

M.J.A. Duker¹

De toetsingsruimte van het hof in beklagzaken ex artikel 12 Sv²

32 *Bij een beklag tegen niet vervolgen velst het hof een zelfstandig oordeel over de vervolging (volle toetsing) en toetst het de beslissing van het openbaar ministerie dus niet slechts marginaal. Het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie en het opportunitetsbeginsel bieden echter argumenten voor een marginale toetsing en doen de vraag rijzen hoe de keuze voor een volle toetsing tot stand is gekomen. De wetsgeschiedenis laat zien dat de wetgever een volle toetsing heeft voorgestaan, maar zij berust in dat verband niet op een duidelijke en overtuigende argumentatie. Dat is aanleiding om een marginale toetsing te bepleiten. Bij een dergelijke toetsing zou een duidelijke motivering van de vervolgingsbeslissing centraal moeten staan.*

I Inleiding

Artikel 167 Sv bepaalt dat het openbaar ministerie tot vervolging overgaat indien het naar aanleiding van het ingestelde opsporingsonderzoek van oordeel is dat vervolging moet plaats hebben. Het spreekt voor zich dat het openbaar ministerie niet hoeft te vervolgen indien een veroordeling bijvoorbeeld wegens gebrek aan bewijs niet haalbaar is. Het kan volgens het tweede lid van artikel 167 Sv echter ook van vervolging afzien op gronden aan het algemeen belang ontleend.³ Die gronden duiden op de bevoegdheid niet te vervolgen als dat niet opportuun is (opportunitetsbeginsel). De aard of geringe ernst van het feit, maar ook persoonlijke omstandigheden kunnen reden zijn om het strafrecht niet in te zetten. De bevoegdheid om van

1 *Universitair docent Straff(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.*

2 Citeerwijze: M.J.A. Duker, 'De toetsingsruimte van het hof in beklagzaken ex artikel 12 Sv', *DD* 2009, 32.

3 Zie ook artikel 242 leden 1 en 2 Sv ten aanzien van de vervolgingsbeslissing na het voorbereidende onderzoek. Vgl. Aanwijzing gebruik sepotgronden (*Stc.* 2009, 795).

vervolging af te zien op gronden aan het algemeen belang ontleend is in beleid vertaald. Het openbaar ministerie heeft in vele richtlijnen genormeerd wanneer het afziet van vervolging. Vaak is in plaats daarvan een transactie en sinds kort ook de oplegging van een strafbeschikking voorgeschreven.

Op basis van artikel 12 Sv kan een rechtstreeks belanghebbende beklag doen bij het gerechtshof wanneer een strafbaar feit niet wordt vervolgd of de vervolging niet wordt voortgezet. Beklag is dus mogelijk als het openbaar ministerie de zaak seponeert, maar ook als het de zaak buitengerechtelijk afdoet met een transactie of een strafbeschikking.⁴ Het hof beveelt de vervolging als het van oordeel is dat vervolging plaats *had moeten hebben* en kan dat bevel ingevolge artikel 12i lid 2 Sv weigeren op gronden aan het algemeen belang ontleend. Het hof kan daarbij zo nodig bepalen ter zake van welk strafbaar feit wordt vervolgd en kan gelasten dat eerst een gerechtelijk vooronderzoek⁵ plaatsvindt of dat wordt gedagvaard.⁶ Het hof moet een oordeel vellen over de haalbaarheid van de zaak en over de opportuniteit van vervolging. Een vervolging is haalbaar wanneer een gereede kans op veroordeling bestaat.⁷ Een strafbaar feit kan echter zoveel ophef teweeg hebben gebracht dat de opportuniteit te vervolgen de twijfel over de haalbaarheid terzijde schuift. Er moet evenwel op zijn minst sprake zijn van een redelijke verdenking.⁸

Op basis van de wetsgeschiedenis wordt algemeen aangenomen dat het hof de beslissing van het openbaar ministerie om niet te vervolgen *vol* kan toetsen en niet behoeft te volstaan met een *margi-*

- 4 De oplegging van een strafbeschikking door het openbaar ministerie wordt aangemerkt als een daad van vervolging en daarmee wordt dus eigenlijk niet afgezien van vervolging. Het beklag is in zoverre met name een mogelijkheid openbare berechting te bewerkstelligen (*Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 16).
- 5 Naar toekomstig recht zal dit vermoedelijk een nader onderzoek door de rechter-commissaris betreffen (zie concept-wetsvoorstel Versterking rechtspositie rechter-commissaris zoals gepubliceerd op de website van het ministerie van Justitie).
- 6 Omdat de strafbeschikking wordt aangemerkt als vervolgingsdaad, heeft het hof voorts de bevoegdheid de oplegging van een strafbeschikking te bevelen indien richtlijnen van het openbaar ministerie daartoe de ruimte bieden (zie de laatste volzin van artikel 12i lid 1 Sv en *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 16-17).
- 7 J.B.J. van der Leij, aant. 5 op art. 12i Sv (suppl. februari 2008) in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, Kluwer (losbl.).
- 8 Zie bijvoorbeeld J.M. Reijntjes, aant. 6 op art. 167 Sv (suppl. oktober 2003) in: Melai/Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, Kluwer (losbl.); *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 3, p. 12.

