



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De vijfde macht: de ontdekkingstocht naar de (on)mogelijkheden van artikel 12 Sv

Lange, A. de; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Lange, A. de. (2021). De vijfde macht: de ontdekkingstocht naar de (on)mogelijkheden van artikel 12 Sv. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 911-924). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464175>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464175>

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

DE VIJFDE MACHT

De ontdekkingstocht naar de (on)mogelijkheden van artikel 12 Sv

Ton de Lange

1 INLEIDING

1.1 *De vijfde macht*

In de kern geloof ik nog steeds in de *Trias Politica*.¹ Duidelijk is ook dat de maatschappij intussen sterk is veranderd en steeds complexer wordt. Om hier grip op te houden worden twee van de drie staatsmachten, de wetgevende en uitvoerende macht, bijgestaan door ambtenaren en zodanig dat er ook wel wordt gesproken over de vierde macht. Ook de rechtzoekende wordt met diezelfde snel veranderende complexe maatschappij geconfronteerd en voelt zich kennelijk niet in alle opzichten vertegenwoordigd door de wetgevende en uitvoerende macht. Ook hij zoekt steun en organiseert zich en laat zich zo nodig ook in rechte vertegenwoordigen door een niet-gouvernementele organisatie (hierna: een Ngo). Ik noem als voorbeelden het klimaat, bodembevingen in Groningen, biodiversiteit, volksgezondheid, financiële markten, etc. De Ngo's hebben in onze maatschappij macht, veel macht, zoals hierna ook zal blijken. Ik noem ze dan ook 'de vijfde macht'.

Neem Urgenda die namens vele rechthebbenden het opneemt tegen de Nederlandse Staat om *het klimaat* te beschermen. Urgenda wendt zich tot de derde macht en begint de strijd tegen de wetgevende en uitvoerende macht. Bij de rechtbank wint hij en ook bij het hof wordt Urgenda in het gelijk gesteld. Het hof komt met het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en verplicht de Staat tot CO₂-vermindering. Het hof beperkt in zijn uitspraak de beleidsvrijheid van de Staat door het vaststellen van de (minimale) omvang van deze reductie. De wijze waarop die reductie vervolgens tot stand moet komen is geheel aan de beide andere staatsmachten. De reacties op de uitspraken varieerden van (vrij vertaald) 'goed dat de rechtspraak hier zijn verantwoordelijkheid

1 Zie A. de Lange, 'De kracht van de derde macht', in: M. Noordegraaf, C.E. du Perron & S. Verberk (red.), *Innoverende hoven gewogen. Over de achtergronden en effecten van vernieuwingen in de appelrechtspraak* (Rechtstreeks 2020, nr.1), Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2020, p. 77 e.v.

neemt'² tot 'de rechtspraak gaat op de stoel(en) van de wetgevende en uitvoerende macht zitten'.³ Dit laatste is ook de reden waarom de verantwoordelijke minister in cassatie is gegaan. De regering is bang dat de uitspraak van het hof grote gevolgen kan hebben voor de vrijheid van de regering bij het maken van beleid, ook op andere beleidsterreinen. De Hoge Raad heeft het cassatieberoep verworpen overeenkomstig het advies van de procureur-generaal.⁴ De vijfde macht heeft in deze casus zijn tanden laten zien, en inderdaad: de twee staatsmachten – de wetgevende en de uitvoerende macht – schrikken ervan.

Ook op het terrein van de *biodiversiteit* is vorig jaar een Ngo – in dit geval de Stichting Werkgroep Behoud de Peel – in rechte de strijd aangegaan met het college van Gedeputeerde Staten van Noord-Brabant bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling). Ook in deze zaak ging het in de kern om regeringsbeleid, het Programma Aanpak Stikstof (hierna: het PAS). In zijn uitspraak van 29 mei stelde de Afdeling vast dat het PAS geen basis is voor toestemming voor activiteiten die mogelijk schadelijk zijn voor beschermde natuurgebieden.⁵ De uitspraak heeft betrekking op de stikstofuitstoot door veehouderijen, maar de reikwijdte ervan is veel groter. Veel infrastructurele werken en bouwplannen/uitbreidingsplannen kwamen in het gedrang. Veel (bouw)projecten staan deels nog steeds *on hold*. Kortom, een uitspraak, geëntameerd door de vijfde macht met grote gevolgen voor de vrijheid van de regering bij het maken van beleid op het terrein van biodiversiteit.

Ook in het strafrecht is de vijfde macht actief. Op 11 september 2015 heeft de Groninger Bodem Beweging (hierna: de GBB) aangifte gedaan tegen de Nederlandse Aardoliemaatschappij (hierna: de NAM). De NAM zou door het onttrekken van aardgas aan de bodem verantwoordelijk zijn voor *bodembevingen* die aanzienlijke schade veroorzaken aan woningen en boerderijen. Het Openbaar Ministerie heeft al snel daarna – nog geen drie maanden later – op 8 december 2015 besloten niet tot vervolging over te gaan. De GBB is vervolgens een beklagprocedure gestart bij het hof Arnhem-Leeuwarden. Het hof heeft op 20 april 2017 het Openbaar Ministerie gelast (nader) strafrechtelijke onderzoek te doen. Volgens het hof zijn er aanwijzingen dat de NAM zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van artikel 170 Sr (het beschadigen van woningen waardoor levensgevaar te duchten is). Het Hof stelt dat 'een onderzoek naar de bewijsbaarheid van dat feit ten onrechte achterwege is gebleven'. Daarna kan definitief worden beoordeeld of vervolging moet

