

Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?

I Inleiding

Met een zekere regelmaat worden in strafrechtelijke discussies en in de strafrechtelijke praktijk de beginselen van behoorlijk bestuur van stal gehaald om uitdrukking te geven aan het gegroeide besef dat strafrechtelijk overheidsoptreden dient te voldoen aan ongeschreven gedragsnormen. Soms worden beginselen van behoorlijk bestuur zonder meer toepasselijk geacht op het strafproces, in andere gevallen worden zij (al dan niet expliciet) beschouwd als de basis op grond waarvan de rechter in het strafproces is (kunnen) gaan toetsen aan ongeschreven gedragsnormen.¹ Recentelijk werd een dergelijke benaderingswijze nog eens uitdrukkelijk verwoord door A.J.A. van Dorst:

Tegen deze achtergrond is het niet verwonderlijk dat de rechter de regels ter toetsing van de rechtmatigheid van de vervolging heeft ontleend aan het in beleidskwesties zo dichtbij liggende administratieve recht. De op dat gebied bekende beginselen van behoorlijk bestuur zijn door de strafrechter als het ware overgeplant naar het strafprocesrecht.²

Gemeenschappelijke tendensen in de rechtsontwikkeling van onderscheiden rechtsgebieden zoals het strafrecht en het bestuursrecht vloeien mede voort uit en hangen rechtstreeks samen met maatschappelijke en internationale (rechts)ontwikkelingen en zijn dientengevol-

* Universitair Hoofddocent straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1 Zie o.a. J.A. Borman, *Openbaar ministerie en beginselen van behoorlijk bestuur*, Trema 1981, p. 1-3-112; T. Hoogenboom, *De macht van het Openbaar Ministerie en de grenzen van het bestuursrecht*, in: *De macht van het om*, Nijmegen 1983, p. 116; J. Rummelink, *Actuele stromingen in het Nederlandse strafrecht*, in: *Strafrecht in perspectief*, Arnhem 1980, p. 31; P. Nicolai, *Het tandvlees van het recht*, Oriënterende beschouwingen over handhaving van ongeschreven recht, in: *Recht op scherp*, Beschouwingen over handhaving van publiekrecht, Zwolle 1984, m.n. p. 12-13, p. 32-42; B.M. Kortenhorst, *De motiveringsverplichting in strafzaken*, Arnhem 1990, § 5.9-5.12.

2 A.J.A. van Dorst, *Vervolgingsbeletselen*, Zwolle 1989, p. 91. Zie in dit verband evenwel ook p. 93.

ge voor een belangrijk deel verklaarbaar en vaak onontkoombaar.³ Dit brengt niet mee dat ze onwenselijk zijn, integendeel. Wel onwenselijk is het als op dit punt de rechtsontwikkeling in het strafrecht ten onrechte wordt verklaard vanuit, synoniem wordt geacht met en zonder meer afhankelijk wordt gesteld van die in het bestuursrecht. Daarmee wordt immers afbreuk gedaan aan het eigen karakter en de eigen dynamiek van het strafrecht. Het is bovendien niet denkbeeldig dat zo'n tendens tot gevolg heeft dat een zelfstandige rechtsontwikkeling van ongeschreven gedragsnormen voor overheidsoptreden in het strafrecht nauwelijks mogelijk lijkt, zodat niet alle aanknopingspunten voor een eigen rechtsontwikkeling worden aangegrepen of optimaal benut.

Naast-hier niet nader uit te werken-theoretische bezwaren tegen identificatie van gedrags- en toetsingsnormen in het strafrecht en het bestuursrecht vormt dit reden genoeg om de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging nog eens duidelijk 'af te zetten' tegen de beginselen van behoorlijk bestuur en te bezien of en op welke wijze een nadere ontwikkeling van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging mogelijk is.⁴

Ik beperk me in deze bijdrage tot die beginselen van behoorlijke strafrechtspleging die betrekking hebben op de vervolgingsbeslissing van het OM, omdat ten aanzien van die beslissing de overeenkomst met beginselen van behoorlijk bestuur door de aard van de taak van het OM het meest pregnant is.⁵ Deze overeenkomst valt voornamelijk te verklaren uit het feit dat de vervolgingsbeslissing evenals de (meeste) handelingen en beslissingen in het bestuursrecht is gebaseerd op

- 3 Strafrecht en bestuursrecht grijpen geregeld in elkaar. Zo bevatten vele bestuurswetten strafbepalingen en wordt met de toegenomen mogelijkheden van afdoening buiten geding in het strafrecht ook een groeiende overeenkomst met het bestuursrecht zichtbaar, de toepasselijkheid van het begrip 'strafvervolgning' uit art. 6 ECRM volgens materiele maatstaven leidt eveneens tot een groeiende overeenkomst.
- 4 Zie voor de bedoelde theoretische bezwaren H. de Doelder en A. C. 't Hart, *De zeggenschap van het OM over de opsporing en het politiesepot*, in: Redenen van Wetenschap, opstellen over de politie veertig jaar na het Politiebesluit 1945 (Arnhem 1985), p. 4-5; A. C. 't Hart in bespreking van *De macht van het Openbaar Ministerie en de grenzen van het bestuursrecht*, in: *Recht en Critiek* 1984, p. 218-221; N. Achterberg, *Theorie und Dogmatik des öffentlichen Rechts*, (Berlijn 1980) p. 135-162.
- 5 Beginselen van behoorlijke strafrechtspleging zijn ook van toepassing op het optreden van alle andere politieke, justitiele en rechterlijke organen in het strafrecht. Dit gegeven vormt op zich al een reden om beginselen van behoorlijke strafrechtspleging die worden toegepast ten opzichte van het OM niet aan te duiden als algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De eenheid met de andere beginselen van behoorlijke strafrechtspleging zou dan immers verloren gaan.

een discretionaire bevoegdheid van een overheidsorgaan ten behoeve van een publieke taak.⁶ Die omstandigheid brengt met zich mee dat van beide overheidsorganen mag worden geëist dat zij van de hen toegekende vrijheid niet willekeurig, maar stelselmatig en consistent gebruik maken, hetgeen noodzaakt tot het voeren van beleid.⁷

Op het punt van de aard van de handeling/beslissing openbaart zich evenwel ook een belangrijk verschil in het 'object' dat aan beginselen van behoorlijk bestuur, respectievelijk aan beginselen van behoorlijke strafrechtspleging wordt getoetst. Voor het bestuursrecht gaat het daarbij om een materiële rechtsbeslissing en de verwerking daarvan, voor het strafrecht om een processuele handeling of beslissing (die weliswaar vergaande materiële consequenties kan hebben) en de verwerking daarvan. Ofwel, anders gezegd, het gaat voor het bestuursrecht niet om het administratief procesrecht, terwijl het voor het strafrecht juist wél gaat om strafprocesrecht.⁸ In het verlengde van dit verschil ligt dat de taak van de strafrechter erop is toegesneden om het (telastgelegde) handelen van de verdachte te beoordelen en niet het overheidsoptreden, terwijl rechterlijke toetsing van optreden van overheidsorganen nu juist wél de inzet vormt van het administratiefrechtelijk proces.

