces de verdachte centraal staat. De inzet van het strafgeding is –bezien in het wettelijk kader– immers primair de beoordeling van de verdachte en het aan hem tenlastegelegde feit. Deze karakteristiek van het strafgeding brengt mee dat de (individuele) belangen van de verdachte niet ten grondslag zijn gelegd aan de wettelijke ontvankelijkheidsvoorwaarden en –bijna noodzakelijkerwijs– dat het WvSv voor de procedure in eerste aanleg bijna geen rechtsingangen voor de verdachte bevat om de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie zelf ter discussie te stellen. Desalniettemin heeft zich deze ingang wel ontwikkeld. De ontwikkeling en erkenning van de ongeschreven gronden van niet-ontvankelijkheid bieden de verdachte namelijk wél een ingang om

57. Zie onder meer HR 26 juni 1984, *NJ* 1985, 138, HR 8 mei 1984, *NJ* 1984, 741, HR 15 juni 1985, *NJ* 1985, 450, HR 17 december 1985, *NJ* 1986, 591 / *AB* 1986, 264, HR 19 september 1988, *NJ* 1989, 379 en HR 19 oktober 1993, *NJ* 1994, 216. Voorts: J. Wortel, 'De belangen van de verdachte en de Officier van Justitie' in: T.M. Schalken e.a. (red.), *In zijn verdediging geschaad: over vormverzuimen en het belang van de verdachte*, Arnhem: Gouda Quint (1989), m.n. par. 5 en C.P.M. Cleiren, op. cit. noot 53, hoofdstuk 3, par. 3.4.4.1.

de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie aan de orde te stellen en bovendien op grond van andere dan door de wet beschreven gronden.

Bij de toepassing van niet in het WvSv geregelde gronden voor niet-ontvankelijkheid lijkt het optreden van de verdachte wel een rol te (kunnen) spelen bij de vraag of het Openbaar Ministerie in zijn vervolging kan worden ontvangen. Zo komt bij schending van de redelijke termijn uit artikel 6 lid 3 EVRM het gedrag van de verdachte – zij het als 'subsidiar' – aan de orde. Wij kwamen reeds tegen dat soms van de verdachte wordt verwacht dat hij bijzondere omstandigheden aanvoert alvorens een onwenselijke termijnoverschrijding onredelijk kan worden geacht.⁵⁸

Daarnaast zal het optreden van de verdachte een rol (kunnen) spelen bij de beoordeling of het handelen van het Openbaar Ministerie in strijd kwam met ongeschreven beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en dientengevolge tot niet-ontvankelijkheid moet leiden.⁵⁹ Het betrekken van het optreden van de verdachte in de beoordeling van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie zal evenwel slechts met grote terughoudendheid mogen plaatsvinden. Immers, de verdachte heeft in beginsel in het wettelijk stelsel geen plicht tot medewerking aan de procedure.⁶⁰ Zo heeft hij geen plicht om te spreken en kan hij zonder wettelijk voorschrift niet worden verplicht gegevens te verstrekken aan het Openbaar Ministerie. Voor het sneller aannemen van ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in de strafvervolging met het argument dat de verdachte zich niet van een ongeschreven rechtsplicht zou hebben gekweten, lijkt in het strafrecht dus geen plaats te zijn. Zou men deze gedachte loslaten, dan zou het Openbaar Ministerie buiten de wet om een deel van zijn taak zelfs kunnen afschuiven op de verdachte, bijvoorbeeld door hem – op straffe van ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie – te belasten met het aanbrenge van informatie, het verrichten van onderzoek of anderszins met een actieve houding ten opzichte van politie en Openbaar Ministerie. Een dergelijke tendens zou – evenzeer als voor het bestuursrecht – uit een oogpunt van rechtsstatelijkheid zeer bedenkelijk zijn.

58 Dientengevolge kan een niet-actief optreden van de verdachte van invloed zijn op de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. Zie hierboven onder 5.1.1.

59 Dat oordeel zal steeds zijn gebaseerd op een belangenafweging. De strafrechtelijke rechtspraak toont steeds meer gevallen waarin aan het optreden (of het niet-optreden) van de verdachte consequenties worden verbonden.