nale toets.⁹ Enkele auteurs nemen die toetsingsbevoegdheid niet alleen aan, maar ondersteunen die ook uitdrukkelijk.¹⁰ Een volle toets betekent mijns inziens dat het hof niet de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie tot uitgangspunt neemt, maar zonder enige terughoudendheid een zelfstandig oordeel velt over de haalbaarheid en opportuniteit van vervolging. Dat kan een uitvoeriger onderzoek van de feiten vereisen dan bij een marginale toets gangbaar is, omdat het hof moet kunnen instaan voor zijn zelfstandige oordeel over de haalbaarheid en opportuniteit van vervolging. Deze bevoegdheid van het hof de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie vol te toetsen is opmerkelijk. Het openbaar ministerie, en niet de rechter, is immers belast met de vervolging en heeft via het opportuniteitsbeginsel de wettelijke bevoegdheid om van vervolging af te zien. Daarnaast kan een uitvoerig zelfstandig oordeel van het hof het risico opleveren dat het hof vooruitloopt op de uitkomst van de strafzaak.

Daarom is ook wel betoogd dat het hof de vervolgingsbeslissing slechts marginaal mag toetsen.¹¹ Onder een marginale toets versta ik dat het hof terughoudend toetst en slechts oordeelt of het openbaar ministerie in redelijkheid tot zijn vervolgingsbeslissing heeft kunnen komen. Daarbij staat de reden voor de vervolgingsbeslissing voorop en volgt slechts een bevel indien de argumenten van de klager aanmerkelijk zwaarder wegen dan die van het openbaar ministerie. Er kan doorgaans met een oppervlakkig onderzoek van de feiten worden volstaan, tenzij de aard van de zaak en de inhoud van het beklag anders vereisen. De beschikking van het hof in de zaak Wilders¹² zet deze discussie over de toetsing van de vervolgingsbeslissing mijns inziens op scherp. Het hof heeft in die zaak de vervolging immers bevolen op basis van een uitvoerig gemotiveerd zelfstandig oordeel over de haalbaarheid en opportuniteit van vervolging, terwijl uit de steun

9 D.J.C. Aben, 'De aard van de procedure ex artikel 12 en de rechten van de procesdeelnemers', in: S.J.A.M van Gend en G.J. Visser (red.), *Artikel 12 Sv* (Pinsengrachtsreeks 2004/2), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 51; Van der Leij 2008, aant. 3 op art. 12i. Vgl. voorts Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496, r.o. 13.1, laatste volzin.

10 H.J. Sluijter, 'Toezicht op het vervolgingsbeleid – artikel 12 Sv', *RM Themis* 1990, p. 485; A.J.A. Van Dorst, *Handboek Strafzaken* (losbl., suppl. mei 2008), hoofdstuk 73.4.2.e; T.M. Schalken in zijn annotatie onder HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 714.

11 G. Knigge, 'Het beklag over niet of niet verder vervolgen', *DD* 1980, p. 190-191; C.P.M. Cleiren, 'De procedure van het beklag tegen niet-vervolgving op de schop', *Strafblad* 2008, p. 542; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 550-551.

12 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496.

die er ook is voor het niet vervolgen van Wilders, zou kunnen worden afgeleid dat het openbaar ministerie die beslissing om niet te vervolgen in redelijkheid heeft kunnen nemen. Ik kom daarop nog terug in mijn slotsom.

De relevantie van een onderscheid tussen volle en marginale toetsing neemt toe naarmate de toetsing meer neerkomt op een waardering van de feiten: als het openbaar ministerie van vervolging afziet omdat het meent dat er geen rechtsmacht is en het hof enkel hoeft te oordelen over die rechtsvraag, oordeelt het in feite over juridisch juist of onjuist. Een volle of marginale toetsing maakt dan weinig verschil. Dat is al anders wanneer het gaat om de haalbaarheid van vervolging in termen van bewijs. Daarbij moet doorgaans een inschatting worden gemaakt van de overtuigingskracht van het aanwezige belastende materiaal of de verwachting dat nader onderzoek nog meer zal opleveren.¹³ De beslissing kan dan mede worden ingegeven door opportuiniteitsafwegingen: ook bij een redelijke verdenking kan de twijfel zodanig zijn dat vervolging toch niet opportuun wordt bevonden. De relevantie van een onderscheid is echter het grootst wanneer de beslissing om niet te vervolgen overwegend is gebaseerd op opportuiniteitsgronden en het hof wordt gevraagd die beslissing te toetsen. Het hof mengt zich dan in een oordeelsvorming die in de wet aan het openbaar ministerie is overgelaten.

