

Ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit

Over het evenredigheidsbeginsel en de vervolgingsbeslissing

Pim Geelhoed*

De beslissing om vervolging in te stellen heeft een grote impact. Hoe voorkom je onevenredigheid daarin? Wordt daarbij gekeken naar de ernst van het gepleegde feit of naar te behalen strafdoelen? Het Duitse strafrecht verwerkt het evenredigheidsbeginsel op een heel andere manier in de vervolgingsbeslissing dan het Nederlandse strafrecht.

1 Inleiding

Tussen de Nederlandse en de Duitse strafrechtspleging bestaan aanzienlijke verschillen, zowel in organisatie als in cultuur. Deze uiten zich voor een groot deel op het vlak van het Openbaar Ministerie, zijn rol in de strafrechtelijke rechtshandhaving en de wijze waarop strafbare feiten door de functionarissen van het Openbaar Ministerie in de beide landen worden afgedaan.¹

Tussen de Nederlandse en de Duitse strafrechtspleging bestaan aanzienlijke verschillen, zowel in organisatie als in cultuur

De juridische inkadering van die afdoeningsmodaliteiten wordt gekenmerkt door duidelijk verschillende uitgangspunten. Het Nederlandse strafprocesrecht kent een opportuniteitsbeginsel, neergelegd in artikel 167 van het Wetboek van Strafvordering (Sv). Op grond van dat beginsel heeft de officier van justitie bij het nemen van zijn vervolgingsbeslissing een grote beleidsvrijheid, waarbij hij invulling geeft aan het criterium van het algemeen belang. Artikel 152 van de Duitse Straf-

prozessordnung (StPO) gaat daarentegen uit van een legaliteitsbeginsel: de verplichting om vervolging in te stellen, wanneer er ten minste een voldoende ernstige verdenking is van een strafbaar feit.

Hoe wordt in een stelsel dat ten aanzien van de vervolgingsbeslissing uitgaat van het legaliteitsbeginsel gewaarborgd dat het Openbaar Ministerie op evenredige wijze kan reageren op strafbare feiten?

Eén van de vele rechtvaardigingen van het opportuniteitsbeginsel berust op de gedachte dat het niet mogelijk is om in abstracte zin te bepalen voor welke delicten strafvervolging moet worden ingesteld en welke gedragingen geen strafrechtelijke reactie behoeven.² Volgens die gedachte kan het heel goed zo zijn dat een bepaalde gedraging die als strafbaar feit kan worden gekwalificeerd, niet zodanig strafwaardig is, dat het van belang is om daartegen op te treden. Bestaan er in een stelsel dat niet van het opportuniteitsbegin-

* Mr.dr. W. Geelhoed is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

1 P.J.P. Tak & J. Fiselier, *Duitsland-Nederland en de afdoening van strafzaken*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002.

2 G.J.M. Corstens/M.J. Borgers (bew.), *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 525; M.S. Groenhuijsen, 'De dreigende verdachtmaking van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafprocesrecht', *DD* 2002, p. 437-445.

sel, maar van het legaliteitsbeginsel uitgaat, nu geen mogelijkheden om bij concrete gedragingen het instellen van een vervolging achterwege te laten? Met andere woorden: hoe wordt in een stelsel dat ten aanzien van de vervolgingsbeslissing uitgaat van het legaliteitsbeginsel gewaarborgd dat het Openbaar Ministerie op evenredige wijze kan reageren op strafbare feiten?

Om die vraag te beantwoorden wil ik de blik richten op de Duitse regeling van de vervolgingsbeslissing, meer in het bijzonder op de mogelijkheden van het Openbaar Ministerie om geen vervolging in te stellen wegens onevenredigheid. Eerst sta ik stil bij het legaliteitsbeginsel zoals dat in het Duitse strafprocesrecht geldt. Vervolgens zet ik op een rij welke uitzonderingen daarop verband houden met het criterium van *öffentliche Interesse*, de tegenhanger van het algemeen belang dat de invulling van het Nederlandse opportuniteitsbeginsel beheerst. Daarna komen enkele concrete toepassingen van dat criterium aan bod, voor zover ze een uitdrukking geven aan het evenredigheidsbeginsel. Die toepassingen worden tevens in verband gebracht met strafdoelen als generale en speciale preventie, omdat men daartussen in de Duitse literatuur een noodzakelijke samenhang ziet. Daarna contrasteer ik het Duitse recht met de jurisprudentie van de Hoge Raad over de beginselen van goede procesorde, die door de Nederlandse rechter worden gebruikt voor de beoordeling van vervolgingsbeslissingen, en waarin de evenredigheid een rol speelt. Ten slotte kijk ik naar de betekenis die de oprichting van een Europees Openbaar Ministerie zou kunnen hebben voor de manier waarop het evenredigheidsbeginsel wordt verwerkt in het nemen van vervolgingsbeslissingen.