2 Zie onder meer J. Fleuren, 'Urgenda en niet(?)-rechtstreeks werkend internationaal (klimaat)recht', *NJB* 2019/475.

3 Zie onder meer W. Voermans, 'Staat moet wél in hoger beroep gaan', *De Volkskrant* 28 augustus 2015.

4 Zie HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR: 2019:2006, *NJB* 2020/19.

5 De Afdeling is daarbij overigens 'niet over een nacht ijs gegaan'. In mei 2017 heeft de Afdeling prejudiciële vragen gesteld aan het Europese Hof van Justitie en die oordeelde in november 2018 dat het positieve effect van de maatregelen die in de PAS zijn opgenomen vóóraf vast moet staan. Pas dan kan de overheid een nieuwe activiteit toestaan. Zie ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, *NJB* 2019/1380.

plaatsvinden.⁶ Door degenen die namens de GBB de beklagprocedure hebben geïnitieerd is het een historische beslissing genoemd. ‘De vervolging opent voor Groningers die schade hebben geleden de mogelijkheid om via het strafproces hun schade geheel of gedeeltelijk vergoed te krijgen en de verantwoordelijke bestuurders riskeren een jarenlange gevangenisstraf.’⁷ Of de beslissing nu al historisch genoemd kan worden en of de door de klagers genoemde consequenties realiteit worden, laat ik maar even in het midden. Het is in elk geval een opvallende uitspraak met mogelijk grote gevolgen voor partijen en eventueel ook voor de vrijheid van de regering bij het maken van beleid. Ook in deze casus toont de vijfde macht strijd lust.

Wat mij opvalt, is de haastige sepotbeslissing van het Openbaar Ministerie en dat in zo’n complexe zaak. Dat is ook de kern van wat het hof het Openbaar Ministerie verwijt: ‘een onderzoek naar de bewijsbaarheid van dat feit is ten onrechte achterwege gebleven’. Het is alsof het Openbaar Ministerie de vingers niet aan zo’n politiek gevoelige kwestie heeft willen branden. Als dat zo is, dan is het alleen al om die reden goed dat een Ngo een beklagprocedure is begonnen.

1.2 *De rode draad in deze bijdrage*

Eerst zal ik ingaan op wat ik ‘collectieve rechtsgoederen’ noem. Het zijn de rechtsgoederen waar de Ngo’s zich sterk voor maken. Dat doe ik aan de hand van een (rechts)theoretisch kader dat ik eerder heb opgesteld en daarna in diverse publicaties heb gebruikt.⁸ Vervolgens zal ik de relevante en tegelijkertijd ook dominante positie van het Openbaar Ministerie en de consequenties daarvan bespreken. Ik sluit af met een ontdekkingstocht naar de (on)mogelijkheden van artikel 12 Sv voor de vijfde macht en het belang ervan voor de rechtsorde.

6 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 20 april 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:3248, NJFS 2017/131.

7 Zie C. Grol, ‘Hof gelast strafrechtelijk onderzoek tegen de NAM’, *Financieel Dagblad* 20 april 2017.

8 Zie onder meer A. de Lange, ‘De strafrechtelijke bescherming van een collectief rechtsgoed’, *Trema* 2004(2); A. de Lange, ‘De strategische terugtocht van een monopolist’, *Strafblad* 2010(4), p. 176 e.v.; A. de Lange, ‘Straffen buiten het strafrecht om’, *Strafblad* 2004(4), p. 179 e.v.; zie ook A. de Lange, ‘De terugkeer van de bestuurlijke partij in het strafproces’, in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht. Liber amicorum J.M. Reijntjes*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 417-436.

2 COLLECTIEVE RECHTSGOEDEREN

2.1 *De gelaagdheid van het strafbare feit*

In eerdere publicaties heb ik het (rechts)theoretisch kader uitvoerig besproken. Ook in deze bijdrage is het kader naar mijn idee bijzonder bruikbaar. Een strafbaar feit bestaat uit meerdere lagen. Een vechtpartij op straat waar rake klappen vallen, kan als openlijke geweldpleging ex artikel 141 Sr worden gekwalificeerd. De vechtpartij is een inbreuk op de rechtsorde, maar ook de openbare orde in de buurt wordt verstoord en de klappen die worden uitgedeeld, hebben ongetwijfeld tot gevolg dat één of meer personen pijn onderkennen. Hierna wordt de gelaagdheid van het strafbare feit verder uitgediept. Hierbij wordt het begrip ‘rechtsgoed’ gebruikt, omdat de term zo mooi weergeeft dat er met het (straf)recht ook een ‘goed’ wordt beschermd, waarop iemand als individu of deel uitmakend van een collectief op enigerlei wijze ‘recht’ heeft. Door het ‘goed’ centraal te stellen wordt de inbreuk concreet, in veel gevallen zelfs fysiek. Ik maak onderscheid tussen het individuele rechtsgoed en het collectieve rechtsgoed.

2.2 *Het individuele rechtsgoed*

Een individueel rechtsgoed is een materieel of immaterieel ‘goed’ waarop een individu een ongedeelde ‘recht’ heeft. Ongedeeld in de zin dat het recht niet met een ander hoeft te worden gedeeld. Vaak gaat het om het recht van eigendom op bijvoorbeeld een fiets of in het voorbeeld van zojuist, het recht op een ongeschonden lijf of eer.⁹ Het niet respecteren van het recht van het individu op een goed is allereerst een inbreuk op de private rechtsrelatie van de rechthebbende op het goed. Het is een onrechtmatige daad. Hij is ook als eerste aan zet om het eigen rechtsgoed te beschermen en bij een inbreuk zo nodig (rechts)actie te ondernemen. De betreffende inbreuk is echter tegelijkertijd een inbreuk op de rechtsorde en die is van morele betekenis. Die kan zelfs zodanig zijn dat de inbreuk op de rechtsorde – en daarmee de inbreuk op de private rechtsrelatie op het rechtsgoed – door de wetgever als een strafbaar feit wordt aangemerkt. Dat is zo bij diefstal, vernieling, verkrachting, etc. De kern van het strafbaar feit is de inbreuk op de private rechtsrelatie tot het individuele rechtsgoed. Zonder die inbreuk is er immers ook geen strafbaar feit.