Mijn vooronderstelling is dat het niet in het systeem van strafvordering past dat het hof in de beklagprocedure de vervolgingsbeslissing vol toetst. Die vooronderstelling heeft mij ertoe gebracht te onderzoeken waar de aanname dat het hof de vervolgingsbeslissing vol kan toetsen vandaan komt. Daarvan doe ik hier verslag door een analyse van de totstandkoming van de beklagregeling in 1926 en de aanpassing ervan in 1985 en door een korte bespreking van het arrest *Zeeuwse motorrijder* van de Hoge Raad, waarin de volle toetsing door het hof aan de orde komt. De conclusie is dat uit de wetgeschiedenis van 1926 weinig valt af te leiden over een volle toetsingsbevoegdheid, terwijl de minister in 1985 juist een volle toetsingsbevoegdheid voor ogen had. De argumentatieve basis voor het standpunt van de minister is echter niet eenduidig geweest. Het arrest van de Hoge Raad biedt in dit verband ook geen verduidelijking. Deze relativeringen zijn vervolgens aanleiding om te betogen waarom een marginale toetsing van de vervolgingsbeslissing passender is en hoe die vertaald zou moeten worden in de beklagregeling.

13 Vgl. ter illustratie: Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2007, *LJN* BD6466.

2 De totstandkoming van artikel 12 Sv

Het opportuniteitsbeginsel

Tot aan het Wetboek van Strafvordering van 1926 heeft de rechter altijd een belangrijke verantwoordelijkheid gehad voor het wel of niet instellen van een vervolging.¹⁴ Uitgangspunt was dat vervolging steeds plaats moest vinden, maar de verantwoordelijkheid om daarover te beslissen lag bij de rechter die ‘rechtsingang’ kon verlenen. Het openbaar ministerie legde de zaak daartoe aan de rechter voor. Die oordeelde dan de haalbaarheid van de zaak. In werkelijkheid kon het openbaar ministerie ook nalaten een zaak aan de rechter voor te leggen. Daarom bestonden er bevoegdheden voor rechters om ambts-halve de vervolging te bevelen. Vanwege de toegenomen lijdelijke positie van de rechter kwam daarvoor in 1838 de enkele bevoegdheid in de plaats om de vervolging te bevelen na een beklag van een belanghebbende.¹⁵ De praktijk waarin het openbaar ministerie sommige zaken wel vervolgde en sommige niet, werd daarna in de negentiende eeuw steeds normaler en ontwikkelde zich verder tot een algemeen gehuldigde praktijk.¹⁶ Het opportuniteitsbeginsel kreeg zo al voor de invoering van het huidige wetboek gestalte in de praktijk. Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering van 1926 beoogde de wetgever tot uitdrukking te brengen die praktijk te willen handhaven.¹⁷ Dat is gebeurd in wat nu artikel 167 lid 2 Sv is.

Het nieuwe wetboek van 1926 was niet eenduidig over de bevoegdheid en de ruimte die het openbaar ministerie had om van vervolging af te zien. Aanvankelijk luidde het desbetreffende artikel dat het openbaar ministerie ten spoedigste overgaat tot vervolging indien naar aanleiding van het ingestelde opsporingsonderzoek vervolging moet plaatshebben. Volgens het tweede lid kon van vervolging worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend, zoals nu nog steeds in artikel 167 lid 2 Sv staat. Door de gekozen formulering kwam volgens de minister duidelijk tot uitdrukking dat vervolging

14 Zie hierover: W.E.C.A. Valkenburg, *Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 7-26. Knigge 1980, p. 187-189 en G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, IJmuiden: Vermande Zonen Uitgevers 1974, p. 67-70.

15 Knigge 1980, p. 187-188.

16 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 54. Zie hierover onder meer: S. van Ruller en S. Faber, *Afdoening van strafzaken in Nederland sinds 1813, ontwikkelingen in wetgeving, beleid en praktijk*, Amsterdam: VU Uitgeverij 1995, p. 52 e.v.

17 Zie hierover: Corstens 1974, p. 16.

uitgangspunt is (negatieve interpretatie van het opportunitiebeginsel).¹⁸ In de memorie van antwoord merkte de minister echter op dat hij het voorstel van de kamer overnam om te bepalen dat tot strafvervolgning wordt overgegaan indien naar aanleiding van het ingestelde opsporingsonderzoek *het openbaar ministerie van oordeel is* dat strafvervolgning moet plaats hebben.¹⁹ Dat voorstel kwam voort uit de gedachte dat geen verplichting tot strafvervolgning zou moeten bestaan, maar dat juist steeds de vraag is of vervolging zal moeten plaatshebben (positieve interpretatie van het opportunitiebeginsel).²⁰