In de Reichsstrafprozessordnung van 1877 koos de Duitse wetgever voor een legaliteitsbeginsel in plaats van het tot dan toe, uit de Franse wetgeving overgenomen, opportuniteitsbeginsel

2 Vervolgingsplicht als uitgangspunt

In de Reichsstrafprozessordnung van 1877 koos de Duitse wetgever voor een legaliteitsbeginsel in plaats van het tot dan toe, uit de Franse wetgeving overgenomen, opportu-

niteitsbeginsel. De reden daarvoor was met name gelegen in de vermeende bescherming die een vervolgingsverplichting zou bieden tegen willekeur en politieke beïnvloeding van de strafrechtelijke rechtshandhaving.³ Dat streven moet wel worden genuanceerd, omdat de oprichting van een Openbaar Ministerie dat als eenheid optreedt gezien kan worden als een poging van de uitvoerende macht om invloed op de strafrechtspleging te blijven uitoefenen, hoewel er vanwege het bestaan van het legaliteitsbeginsel weinig mogelijkheden bestaan om sturend op te treden.⁴ Het uitgangspunt staat echter nog overeind: '[Die Staatsanwaltschaft] ist, soweit nicht gesetzlich ein anderes bestimmt ist, verpflichtet, wegen aller verfolgbaren Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen' (§ 152 Abs. 2 StPO).

Het strikte uitgangspunt van het legaliteitsbeginsel leidde in de praktijk al snel tot problemen. De wetgever voerde daarom geleidelijk meerdere uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel in

Het strikte uitgangspunt van het legaliteitsbeginsel leidde in de praktijk echter al snel tot problemen. De wetgever voerde daarom geleidelijk meerdere uitzonderingen op het legaliteitsbeginsel in. Deze zijn opgenomen in de paragrafen 153 tot en met 154f StPO, en betreffen een veelheid aan redenen waarom in concrete gevallen mag worden geseponneerd. Ze hebben bijvoorbeeld betrekking op feiten begaan buiten het grondgebied van de Bondsrepubliek (§ 153c) of op gevallen waarbij een vervolging kan leiden tot het schaden van fundamentele belangen van de staat (§ 153d). Ook zijn er uitzonderingen voor meerdaadse samenloop (§ 154), voor gevallen waarin de verdachte wordt uitgeleverd (§ 154b) of waarin de verdachte langdurig onvindbaar blijkt te zijn (§ 154f). De belangrijkste uitzonderingen die uitdrukkelijk refereren aan het criterium van *öffentliche Interesse* zijn te vinden in § 153 en 153a. Ten eerste gaat het daarbij om het seponeren waarbij de schuld van de verdachte als gering kan worden ingeschat en er geen openbaar belang bestaat bij vervolging (§ 153). Daarbij is in beginsel toestemming van een rechter nodig bij lichte misdrijven, maar niet bij overtredingen. Ten

3 Daarover onder meer P.J.P. Tak, *Het vervolgingsbeleid in de Duitse Bondsrepubliek* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 1-23.

4 D. Van Daele, *Het openbaar ministerie en de afhandeling van strafzaken in Duitsland*, Leuven: Universitaire Pers Leuven 2000, p. 97-103.

tweede bestaat de mogelijkheid om voorwaardelijk te seponeren bij lichte misdrijven waarbij de schuld gering is en de vervulling van de voorwaarden het openbaar belang dat bij vervolging bestaat teniet zal doen (§ 153a). Voor deze afdoeningsvorm is wel steeds toestemming van de rechter nodig.

Wat bijzonder is bij deze uitzonderingen is dat het Openbaar Ministerie in veel gevallen toestemming nodig heeft van de rechter voor het seponeren.⁵ Het is de vraag of in die gevallen gesproken kan worden van de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid door de officier van justitie. Die toestemming is echter niet in alle gevallen nodig, met name niet in de lichtste strafzaken die met toepassing van § 153 StPO kunnen worden afgedaan en waarbij het Openbaar Ministerie dus zijn eigen inschatting van het openbaar belang doorslaggevend mag laten zijn voor de afdoeningsbeslissing. Niet alleen de rechter speelt een rol in het vervolgingsbeleid, ook het ministerie van Justitie is daarbij betrokken. Dat vordert namelijk zogenaamde *Richtlinien für das Strafverfahren und das Bußgeldverfahren* (RiStBV) uit, die aanwijzingen geven aan het Openbaar Ministerie over het toepassen van het strafprocesrecht, over het nemen van strafvorderlijke beslissingen en het onderhouden van contacten met de overige procesdeelnemers. Hoewel het Openbaar Ministerie dus niet in alle contexten een vergelijkbare beleidsruimte heeft, is het criterium van het openbaar belang wel steeds gelijk, en daarom kan verondersteld worden dat de inhoud van dat criterium in grote lijnen constant is. In ieder geval ga ik daarvan in het onderstaande uit.

Voor een begrip van de inhoud van het openbaar belang en de rol die de evenredigheid daarin eventueel kan spelen, is een blik op de wetstekst niet erg verhelderend

3 Öffentliche Interesse als uitzondering

Voor een begrip van de inhoud van het openbaar belang en de rol die de evenredigheid daarin eventueel kan spelen, is een blik op de wetstekst niet erg verhelderend. Die spreekt immers slechts van *öffentliche Interesse*. De RiStBV van het Ministerie van Justitie geven een bepaalde interpretatie aan die term, die met name geschreven is voor de

gevallen waarin ook de mogelijkheid van een *Privatklage* bestaat naast de strafrechtelijke procedure die door het Openbaar Ministerie wordt ingeleid. Als we echter van de veronderstelling uitgaan dat het begrip *öffentliche Interesse* constant is, vinden we deze definitie:

‘Ein öffentliches Interesse wird in der Regel vorliegen, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist’ (RiStBV nr. 86 Abs. 2).