Hoewel er nog vele andere principiële verschillen tussen het strafrecht en het bestuursrecht zijn aan te geven, laat ik het met het oog op de doelstelling van dit artikel hierbij.⁹

Om de te bespreken overeenkomsten en verschillen tussen de beide soorten beginselen goed tot hun recht te laten komen zal ik in het navolgende onderscheiden tussen twee functies die in de beide rechtsgebieden aan die beginselen toekomen: positieve eisen aan het gedrag van overheidsorganen vooraf en negatieve toetsingsmaatstaven voor

6 Op deze grond kan men de vervolgingsbeslissing karakteriseren als de meest 'bestuurlijke' beslissing van het om. Dit komt ook tot uitdrukking in het feit dat de beslissing om al of niet te vervolgen functioneert als een bestuurlijke beschikking (zie bijv. de beklag- en bezwaarschriftprocedure van de art. 12 en 250 Sv).

7 Zie voor het bestuursrecht W. Duk, *De zachte kern van het bestuursrecht*, RMTh 1978, p. 575-576; voor het strafrecht C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde*, Arnhem 1989, p. 79-83.

8 Dit neemt niet weg dat beginselen van behoorlijk bestuur voornamelijk procedurele betekenis hebben en ten dele zijn gelijk te stellen met beginselen van behoorlijke rechtspleging die gelden voor het administratief procesrecht. Zie B.W.N. de Waard, *Beginselen van behoorlijke rechtspleging, met name in het administratief procesrecht*, Zwolle 1987, o.a. p. 119-122 en hoofdstuk 4.

9 Zie o.a. P. Nicolaï, a.w.; W.J. van Eykern, *Aanzet tot een evaluatie van onze strafvordering*, in *Recht op scherp*, a.w., p. 123-135; J.F. Nijboer, *Is strafvordering 'eigenlijk' bestuur?* In *Recht en Kritiek* 1986, 3, p. 288-291. Voor verschil in type sancties, C.P.M. Cleiren, a.w., p. 298-300.

de rechter achteraf.¹⁰ Dit onderscheid is om diverse redenen van belang. Kort gezegd, omdat in beide rechtsgebieden geldt dat de bedoelde normen niet steeds parallel lopen en de negatieve toetsingsmaatstaf zich niet steeds laat vertalen in een positieve. Daarnaast omdat voor het strafrecht geldt, dat ook al is er een beginsel van behoorlijke strafrechtspleging geschonden, de rechter als gevolg van het wettelijk systeem niet steeds een mogelijkheid heeft die schending te sanctioneren.

2 Positieve eisen aan het gedrag van overheidsorganen vooraf

2.1 Taak en functie van het overheidsorgaan

In het kader van het administratieve recht worden aan overheidsorganen publieke bevoegdheden toegekend, waarvoor kenmerkend is dat ze dienen ter verwezenlijking, ontwikkeling en verdere vormgeving van bestaande rechtsbetrekkingen. Dit impliceert dat een administratief orgaan de vrijheid, die voortvloeit uit een discretionaire bevoegdheid, steeds moet uitoefenen in overeenstemming met het doel ten behoeve waarvan het die bevoegdheid kreeg toegekend. Het gaat dus om een gebonden publieke bevoegdheid.¹¹ Ook voor de uitoefening van bevoegdheden in het strafproces geldt dat deze zijn toegekend met het oog op een bepaald doel, een algemeen belang. Voor het om geldt dus evenals voor administratieve organen dat de toegekende bevoegdheden gebonden publieke bevoegdheden zijn, die moeten worden uitgeoefend in overeenstemming met dat doel.¹²

In deze overeenkomst ligt echter meteen een verschil tussen de beide rechtsgebieden besloten. Het doel waarvoor de bevoegdheden zijn toegekend is namelijk niet hetzelfde. Weliswaar bestaat er in zoverre overeenkomst, dat beide niet zijn gericht op een 'eigen belang', maar op het 'algemeen belang'. In de concretisering daarvan blijkt echter een verschil, omdat het doel rechtstreeks samenhangt met de taak en functie van het betreffende orgaan binnen de overheidsconstellatie. Voor het bestuursrecht kan, kort gezegd, worden gesteld dat de aard en strekking van de betreffende bestuurswet bepalend is voor het doel waartoe bevoegdheden in relatie tot die wet zijn

10 Voor het strafrecht C P M Cleiren, a w Hoofdstuk II, § 2 4 2 en Hoofdstuk V, § 4 1 Voor het bestuursrecht o a B W N de Waard, a w p 132 e v en P Nicolai, *Het tandvlees van het recht*, a w p 9-10 (noot 28)

11 Zie o a S F L van Wijnbergen, in: *Vrijheid en gebondenheid van het Openbaar Bestuur*, Nijmegen 1955, p 7 en A M Donner, *Nederlands Bestuursrecht*, Algemeen Deel, Alphen aan den Rijn 1974

12 Zie o a A L Melai, Artikelsgewijs commentaar op het Wetboek van Strafvordering, Arnhem, losbladig, *Polariteit en Tegenspraak*, aant 3 9

toegekend. Voor het strafrecht, en meer specifiek voor het om, kan het doel worden omschreven als handhaving van recht.¹³ Deze doelstelling kan niet worden bereikt indien het om zich zou beperken tot handhaving van de wet. Zowel dit doel als het discretionaire karakter van de (vervolgings)bevoegdheid noodzaakt het om ertoe deze ruime bevoegdheid - door het ontwikkelen van een strafrechtelijk beleid - nader te specificeren in het licht van het algemeen belang. Juist het doel 'handhaving van recht' leidt bovendien tot een specifieke invulling van de taak en functie van het om. Dit doel brengt namelijk met zich mee dat het om bij de ontwikkeling en uitvoering van het beleid zijn rechtsbeschermende functie niet uit het oog mag verliezen, hetgeen onder meer impliceert dat de belangen van de verdachte niet mogen worden veronachtzaamd.¹⁴ Daarmee komt aan het om niet zuiver een bestuursfunctie toe, zoals aan 'gewone' overheidsorganen. Dit betekent onder andere dat het om in zijn vervolgingsbeleid niet zonder meer kan worden beschouwd als de belangenbehartiger van bijvoorbeeld de lokale of provinciale overheid bij de strafrechter.¹⁵