Corstens vindt het gelet op de reden voor de wijziging verdedigbaar dat de wetgever het uitgangspunt voor ogen heeft gehad dat het openbaar ministerie pas overgaat tot vervolging indien het dat opportuun acht. Daar staat tegenover dat de minister aanvankelijk een bepaling voorstelde waarin vervolging dwingender was voorgeschreven. Corstens concludeert daarom dat het op basis van de wetgeschiedenis in haar geheel genomen niet duidelijk is of de wetgever van 1926 het uitgangspunt voor ogen heeft gestaan dat vervolging pas volgt als dat opportuun is, of dat het tot uitgangspunt heeft genomen dat steeds vervolging plaatsvindt.²¹ Hoe dan ook wenste de wetgever het opportunitiebeginsel wettelijk vast te leggen. Dat betekende een bekrachtiging van geleidelijk veranderde verhoudingen tussen enerzijds een steeds machtiger openbaar ministerie met steeds meer beleidsvrijheid bij de vervolging en anderzijds een steeds meer lijdelijke rechter. De wetgever legde daarmee een basis voor een meer positieve interpretatie van het opportunitiebeginsel, waarin de bevoegdheid van het openbaar ministerie om niet te vervolgen steeds belangrijker werd.

De beklagregeling in het Wetboek van Strafvordering van 1926

De toenemende macht van het openbaar ministerie vroeg ook om controle. Vandaar dat een beklagregeling moest blijven bestaan en artikel 12 werd ingevoerd:

18 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 102-103. Zie hierover ook Valkenburg 1993, p. 29.

19 *Handelingen II* 1917/18, 77, p. 42-43.

20 De Kamerleden stelden daarbij voor het tweede lid te laten vervallen, kennelijk omdat een bevoegdheid van vervolging af te zien op gronden aan het algemeen belang ontleend niet nodig is wanneer vervolging al niet dwingend wordt voorgeschreven. De minister liet het tweede lid echter staan.

21 Corstens 1974, p. 24. Zie hierover ook Reijntjes 2003, aant. 10 op art. 167 Sv.

‘Wordt een strafbaar feit niet vervolgd of de vervolging niet voortgezet, dan kan de belanghebbende daarover beklag doen bij het gerechtshof binnen welks rechtsgebied de vervolging zou behooren plaats te vinden.

Het gerechtshof kan den procureur-generaal opdragen te dien aanzien verslag te doen en kan voorts bevelen dat de vervolging zal worden ingesteld of voortgezet.

Het gerechtshof kan het geven van zoodanig bevel ook weigeren op gronden aan het algemeen belang ontleend.

De leden van het gerechtshof die over het beklag hebben geoordeeld, nemen bij voorkeur geen deel aan de berechting.’

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.²² Het hof kon door een verslag te vragen van de advocaat-generaal de redenen voor de beslissing onderzoeken.²³ De minister heeft niet willen voorzien in een bevoegdheid van particulieren of verenigingen om vervolging in te stellen. Hij vond de vervolging tot straf ‘eene daad van publiek recht; over het al dan niet vervolgen moet beslist worden naar de eischen van het algemeen belang’.²⁴ Bij een vervolgingsrecht van particulieren zou het risico bestaan dat op zeer ruim gestelde strafbepalingen te veelvuldig een beroep wordt gedaan, terwijl juist het openbaar ministerie verondersteld werd in staat te zijn ten aanzien van dergelijke ruime bepalingen een evenwichtig beleid te voeren.²⁵ De minister meende dat men wel zou berusten in een oordeel van de onafhankelijke rechter. Hij achtte de rechter het best in staat om te beslissen over het beklag.

Tegelijkertijd meende hij ook dat het *oordelen over* en niet *het bevelen van* de vervolging de eigenlijke taak van de rechter was.²⁶ Hij zag er in het bijzonder een bezwaar in dat het hof een oordeel moet vellen over de opportuniteit van de vervolging: ‘Geeft men den rech-

22 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 54-55; *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 103; *Handelingen II* 1917/18, 77, p. 22. Hierover: Reijntjes 2003, aant. 22 op art. 167 en Corstens 1974, p. 68-70. Zie over de totstandkoming van artikel 12 Sv ook: Van der Leij 2008, aant. 2 en 3 op artt. 12-13a en *Kamerstukken II* 1979/80, 15831, nr. 4, p. 6-8. Zie voorts: A.J. Blok en L. Ch. Besier, *Het Nederlandsch Strafproces*, deel I, Haarlem: Tjeenk Willink & Zoon 1925, p. 79.

23 Vgl. Blok en Besier 1925, p. 79. In de praktijk hebben hoven ook altijd gebruik gemaakt van de mogelijkheid het verslag van de procureur-generaal te verlangen (C. Fasseur, ‘Artikel 12 van het wetboek van strafvordering’, *Tijdschrift voor Strafrecht* 1968, p. 22).