9 Zo beschermt artikel 310 Sr het eigendom, terwijl artikel 300 Sr de lichamelijke integriteit als rechtsgoed beschermt.

2.3 *Het collectieve rechtsgoed*

Relevant voor deze bijdrage is het collectieve rechtsgoed, omdat Ngo's zich hier vaak over ontfermen. Evenals het individuele rechtsgoed kenmerkt het zich door 'private' rechtsrelaties. Het ligt in dit geval een stuk complexer, omdat het vaak om heel veel (gedeelde) rechtsrelaties gaat, zoals het recht op de volksgezondheid, het milieu, het welzijn, de vrije markt. Ook hier geldt het uitgangspunt dat het in eerste instantie aan de rechthebbende is om het eigen rechtsgoed te beschermen en waar nodig (rechts)actie te ondernemen. Het probleem is dat de afzonderlijke private rechthebbenden die aanspraak kunnen maken op het onverdeelde rechtsgoed vaak niet te duiden zijn. Is dat wel het geval, dan zijn er maar weinigen in staat en/of voelen zich verantwoordelijk de noodzakelijke (rechts)acties te ondernemen. Gelukkig is er dan de vijfde macht. Het zijn de Ngo's, zoals de milieuorganisaties, de vakbonden, de consumentenorganisaties, etc. die zich hier sterk voor willen maken. Een inbreuk op de (vele) rechtsrelaties met het rechtsgoed is tegelijkertijd ook een inbreuk op de rechtsorde en die is van morele betekenis. Ook hierbij geldt dat er inbreuken zijn die door de wetgever zodanig ernstig worden genomen dat zij die als strafbaar feit kwalificeert. De kern van het strafbaar feit is ook in dit geval de inbreuk op de (vele) private rechtsrelaties tot het collectieve rechtsgoed.

2.4 *De ordening als derivaat van het collectieve rechtsgoed*

Bij de collectieve rechtsgoederen is er nog een laag te onderscheiden. Het is de ordening. Die heeft betrekking op het inrichten en beheren van een collectief rechtsgoed – zoals de volksgezondheid, het milieu, het welzijn, de vrije markt – door een bestuurlijke autoriteit. De autoriteit die (bij wet) met de ordening is belast, heeft daartoe regulerende bevoegdheden, zoals het verlenen van vergunningen, veelal onder voorwaarden. Het handelen zonder vergunning of in strijd met de voorwaarden moet worden aangemerkt als een schending van publieke rechtsrelaties en is daarmee tevens een inbreuk op de rechtsorde. Inbreuken hierop worden in beginsel via het bestuursrecht gehandhaafd. Vele ervan worden echter door de wetgever als zodanig immoreel aangemerkt dat ze strafbaar zijn gesteld. De kern van het strafbaar feit is hier de inbreuk op de publieke rechtsrelatie bij de ordening van het collectieve rechtsgoed.

2.5 *De rechtsorde*

Relevant voor deze bijdrage is ook de rechtsorde. Op grond van artikel 124 Wet RO is het Openbaar Ministerie belast met de strafrechtelijke handhaving van die 'rechtsorde'. Strikt genomen is het dus de rechtsorde die via het strafrecht wordt beschermd. De rechtsorde

bestaat echter uit tal van rechtsrelaties, zoals hiervoor geschetst. Het zijn private rechtsrelaties die betrekking hebben op individuele rechtsgoederen, zoals het eigendomsrecht op een fiets die wordt gestolen. Dat is een onrechtmatige daad. Als er een inbreuk wordt gemaakt op een collectief rechtsgoed levert dit niet alleen een onrechtmatige daad op tegen vele rechthebbenden die zich doorgaans laten vertegenwoordigen door Ngo's. Ook publieke rechtsrelaties die betrekking hebben op de ordening van bijvoorbeeld een schoon milieu maken onderdeel uit van die rechtsorde. Er zijn, zoals gezegd, tal van inbreuken op die rechtsorde die door de wetgever zo ernstig worden genomen dat ze als strafbaar feit worden aangemerkt. In dat geval is een inbreuk op de rechtsorde ook een inbreuk op de rechtsrelatie met de Staat. Aan de bescherming van de rechtsorde ontleent de Staat, en voor deze de officier van justitie, zijn titel om zich te bemoeien met een van oorsprong privaat en/of publiek geschil.

Die bemoeienis was hard nodig in het verleden en nog steeds, maar die kan ook te ver gaan.