60 Zie hierover uitvoerig C. P. M. Cleiren, op cit. noot 33, p. 141-164.

6. Vergelijking tussen strafrecht en bestuursrecht

6.1. Algemeen

In paragraaf 3 kwam reeds aan de orde dat de niet-ontvankelijkheidsvraag in het strafrecht – anders dan in het bestuursrecht waarin zij ook een rol speelt in de non-contentieuze procedure – uitsluitend een rol kan spelen in de procedure bij de rechter. Daarom zal de vergelijking worden beperkt tot de laatstgenoemde procedure en dan met name tot de rechterlijke procedure van eerste aanleg.

Het gegeven dat zowel bestuursrecht als strafrecht een vorm van publiekrecht vormen maakt misschien wel de overeenkomsten in de gronden voor niet-ontvankelijkheid duidelijk, maar nog niet zonder meer de verschillen. De verschillen worden in eerste instantie veroorzaakt door het object van de aanhangig te maken procedure: voor het bestuursrecht betreft dat een publiekrechtelijke rechtshandeling van een bestuursorgaan, voor het strafrecht betreft dat het tenlastegelegde handelen van de verdachte. In het bestuursrecht wordt de zaak dientengevolge meestal aanhangig gemaakt door de belanghebbende (een natuurlijke persoon of een rechtspersoon), in het strafrecht door het Openbaar Ministerie.

Refererend aan de hierboven reeds gegeven algemene definitie kan de niet-ontvankelijkheid in de contentieuze procedure worden opgevat als een weigering om de procedure te beginnen die kan leiden tot een rechterlijke beslissing op de aanhangig gemaakte zaak. Een dergelijke weigering houdt in dat de rechter geen inhoudelijke uitspraak doet over de zaak. Voor het strafrecht betekent dit dat hij geen oordeel velst over de materiële vragen genoemd in artikel 350 Sv en voor het bestuursrecht dat er geen oordeel wordt gegeven over de gegrondheid van het beroep (art. 8:69 Awb).

Aan beide rechtsgebieden gemeen is, dat met het instituut van de niet-ontvankelijkheden ratio's worden gediend die elkaar grotendeels overlappen. Genoemd worden het belang van de rechtszekerheid van partijen dat zij niet in rechte zullen worden betrokken, in verband waarmee aan de actietermijn grenzen worden gesteld; verder het belang van een efficiënte rechtsbedeling dat eraan in de weg staat dat de rechter in onnodig veel zaken wordt betrokken, in verband waarmee eisen aan het belang worden gesteld. Duidelijk is echter ook dat er wat dit laatste betreft verschillen in ontwikkelingstempo zijn tussen het bestuursrecht en het strafrecht. In het bestuursrecht is het tegengaan van overbelasting van de rechter door mid-

del van ontvankelijkheidsdrempels tot nu toe een veel belangrijker gegeven, dan in het strafrecht. Of, en zo ja wanneer, in het strafrecht tegen de overbelasting van de rechter dit juridische instrument zal worden ingezet, moet worden afgewacht. Het mag — als juridisch instrument — echter niet op voorhand worden uitgesloten. Bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van dit instrument zal echter het publieke belang dat met de vervolging wordt gediend, niet uit het oog mogen worden verloren.

Beide rechtsgebieden hebben aan de andere kant weer gemeen dat eenvoudige geschillen door middel van een eenvoudige voorprocedure worden afgedaan. Deze voorprocedure werkt als een zeef. De manier waarop de zeef werkt, verschilt echter. In het bestuursrecht werkt de bestuurlijke voorprocedure (bezwaarschriftprocedure) enerzijds apaiserend, anderzijds als een drempel; apaiserend werkt ze in zoverre als aan de belangen van de bezwaarde alsnog tegemoet wordt gekomen; als een drempel werkt ze als verzuimd is de voorprocedure te volgen. Wie ter zake in gebreke blijft, wordt in zijn beroep bij de administratieve rechter niet-ontvankelijk verklaard. De transactiebevoegdheid van het Openbaar Ministerie heeft ook een zevende werking. Is getransigeerd, dan is het Openbaar Ministerie in zijn vervolging niet-ontvankelijk. Niettemin zijn er ook verschillen. Het Openbaar Ministerie is volgens de wet niet verplicht een transactie aan te bieden. In dat perspectief kan het enkele achterwege laten van een transactievoorstel niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn beslissing om rauwelijks te vervolgen. Dit verschil met het bestuursrecht wordt echter gerelativeerd door het feit dat er wel (gedetailleerde) transactierichtlijnen zijn die het Openbaar Ministerie binden. Op grond van het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zal de verdachte er in beginsel op mogen rekenen dat hem een transactie wordt aangeboden als zijn geval binnen de termen valt.⁶¹ In geval de Officier van Justitie de afwijking van de richtlijn niet voldoende kan motiveren, zal dan toch een niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie moeten volgen.