Het gaat daarbij dus om de cumulatieve voorwaarden dat het strafbare feit effect heeft gesorteerd buiten de directe omgeving van het slachtoffer en het een geval is dat kan worden gezien als een concreet bestaand belang van de gemeenschap. Van deze omschrijving lijkt met name het eerste gedeelte enigszins objectief, maar het tweede lijkt al veel meer open te laten. Betekent dat nu dat dit criterium veel beleidsruimte openlaat?

Die vraag kan op twee manieren worden beantwoord. Men kan daarvan zeggen dat het een *Ermessen* betreft, en beleidskeuzes mogelijk maakt. Daartegenover staan diegenen die van mening zijn dat het bij het criterium van *öffentliche Interesse* gaat om een *unbestimmter Rechtsbegriff*, waarbij slechts een beoordelingsvrijheid van toepassing is. In die laatste opvatting zou het criterium slechts ruimte kunnen geven voor een afweging tussen het belang van strafvervolgning en andere belangen.⁶ Het onderscheid kan echter niet zo scherp worden gesteld, omdat de invulling van beleidsvrijheid, een *Ermessen*, veel minder ongebonden wordt geacht dan ten tijde van het opstellen van de *Strafprozessordnung* het geval geweest kan zijn. Het kwalificeren van § 153 StPO als een bepaling waarin de wetgever aan het Openbaar Ministerie een substantiële beleidsruimte heeft willen toekennen is dan ook niet zonder meer overtuigend, in ieder geval geldt daarvoor dat de beleidsruimte nooit zo groot kan zijn dat het Openbaar Ministerie tot willekeurige strafvervolgningen mag overgaan.⁷

Het is kenmerkend voor het Duitse denken over het legaliteitsbeginsel en het opportuniteitsbeginsel dat men daarbij uitgaat van bepaalde constitutionele beginselen, die vervolgens doorwerken in de precieze vormgeving van de vervolgingsbeslissing, de beleidsruimte die daarbij mag gelden en de voorwaarden waaronder beslissingen aan rechterlijke toetsing onderworpen zijn. Als voornaamste teken daarvan kan worden gewezen op de overtuiging dat het legaliteitsbeginsel dwingend wordt voorgeschreven door het gelijkheidsbe-

5 Zie over het legaliteitsbeginsel en de inkadering daarvan, mede in vergelijking met het Nederlandse stelsel: J.B.H.M. Simmelink, ‘Rondom de vervolgingsbeslissing’, in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 189-242.

6 Bijvoorbeeld F.-C. Schroeder, ‘Legalitäts- und Opportunitätsprinzip heute’, in: J. Baumann & K. Tiedemann (red.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts* (Peters-bundel), Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1974, p. 411-427, p. 416.

7 Th. Weigend, *Anklagepflicht und Ermessen. Die Stellung des Staatsanwalts zwischen Legalitäts- und Opportunitätsprinzip nach deutschem und amerikanischem Recht*, Baden/Baden: Nomos 1978, p. 17-24.

ginsel van artikel 3 Grundgesetz.⁸ Hetzelfde geldt voor het algemene evenredigheidsbeginsel, dat geïnterpreteerd wordt als het beginsel dat inhoudt dat het optreden van de Staat steeds noodzakelijk en geschikt moet zijn en niet verder moet gaan dan nodig is teneinde een bepaald legitiem doel te bereiken. Het laatste element wordt meestal geïnterpreteerd als het vereiste dat de belasting voor de betrokkene wordt afgewogen tegen de *öffentliche Interessen* die gediend zijn met het overheidsoptreden.⁹ Uit deze inhoud van het evenredigheidsbeginsel wordt afgeleid dat het daarmee onverenigbaar is om een onbeperkte vervolgingsverplichting voor het Openbaar Ministerie te handhaven, omdat het ontbreken van dergelijke beperkingsmogelijkheden in de praktijk altijd tot disproportionele vervolgingen zal leiden. Teneinde dat te voorkomen zou het onvermijdelijk zijn om een *Ermessen* te erkennen ten aanzien van de uitoefening van de taak van het Openbaar Ministerie.¹⁰ Die rechtvaardiging voor het bestaan van een beleidsruimte werkt ook door in de formulering ervan: het begrip *öffentliche Interesse* dat als één van de afwegingsfactoren van het evenredigheidsbeginsel functioneert, is opgenomen in de bewoordingen van § 153 StPO. De volgende vraag is hoe dat dan wordt toegepast.