3 EEN RELEVANTE EN (MOGELIJKE TE) DOMINANTE POSITIE VAN HET OPENBAAR MINISTERIE

3.1 *(Rechts)orde in de chaos*

In de periode van voor de Verlichting was het strafrecht vrijwel volledig in handen van de bestuurlijke autoriteiten en het werd dan vooral ingezet bij de ordening (als derivaat) van de collectieve rechtsgoederen.¹⁰ Het werd politiek aangestuurd en vooral instrumenteel ingezet. Het was arbitrair en gebaseerd op een verzameling van gebruiken, uitgangspunten, private en publieke belangen, een mix van gewoonterecht, Romeins recht, Mozaisch recht, canoniek recht, deels opgetekend in rechtsboeken al dan niet in de eigen landstaal.¹¹ De autoriteiten hadden het voor het kiezen. Degenen die verantwoordelijk voor een inbreuk op rechtsgoederen werden gehouden, werden geconfronteerd met uiteenlopende interventies in vergelijkbare situaties. Het zorgde voor veel rechtsonzekerheid.¹² Kortom; *de* gelegenheidsstructuur voor willekeurig en snoeihard straffen. Dat was toen ook de realiteit.

10 Zie A. de Lange 2020, p. 77 e.v.

11 Zie D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, 15^e druk, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 46

12 Zie uitgebreid hierover in: S. Faber, *Strafrechtspleging en criminaliteit in Amsterdam 1680-1811. De nieuwe menslievendheid*, Arnhem: Gouda Quint 1983.

In reactie hierop is tijdens de Verlichting het idee van de ‘rechtstaat’ geboren.¹³ Hervormers kwamen met het concept waarin de gemeenschap en de Staat een sociaal contract sloten, waarbij de (straf)wet de reflectie van de wil van de gemeenschap was. Eén van de hervormers was Beccaria. Ook hij vond dat het toedienen van straf niet langer afhankelijk mocht zijn van de willekeur van bestuurlijke autoriteiten. De Staat was als contractant verantwoordelijk voor het handhaven van de rechtsorde. Volgens hem kon er ook geen straf worden opgelegd zonder voorafgaande wettelijke bepaling.¹⁴ Hij wordt gezien als *de* grondlegger van het huidige staatsgeoriënteerde strafrecht. Vanaf dat moment werden inbreuken op rechtsgoederen ook in termen van schending van het recht (de wet) gedefinieerd. Het geschonden ‘recht’ stond centraal, en niet langer de relatie met het geschonden ‘goed’. Degene die namens de Staat gaat interveniëren is de officier van justitie. Op grond van de *Code d’Instruction Criminelle* was hij bevoegd *alle* misdaden en wanbedrijven te vervolgen. Hij bracht daarmee (rechts)orde in de chaos.

3.2 *Te ver doorgesloten*

Die prominente positie van de officier van justitie was voor de rechtsorde hard nodig, maar die heeft ook een schaduwzijde. Zo hebben de benadeelde rechthebbenden op de verschillende rechtsgoederen steeds minder in te brengen. Aanvankelijk was er nog de bevoegdheid om zich via de ‘*action directe*’ te voegen, maar ook dat heeft niet lang geduurd.¹⁵ Al in 1838 kreeg de officier van justitie van de wetgever het vervolgingsmonopolie.¹⁶ De private en bestuurlijke rechthebbenden op geschonden rechtsgoederen werden daarmee (vrijwel) geheel uit het script geschreven. Daar komt nog bij dat in het huidige wetboek uit 1926 het criterium ‘algemeen belang’ is ingevoerd, waar de officier van justitie zijn vervolgingsbeleid aan zou moeten toetsen. Een naar mijn mening uitermate vaag criterium, waarvan wel wordt gezegd dat het is als de hoge hoed van de goochelaar waar hij uit kan halen wat hij er eerst zelf heeft ingestopt.¹⁷ Het ‘algemeen belang’ is hooguit een afgewogen abstractie van een veelvoud aan verschillende deelbelangen, waarbij een directe relatie met de verschillende rechtsgoederen op z’n minst zwak is te noemen.¹⁸ Die deelbelangen werden

13 Zie M. Ignatieff, ‘State, Civil Society, and Total Institutions: A Critique of Recent Social Histories of Punishment’, in: S. Cohen & A. Scull (ed.), *Social Control and the State. Historical and comparative essays*, Oxford: Martin Robertson 1983, p. 75 e.v.

14 Dit uitgangspunt is in ons huidige wetboek in artikel 1 Sr, eerste lid, verwoord.

15 Zie W. Boot, *De afhankelijkheid van het Openbaar Ministerie ten opzichte van het instellen der Strafvordering* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: P.J. Portielje 1885, p. 76 e.v.

16 T.M. Schalken, ‘De rechtspositie van de benadeelde partij in het systeem van de Nederlandse strafvordering’, *DD* 1980, p. 266-278.

17 Zie A.C. ’t Hart, ‘Algemeen belang en opportuniteit als rechtsoordelen’, in: T.M. Schalken e.a., *De inhoud van het gezag. Vier preadviezen* (OM Publicatierreeks), Den Haag: Openbaar Ministerie 1996, p. 89.

18 Zie ook A. de Lange 2005.

destijds door de wetgever ook gewantrouwd. Het is echter hoogst onwaarschijnlijk dat de wetgever destijds heeft voorzien dat het Openbaar Ministerie te kampen zou krijgen met een zodanig groeiend aanbod aan strafzaken dat het zich genoodzaakt zag steeds meer zaken in het voortraject via een transactie of een (voorwaardelijk) sepot af te doen, en dat in het verlengde hiervan zo rond de jaren '70 van de vorige eeuw het uitgangspunt bij het toepassen van het opportuniteitsbeginsel wijzigde van 'vervolgen, tenzij' in 'niet-vervolgen, tenzij'.¹⁹ De wetgever heeft evenmin kunnen vermoeden dat de maatschappij zoveel complexer zou worden. Had hij dat allemaal wel voorzien, dan had hij vermoed ik de officier van justitie nooit op pad gestuurd met een kompas waarvan de naald ontbreekt. Ik doel dan op de naald die naar de geschonden rechtsgoederen wijst. Dat zijn weliswaar deelbelangen, maar ook die horen te worden meegewogen en bepalen mede de richting.