2.2 Betekenis van beleid

Voor beide rechtsgebieden geldt - zoals gezegd - dat aan overheidsorganen discretionaire bevoegdheden zijn toegekend die niet willekeurig, maar stelselmatig en consistent moeten worden ingevuld, hetgeen noodzaakt tot de ontwikkeling van beleid.¹⁶ Die organen zijn dus niet alleen aan zichzelf, maar ook aan de burger verschuldigd om aan te geven hoe zij van die vrijheid of ruimte gebruik zullen maken.¹⁷ Op dit punt wordt door diverse schrijvers (soms impliciet) wél een verschil aanwezig geacht in eisen die aan 'gewone' bestuursorganen worden gesteld en eisen die aan het om worden gesteld. Zo stelt A.M. Donner, waar het om die plicht gaat: 'Dat kan niet altijd - men denke

¹³ Zie m.n. A.C. 't Hart, *Om het om*, in *Strafrecht en beleid*, Leuven/Zwolle 1984.

¹⁴ A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, Deventer 1972; A.C. 't Hart, in: *Om het om*; Art. 25 wvw en het legaliteitsbeginsel en in *De relatie tussen Openbaar Ministerie en politie*, allen in *Strafrecht en beleid*, a.w. en van dezelfde auteur *Instrumentalisme en strafrechtelijk beleid*, in: *Rechtsstaat en sturing*, Zwolle 1987; H. de Doelder, *Het om in positie*, Arnhem 1988.

¹⁵ Zie A.C. 't Hart, *Om het om* in a.w. en bij HR 11 juni 1985, NJ 1986, 41.

¹⁶ Daarnaast kan men stellen dat het om om meer 'praktische' redenen is genoodzaakt tot het voeren van een vervolgingsbeleid. De Jong noemt als eerste reden de wenselijkheid om bepaalde krachten de wet strafbare feiten niet te vervolgen, als tweede reden de ongewenste onontkoombaarheid om ook terzake van andere strafbare feiten vervolging achterwege te laten. D.H. De Jong, *Rechtsbescherming in een beslissende fase*, Arnhem 1985, p. 14-15.

¹⁷ W. Duk, a.w.; J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, diss. Groningen, Deventer 1983, p. 42-56; A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht*, Algemeen Deel, Alphen aan den Rijn 1987, p. 127-134.

slechts aan het om-maar het kan wel vaker dan ouderwetse regenten wel willen toegeven.¹⁸ Th.W. van Veen overweegt in zijn annotatie bij HR 4 december 1979, NJ 1980, 356, dat het vervolgingsbeleid niet 'gevangen' kan worden in beginselen van behoorlijk bestuur alleen, omdat de bestrijding van strafbare wetsovertreding een soepelheid en verrassende wendbaarheid, een inventiviteit en vasthoudendheid vereist. Ik kan me echter voorstellen dat 'gewone' bestuursorganen op goede gronden hetzelfde kunnen stellen als het om hun beleid gaat.¹⁹ Voor zover de praktijk voor mij valt te overzien heeft de plicht tot het ontwikkelen van beleid op dit moment in het bestuursrecht een grotere weerklank gevonden dan binnen het om en lijkt het beleid van 'gewone' bestuursorganen in ieder geval verder ontwikkeld dan het om-beleid. Dit is waarschijnlijk mede toe te schrijven aan de reeds aangestipte - al dan niet terechte - veronderstelling dat wendbaarheid, soepelheid en op de actualiteit toegesneden strategieën impliceren dat niet voor alle gevallen een om-beleid kan worden geformuleerd en aan een zekere 'vrees' voor gebondenheid.

De besproken rechtsplicht tot het voeren van beleid brengt met zich mee dat als een orgaan eenmaal vaste beleidslijnen voor de uitvoering van haar taak heeft ingevoerd, zij zich daar in beginsel ook aan moet houden. Deze zelf-binding kan onder meer worden gebaseerd op het consistentiebeginsel en geldt zowel voor het bestuursrechtelijk beleid als voor het vervolgingsbeleid van het om.²⁰

2.3 *De inhoud van beleid*

De inhoud van beleid is gezien de taak en functie van de overheidsorganen in beide rechtsgebieden van volstrekt andere aard. Voor het strafrecht blijken in de praktijk zowel positief als negatief werkende criteria te functioneren. Het gaat daarbij om zaken als: in welke gevallen opsporen, verbaliseren, seponeren of juist wél vervolgen en om straftoematingsrichtlijnen. Binnen deze criteria kan het niet-vermelden van bepaalde strafbare feiten juist de basis vormen voor opsporing/vervolg, dan wel voor seponeren. De keuze voor een bepaald beleid zal in het strafrecht niet steeds worden bepaald door principiële argumenten, maar bijvoorbeeld ook op basis van de als gevolg van capaciteitsproblemen te stellen prioriteiten. Op bestuursrechtelijk gebied zullen de aan het beleid 'onderworpen' zaken, gezien de aard van het rechtsgebied, een grotere diversiteit vertonen, terwijl de ach-

¹⁸ A.M. Donner, a.w. p. 131.

¹⁹ Zie ook T. Hoogenboom, a.w. p. 115.

²⁰ Voor het bestuursrecht J.H. van Kreveld, *Beleidsregels in het recht*, Deventer 1983, p. 186-189; voor het strafrecht C.P.M. Cleiren, a.w. Hoofdstuk III, § 3.4.1.

ter de beleidskeuzes liggende argumenten op zowel theoretisch, politiek, financieel en praktisch gebied anders zullen zijn dan die in het strafrecht.