De precieze invulling van het begrip *öffentliche Interesse* is lange tijd onderwerp geweest van wetenschappelijk debat

4 Concrete toepassing van het evenredigheidsbeginsel

De precieze invulling van het begrip *öffentliche Interesse* is lange tijd onderwerp geweest van wetenschappelijk debat.¹¹ Zoals hierboven aangehaald geven de ministeriële richtlijnen aan dat daarbij gedacht moet worden aan de omstandigheid dat het feit verderstrekkende gevolgen heeft gehad dan alleen voor het slachtoffer, en het instellen van strafvervolgning 'ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist'. Zo'n openbaar belang wordt primair gezocht in overwegingen van generale en speciale preventie.¹² Er kunnen allerlei omstandigheden zijn die vanwege het belang van generale en speciale preventie leiden tot het oordeel dat er vervolgd moet worden. Een voorbeeld daarvan is het geval dat een verdachte ondanks voorafgegangene waarschuwin-

gen recidiveert, zodat er speciaal-preventieve gezichtspunten zijn om tot vervolging over te gaan.¹³ Een andere overweging zou zich voor kunnen doen in het geval winkeldiefstallen of lichte mishandelingen die door verkeersovertreddingen worden veroorzaakt sterk zouden toenemen. Een dergelijke constatering zou ertoe kunnen leiden dat voor die delicten eerder een vervolging wordt ingesteld, en wel vanuit het oogpunt van generale preventie.¹⁴

De oogpunten van speciale en generale preventie staan echter niet op gelijke voet bij de invulling van het begrip *öffentliche Interesse* in § 153 StPO. Omdat het artikel aan dat criterium toevoegt dat de schuld van de verdachte gering moet zijn, is het in het geheel niet ondenkbaar dat bepaalde persoonlijke omstandigheden die kunnen meewegen bij de invulling van het strafdoel van speciale preventie ook al verwerkt zijn in het criterium van geringe schuld. Daaruit zou voortvloeien dat bij het begrip *öffentliche Interesse* meer aandacht uitgaat naar generaal-preventieve overwegingen dan naar speciaal-preventieve.¹⁵ Bij de invulling van het gezichtspunt van generale preventie zou men steeds voor ogen moeten houden of het achterwege laten van een strafrechtelijke reactie zou leiden tot een aantasting van de gezagsgetrouwheid van de samenleving als geheel.¹⁶

Een nog steeds bijzonder voorbeeld van een geval waarin geseponeerd werd vanwege het ontbreken van *öffentliche Interesse*, en waarbij ook de schuld gering werd geacht, betrof het *Softenon*-proces

Een nog steeds bijzonder voorbeeld van een geval waarin geseponeerd werd vanwege het ontbreken van *öffentliche Interesse*, en waarbij ook de schuld gering werd geacht, betrof het *Softenon*-proces, waaraan in Duitsland gereferenceerd wordt met de betiteling *Conterganskandal*.¹⁷ Dit betrof een strafproces tegen de farmaceutische ondernemingen die producten op de markt brachten ter vermindering van zwangerschapsklachten, die echter ernstige bijwerkingen bleken te hebben voor de uit de getroffen zwangerschappen geboren kinderen. De belanghebbenden kwamen tijdens het proces tot een overeenkomst met de farmaceuten, waartoe ook een omvangrijke schadevergoeding behoorde. Vervolgens werd het proces

⁸ Zie S. Döhring, *Ist das Strafverfahren vom Legalitätsprinzip beherrscht?* (diss. Passau), Frankfurt am Main: Lang 1999, p. 64-68.

⁹ J.F. Lindner, *Theorie der Grundrechtsdogmatik*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, p. 217-219.

¹⁰ Döhring 1999, p. 52-57.

¹¹ Zie voor een overzicht Tak 1973, p. 42-51.

¹² L. Meyer-Göbner, *Strafprozessordnung*, München: Beck 2012, § 153, Rn. 7.

¹³ Tak 1973, p. 49.

¹⁴ H.H. Kühne, *Strafprozessrecht*, Heidelberg: Müller 2006, p. 343.

¹⁵ Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Berlin: De Gruyter 2004, § 153, Rn. 28.

¹⁶ Löwe-Rosenberg 2004, § 153, Rn. 31.

¹⁷ Tak 1973, p. 57-66.

geseponneerd wegens het bestaan van geringe schuld en het ontbreken van *öffentliche Interesse*.¹⁸ Deze sepotbeslissing kan nadrukkelijk worden betrokken op strafdoelen met preventieve inhoud: de betrokken farmaceuten zouden al voldoende tot inkeer zijn gekomen, wat speciaal-preventieve werking van een vervolging minimaliseerde. Verder waren er tal van generaal-preventieve overwegingen: er was al nieuwe wet- en regelgeving in voorbereiding, en er werd aanvullend wetenschappelijk onderzoek gedaan naar de bijwerkingen die waren ontstaan en de oorzaken die daaraan ten grondslag lagen. Ook had het gebeuren en het proces dat erop volgde ertoe geleid dat de medische beroepsgroep kritischer was komen te staan tegenover wervende boodschappen van de farmaceutische industrie. Een gebrek aan een dergelijke houding had de omvang van de bevolking die met het geneesmiddel werd geconfronteerd zeer vergroot.¹⁹ Een afweging van al deze gezichtspunten kan tot de conclusie leiden dat het instellen van een vervolging niet meer het geëigende middel is om de doeleinden te bereiken die daarmee bereikt zouden kunnen worden. In de kern is dat een oordeel dat gebaseerd is op het evenredigheidsbeginsel, meer specifiek tot uitdrukking komend in de overtuiging dat er geen strafdoel bestaat dat kan worden nagestreefd door vervolging in te stellen.