24 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

25 Corstens 1974, p. 17-18; vgl. *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

26 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55. Vgl. ook *Handelingen II* 1919/20, p. 1925.

ter toezicht op de uitoefening van het vervolgingsrecht, dan zal deze derhalve mede hebben te beoordelen quaesties van beleid en opportuniteit, welke in het algemeen minder tot zijn bevoegdheid behoren.²⁷ De ministeriële verantwoordelijkheid leende zich volgens de minister echter niet voor een regelmatige uitoefening van controle op het handelen van het openbaar ministerie.²⁸ Enkele commissieleden stelden dat de volle verantwoordelijkheid voor de vervolging toch bij de regering zou moeten blijven. De minister reageerde daarop door onder meer te overwegen dat ook de rechter met de handhaving van de strafwet is belast doordat hij de op te leggen straf bepaalt zodat ook een vervolgingsbevel ‘aan zijn eigenlijke taak toch niet zo vreemd is’.²⁹

Hoewel de wetsgeschiedenis misschien meer neigt naar een marginale toetsing dan naar een volle toetsing, geeft zij daaromtrent eigenlijk geen uitsluitsel. Dat hoeft ook niet te verbazen, omdat het onderscheid tussen vol en marginaal toetsen er één is waarvan de relevantie vooral in het bestuursrecht is gegroeid, terwijl bestuursrecht spraak in die tijd nog nauwelijks bestond.³⁰ Het is dan niet vreemd dat bij de invoering van een beklagregeling een debat over de positie van het hof in vergelijking met die van de rechter die beslist over bestuursgeschillen ontbreekt. De bemoeienis van de rechter met de beslissing van het openbaar ministerie om vanwege opportuniteitsredenen niet te vervolgen vond men in ieder geval niet vanzelfsprekend. Dat de rechter oordeelt over de opportuniteit van vervolging, werd door de minister kennelijk als onvermijdelijk gezien. Beoogt men een correctiemogelijkheid als hierboven bedoeld, dan ontkomt men immers niet aan een oordeel over de opportuniteit, omdat het openbaar ministerie anders elke controle kan ontlopen door te stellen dat vervolging niet opportuun is.³¹

27 *Kamerstukken II* 1913/1914, 286, nr. 3, p. 66-67.

28 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 66 en *Handelingen II* 1917/18, 77, p. 22.

29 *Handelingen II* 1917/18, 77, p. 22-23. Zie hierover *Kamerstukken II* 1979/80. 15 831, nr. 4, p. 8.

30 A.M. Donner, *Nederlands Bestuursrecht, Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn: Samson 1974, p. 346 e.v.

31 Deze onvermijdelijkheid heeft mijns inziens tot gevolg dat uit de omstandigheid dat de rechter bij een bezwaarschrift tegen de dagvaarding niet de opportuniteit van vervolging beoordeelt en in de beklagregeling wel, niet zonder meer volgt dat de wetgever een principieel onderscheid heeft beoogd ten aanzien van de aard van de toetsing (vgl. Reijntjes 2003, aant. 10 en aant. 22 op art. 167 Sv). Van een dergelijk onderscheid blijkt mijns inziens ook niet uit de wetsgeschiedenis (*Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 62; *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 113 en 116; *Handelingen II* 1917/18, 77, p. 11). Dat niet vervolgen in de praktijk

→

De derde volzin van artikel 12 Sv gaf aan het hof de bevoegdheid om het geven van een bevel te weigeren op gronden aan het algemeen belang ontleend. Hierna zal blijken dat de minister bij de wetswijziging in 1985 uit deze bevoegdheid heeft afgeleid dat het hof andersom bij het *niet* weigeren van het bevel een zelfstandig oordeel over de opportuniteit kan geven.³² Dat valt volgens mij echter niet dwingend uit die bepaling en evenmin uit de wetsgeschiedenis af te leiden. De bepaling sloot met name aan bij de tevens nieuwe bepaling dat het openbaar ministerie van vervolging kan afzien op gronden aan het algemeen belang ontleend. De minister benadrukte in de memorie van toelichting dat een verzuim in het vervolgen van een strafbaar feit nog geenszins aanwezig is bij elke niet-vervolging van een overigens bewijsbaar strafbaar feit en merkte daarbij op: ‘Zulks blijkt nog ten overvloede uit de bepaling van het (...) lid, voorschrijvende, dat het gerechtshof het geven van het vervolgingsbevel ook zal kunnen weigeren op gronden aan het algemeen belang ontleend.’³³ Dat het hof het bevel ook mag weigeren op gronden aan het algemeen belang ontleend, betekent dus met name dat het hof niet is gehouden aan het beklag gevolg te geven indien vervolging haalbaar is. Zou het hof een bevel niet mogen weigeren op gronden aan het algemeen belang ontleend, dan zou men de bepaling zo kunnen uitleggen dat het hof steeds verplicht is vervolging te bevelen wanneer een veroordeling haalbaar is.³⁴ De bepaling lijkt mijns inziens vooral voort te komen uit de opvatting dat het niet aan de taak van de rechter eigen is over de opportuniteit te oordelen. Over die bijzondere oordeelsbevoegdheid zou dan uitdrukkelijk iets moeten worden bepaald.