In beide rechtsgebieden blijkt de uitvoering van beleid te moeten geschieden overeenkomstig materiële rechtsbeginselen. Daarbij wordt voor het strafrecht in de rechtspraak uitdrukkelijk geaccepteerd dat beleid afhankelijk van plaatselijke of regionale omstandigheden kan verschillen, of dat als gevolg van plaatselijke, regionale of persoonlijke omstandigheden van beleid kan worden afgeweken.²¹ De toegepaste beginselen zelf zullen worden besproken in § 3 (de negatieve toetsingsmaatstaf achteraf door de rechter), omdat zij in de door de rechter gehanteerde toetsingsnormen het duidelijkst geconcretiseerd tot uitdrukking komen. Een ander belangrijk argument om aan te nemen dat het vervolgingsbeleid een ander soort inhoud heeft dan het beleid in het bestuursrecht, ligt in het verlengde van de reeds genoemde rechtsbeschermende functie van het om. Die brengt immers met zich mee dat van het om een andere houding wordt geëist dan van 'gewone' overheidsorganen, hetgeen impliceert dat de gedragsnormen voor het om meer 'eisen' bevatten of verder gaan dan alleen de beginselen van behoorlijk bestuur of een equivalent daarvan.²² Hoewel in beide rechtsgebieden de uitvoering van beleid moet geschieden overeenkomstig de materiële rechtsbeginselen brengt dit laatste punt met zich mee, dat het vervolgingsbeleid en de daaruit voortvloeiende individuele vervolgings- of sepotbeslissingen niet kunnen worden 'gevangen' in beginselen van behoorlijk bestuur alleen.

3 Negatieve toetsingsmaatstaf voor de rechter achteraf

3.1 *De taak en functie van de rechter*

Zoals al in de inleiding is aangegeven vormt rechterlijke toetsing van het optreden van overheidsorganen de inzet van het administratief-rechtelijk proces. Voor het strafrecht ligt dat anders. Immers, niet het optreden van het om, het overheidsorgaan, vormt de inzet van het strafgeding, maar de verdachte en het hem telastegelegde feit. De taak van de strafrechter is in het licht van dit uitgangspunt beperkt, hetgeen onder andere blijkt uit het feit dat zijn bevoegdheden voornamelijk zijn gestructureerd rondom de beantwoording van de vragen van de art. 348 en 350 Sv. De strafrechter heeft dus binnen de wette-

21 Vgl. in dit verband HR 24 april 1984, NJ 1984, 671 en HR 9 september 1980, NJ 1981, 53.

22 Zie A.C. 't Hart, *De relatie tussen om en politie*, a.w., met name p. 248-249.

lijke structuur nauwelijks bevoegdheden gekregen het optreden van overheidsorganen te toetsen.

In het verlengde van deze beperking ligt ook, dat hij zich alleen maar kan uitlaten over die zaken die door het om wèl aan hem zijn voorgelegd en die dus op grond van positief of negatief werkende beleidscriteria - ofwel juist een afwijking daarvan - door de OvJ uit een gigantisch aanbod van zaken zijn gelicht. Daar komt bij dat vergelijking met andere zaken voor de strafrechter veelal onmogelijk is, omdat deze (meestal) geen deel uitmaken van het dossier. Het geïndividualiseerde karakter van het strafrecht en de rechtsbeschermende functie van het om brengen bovendien met zich mee, dat bij de beslissing om al dan niet te vervolgen al rekening moet worden gehouden met de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de verdachte, zodat ook om die reden vergelijking van de om-beslissing met die in andere zaken moeilijk is.

Deze beperkingen gelden, naar ik aanneem, niet in dezelfde omvang voor de administratieve rechter.

Zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht wordt aanvaard dat de rechtsplicht van overheidsorganen tot het voeren van beleid en de daaruit voortvloeiende zelfbinding met zich meebrengt dat de rechter het orgaan ook aan dat beleid mag houden. Desondanks wordt afwijking van beleid toegestaan, indien strak vasthouden aan beleidsregels onbillijk zou zijn. Voor beide rechtsgebieden geldt daarbij dat onverplicht afwijken van beleid ten nadele van de belanghebbende strijd op kan leveren met de materiële rechtsbeginselen zoals het gelijkheidsbeginsel of het vertrouwensbeginsel.²³

Rechterlijke toetsing aan beleid brengt mee dat de rechter het beleid zal moeten 'achterhalen'. Voor de strafrechter is dat - nog afgezien van de zojuist besproken beperkingen - niet eenvoudig omdat niet voor alle gevallen een beleid is ontwikkeld of geformuleerd. Dit neemt niet weg dat hij, bijvoorbeeld op basis van positieve criteria voor vervolging die zijn te destilleren uit de in concreto aan hem voorgelegde vervolging of met behulp van vergelijkbare gevallen, het beleid kan 'construeren'. Bij deze werkwijze zal de rechter - met het oog op de grenzen van de trias-verhoudingen - de discretionaire bevoegdheid van het om om te vervolgen en het eigen beleid te bepalen niet mogen 'uitkleden', hetgeen kan meebrengen dat niet voor alle gevallen een beleid kan worden geconstrueerd. Men kan hier bijvoorbeeld denken aan strafbare feiten ten aanzien waarvan het optreden van het om gezien de aard van het strafbare feit juist onberekenbaar

²³ Zie hierover W. Duk, a.w. p. 577; C.P.M. Cleiren, a.w., p. 117-119.

moet zijn, zoals fietsendiefstallen. Dit impliceert dat de achterliggende argumenten voor een bepaald om-optreden (bijv. niet vervolgen omdat het feit niet meer strafwaardig wordt geacht) of voor een keuze om geen positieve beleidscriteria te ontwikkelen (bijv. omdat het optreden van het om gezien de aard van het strafbare feit juist onberekenbaar moet zijn) van invloed kunnen zijn op de beantwoording van de vraag of het om zich aan het beleid heeft gehouden en zo nee of het daarvan 'onverplicht' is afgeweken.²⁴

3.2 De toegepaste toetsingsnormen

Zoals gezegd blijkt zowel in het strafrecht als in het bestuursrecht de rechter het optreden van de overheidsorganen en daarmee de uitvoering van beleid te toetsen aan de materiële rechtsbeginselen: het vertrouwensbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk, het gelijkheidsbeginsel en het beginsel van evenredige belangenafweging (verbod van willekeur).²⁵ In beide rechtsgebieden wordt de burger met behulp van toetsing aan deze criteria dus beschermd tegen 'onrechtmatig' optreden van de overheid en verwijzen de gehanteerde abstracte toetsingscriteria naar een aantal gelijksoortige normen.

De inhoud van het vertrouwensbeginsel kan voor het strafrecht worden geconcretiseerd als de eis dat de voor het justitiële beleid verantwoordelijke organen niet handelen naar willekeur, maar in gebondenheid jegens de verdachte aan toezeggingen of handelingen, welke bij laatstgenoemde gerechtvaardigde verwachtingen hebben gewekt.²⁶

De inhoud van het beginsel van zuiverheid van oogmerk kan voor het strafrecht worden geconcretiseerd als een gebod de bevoegdheid niet onzuiver te gebruiken of misbruiken. Teneinde misbruik of onzuiver gebruik vast te stellen wordt door de strafrechter slechts

24 Op deze wijze kan de strafrechter tegemoet komen aan de door de Jong geuite wens in de rechterlijke toetsing te differentiëren naar de achtergrond van ontwikkeld vervolgingsbeleid of bestaande vervolgingspraktijk met betrekking tot een delikt. D.H. de Jong, a.w. p. 14-17.