De manier waarop er in het Duitse recht wordt omgegaan met het waarborgen van het evenredigheidsbeginsel in de vervolgingsbeslissing wijkt af van de Nederlandse situatie, en daarom is het interessant om deze met elkaar te vergelijken

5 Evenredigheid als beginsel van een goede procesorde

De manier waarop er in het Duitse recht wordt omgegaan met het waarborgen van het evenredigheidsbeginsel in de vervolgingsbeslissing wijkt af van de Nederlandse situatie, en daarom is het interessant om deze met elkaar te vergelijken. Dat is niet alleen een academische exercitie, die voortkomt uit een behoefte om diversiteit in rechtssystemen te bestuderen. Het is vanuit de rechtspraktijk van belang om te begrijpen hoe er in een ander land, waarmee nauwe banden bestaan

in het kader van de strafrechtelijke samenwerking, wordt omgegaan met essentiële vraagstukken die zich overal zullen voordoen. Bovendien is de discussie over oprichting van een Europees Openbaar Ministerie inmiddels in een vergevorderd stadium, en moet goed worden nagedacht over hoe een dergelijke supranationale vervolgingsautoriteit kan aansluiten bij zo uiteenlopende nationale strafrechtsstelsels. Die discussie komt hieronder verder aan bod, eerst enkele opmerkingen over het Nederlandse recht. De vraag daarbij is hoe het nu in Nederland zit met de verwerking van het evenredigheidsbeginsel in de manier waarop het Openbaar Ministerie zijn vervolgingsbeslissingen neemt.

Ten eerste moet in aanmerking worden genomen dat de blikrichting omgekeerd is. Als uitgangspunt neemt het Nederlandse recht het opportuniteitsbeginsel, op grond waarvan het Openbaar Ministerie een omvangrijke beleidsvrijheid bezit en met inachtneming van het algemeen belang kan beslissen over de vervolging. Deze vervolgingsbeslissingen kunnen echter wel ter discussie worden gesteld voor de zittingsrechter, die de beslissing van het Openbaar Ministerie kan toetsen op zijn verenigbaarheid met de beginselen van goede procesorde. Als de beslissing om vervolging in te stellen in strijd is met één van die beginselen, dan kan de rechter de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie uitspreken. Die stand van zaken neemt dus een omvangrijke beleidsvrijheid als uitgangspunt, waarvan de uitoefening echter binnen de grenzen moet blijven die de beginselen van goede procesorde aangeven. Dat is een andere redenering dan die aan het Duitse stelsel ten grondslag ligt, waar gereceneerd wordt vanuit algemene grondbeginselen die leiden tot een bepaalde procedurele invulling van de vervolgingsbeslissing en de waarborgen daaromtrent.

Met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel valt op, dat het Nederlandse recht daarvoor niet erg uitdrukkelijk een plaats heeft ingeruimd

Met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel valt op, dat het Nederlandse recht daarvoor niet erg uitdrukkelijk een plaats heeft ingeruimd. De in de strafrechtspraak erkende beginselen van goede procesorde vallen naar huidig recht te onderscheiden in het gelijk-

¹⁸ LG Aachen JZ 1971, 507.
¹⁹ Tak 1973, p. 66.

heidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het verbod van *détournement de pouvoir* en het verbod van willekeur. De aanduiding van de beide laatste categorieën varieert enigszins. Het verbod van *détournement de pouvoir* wordt ook wel als het verbod van misbruik van recht aangeduid, en het verbod van willekeur als het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging. Wat betreft de rol van het evenredigheidsbeginsel gaat het met name om dat laatste beginsel.

Het verbod van willekeur wordt tegenwoordig door de Hoge Raad getoetst aan de hand van het criterium dat 'geen redelijk handelend lid van het openbaar ministerie heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn.'²⁰ Een dergelijke invulling, kennen we bijvoorbeeld uit het Engelse recht als de klassieke *Wednesbury test*,²¹ waarbij in de omschrijving van de Hoge Raad echter slechts de genomen beslissing ter discussie staat, en niet de inventarisatie van relevante belangen die daaraan vooraf kan gaan. Deze benadering levert een erg terughoudende toetsing op, hetgeen in ieder geval al bleek uit het hiervoor aangehaalde arrest.²² Dat het ook anders kan bewees de Hoge Raad begin dit jaar, in een zaak waarin een man in zijn aanhangwagen kaphout had verzameld dat in een Limburgs bos langs de kant van de weg lag, en hoewel hij alles teruggeplaatst had, desondanks een transactie kreeg aangeboden waarin niet alleen een geldboete maar ook een schadevergoeding was opgenomen.²³ De man betaalde de transactie niet, werd vervolgd en in twee instanties veroordeeld voor poging tot diefstal. De zaak sneuvelde echter bij de Hoge Raad vanwege strijd met het verbod van willekeur. De motivering van de Hoge Raad wijst erop dat hij het duidelijk van belang achtte dat de advocaat-generaal ter terechtzitting in hoger beroep verklaarde dat het Openbaar Ministerie de zaak op een andere manier had moeten afdoen. Daardoor blijft onduidelijk wat de Hoge Raad zou hebben gedaan als er niet zo'n uitdrukkelijke verklaring van het OM zelf was geweest. Zou de Hoge Raad dan ook van oordeel zijn geweest dat er geen redelijk handelend lid van het Openbaar Ministerie had kunnen oordelen dat er enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kon zijn bij het instellen van een vervolging? Terughoudendheid lijkt de boodschap: rechters dienen niet hun eigen inschatting over de evenredigheid van een vervolging in de plaats te stellen van die van het OM.