Met name Corstens heeft uitgebreid onderzoek gedaan naar de beklagregeling zoals die in 1926 is ingevoerd. Ook hij komt niet uitdrukkelijk tot de slotsom dat de wet voorziet in een toets die als vol is aan te merken, maar hij komt ook niet tot de slotsom dat de wet voorziet in een toets die te vergelijken valt met een marginale toets.³⁵ Op basis van een empirisch onderzoek concludeert hij wel dat de hoven zich niet beperkten tot een marginale toetsing van het oordeel van het openbaar ministerie. Maar over de bedoelingen van de wetgever in dit verband geeft hij geen uitsluitsel. Wel merkt hij bij een

meer uitzondering was dan wel vervolgen doet daaraan volgens mij zonder meer niet af.

32 Zie ook Van Dorst 2008, hfst. 73.4.2.e.

33 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 67.

34 Vgl. Blok en Besier 1925, p. 79 en Corstens 2008, p. 550. Dat zou kunnen neerkomen op een verkapte vorm van particuliere vervolging.

35 Vgl. Corstens 1974, p. 68-71, p. 101-102, p. 143.

vergelijking met de bezwaarschriftprocedure op dat het hof in de beklagprocedure volledig op de stoel van de officier van justitie gaat zitten en de rol vervult van beslechter van het geschil dat openbaar ministerie en klager verdeeld houdt.³⁶ Ik ga ervan uit dat Corstens met deze formulering doelt op een volle toetsing. Dat het hof vol toetst, lijkt hij echter alleen te kunnen afleiden uit zijn empirische onderzoek en dat het hof optreedt als beslechter van een geschil brengt hij juist in verband met de gelijkens tussen de beklagprocedure en bestuursrechtspraak.³⁷ In de bestuursrechtspraak was en is een marginale toetsing gangbaarder. Ook het onderzoek van Corstens wijst mijns inziens dus niet eenduidig op een als vol of als marginaal aan te merken toetsingsbevoegdheid.

3 De herziening van de beklagregeling in 1985³⁸

Ontwikkelingen tussen 1926 en 1985

Met name twee ontwikkelingen tussen 1926 en de laatste wijziging van de beklagregeling in 1985 zijn van belang geweest voor de verhouding tussen het openbaar ministerie en de rechter in de beklagregeling. Ten eerste kwam de positieve interpretatie van het opportuiniteitsbeginsel steeds meer op de voorgrond te staan: de vraag werd steeds meer of vervolging wel opportuun is. De belangrijkste redenen voor het toenemende gewicht van die benadering waren de groeiende opvatting dat het strafrecht een laatste redmiddel is bij de bestrijding van ontoelaatbaar gedrag en de stijgende stroom zaken waar het openbaar ministerie mee te maken heeft gekregen.³⁹ Het openbaar ministerie ontwikkelde zich hierdoor tot een bestuursorgaan dat met beleid invulling gaf aan de voortdurende keuzes die het moest maken tussen onder andere het wel of niet vervolgen van strafbaar gedrag. Het openbaar ministerie is door deze ontwikkelingen dichterbij het bestuur komen te staan en heeft zich zo meer onderworpen aan democratische controle, terwijl de afstand tot de onafhankelijke rechter

³⁶ Corstens 1974, p. 112.

³⁷ Corstens 1974, p. 71.

³⁸ *Stb.* 1984, 551.

³⁹ Reijntjes 2003, aant. 10 op art. 167 Sv. Zie ook: Valkenburg 1993, p. 31-32. Zie over de beleidsvrijheid van het openbaar ministerie in de betreffende periode: Th.W. van Veen, 'De vrijheid en zelfstandigheid van het Openbaar Ministerie', in: *Vrijheid en recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1975, p. 319-335.

groter werd.⁴⁰ De toetsing van vervolgingsbeslissingen kon aldus steeds meer worden vergeleken met toetsing volgens het bestuursrecht. In de bestuursrechtspraak was een marginale toetsing van bestuursbesluiten gangbaar.

Voorts kwam aan het eind van die periode de bescherming van de rechten van het slachtoffer steeds meer op de voorgrond te staan. Dat is ook een belangrijke achtergrond geweest voor de aandacht die ontstond voor een deugdelijke beklagregeling. Het doel van de wetwijziging was met name de beklagregeling te voorzien van meer waarborgen, zoals het horen van de klager en overigens ook de beklagde.⁴¹ De nadruk op de rechten van het slachtoffer kan in zoverre een argument opleveren voor een volle toetsing van de vervolgingsbeslissing, dat als de wetgever aan het slachtoffer niet de bevoegdheid heeft willen toekennen een strafvervolgning aan te spannen, het hof in plaats daarvan wel vol moet kunnen toetsen. De nadruk op rechtsbescherming van het slachtoffer betekende echter ook dat de beklagregeling steeds meer het karakter kreeg van een individuele rechtsbescherming tegen de overheid en dus het karakter van een bestuursrechtelijke regeling.⁴² Die vergelijking kan het argument opleveren dat de toetsing marginaal moet zijn.