25 Zie voor heldere overzichten van het gebruik van deze beginselen in het bestuursrecht P. Nicolaï, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, in W. Duk, R.W.L. Loeb, P. Nicolaï, *Bestuursrecht*, Amsterdam 1981, en J. in 't Veld, N.S.J. Koeman, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Zwolle 1985.

26 Zie o.a. HR 29 mei 1978, NJ 1978, 358, HR 16 februari 1982, NJ 1982, 381, HR 15 juni 1982, NJ 1983, 216, HR 13 september 1983, NJ 1984, 151, HR 24 april 1984, NJ 1984, 612, HR 17 december 1986, NJ 1986, 591/AB 1986, 264, HR 13 september 1988, NJ 1989, 403, HR 6 juni 1989, NJ 1990, 117. De uitspraak van HR 19 september 1988, NJ 1989, 379 geeft op het punt van de status van het orgaan aanleiding tot discussie. Zie T.M. Schalken, *HR en politiesepot: 'de carrière van een parkeerwachter'*, NJB 1989, p. 917-918 en A.J.A. van Dorst, *Vervolgingsbeletselen*, Zwolle 1989, p. 97.

gebruik gemaakt van het doel van de bevoegdheid zoals dat de wetgever voor ogen stond toen hij de bevoegdheid toekende en niet van het doel van de bevoegdheid binnen de huidige rechtsorde.²⁷ Dit beginsel wordt, voor zover ik kan overzien, tot op heden niet toegepast om de vervolgingsbeslissing zelf te toetsen, maar alleen op het terrein van met die bevoegdheid samenhangende discretionaire bevoegdheden als dagvaarden en instellen van hoger beroep.

De inhoud van het gelijkheidsbeginsel is voor het strafrecht niet eenvoudig te concretiseren. Uit de rechtspraak valt wel af te leiden dat het gelijkheidsbeginsel in principe door de strafrechter wordt erkend, maar tot op heden is in geen enkel geval schending daarvan aanvaard.²⁸ Mijns inziens kan de inhoud van het gelijkheidsbeginsel voor het strafrecht het best worden omschreven als: 'voor het beleid gelijke gevallen dienen gelijk te worden behandeld.' Van schending van dit beginsel zal dus sprake zijn als ten nadele van de verdachte 'onverplicht' wordt afgeweken van het strafrechtelijk beleid.²⁹

Het beginsel van evenredige belangenafweging wordt in het strafrecht wel gebruikt, maar tot op heden komt daaraan in de rechtspraak nauwelijks een zelfstandige rol toe. Dit laatste blijkt onder meer uit het feit dat het soms wordt gebruikt als een equivalent van een van de andere beginselen en soms als een soort 'overkoepelend' beginsel.³⁰ Het is nauwelijks mogelijk in meer algemene zin positieve criteria te formuleren waaraan het gedrag van overheidsorganen op grond van dit beginsel moet voldoen. De inhoud van het beginsel kan daarom het best worden weergegeven vanuit het perspectief van de rechter: een verbod van willekeur. Er is namelijk veeleer sprake van een negatief geformuleerde conclusie: de belangenafweging van het overheidsorgaan kan de toets door de rechter achteraf niet doorstaan.

In geen van beide rechtsgebieden blijken de positieve gedragsnormen die in deze beginselen liggen besloten zo absoluut te werken dat schending in alle gevallen leidt tot een sanctie. De beginselen zijn

27 Zie o a HR 22 juni 1982, NJ 1983, 73, HR 29 maart 1983, NJ 1983, 482, HR 10 april 1984, NJ 1984, 612

28 Zie o a HR 24 juni 1980, NJ 1981, 659, HR 22 mei 1984, NJ 1985, 24, HR 26 juni 1984, NJ 1985, 75, HR 7 mei 1985, NJ 1986, 829, HR 19 november 1985, NJ 1986, 125/126, HR 27 mei 1986, NJ 1987, 29, HR 21 juni 1988, NJ 1988, 1021, HR 30 mei 1989, NJ 1989, 883

29 Met name voor toetsing aan dit beginsel komt het erop aan of de rechter ten aanzien van het betreffende strafbare feit een beleid kan 'construeren' Zie hierboven bij § 3 1

30 Zie o a HR 21 januari 1986, NJ 1987, 663, HR 10 januari 1989, NJ 1989, 621, HR 21 juni 1988, NJ 1988, 1021, HR 10 januari 1989, NJ 1989, 621, HR 30 mei 1989 NJ 1989, 883

in zoverre relatief. Een duidelijk voorbeeld hiervan voor het strafrecht vindt men in het Menten-arrest (HR 29 mei 1978, NJ 1978, 358), waar in de overweging van de Hoge Raad de gedragsnorm die voortvloeit uit het vertrouwensbeginsel wordt genuanceerd door de woorden: 'tenzij zwaarwichtige belangen zich daartegen zouden verzetten'. Met andere woorden, het om kan zich in principe niet onttrekken aan gewekte verwachtingen, maar er kunnen overwegende bezwaren bestaan die gebondenheid aan een voorafgaand handelen opheffen. Deze bezwaren zouden kunnen worden aangeduid als 'rechtvaardigingsgronden'.³¹

De overeenkomst tussen de besproken bestuursrechtelijke en strafrechtelijke beginselen is evident. Maar, hoewel in de abstracte formulering van de beginselen door de rechter blijkt van een overeenkomst tussen het strafrecht en het administratieve recht, leiden de genoemde eisen met betrekking tot het voeren en naleven van beleid bij de nadere concretisering daarvan niet steeds tot identieke conclusies. De beoordeling van een concreet geval van schending van een materieel rechtsbeginsel blijkt te worden bepaald door de onderliggende rechtsbetrekkingen en de daarbij spelende belangen, als gevolg waarvan de eigen aard en functie van het rechtsgebied een stempel op de beslissing drukt. Zo wordt schending van het vertrouwensbeginsel in het strafrecht niet aangenomen indien de verwachtingen waren gewekt door een niet voor het justitieel beleid verantwoordelijk orgaan, een eis die nooit op soortgelijke wijze voor het administratieve recht kan worden toegepast.³² Maar ook bij de concretisering van de genoemde 'rechtvaardigingsgronden' blijkt de eigen functie van het betreffende rechtsgebied van doorslaggevende betekenis te zijn. Ook hier biedt het Menten-arrest weer een duidelijke illustratie: de zwaarwichtige belangen die de gebondenheid aan opgewekt vertrouwen zouden kunnen opheffen zijn gelegen in het bijzondere belang van strafvervolgning bij zulke ernstige feiten (oorlogsmisdrijven).