Toch is de toetsingsmogelijkheid van de rechter iets minder marginaal dan uit het voorgaande blijkt. Onder het verbod van willekeur, of anders gezegd het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging, valt volgens de Hoge Raad ook de regel dat er geen sprake mag zijn van 'aperte onevenredigheid'.²⁴ Weliswaar mag de rechter niet overgaan tot een beoordeling van de vraag of de belangen van de verdachte bij het uitblijven van een straf of een strafrechtelijke maatregel opwegen tegen het belang van strafrechtelijke rechtshandhaving, omdat die belangenafweging is voorbehouden aan de officier van justitie, maar mag er wel een zeer marginale evenredigheidstoets worden uitgevoerd. In het Checkpoint-arrest interpreteerde de Hoge Raad het arrest van het hof, waarin het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk werd verklaard in de vervolging van een coffeeshophouder, op zo'n manier dat het hof een dergelijke toets van 'aperte onevenredigheid' zou hebben uitgevoerd. De Hoge Raad was van mening dat het arrest op dat punt niet zonder meer begrijpelijk was, omdat het hof eerst aanneemelijk heeft geacht dat het om een veelheid aan overtredingen van de Opiumwet ging, die met aanzienlijke straffen werden bedreigd, en daarnaast dat de verdachte zich ervan bewust was dat de grenzen van de gedoogbeschikking stelselmatig werden overschreden. Blijkbaar zijn dat relevante overwegingen in het kader van een evenredigheidstoetsing, voor zover de Nederlandse rechter op grond daarvan van oordeel kan zijn dat er sprake is van 'aperte onevenredigheid' en dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk moet worden verklaard.

Uit deze rechtspraak volgt iets opvallends: de omvang en de ernst van de gedragingen, in combinatie met de bewustheid van de verdachte van het overtreden van de gedoogbeschikking, leidt ertoe dat er geen sprake kan zijn van aperte onevenredigheid. Dat zijn argumenten van een heel ander kaliber dan hierboven naar voren kwamen uit het Duitse recht. Waar bij onze oosterburen de evenredigheid vooral in verband wordt gebracht met de doelmatigheid van een eventuele sanctie, uitgedrukt in termen van generale en speciale preventie, lijkt de evenredigheid in Nederland zich veel sterker te oriënteren op gezichtspunten die aan de ernst en zwaarte van het delict en aan de persoonlijke verwijtbaarheid zijn gerelateerd. Een veeleer retributivistische dan een utilitaristische invulling derhalve. Dat kan verklaard worden vanuit de spiegelbeeldige functie van het evenredigheidsbegin-

20 HR 6 november 2012, NJ 2013/109, r.o. 2.4.

21 Associated Provincial Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation [1948] 1 KB 223.

22 HR 6 november 2012, NJ 2013/109.

23 HR 7 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:15.

24 HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7 (Checkpoint), r.o. 2.5.2 en 2.5.3.

sel in de context van de vervolgingsbeslissing. In Duitsland functioneert het evenredigheidsbeginsel als correctie op het legaliteitsbeginsel, op grond waarvan het materiële strafrecht bepaalt welke gedragingen strafbaar gesteld worden en dus, vanwege het aanvaarden van een algemene vervolgingsverplichting, voor de rechter moeten worden gebracht. De vraag of een dergelijke reactie in verhouding staat tot de ernst van het feit wordt dan dus met name door de wetgever beslist. Aan de uitvoerende macht, het Openbaar Ministerie, wordt dan overgelaten of in een concreet geval wel enig doel is gediend met het instellen van een vervolging. Als het opportuniteitsbeginsel wordt gezien als een uitgangspunt dat vooral een doelmatige strafrechtstoepassing moet verzekeren, ligt het veel meer voor de hand om een marginale toetsing op evenredigheid te oriënteren op de ernst van het feit.

In Duitsland functioneert het evenredigheidsbeginsel als correctie op het legaliteitsbeginsel, op grond waarvan het materiële strafrecht bepaalt welke gedragingen strafbaar gesteld worden en dus voor de rechter moeten worden gebracht

6 De relevantie voor de oprichting van een Europees OM

De strafrechtssystemen van de lidstaten van de Europese Unie kunnen met elkaar worden vergeleken, maar daarnaast is het tegenwoordig noodzakelijk om te bezien welke betekenis de eventuele oprichting van een Europees Openbaar Ministerie op de vervolgingsstelsels zou kunnen uitoefenen. Volgens de Europese Commissie zou een dergelijk Europees OM moeten opereren op de grondslag van een legaliteitsbeginsel, vanwege twee redenen: de rechtszekerheid zou daarmee gediend zijn, en het geeft uitdrukking aan een *zero tolerance*-beleid ten aanzien van de delicten waarvoor het Europees OM bevoegd zou zijn.²⁵ Die bevoegdheid strekt zich overigens uit tot strafbare feiten zoals fraude en corruptie, zolang die de financiële belangen van de Unie schaden. Het Europees OM dat die belangen moet beschermen zou volgens het voorstel een gedecentraliseerde structuur moeten bezitten, waarbij een centraal bureau aansturing

geeft aan gedelegeerde Europese officieren van justitie die voor de nationale rechtbanken vervolgingen instellen en tegelijkertijd de status hebben van officier van justitie naar nationaal recht.