Het is zeker niet zo dat deelbelangen de strafrechtspleging hinderen. Integendeel, door deelbelangen te expliciteren is het juist eenvoudiger om er het juiste gewicht aan toe te kennen om vervolgens als strafrechter de juiste beslissing te kunnen nemen. En wie is er beter in staat om een deelbelang inhoudelijk te expliciteren dan degene op wiens rechtsgoed inbreuk is gemaakt? Dit geldt ook, en misschien wel in het bijzonder, voor de Ngo die zich sterk maakt voor het beschermen van het collectieve rechtsgoed.

De mogelijkheden zijn echter beperkt. Er kan om te beginnen aangifte worden gedaan waarin de deelbelangen kunnen worden geëxpliciteerd. Maar een aangifte kan het Openbaar Ministerie ook naast zich neer leggen. Dat vraagt om controle. Vandaar dat in 1926 in het Wetboek van Strafvordering artikel 12 werd opgenomen.²⁰ Daarin staat met zoveel woorden dat, als een strafbaar feit niet wordt vervolgd of de vervolging niet wordt voortgezet, de belanghebbende daarover kan klagen bij het hof. Die kan de advocaat-generaal bevelen de vervolging in te stellen of voort te zetten. Als een inbreuk op een rechtsgoed dat als strafbaar feit is gedefinieerd wordt geseponeerd, is de beklagprocedure voor de rechthebbende nog de enige mogelijkheid om zijn of haar deelbelang alsnog naar voren te kunnen brengen en nu bij een rechter, in dit geval het hof. Het is dan ook van het allergrootste belang dat in die procedure de rechthebbende alle ruimte krijgt zijn deelbelang alsnog te expliciteren. Bezien vanuit het (rechts)theoretisch kader, zoals hiervoor geschetst, zou dat ook volkomen terecht zijn. Zonder de inbreuk op de rechtsrelatie(s) van het onderliggende rechtsgoed is er immers geen strafbaar feit.

19 Dit uitgangspunt werd kenbaar gemaakt in het eerste jaarverslag van het Openbaar Ministerie in 1970, zie *Kamerstukken II 1971/72*, 11500 VI, nr. 3, bijlage IV. Daar is nu ook de strafbeschikking bijgekomen, waarmee het Openbaar Ministerie voor een beperkte categorie strafzaken zonder tussenkomst van de rechter zelf kan straffen.

20 De beklagmogelijkheid is er gekomen ter voorkoming van willekeur bij het Openbaar Ministerie. Zij diende als correctie op een eventueel verkeerd gebruik van het opportuniteitsbeginsel, zelfs als de minister zou instemmen met niet vervolgen. Zie *Kamerstukken II 1913/14*, 286, nr. 3, p. 54-55 en 103.

Degenen wiens individuele rechtsgoed wordt geschonden, vinden hun weg wel. Verreweg de meeste beklagzaken hebben betrekking op een schending van een relatie met een individueel rechtsgoed. Problematischer ligt het bij inbreuken op collectieve rechtsgoederen. Zoals in het (rechts)theoretisch kader is weergegeven, zijn het vooral de bestuurlijke autoriteiten die bij het beschermen van deze rechtsgoederen via de ordening ervan een belangrijke rol spelen. Juist die zijn nu afgehaakt. Zij zijn zelf gaan straffen via de bestuurlijke boete. Er is vrijwel geen bijzondere wet waarin die mogelijkheid niet wordt geboden. De Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht voorziet in een algemene regeling van de bestuurlijke boete en de daarbij in acht te nemen waarborgen, die vrijwel gelijk zijn aan die in het strafrecht.²¹ Volgens vaste Europese jurisprudentie wordt het opleggen van een bestuurlijke boete ook als een *criminal charge* aangemerkt. Er wordt door verschillende bestuurlijke autoriteiten, zoals de Autoriteit Financiële Markten en de Autoriteit Consument en Markt ruim gebruik van gemaakt.²² Er worden soms ook torenhoge boetes opgelegd. Weer andere autoriteiten maken er nauwelijks gebruik van. De (formele) reden dat er ruim baan is gegeven aan de bestuurlijke boete is dat er in het strafrecht sprake zou zijn van een serieus handhavingstekort.²³ Ik vraag mij af of dit de enige reden is. Ik geloof zeker dat er een handhavingstekort is. In een rechtstaat is dat misschien ook niet eens zo erg. Schaarste is ook een kwestie van prioriteiten stellen. Juist daar ligt voor de bestuurlijke autoriteiten wellicht het probleem. Ze zijn in dat opzicht afhankelijk van het Openbaar Ministerie. Ik kan mij dan ook niet aan de indruk onttrekken dat dit een belangrijke reden is geweest waarom de bestuurlijke boete door de wetgevende macht zo ruimhartig is ingevoerd. De uitvoerende macht wil zelf aan het stuur zitten. Daarmee lijken de tijden van voor de Verlichting te zijn weergekeerd. Het voordeel is wel dat er weer een relatie is met inbreuken op collectieve rechtsgoederen via de ordening als derivaat ervan. Zo bezien lijkt deze trend te passen in het in het voorgaande geschetste (rechts)theoretisch kader. Toch ontbreekt er een wezenlijk element en dat is de rechtsorde. De afspraak in onze rechtstaat is immers dat het Openbaar Ministerie belast is met de strafrechtelijke handhaving van die rechtsorde. De bestuurlijke boete is een vorm van punitieve handhaving en die wordt nu, net zoals in de periode van voor Verlichting, vooral politiek gestuurd. Het is in eerste instantie de uitvoerende macht die bepaalt wie er wordt beboet. Hoewel de bestuursrechter nog kan corrigeren, is er reden tot bezorgdheid op dat punt. Ik citeer de minister van Justitie:

‘Als gevolg van deze ontwikkelingen, waarmee tegemoet werd gekomen aan de specifieke handavingsbehoeften op deelterreinen van het recht, is inmiddels

21 Zie de Wet van 25 juni 2009 tot aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht), *Stb.* 2009, 264 (i.w.tr. op 1 juli 2009).