3.3 *Discrepantie in toegepaste toetsingsnormen van het strafrecht en het bestuursrecht*

Naast de genoemde materiële rechtsbeginselen wordt in het bestuursrecht getoetst aan het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel (vaak aangeduid als formele rechtsbeginselen). Deze beginselen

³¹ Zie voor deze aanduiding voor het bestuursrecht P. Nicolai, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, in a.w., p. 117 e.v.

³² Zie o.a. HR 15 januari 1985, NJ 1985, 450 en HR 17 december 1985, NJ 1986, 591/AB 1986, 264.

komen niet op analoge wijze voor in de strafrechtelijke rechtspraak bij toetsing van overheidsoptreden. In relatie tot de vervolgingsbeslissing van het om kan dit verschil goeddeels worden verklaard vanuit het object dat aan toetsing wordt onderworpen: voor het bestuursrecht een materiële rechtsbeslissing en de verwerking daarvan, voor het strafrecht een processuele handeling of beslissing en de verwerking daarvan. Juist op het terrein van processuele handelingen zijn in vele bepalingen van het Wetboek van Strafvordering het vereiste van zorgvuldigheid en motivering al verwerkt of uitdrukkelijk opgenomen, zodat de rechter zich bij beoordeling daarvan veelal kan beroepen op wettelijke regelingen.³³

3.4 *De aard en de omvang van de toetsing*

Zowel in het strafrecht als in de administratieve rechtspraak kan de toetsing aan beginselen in geval van discretionaire bevoegdheden worden gekwalificeerd als een marginale toetsing in die zin, dat uit de toetsing blijkt dat de rechter de discretionaire bevoegdheid en de wijze waarop het overheidsorgaan de daarin besloten beleidsruimte in aansluiting op het door de wetgever beoogde doel specificeert respecteert.³⁴ De rechter treedt dus niet in de wijze waarop de overheid het algemeen belang tracht te dienen. Hij stelt slechts een grens aan de uitoefening van de discretionaire bevoegdheid door niet te accepteren dat deze wordt gebruikt in strijd met de strekking waarvoor die moet worden geacht te zijn verleend. Daartoe bindt hij het overheidsorgaan aan de eigen invulling van de toegekende vrijheid (beleid), maar onthoudt zich van een beoordeling van die invulling als zodanig. Als gevolg van deze beperking wordt de toetsing ook regelmatig aangeduid als een rechtmatigheidstoetsing.³⁵

Wat betreft de toetsing aan het beginsel van evenredige belangenafweging wordt in het bestuursrecht veelal verdedigd dat die toetsing 'marginaler' is dan bij de andere beginselen. Dit laatste ligt in de rede omdat voor de beantwoording van de vraag of een besluit in redelijkheid genomen had kunnen worden in veel gevallen het achterliggende beleid om de hoek komt kijken.³⁶ Waar ik in het navolgende

33 Zie ook D.H. de Jong, a.w., p. 18-19

34 Zie voor het administratieve recht o.a. J. in 't Veld, N.J.S. Koeman, a.w. p. 64

35 Zie voor het strafproces m.n. J.A. Borman, a.w., voor het administratief recht o.a. J.G. Steenbeek, *Rechtmatigheid en doelmatigheid*, in RMTh 1961, p. 150-176, H.D. van Wijk, *Voortgaande terugtred*, Amsterdam 1959 en S.F.L. van Wijnbergen, a.w.

36 Zie o.a. J. in 't Veld, *Beginnelsen van behoorlijk bestuur*, Zwolle 1979, p. 29-33, W.J. Witteveen, *De retoriek in het recht*, Over retorica en interpretatie, staatsrecht en democratie, diss., Zwolle 1988, Hoofdstuk X, § 5; P. Nicolai, *Algemene*

een belangrijker plaats toe zou willen kennen aan het beginsel van evenredige belangenafweging voor het strafrecht geldt deze beperking op soortgelijke wijze.

Wat betreft de omvang van de toetsing lijkt op één punt een onderscheid tussen strafrecht en het bestuursrecht zichtbaar. Toetsing van strafvorderlijk optreden van overheidsorganen aan beginselen van behoorlijke strafrechtspleging vindt-tot op heden-steds plaats ten opzichte van handelingen of beslissingen die zijn gesteld, respectievelijk genomen binnen de grenzen van de wettelijke bevoegdheden. De wettelijke regelingen van strafvordering zijn dus wel aangevuld met gedragsnormen die voortvloeien uit ongeschreven beginselen van behoorlijke strafrechtspleging, maar hebben (nog) nooit plaats hoeven maken voor die beginselen.³⁷ Dit geldt in het algemeen ook voor toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bestuursrecht, maar desalniettemin zijn er daar voorbeelden te vinden waaruit men zou kunnen afleiden dat het niet is uitgesloten dat in een concreet geval een wettelijke verplichting moet wijken voor een van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.³⁸

4 Discrepanties tussen positieve en negatieve normen

In de inleiding gaf ik al aan dat het van belang is te onderscheiden tussen positieve gedragsnormen voor overheidsorganen vooraf en negatieve toetsingsnormen voor de rechter achteraf. Het belang daarvan kan nu verder worden toegelicht.

Zowel voor het strafrecht als voor het bestuursrecht geldt dat beide normen elkaar niet steeds overlappen. De Waard geeft dit voor het bestuursrecht helder aan waar hij stelt:

‘Met name ten aanzien van het “willekeur”-criterium kan worden opgemerkt, dat deze norm zich niet goed leent voor vertaling als “positieve” norm voor de besluitvorming. Deze norm is nu juist specifiek een toetsingsnorm; de rechter kan niet precies bepalen wat het bestuur wél had moeten doen, maar beperkt zich tot de constatering, dat het in ieder geval niet mocht beslissen zoals het deed. Bij vertaling van dit criterium in een norm voor bestuurlijke besluitvorming loopt men het risico dat men

→ *beginselen van behoorlijk bestuur*, a.w. p. 132-137, J. in 't Veld, N.J.S. Koeman, a.w. p. 70.