Het is tegenwoordig noodzakelijk om te bezien welke betekenis de eventuele oprichting van een Europees Openbaar Ministerie op de vervolgingsstelsels zou kunnen uitoefenen

Het uitgangspunt van het legaliteitsbeginsel dat voor het Europees OM zal gelden, wordt wel genuanceerd. Niet alleen is er de mogelijkheid om transacties aan te bieden wanneer dat 'in het belang van een goede rechtsbedeling' is, maar een zaak kan ook onvoorwaardelijk worden geseponeerd wanneer het een bagateldelict betreft: een strafbaar feit dat als licht feit is aangemerkt in de nationale wetgeving die ter omzetting dient van de (nog aanhangige) richtlijn fraudebestrijding.²⁶ De Commissie stelde oorspronkelijk een grens van € 10.000 voor, waarbij zaken met minder schade aan het Uniebudget als bagateldelicten zouden worden gekwalificeerd. Het Parlement heeft inmiddels een amendement aangenomen dat deze grens verlaagt naar € 5.000. Bij de beslissing of een zaak vervolging rechtvaardigt, of onvoorwaardelijk mag worden geseponeerd, is de beleidsruimte van het Europees OM dus vooral gericht op de omvang van de schade die is toegebracht.

Voor de transacties ligt dat anders, omdat daar toepassing gegeven kan worden aan 'het belang van een goede rechtsbedeling'. Dat begrip kennen we vooral in de context van de overdracht en overname van strafvervolging (art. 552t en 552wa Sv). In het EVOS, het verdrag dat aan de Nederlandse regeling ten grondslag ligt, is een opsomming gegeven van allerlei redenen die aan het belang van een goede rechtsbedeling invulling geven. Deze redenen verwijzen niet naar de ernst van het feit, maar wel naar de voordelen die de tenuitvoerlegging van de straf in een bepaalde lidstaat zou hebben voor de resocialisatie van de veroordeelde.²⁷ Het is moeilijk in te zien hoe de interpretatie van dit 'belang van een goede rechtsbedeling' voor het aanbieden van transacties een gelijke inhoud zou kunnen krijgen

²⁵ Zie het Voorstel voor een Verordening van de Raad tot instelling van een Europees Openbaar Ministerie, COM(2013) 534, overweging 20.

²⁶ Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de strafrechtelijke bestrijding van fraude die de financiële belangen van de Unie schaadt, COM(2012) 363, art. 7.

²⁷ Art. 8 lid 1 onder f van het Europees Verdrag betreffende de overdracht van strafvervolging, *Trb.* 1973, 84.

als voor de overname van strafvervolgning, zeker niet waar het overwegingen betreft die samenhangen met de beschikbaarheid van bewijs in een bepaalde lidstaat, of met het feit dat daar al een strafvervolgning tegen de verdachte loopt. Het belang van resocialisatie lijkt daarentegen beter geschikt om te gebruiken in een situatie waarin het niet gaat om het kiezen tussen verschillende jurisdicties, maar om de modaliteit van afdoening van een strafzaak.

Als de voorstellen van de Commissie doorgang vinden zou dat betekenen dat bagatel-delicten mogen worden geseponneerd wanneer deze een geringe schade toegebracht hebben, en dat voor de keuze tussen vervolging en het aanbieden van een transactie het resocialisatiebelang mag meewegen. Hoe dit te verenigen valt met het uitgangspunt van een *zero tolerance*-beleid, is de vraag. Dat is met name relevant nu artikel 325 VWEU, dat hand-havingsverplichtingen schept ten aanzien van EU-fraudes, verplicht tot doeltreffend en afschrikkend optreden, maar daar niet de evenredigheid bij noemt. Traditioneel leidde het Hof van Justitie uit de algemene Unietrouw af dat het optreden van de lidstaten ter handhaving van de financiële belangen van de Unie doeltreffend, afschrikkend en evenredig moest zijn.²⁸ In de Duitse literatuur wordt aangenomen dat deze randvoorwaarden deel uitmaken van de invulling van de *öffentliche Interesse* van § 153 StPO, en dat daardoor de beleidsruimte van de Duitse vervolgingsautoriteiten tot nihil wordt gereduceerd wanneer het gaat om strafrechtelijke handhaving van Europees recht.²⁹ De evenredigheid is in artikel 325 VWEU blijkbaar losgelaten, maar of dat tot de conclusie moet leiden dat evenredigheid geen rol speelt als criterium bij de fraudebestrijding, moet worden afgewacht. Als algemeen beginsel van Unierecht zou het niet zomaar kunnen verdwijnen, lijkt me. Maar hoe de verhoudingen precies uitvallen en welke mogelijkheden er bestaan om overwegingen van evenredigheid een rol te laten spelen bij de afdoening van bagateldelicten en het aanbieden van transacties, en hoe de beperkte beleidsruimte daarbij zich verhoudt tot de nationale regelingen van de vervolgingsbeslissing, zoals de invulling van § 153 StPO, zal moeten worden afgewacht. Dat geldt zeker voor de vraag welke achterliggende waarden doorklinken in het complexe juridische kader dat dan ontstaat, en of de invulling van de evenredigheid zal moeten worden georiënteerd op de ernst van het feit of de speciale preventie.