22 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 9.

23 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31700 VI, nr. 69, p. 4.

wel een grote variëteit ontstaan in sanctiestelsels en tot sanctieoplegging bevoegde organen. Daarmee kan de coherentie in de handhaving onder druk komen te staan.²⁴

Dat is nu precies de reden waarom de officier van justitie belast is met de rechtsorde. In mijn opvatting maakt de coherentie in de handhaving daar een wezenlijk onderdeel van uit. In dat verband is ook nog van belang dat met de bestuurlijke boete de bestuurders van grote bedrijven niet strafrechtelijk ter verantwoording worden geroepen. Des te belangrijker wordt dan de rol van de Ngo's. Die zouden zich wat mij betreft vaker kunnen melden in het strafproces door aangifte te doen bij inbreuken op die collectieve rechtsgoederen waar zij zich verantwoordelijk voor voelen. En als er onverhoopt geseponeerd wordt, laten zij zich dan wenden tot het hof. De rechtsgoederen hebben er baat bij, maar ook de rechtsorde.

4 EEN ONTDEKKINGSTOCHT NAAR DE (ON)MOGELIJKHEDEN VAN ART 12 SV VOOR DE VIJFDE MACHT

4.1 *Een ontdekkingsstocht naar de juridische (on)mogelijkheden*

Niet alleen de rechtsorde is gebaat bij de inbreng van Ngo's in het strafproces. Ook voor de rechthebbenden op het collectieve rechtsgoed kan het strafproces een meerwaarde hebben. Zo kunnen via het strafproces ook de bestuurders/leidinggevenden van grote bedrijven ter verantwoording worden geroepen, waarbij een gevangenisstraf niet wordt uitgesloten. Dit heeft meer impact op de onderneming dan alleen een boete. De bescherming van het collectieve rechtsgoed is dan wellicht beter gegarandeerd. Het biedt de Ngo ook de mogelijkheid zich namens de vele rechthebbenden op het collectieve rechtsgoed, in de strafprocedure als benadeelde partij te voegen met een vordering tot schadevergoeding.²⁵ Als de vordering wordt toegewezen, wordt er vaak ook de strafrechtelijke maatregel van artikel 36f Sr opgelegd. De inning verloopt dan via de Staat en de maatregel wordt met vervangende hechtenis ondersteund. Belangrijk is dat hiermee de relatie (in financiële zin) met het geschonden rechtsgoed wordt hersteld. De impact van deze civiele vordering op de strafrechtspleging is ook groter dan deze op het eerste gezicht lijkt. De Ngo bepaalt met zijn vordering immers mede de samenstelling van het sanctiepakket en daarmee ook de uitkomst van het geding. Zijn positie wordt ook almaar sterker. Als vertegenwoordiger

²⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29849, nr. 30, p. 2.

²⁵ Zie de Wet van 23 december 1992 tot aanvulling van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Wet voorlopige regeling schadefonds geweldsmisdrijven en andere wetten met voorzieningen ten behoeve van slachtoffers van strafbare feiten (*Stb.* 1993, 29).

van de vele slachtoffers heeft hij – afhankelijk van de ernst van het delict – spreekrecht en mag zich zelfs uitlaten over het bewijs en een passende straf.²⁶

De beklagprocedure is in feite de enige mogelijkheid die een Ngo nog heeft om zijn belang te expliciteren als de vervolgingsbeslissing voor hem negatief uitpakt. Dit belang weegt zwaar. Zo zwaar zelfs dat het op zich al voldoende kan zijn om een klacht ex artikel 12 Sv gegrond te verklaren.²⁷ Vanuit het perspectief van het (rechts)theoretisch kader is het eigenlijk ook niet goed uit te leggen dat het Openbaar Ministerie een zaak seponeert en daarmee impliciet beslist dat daarmee ook de inbreuk op de private en publieke rechtsrelaties tot de onderliggende rechtsgoederen niet aan de rechter wordt voorgelegd, terwijl die inbreuk nu juist de kern is van het strafbare feit. Zonder die inbreuk op de private of publieke rechtsrelatie(s) is er immers überhaupt geen sprake van een strafbaar feit. Invloed van de rechthebbenden (in dit geval vertegenwoordigd door een Ngo) op het onderliggende collectieve rechtsgoed zou dan ook zeker op zijn plaats zijn. Gelet hierop moet hij hiertoe ook alle ruimte krijgen. Het is inhoudelijk ook verstandig hem die ruimte te geven. Hoewel de Ngo strikt genomen geen bemoeienis heeft met de handhaving van de rechtsorde – dat is immers de taak van het Openbaar Ministerie – heeft hij verreweg de meeste kennis van de impact en daarmee ook de ernst van de inbreuk. Die informatie is voor het Openbaar Ministerie en de beklagrechter belangrijk bij de uiteindelijke oordeelsvorming over de immoraliteit van de inbreuk en dus ook bijzonder bruikbaar bij de beslissing of er al dan niet moet worden vervolgd.