37 C.P.M. Cleiren, a.w. Hoofdstuk IV, § 3. Een andere praktijk zou op gespannen voet kunnen komen staan met art. 1 Sv. Het gestelde gaat niet op voor strafrechtelijke toepassing van beginselen in de relatie tussen burgers onderling. Een helder voorbeeld daarvan treft men aan bij het gebruik van het vertrouwensbeginsel in het verkeersrecht. Zie hierover uitvoerig H. de Doelder en A.C. 't Hart, *Normbegrip en vertrouwensbeginsel*, in: *Strafrecht en beleid*, a.w. p. 329-351.

38 Zie F.H. van der Burg, G.J.M. Cartigny, G. Overkleef-Verburg, *Rechtsbescherming tegen de overheid*, Nijmegen 1985.

een behoorlijkheidseis formuleert, die wel met bestuursfatsoen te maken heeft, maar verder gaat dan de eisen die rehtens gesteld worden.³⁹

Voor het strafrecht speelt de bedoelde discrepantie naar mijn mening een nog veel sterkere rol, hetgeen nauw samenhangt met de al genoemde - als gevolg van de art. 348 en 350 Sv - sterk beperkte toetsingsmogelijkheden van de strafrechter. Uit de rechtspraak valt namelijk af te leiden dat dit gegeven tot gevolg heeft dat de strafrechter, indien hij gedragsnormen door overheidsorganen geschonden acht, in vele gevallen geen negatieve toetsingsnorm voorhanden heeft om de desbetreffende schending te sanctioneren. Enkele voorbeelden: in HR 17 december 1985, NJ 1986, 591/AB 1986, 264 handelde het om een toezegging van de minister of staatssecretaris van Volksgezondheid en Milieuhygiëne dat niet zou worden vervolgd. De Hoge Raad is van mening dat het getuigt van een onjuiste rechtsopvatting dat een dergelijke toezegging van een niet voor het strafvervolgingsbeleid verantwoordelijk overheidsorgaan het vertrouwen zou vermogen te rechtvaardigen dat het OM zou zijn verstoken van het recht om ter zake alsnog tot strafvervolgung tegen de verdachte over te gaan. Hoewel i.c. waarschijnlijk ten onrechte door een overheidsorgaan vertrouwen is gewekt bij de burger heeft de strafrechter voor de schending van deze gedragsnorm geen 'passende' toetsingsnorm voorhanden. De strafrechter heeft blijkbaar niet van doen met schending van gedragsnormen door overheidsorganen in het algemeen, maar slechts met die van overheidsorganen waarover hij-gezien zijn eigen taak en functie-binnen de beperkte toetsingsmogelijkheden van de art. 348 en 350 Sv een uitspraak kan doen. Meer concreet, de strafrechter kan schending van een gedragsnorm slechts sanctioneren door middel van nietigheid van de dagvaarding, bewijsuitsluiting of niet-ontvankelijkheid.⁴⁰

Uit andere arresten valt bovendien af te leiden dat de beperking nog verder gaat. In HR 8 mei 1984, NJ 1984, 741 en HR 18 maart 1986, NJ 1987, 273 blijkt dat het zelfs niet gaat om het overheidsorgaan op zich, maar om de functie die dat overheidsorgaan in de betreffende casus uitoefende. Dit betekent dat de negatieve toetsingsnorm wordt gekoppeld aan een onjuist uitgeoefende functie en impliceert bijvoorbeeld dat de strafrechter een niet-ontvankelijkheid van het OM slechts uitspreekt indien hij het OM zelf kan 'verwijten' de vervolgingsfunctie niet op correcte wijze te hebben uitgeoefend. Deze 'functionele' be-

39 B.W.N. de Waard, a.w. p. 133.

40 Ook valt niet uit te sluiten dat de rechter schending van een gedragsnorm kan verwerken bij de beoordeling van schulduitsluitingsgronden. Zie bijv. A.C.

¹ Hart in zijn annotatie bij HR 8 mei 1984, NJ 1984, 741.

perking heeft bijvoorbeeld tot gevolg dat de rechter voor gevallen van incorrect optreden van de politie in het kader van de handhaving van de openbare orde of van een niet voor het justitieel beleid verantwoordelijk overheidsorgaan geen negatieve toetsingsnorm ter beschikking heeft. Een ander gevolg is, dat de rechter schending van gedragsnormen door de politie bij optreden in het kader van strafvordering - gezien deze beperking - niet sanctioneert met een niet-ontvankelijkheid van het OM. Het OM valt dan immers (in principe) niets te verwijten. Het zojuist gestelde impliceert niet, dat handelingen die worden gesteld door overheidsorganen binnen het kader van het strafproces of in enige relatie daarmee, niet steeds moeten voldoen aan ongeschreven gedragsnormen van behoorlijke uitoefening van de publieke taak, maar wél dat de strafrechter schending van zo'n gedragsnorm niet steeds sanctioneert.

5 Conclusies en aanzetten voor een verdere rechtsontwikkeling

De vele genoemde verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht en de daarbinnen te hanteren en/of gehanteerde behoorlijke beginselen zijn mijns inziens ruim toereikend ter verdediging van de noodzaak de in het strafrecht geldende normen niet te benoemen als beginselen van behoorlijk bestuur.

Eén punt verdient daarbij nog bijzondere aandacht. Zoals gezegd brengt de rechtsbeschermende functie van het OM met zich mee dat van het OM een andere houding wordt geëist dan van 'gewone' bestuursorganen, zodat het optreden van het OM ook om die reden niet kan worden 'gevangen' in de beginselen van behoorlijk bestuur. De vraag dient zich aan met behulp van welk beginsel van behoorlijke strafrechtspleging de rechter de naleving van de hier bedoelde voor het OM geldende gedragsnorm kan toetsen. De rechtspraak biedt op dit punt niet veel verhelderende voorbeelden. In de rechtspraak komt het probleem indirect aan de orde in gevallen waarin een gemeente met behulp van strafrechtelijk gesanctioneerde middelen (APV's) een beleid voert t.o.v. prostitutie, drugshandel en drugsbeleid, dat op gespannen voet staat met grondrechten.⁴¹ Indien het OM bij overtreding van zo'n strafbepaling overgaat tot vervolging onthoudt de strafrechter zich van een beoordeling van het overheidsbeleid, met 'uitzondering' van het geval waarin hij moet concluderen tot onverbindendheid van de strafbepaling en dus tot een ontslag van rechtsvervolgning. Maar, moet hij zich op dit punt ook onthouden van een beoordeling

⁴¹ HR 7 februari 1984, NJ 1984, 740, Rb. Utrecht 4 september 1984, NJ 1985, 209, HR 7 mei 1985, NJ 1986, 110 en HR 11 juni 1985, NJ 1986, 41.

van de rechtmatigheid van de vervolgingsbeslissing van het om? Het kan dan zo zijn dat het om in het verlengde van de bovengenoemde 'functionele' beperking door de strafrechter niet verantwoordelijk kan worden gesteld voor het openbare ordebeleid (en zelfs als dit in het driehoeksoverleg aan de orde is geweest een zelfstandige verantwoordelijkheid behoudt), de rechtsbeschermende functie van het om kan toch meebrengen dat vervolging ter zake van een 'discutabele' APV in een concreet geval niet geoorloofd moet worden geacht. Men kan bijvoorbeeld denken aan een geval waarin als gevolg van de in een APV opgenomen beperkingen de betrokken verdachte niet in staat is zonder overtreding van die wettelijke voorschriften haar of zijn woning te bereiken.