De manieren waarop in strafrechtssystemen wordt gewaarborgd dat de uitoefening van het vervolgingsrecht niet tot onevenredige uitkomsten leidt, verschilt sterk

7 Besluit

De manieren waarop in strafrechtssystemen wordt gewaarborgd dat de uitoefening van het vervolgingsrecht niet tot onevenredige uitkomsten leidt, verschilt sterk. Wanneer men zoals in Duitsland het evenredigheidsbeginsel als een fundamenteel rechtsbeginsel beschouwt dat onder meer ten grondslag ligt aan de vervolgingsbeslissing, dan volgt daaruit dat een bepaalde beleidsruimte noodzakelijk is teneinde te voorkomen dat het Openbaar Ministerie door vervolgingsverplichtingen gedwongen wordt voor draconische maatregelen te kiezen. In Nederland is de blikrichting andersom: vertrekkend vanuit de erkenning van een omvangrijke beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie wordt de uitoefening daarvan beperkt door de mogelijkheid om een schending van het verbod van willekeur, ook wel het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging genoemd, uit te spreken.

Het Duitse recht erkent een vervolgingsverplichting, waarachter een retributivistische strafrechtstheorie kan worden vermoed. Het Nederlandse recht kent een grote beleidsruimte, die ingevuld wordt door toepassing te geven aan het ‘algemeen belang’, een duidelijk utilitaristisch criterium

Op een ander vlak zijn beide stelsels eveneens spiegelbeeldig aan elkaar. Het Duitse recht erkent een vervolgingsverplichting, waarachter een retributivistische strafrechtstheorie kan worden vermoed: alle strafbare feiten moeten worden vervolgd omdat dat nu eenmaal rechtvaardig is. Dat strenge uitgangspunt kan vervolgens worden genuanceerd door

²⁸ Te beginnen bij HvJ EG 21 september 1989, 68/88 (*Commissie / Griekenland*).

²⁹ J. Jokisch, *Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren. Die Überlagerung des deutschen Strafprozeßrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, dargestellt anhand ausgewählter Problemfälle* (diss. Passau), Berlin: Duncker&Humblot 1999, p. 160, 170.

uitzonderingen op de vervolgingsverplichting te erkennen en daarvoor een begrip te gebruiken, *öffentliche Interesse*, waarvan de invulling sterk op de strafdoelen van speciale en generale preventie is georiënteerd. Aan de andere kant kent het Nederlandse recht een grote beleidsruimte, die ingevuld wordt door toepassing te geven aan het 'algemeen belang', een duidelijk utilitaristisch criterium. Die beleidsvrijheid wordt vervolgens ingeperkt doordat een beroep op 'aperte onevenredigheid' mogelijk is, waarbij die onevenredigheid gezocht wordt in de verhouding tussen de strafrechtelijke reactie en de ernst van het feit alsmede de persoonlijke verantwoordelijkheid. Op zich lijken beide stelsels daarmee in evenwicht te zijn, en aandacht te geven aan retributivistische en utilitaristische elementen.

Dit alles is misschien toch te eenvoudig gedacht. Het is helemaal niet onomstreden dat het Duitse legaliteitsbeginsel op retributivistische gedachten is gegrond.³⁰ Daarnaast wordt het 'algemeen belang' van artikel 167 Sv grotendeels ingevuld door de richtlijnen van het Openbaar Ministerie, die vrijwel uitsluitend op de ernst van het feit zijn gericht. Misschien is het daarom beter om te concluderen dat de wijze waarop in beide stelsels invulling wordt gegeven aan het evenredigheidsbeginsel

in de inkadering van de vervolgingsbeslissing consistent is met het uitgangspunt dat ten aanzien van die vervolgingsbeslissing wordt genomen. In Nederland is dat een retributivistische benadering van het algemeen belang die wordt weerspiegeld door een invulling van de onevenredigheid aan de hand van de ernst van het feit, en in Duitsland is dat een benadering van onevenredigheid, georiënteerd op speciale en generale preventie, die aansluit bij een utilitaristische opvatting van het legaliteitsbeginsel. Aan de beantwoording van de vraag hoe een dergelijke stand van zaken kan worden verenigd met de oprichting van een Europees Openbaar Ministerie, kan ik hier helaas niet toekomen. Wel zou daardoor een andere invulling van het evenredigheidsbeginsel kunnen ontstaan die sterker gericht is op het beoordelen van de mate waarin het strafrechtelijk optreden van de lidstaat nuttig en noodzakelijk is voor het bestrijden van EU-fraudes. Voorlopig is de context waarin een dergelijke ontwikkeling zich voordoet beperkt, en kunnen de Nederlandse en Duitse oplossingen gerust naast elkaar bestaan. Als het al ooit komt tot een toenadering van beide stelsels zal moeten worden gezien hoe het evenredigheidsbeginsel een plek kan krijgen in de vormgeving van de vervolgingsbeslissing. Dat lijkt me zonder twijfel in het belang van het algemeen.

30 M. Deiters, *Legalitätsprinzip und Normgeltung*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006.