Voor een Ngo als klager zijn er nog wel een aantal hobbels te nemen. Zoals in het (rechts)theoretisch kader is verwoord, kenmerkt een collectief rechtsgoed zich door heel veel en tegelijkertijd ook gedeelde ‘private’ rechtsrelaties. De afzonderlijke private rechthebbenden die aanspraak (kunnen) maken op het onverdeelde rechtsgoed zijn dan ook vaak niet te duiden. Dit maakt het rechtsgoed kwetsbaar. Ook al meldt er zich een private klager, dan nog zal het een probleem zijn hem als rechtstreeks belanghebbende in de zin van artikel 12 Sv aan te merken. Gelukkig zijn er dan de Ngo’s, zoals milieuorganisaties en consumentenorganisaties die zich sterk maken voor het behoud van een rechtsgoed. Zij maken ook een gerede kans om als rechtstreeks belanghebbende in de zin van artikel 12 Sv te worden aangemerkt. De Ngo moet dan aantonen dat hij zich daadwerkelijk bezighoudt met het beschermen van het onderliggende collectieve rechtsgoed.²⁸ Als er dan vervolgens wordt vervolgd, komt de volgende hobbel in zicht. Het is voor een Ngo nog niet zo eenvoudig om invulling te geven aan het criterium ‘rechtstreekse schade’ als hij zich wil voegen

26 Zie slachtofferhulp.nl/strafproces/spreekrecht/.

27 Zie Hof 's-Hertogenbosch 15 januari 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AA9797.

28 Artikel 12 Sv, tweede lid. Zie onder meer ook Hof Leeuwarden 30 juli 1976, ECLI:NL:GHLEE:1976:AB6454, NJ 1977/120.

als benadeelde (civiele) partij in het strafproces. Dat hoeft op zich geen probleem te zijn. Ook belangengroepen kunnen zich voegen als zij door het strafbare feit getroffen zijn in een belang dat de betrokken bepaling beoogt te beschermen. De hobbel zit hem in het laatste. Veel strafbepalingen beogen (slechts) de ordening te beschermen en dat is nu juist het belang van een bestuurlijke autoriteit. Zoals hiervoor is opgemerkt, zijn die afgehaakt. Toch zijn er ook voldoende bepalingen in het Wetboek van Strafrecht die wel matchen met de doelstellingen van een Ngo, waarmee aan het criterium ‘rechtstreekse schade’ kan worden voldaan. Neem artikel 170 Sr (het beschadigen van woningen waardoor levensgevaar te duchten is) in de casus uit de inleiding, waar de beklagprocedure tegen het niet vervolgen van de NAM aan de orde was.²⁹ Met dit voorbeeld ben ik meteen bij de praktijk aangeland.

4.2 *Een ontdekkingsstocht naar de (on)mogelijkheden in de praktijk*

Ik bespeur een trend dat Ngo's zich vaker in het strafproces melden door aangifte te doen van een inbreuk op een collectief rechtsgoed. Er is een toenemend aantal beklagzaken die door de vijfde macht worden geëntameerd. In de inleiding noemde ik al de klacht tegen het niet vervolgen van de NAM voor schade aan woningen door bodembevingen als gevolg van het onttrekken van aardgas aan de bodem. Ik bespreek hierna kort nog twee andere beklagzaken die door de vijfde macht zijn geïnitieerd. Het zijn zaken die blijk geven dat er inderdaad sprake is van een ontdekkingsstocht naar de (on)mogelijkheden die artikel 12 Sv de vijfde macht biedt. Inherent hieraan is dat het met wisselend succes plaatsvindt.

De eerste beklagzaak die ik bespreek, heeft betrekking op het collectieve rechtsgoed *volksgezondheid*. In 2016 is er namens een aantal maatschappelijke organisaties aangifte gedaan tegen de vier grootste tabaksproducenten in Nederland. De aanklacht was zware mishandeling met de dood tot gevolg en valsheid in geschrifte. Moderne (filter)sigaretten zouden verslavender en giftiger zijn dan door deze bedrijven is gecommuniceerd. Het Openbaar Ministerie liet weten dat het geen mogelijkheden zag voor een kansrijke vervolging en seponeerde. Er is vervolgens door de aangevers een beklagprocedure gestart. Het hof concludeert dat de sepotbeslissing waartegen de klacht zich richt op goede gronden berust, aangezien het handelen van beklagden niet valt te brengen onder de delictomschrijvingen van de in de aangifte en de klacht genoemde artikelen van het Wetboek van Strafrecht. Het hof denkt mee, maar ziet ook geen overtreding van enige andere strafbepaling die aanknopingspunten zou bieden voor strafvervolging. Een strafvervolging van de tabaksproducenten met enige kans van slagen is in het licht van de huidige Nederlandse en

²⁹ Uiteraard moet nog worden gezien of er een bevel tot vervolging komt, wat het resultaat van die vervolging dan zou zijn en hoe dan over de vordering tot schadevergoeding wordt beslist.