Wat het belang waarvoor wordt opgekomen betreft, worden in beide rechtsgebieden weinig stringente beperkingen gesteld. In het administratieve procesrecht wordt een rechtstreeks betrokken belang en voldoende procesbelang verlangd. De rechter toetst dit ambsthalve. In het strafrecht wordt het uitoefenen van de bevoegdheid tot vervolging afhankelijk gesteld van de aanwezigheid van een algemeen belang, maar de afwezigheid daar-

61. Zie hiervoor onder meer *Stcr.* 23 juni 1987, nr. 117.

van vormt geen zelfstandige (wettelijke) grond om over te gaan tot het uitspreken van niet-ontvankelijkheid. Gelet op de ingrijpende consequenties van de vervolging voor de verdachte valt het evenwel op dat de rechter dit ook niet ambtshalve toetst. De rechter toetst de vervolgingsbeslissing slechts op rechtmatigheid door middel van de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. Op dit punt is een opmerkelijk verschil te constateren met andere discretionaire bevoegdheidsuitoefening in het publiekrecht. Een verklaring voor dit verschil valt wellicht af te leiden uit het feit dat het Openbaar Ministerie *dominus litis* is, hetgeen tussen de verdachte en het Openbaar Ministerie een in beginsel zeer asymmetrische relatie schept en de rechter in relatie tot de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie een uiterst terughoudende rol oplegt.⁶²

De gronden voor niet-ontvankelijkheid van de burger in het bestuursrecht zijn soms wel, soms niet op het handelen van deze partij zelf betrokken. Met de op de partij betrokken gronden, zoals te laat bezwaar of beroep aantekenen, geen griffierecht hebben betaald, het niet hebben gevoerd van een voorprocedure, wordt de aanleggende partij een omissie of onzorgvuldigheid verweten. Aan dit verwijt wordt door de rechter niet-ontvankelijkheid verbonden. Waar het de gronden betreft die niet op het handelen van de aanleggende partij zijn betrokken – zoals het niet zijn van belanghebbende of het missen de civiele bevoegdheid – moet worden opgemerkt dat deze factoren met de niet-ontvankelijkverklaring in zekere zin aan de aanleggende partij worden toegerekend.

Het merendeel van de gronden voor niet-ontvankelijkheid in het strafrecht blijkt niet rechtstreeks op de aanleggende partij – het Openbaar Ministerie – te zijn betrokken. Desalniettemin moet ook voor dit rechtsgebied uitdrukkelijk worden vastgesteld dat het uitspreken van niet-ontvankelijkheid impliceert dat de betreffende factoren aan de aanleggende partij worden toegerekend en dat daarvoor redenen aanwezig moeten zijn. Voor het strafrecht liggen de gronden daarvoor blijkbaar besloten in de wens het in beginsel onbeperkte vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie te beperken. Zo ontnemt in een aantal gevallen de wetgever door zijn belangenafweging het Openbaar Ministerie de mogelijkheid het algemeen belang ten opzichte van andere belangen te wegen; bij andere niet-ontvankelijkheidsgronden is sprake van een respecteren van een rol voor de strafrechter. Deze niet-ontvankelijkheden regarderden dus de institutionele positie

62 Zie hierover C P M Cleiren, op cit noot 53, met name hoofdstuk IV, par 4 7

van het Openbaar Ministerie en zijn verantwoordelijkheid voor de rechts-handhaving. In verband daarmee bepalen en beperken de niet-ontvankelijkheidsgronden de omvang van het vervolgingsrecht en daarmee de mogelijkheid om een zaak inhoudelijk door de strafrechter te laten behandelen.