Van de in het strafrecht gehanteerde materiële rechtsbeginselen biedt mijns inziens in zo'n geval alleen het beginsel van evenredige belangenafweging de strafrechter uitkomst. De rechtsbeschermende functie van zowel het om als de rechter zelf brengt namelijk met zich mee dat de belangen van de verdachte niet mogen worden veronachtzaamd. De rechter zou dan ook kunnen overwegen dat het om in het licht van het doel van de vervolgingsbeslissing en de daarbij af te wegen belangen in redelijkheid niet heeft kunnen besluiten tot vervolging over te gaan. Daarmee krijgt dit materiële beginsel een groter bereik dan in het bestuursrecht het geval is.

De betekenis van het beginsel van evenredige belangenafweging voor het strafrecht kan naar mijn mening ook op andere terreinen verder worden ontwikkeld. Grof gesteld kan dit beginsel namelijk functioneren als middel om de beperkingen, die als gevolg van het eigen karakter van het strafrecht en de beperkte taak en functie van de strafrechter aan de toepassing van beginselen van behoorlijke rechtspleging kleven, te overwinnen. Zo zal schending van het gelijkheidsbeginsel, gezien het individualiserende karakter van het strafrecht, slechts zelden aannemelijk kunnen worden. Dit ontnemt echter noch de verdachte, noch de rechter, de mogelijkheid te stellen dat het om in het licht van de omstandigheden van het geval in redelijkheid niet tot vervolging heeft kunnen overgaan, dan wel willekeurig heeft gehandeld. Daarnaast kunnen in sommige gevallen de bovengenoemde-soms uitermate onwenselijke-consequenties van de 'functionele' beperking van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging door de strafrechter met behulp van het beginsel van evenredige belangenafweging worden omzeild. Immers, hoewel het om als gevolg van die beperking niet zonder meer kan worden 'gestraft' voor bijvoorbeeld incorrect optreden van de politie in het kader van de handhaving van de openbare orde of van een niet voor het justitieel beleid verantwoordelijk overheidsorgaan, kan de rechter wél van mening

zijn dat het om gezien de aan de vervolgingsbeslissing voorafgegane omstandigheden in redelijkheid niet tot vervolging heeft kunnen overgaan.

Hoewel de rechterlijke toetsing via het beginsel van evenredige belangenafweging met het oog op de trias-verhoudingen marginaler zal moeten zijn dan bij de andere materiële beginselen, zal deze toetsing in gevallen, die tot op heden gedoemd lijken te mislukken, succes op kunnen leveren. De grote discrepantie tussen positieve gedragsnormen en negatieve toetsingsnormen in het strafrecht zou daarmee dus aanmerkelijk kunnen worden teruggedrongen.

Het bovenstaande neemt niet weg dat ook naar een verdere ontwikkeling en jurisprudentiële precisering kan worden gestreefd van de andere materiële rechtsbeginselen. Zo zal het beginsel van zuiverheid van oogmerk mogelijkserwijs in een enkele casus door de rechter kunnen worden toegepast in gevallen waarin het om kiest voor het telasteleggen van een bepaald strafbaar feit dat gezien de wetshistorie en systematiek van de wet volstrekt niet is bedoeld voor de aan de orde zijnde gebeurtenissen. Het zal daarbij gezien het marginale karakter van de toetsing aan beginselen van behoorlijke strafrechtspleging wel om een apert oneigenlijk gebruik van de betreffende wettelijke bepaling moeten gaan.⁴² Daarnaast hebben verweren die zich richten op schending van het gelijkheidsbeginsel mijns inziens meer kans op succes als men het specifiek relevante punt niet zoekt in de vergelijking van de eigen zaak met die van een of meer andere personen, maar in een vergelijking met en dus in afwijking van beleid.⁴³

Ook met behulp van wat in het bestuursrecht veelal wordt aangeduid als formele beginselen is naar mijn mening een verdere ontwikkeling van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging mogelijk. Nu binnen het strafrecht vrij algemeen wordt aanvaard dat het om is gehouden beleid te ontwikkelen en na te leven, ligt het in de rede te eisen dat het om bij afwijking van het beleid zelf een beroep doet op een zogenaamde 'rechtvaardigingsgrond' en dat beroep motiveert. Doet het dat niet, dan zal de strafrechter in iedere (al dan niet gestelde) onverwachte verandering van beleid, afwijking van beleid, vermoede afwijking van verondersteld beleid of het ontbreken van beleid toch aanleiding moeten vinden om de concrete vervolging te toetsen aan materiële rechtsbeginselen. Teneinde deze toets te kunnen uitvoeren is hij afhankelijk van de motivering van de concrete vervolgingsbeslissing door het om. Aan de rechtsplicht tot het ontwik-

⁴² In zo'n geval kan de rechter soms ook gebruik maken van de mogelijkheid van een ontslag van rechtsvervolging wegens niet-kwalificeerbaarheid van het feit.

⁴³ C.P.M. Cleiren, a.w. Hoofdstuk III, § 3.4.4.2.

kelen en naleven van beleid is derhalve noodzakelijkerwijs een rechtsplicht tot motivering van niet-naleving van die plicht of afwijking van dat beleid of verondersteld beleid verbonden. Met andere woorden, de strafrechtspraak heeft door middel van de erkenning van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging zelf de basis gelegd voor toepassing van een niet in de wet voorzien motiveringsbeginsel.⁴⁴

44 Deze verplichting gaat niet zover dat het om elke vervolgingsbeslissing ten aanzien waarvan de verdachte heeft verzocht om sepot zou moeten motiveren, zoals Hoogenboom bepleit. Een motiveringsverplichting bestaat mijns inziens (slechts) in die gevallen waarvan de rechter aannemelijk acht dat van beleid kan zijn afgeweken. T.M. Hoogenboom, a.w. p. 104; zie hierover ook D.H. de Jong, a.w. 17-19.