Europese wet- en regelgeving niet haalbaar. Over ingrijpende maatregelen, zoals een verbod op de productie en verkoop van tabak, die conform de richtlijnen is geproduceerd, kan alleen door de wetgever – na afweging van alle belangen – worden beslist. Het uiteindelijk na te streven doel van klagers, te weten het uitbannen van sigaretten en het creëren van een rookvrije generatie, zal – hoe maatschappelijk relevant dat streven ook is – niet via het strafrecht bereikt kunnen worden. Daarvoor zal een beroep gedaan moeten worden op de (Europese) wetgever. Klagers zijn bij het hof dan ook aan het verkeerde adres.³⁰ De mogelijkheden die de beklagprocedure de vijfde macht biedt, wordt in dit geval begrensd door de taakverdeling binnen de *Trias Politica*. In reactie op de uitspraak liet de advocate weten: ‘We laten het er niet bij zitten en zullen met deze uitspraak in de hand in Den Haag (de wetgevende macht) aankloppen. Een grote maatschappelijke verandering bereik je niet in één keer, maar stap voor stap.’³¹

De tweede beklagzaak heeft betrekking op het collectieve rechtsgoed *financiële markten* met als extra dimensie dat mogelijk in strijd met de rechtsorde bestuurders van grote bedrijven niet strafrechtelijk ter verantwoording worden geroepen. Het Openbaar Ministerie besloot in deze witaszaak de ING Bank niet te vervolgen. Deze keer in zijn hoedanigheid van bestuurlijke autoriteit is het Openbaar Ministerie met het bedrijf een schikking overeengekomen voor een bedrag van 775 miljoen.³² Hoewel in de transactieovereenkomst alleen de rechtspersoon ING wordt genoemd, acht het hof aannemelijk dat in het strafrechtelijk onderzoek naar de rechtspersoon ook de bij die rechtspersoon betrokken natuurlijke personen in ogenschouw zijn genomen en dat het Openbaar Ministerie daarmee ook de beslissing heeft genomen om geen vervolging in te stellen tegen de natuurlijke personen en dat er dus *impliciet* sprake is van een situatie van niet-vervolgen ten aanzien van de bestuursvoorzitter van ING Bank als ‘feitelijke leidinggever’ aan de door de bank verrichte verboden gedragingen. De verboden gedragingen betroffen onder meer het niet op orde brengen van het compliance-systeem en het negeren van waarschuwingen van De Nederlandse Bank en de Europese Centrale Bank op dit punt. Het systeem dat ING hanteerde om mogelijke misstanden te monitoren was bewust ingesteld op maximaal drie gevallen per dag. ING maakte mede daardoor jaarlijks 100 miljoen euro extra winst. Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie (hierna: SOBI) verzoekt het hof het Openbaar Ministerie te bevelen alsnog tot vervolging van de bestuursvoorzitter van ING Bank over te gaan. Door deze niet te vervolgen voorziet de stichting ‘een gevaarlijke verstoring van het maatschappelijk leven, het publieke debat en het financiële stelsel’. SOBI vreest dat wanneer de bestuurlijk verantwoordelijke niet strafrechtelijk wordt vervolgd het in de toekomst

30 Zie Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334, NJ 2019/136.

31 Zie ‘Verlies voor antirokers: tabaksindustrie kan niet worden vervolgd’, Rtlnieuws.nl, 6 december 2018.

32 Zie C. Driessen, ‘OM moet ING mogelijk toch vervolgen wegens witas’, NRC 2 oktober 2019.

vaker gaat gebeuren dat bestuurders die in de fout zijn gegaan ‘zich als het ware op kosten van de aandeelhouders vrijkopen door akkoord te gaan met zeer hoge boetes voor de vennootschap, waardoor het Openbaar Ministerie eerder bereid zal zijn af te zien van vervolging van de feitelijke leidinggevendenden. Het zijn de onschuldige aandeelhouders die het gelag betalen, terwijl de leidinggevende daders volledig vrijuit gaan.’³³ Kortom: de rechtsorde zou hier in het geding zijn.

5 TOT SLOT

De ontdekkingstocht is hiermee voorlopig tot een einde gekomen. De tussenbalans opmakend kom ik tot de conclusie dat er voor de vijfde macht voldoende kansen liggen om met succes de beklagprocedure af te ronden. Niet alleen de vele rechthebbenden op collectieve rechtsgoederen hebben hier baat bij. Het zou ook winst zijn voor de rechtsorde.

Het is een dun lijntje dat via de beklagprocedure naar de rechtsorde en vervolgens naar de onderliggende private en publieke rechtsrelaties tot collectieve rechtsgoederen loopt. De bestuurlijke autoriteiten die via de ordening van deze rechtsgoederen een substantiële rol zouden kunnen vervullen zijn afgehaakt en zijn zelf gaan straffen via de bestuurlijke boete. Het lijntje is mede daardoor kwetsbaar en dient dan ook te worden gekoesterd. In dat verband doe ik een oproep aan de vijfde macht (de Ngo’s) om zijn macht in te zetten en vooral door te gaan met zijn ontdekkingstocht naar de (on)mogelijkheden van artikel 12 Sv. Mijn oproep aan het Openbaar Ministerie is om de handhaving van de rechtsorde uiterst serieus te nemen en om die reden niet al te overhaast naar het sepot te grijpen. Een hof heeft hetzelfde criterium waaraan ook het Openbaar Ministerie toetst; hij kan het bevel weigeren op gronden aan het ‘algemeen belang’ ontleend.³⁴ Zoals gezegd is dit een uiterst ruim criterium. Ga daar dan ook in het voordeel van de rechthebbenden op de collectieve rechtsgoederen *en* in het belang van de rechtsorde ruimhartig mee om!

33 Zie sobi.nl/wp-content/uploads/2018/09/Persbericht-SOBI-inzake-vervolging-Ralph-Hamers-10-09-2018.pdf.

34 Zie ook M.J.A. Duker, ‘De toetsingsruimte van het hof in beklagzaken ex artikel 12 Sv’, *DD* 2009(5), p. 31-39.