Daar waar de wetgever er het zwijgen toe doet, kan het Openbaar Ministerie volgens het wettelijk stelsel zonder meer zijn recht op vervolging uitoefenen. Bij de uitoefening van die bevoegdheid ter zake vindt het zijn grenzen in het opportuniteitsbeginsel en in het te realiseren doel, de rechts-handhaving. De huidige interpretatie daarvan brengt evenwel mee dat het uitoefenen van de vervolgingsbevoegdheid niet slechts wordt genormeerd door de wet, maar ook door algemene rechtsbeginselen en daarmee door ongeschreven recht.

Waar de gronden voor niet-ontvankelijkheid in het strafrecht wél zijn betrokken op de aanleggende partij, zoals in het geval dat reeds is getransigeerd, ligt een verwijt aan de aanleggende partij in de zin van niet-ontvankelijkheid van de vervolging in de rede. Een dergelijk optreden druist immers sterk in tegen opgewekt vertrouwen en rechtszekerheid.

Ontvankelijkheidskwesties die verband houden met de heffing van griffierecht komen in het strafrecht niet voor, nu de aanleggende partij de overheid zelf is. Het invoeren van een griffiegeldheffing voor het Openbaar Ministerie is echter niet ten principale uitgesloten en zou – met name in een systeem van budgetfinanciering van het Openbaar Ministerie – van betekenis kunnen zijn voor een zorgvuldige uitoefening van de vervolgingsbevoegdheid.

6.2. *De Algemene wet bestuursrecht*

De bevoegdheid van de burger om het bestuur in rechte te betrekken is op het punt van het belang in de Algemene wet bestuursrecht nauwelijks geregeld. Voldoende is dat de indiener van een beroepschrift een rechtstreeks betrokken belang kan stellen. Deze ruime bevoegdheidsomschrijving houdt verband met de aard van het bestuursrechtelijke geding, waarin het gaat om de rechterlijke toetsing van een bestuursbesluit, dat wil zeggen een publiekrechtelijke rechtshandeling waarmee regels van objectief recht zijn geconstitueerd. Het is in het algemeen belang dat de omvang van de rechtsingang daaraan is aangepast en ruim dient te zijn. Vandaar ook dat in het staatsrecht grote waarde wordt gehecht aan het beginsel van onafhankelijke

rechtspraak in geschillen met de overheid.⁶³ Daar waar de rechtsingang wordt beperkt houdt zij meestal verband met de wens en de noodzaak de rechtsbedeling effectief en efficiënt te doen zijn. In verband daarmee wordt als afwegingsprikkel griffierecht geheven en is het vereiste van een bestuurlijke voorprocedure gesteld. Dat het voorwerp van het geding een besluit is, heeft ook betekenis voor de actie-termijn, die nauwkeurig in de wet geregeld is. De beroepstermijn bedraagt er in de regel zes weken, omdat over de rechtmatigheid van het door het besluit vastgestelde objectieve recht niet te lang onzekerheid mag bestaan. Tenslotte hielden relatief veel ontvankelijkheidskwesities verband met de ingewikkeldheid van het systeem van rechtsbescherming. De Algemene wet bestuursrecht heeft op dit punt een verbetering gebracht door het risico van een verkeerde rechtsingang in veel gevallen bij de overheid te leggen.

6.3. *Ongeschreven niet-ontvankelijkheidsgronden*

Eén van de meest opvallende verschillen tussen de besproken niet-ontvankelijkheidsgronden in het bestuursrecht en het strafrecht is, dat in het strafrecht niet-ontvankelijkheid wordt uitgesproken op grond van schending van (ongeschreven) algemene (rechts)beginselen.

Hoe valt te verklaren dat in een strafrechtelijke procedure wel wegens strijd met een regel van ongeschreven recht niet-ontvankelijk kan worden verklaard en de burger in het bestuursprocesrecht niet? Een belangrijke verklaring voor dit verschil ligt in de doorwerking van het legaliteitsbeginsel en daarmee samenhangend in de principiële ongelijkwaardigheid van de onderscheiden 'partijen' in het strafproces: enerzijds het Openbaar Ministerie, anderzijds de burger.