Het rapport van de Commissie-Duk

De uitbreiding en aanpassing van de beklagregeling is uitvoerig voorbereid door de Commissie-Duk. Haar rapport is hier van belang omdat de minister zich daar vrijwel volledig bij heeft aangesloten. Ten aanzien van de rechterlijke controle op het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie heeft de Commissie in dat rapport enkele uitgangspunten geformuleerd. Zo heeft zij benadrukt dat een ruime toepassing van het rechterlijk toezicht in niet geringe mate het vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie kan doorkruisen en dat de eigen aard van het bestuurlijk optreden in geval van artikel 12 Sv

40 Vgl. A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 298.

41 Vgl. *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 3, p. 2. Het hof besliste voor de wetwijziging van 1985 op basis van de stukken en ging nauwelijks over tot het horen van klager of beklagde (*Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 4, p. 13).

42 Vgl. Corstens 1974, p. 71 en Van der Leij 2008, aant. 3 op artt. 12-13a.; Vgl. ook M.S. Groenhuijsen en N.J.M. Kwakman, 'Het slachtoffer in het vooronderzoek', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2002, p. 930.

daarmee niet verenigbaar is. Het toezicht op de vervolging komt volgens de Commissie in de eerste plaats toe aan de instantie die de vervolging bestuurt en dat is het openbaar ministerie zelf.⁴³ Daarna merkt zij op dat ook het eigen karakter van het rechterlijk oordeel zich verzet tegen een ruime toepassing van het controlemiddel van artikel 12 Sv. De rechter heeft immers een beperkt beoordelingsgebied, namelijk de omstandigheden van het individuele geval.⁴⁴ De Commissie meent dat het hof bij een beklag ex artikel 12 Sv in feite een ‘administratief-rechterlijke’ functie vervult, omdat het heeft te oordelen over een beslissing van het bestuur.⁴⁵ Zij concludeert mede op basis van deze uitgangspunten dat een beperkte omvang van het rechterlijk optreden op basis van artikel 12 Sv gerechtvaardigd is.

De Commissie lijkt ondanks deze uitgangspunten echter als vaststaand aan te nemen dat het hof in de beklagprocedure een volledig zelfstandig oordeel over de haalbaarheid en opportuniteit van de vervolging velt. Zij zoekt de beperking van de omvang van het rechterlijk optreden op basis van artikel 12 Sv niet in een beperking van de toetsingsruimte van het hof maar in de toegang tot de beklagregeling⁴⁶ en in het bijzonder door middel van een restrictieve uitleg van het begrip ‘(rechtstreeks) belanghebbende’, zoals die gangbaar was geworden sinds het arrest van HR 7 maart 1972, *NJ* 1973, 35.⁴⁷ De Commissie zegt in dat verband niets over de aard van de toetsing door het hof van de vervolgingsbeslissing. Die lijkt verderop in het rapport echter wel aan bod te komen bij beantwoording van de vraag wat de ‘grondslag’ is voor de beslissing van het hof. De minister verwijst later bij de toelichting van de wetwijziging meerdere keren naar de overwegingen in deze beantwoording. Omdat mijn kernpunt is dat die overwegingen niet eenduidig zijn, citeer ik deze volledig. De Commissie overweegt:

‘Aangezien het hof gevraagd wordt een beslissing te nemen, die in de ogen van de klager aanvankelijk door het openbaar ministerie genomen had behoren te worden zullen de overwegingen van het hof die tot de gevraagde beslissing kunnen leiden dezelfde dienen te zijn als die, welke ten grondslag hadden moeten liggen aan de beslis-

43 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 4, p. 16 en *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 4, p. 19. De Commissie verwijst naar een artikel van Van Veen, dat in grote lijnen met de uitgangspunten van de Commissie strookt (Van Veen 1975, p. 324).

44 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 4, p. 20.

45 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 4, p. 21.

46 Zie ook Knigge 1980, p. 189. Vgl. ook Cleiren 2008, p. 538.

47 Ook oorspronkelijk is de beperking tot de belanghebbende ingegeven door een behoefte aan het beheersbaar houden van de rechtsgang (Van der Leij 2008, aant. 10 op art. 12 Sv).

sing van het openbaar ministerie, wanneer het die wel had genomen. Dat het hof dezelfde overwegingen in zijn oordeel dient te betrekken kan worden afgeleid uit zijn bevoegdheid om het verlangde bevel te weigeren om redenen aan het algemeen belang ontleend, op grond waarvan immers ook door het openbaar ministerie van vervolging kan worden afgezien. Dit brengt met zich mee dat het hof, wanneer het vervolgingsbevel niet wordt geweigerd, zijn beslissing op dezelfde gronden dient te baseren als die waarop de beslissing om een vervolging in te stellen door het openbaar ministerie wordt genomen.