Als men ervan uitgaat dat de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie een beslissing is van een staatsorgaan (een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Awb) waarbij een burger – veelal tegen zijn wil – in rechte wordt betrokken, raakt de beslissing wezenlijk aan de vrijheid van de burgers. Het legaliteitsbeginsel brengt mee dat voor beperkingen op de vrijheid van de burger een wettelijke grondslag nodig is. In zoverre verschilt de bevoegdheid om een vervolgingsbeslissing te nemen niet van de bevoegdheid van een ander bestuursorgaan om besluiten vast te stellen in

63 E M H Hirsch Ballin, 'Een grondrecht op toegang tot de rechter inzake administratief-rechtelijke geschillen?' in *Rechtsstaat en beleid*, op cit noot 12, p 223-250

de zin van artikel 1:3 Awb. In beide gevallen dient die bevoegdheid in beginsel te berusten op een wettelijke grondslag. Daarbij geldt voor het strafrecht dat de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie het meest overeenkomstig vertoont met die beslissingen van een bestuursorgaan die als besluit geduid kunnen worden. In beide gevallen gaat het immers om het door een bevoegd orgaan eenzijdig en juridisch bindend vaststellen van de rechtspositie van de burger.⁶⁴

De vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie is een beslissing die primair is gebonden aan zijn taak, zoals gegeven in artikel 4 RO: handhaving van wetten.⁶⁵ Deze taak, in samenhang met de relatie tussen de vervolgingsbeslissing en de eis van verdenking van een strafbaar feit, garandeert in zekere zin dat een vervolgingsbeslissing is gerelateerd aan wettelijke strafbepalingen. Ons strafprocesrecht kent evenwel geen plicht tot vervolging in geval van overtreding van een wettelijke strafbepaling, hetgeen tot uitdrukking komt in het besproken opportunitiebeginsel.

Waar de vervolgingsbeslissing – gegeven dit opportunitiebeginsel – een in beginsel vrije bevoegdheid betreft, is het om rechtsstatelijke redenen gewenst, zo niet noodzakelijk, dat de tekortschietende betekenis van het legaliteitsbeginsel voor de concrete voorliggende beslissing wordt gecompenseerd. Deze compensatie dient plaats te vinden door een direct teruggrijpen op de grondslagen van de legaliteitsgedachte zelf; dat wil zeggen op met name de beginselen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, democratie⁶⁶ en rationaliteit.⁶⁷ Aan deze eisen wordt onder meer tegemoet gekomen door de ontwikkeling van een strafrechtelijk beleid. De strafrechter grijpt terug op die grondslagen als hij de vervolgingsbeslissing zelf toetst aan de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging die zijn te herleiden tot de beginselen die liggen besloten in de grondslagen van de legaliteitsgedachte. Met de erkenning van deze ongeschreven niet-ontvankelijkheidsgronden door de strafrechter treedt de strafrechter bij het onderzoek naar de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zekere zin op als een administratieve rechter. Wat hij daarbij toetst is de – naar zijn aard tamelijk bestuurlijke – beslissing van het Openbaar Ministerie om een burger

64 De vervolgingsbeslissing heeft vergaande consequenties voor de aard en omvang van de rechten van de verdachte (zie bovendien artikel 27, tweede lid, Sv) en voor de omvang van de bevoegdheden van de justitiële organen

65 Zie evenwel voor de huidige interpretatie van deze taak A C 't Hart, op cit noot 47 en A C 't Hart, op cit noot 54, hoofdstuk 2C

66 In de zin van beïnvloeding en belangenafweging

67 R M van Male, *Rechter en bestuurswetgeving* (dissertatie Tilburg 1988), Zwolle (1988), p 264

in rechte te betrekken. Dat de rechter die beslissing moet beoordelen in het kader van de ontvankelijkheidsvraag van artikel 348 Sv, kan en mag immers niet betekenen dat de rechtstatelijke eisen van legaliteit, waaronder de genoemde beginselen van rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, democratie en rationaliteit voor die rechter niet gelden. Voor de strafrechter gelden op dit punt in principe soortgelijke normen als voor de administratieve rechter bij de beoordeling van andere bestuurlijke beslissingen.

De zojuist besproken achtergronden kunnen verklaren dat het OM niet-ontvankelijk kan worden verklaard om redenen van ongeschreven recht, welke beginselen de aanleggende burger in het bestuursrecht niet binden.

Onduidelijk blijft ondertussen in hoeverre in de beide rechtsgebieden onderscheid kan worden gemaakt tussen gevallen van onbevoegdheid en gevallen van niet-ontvankelijkheid en in hoeverre de rechter gehouden is deze vragen arnbtshalve te onderzoeken en beantwoorden. Nader onderzoek ligt hier in de rede.