De grondslag van deze beslissing is neergelegd in artikel 27, eerste lid, Sv (...). De Commissie is van oordeel dat het beginsel van het redelijk schuldvermoeden ook ten grondslag behoort te liggen aan het vervolgingsbevel van het hof. Dit betekent echter niet dat het hof, wanneer aan de voorwaarde van artikel 27, eerste lid lijkt te zijn voldaan, verplicht is het verlangde bevel te geven. Het kan niet worden uitgesloten dat het hof, niettegenstaande aan de voorwaarde is voldaan en bovendien geen redenen aan het algemeen belang ontleend aanwezig worden geacht om van vervolging af te zien, toch nog twijfel bestaat omtrent de juistheid van het uit te vaardigen bevel. Om nu enerzijds het hof deze marginale beoordelingsruimte te laten, en anderzijds om aan te geven dat de beslissing van het hof, oordelend over het beklag, op dezelfde overwegingen dient te berusten als het openbaar ministerie ten grondslag behoort te leggen aan zijn beslissing op grond van de artikelen 167 en 242 Sv, is in het ontwerp gekozen voor de formulering dat het hof het vervolgingsbevel kan geven wanneer het van oordeel is dat vervolging of verdere vervolging had moeten plaats hebben.⁴⁸

De opmerking dat het hof dezelfde overwegingen aan zijn oordeel ten grondslag moet leggen als het openbaar ministerie had moeten doen, lijkt te duiden op een zelfstandig oordeel van het hof over de haalbaarheid en opportuniteit van de vervolging en dus op een volle toetsingsbevoegdheid. De Commissie heeft het hier echter niet over een ‘volle’ toetsing. De opmerking zou bovendien ook anders kunnen worden gelezen. Zij kan ook duiden op het corrigerende karakter van de beslissing van het hof. De Commissie kan hebben bedoeld dat het toetsingsbereik van het hof onbepaald is: het hof moet bij de correctie van de beslissing om niet te vervolgen net als het openbaar ministerie zowel de vragen van de artikelen 348 en 350 Sv als de opportuniteit van vervolging betrekken.⁴⁹ Elk van die onderdelen van de vervolgingsbeslissing kan immers een reden opleveren om inderdaad niet te

48 *Kamerstukken II 1979/80*, 15 831, nr. 4, p. 39-40. Hoewel door de formulering ‘had moeten plaatshebben’ volgens de Commissie geen noodzaak meer bestond te bepalen dat het hof een bevel kan weigeren om redenen aan het algemeen belang ontleend, heeft de minister die uitzonderingsbepaling toch gehandhaafd om elke twijfel over die bevoegdheid te voorkomen (*Kamerstukken II 1979/80*, 15 831, nr. 3, p. 13; *Kamerstukken II 1979/80*, 15 831, nr. 4, p. 39-40).

49 De overwegingen van de Commissie doen mij denken aan de opmerkingen van Corstens (Corstens 1974, p. 94-95) over de haalbaarheid en de opportuniteit die ook in de beklagregeling beide aan het oordeel van het hof zijn onderworpen.

vervolgen en dus een bevel te weigeren, of kan een (dwingende) reden opleveren om juist wel een bevel te geven. Daarmee behoeft nog niet gezegd te zijn hoe het hof de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie als zodanig moet toetsen en of het hof de redenen voor die vervolgingsbeslissing wel of niet als uitgangspunt moet nemen. Doorgaans wordt echter aangenomen dat de Commissie hier heeft gedoeld op een volle toetsing. Indien het hof met deze redenering daar inderdaad op heeft gedoeld, is de vraag of er een (wethistorische) grond is om die af te leiden uit de bevoegdheid om het bevel te weigeren op gronden aan het algemeen belang, zoals de Commissie doet. Van een dergelijke interpretatie blijkt immers niet uit de wetgeschiedenis van de beklagregeling zoals die in 1926 is ingevoerd, zoals ik hiervoor heb betoogd.

‘Vol beroep’

Verderop in het rapport merkt de Commissie zonder veel omhaal van woorden op dat het hof in de beklagregeling zijn opvatting over de opportuniteit van de vervolging volledig in de plaats kan stellen van die van het openbaar ministerie.⁵⁰ Dat wijst op een volle toetsing. De Commissie verwijst hierbij uitdrukkelijk naar de termen ‘vol beroep’ zoals gebezigd door Hulsman (‘Hulsman: vol beroep’).⁵¹ Het hof kan met het openbaar ministerie van mening verschillen over de vraag of vervolging opportuun is, vervolgt de Commissie dan, waarna het met verwijzing naar het proefschrift van Corstens opmerkt: ‘Het hof oordeelt derhalve niet als “strafrechter” maar als “beslechter van het geschil dat het openbaar ministerie en klager verdeeld houdt.’ Knigge heeft er gedurende de voorbereiding van de wetwijziging al op gewezen dat met vol beroep wordt gedoeld op administratief beroep.⁵² Dat duidt op het beroep bij het hogere niveau binnen de administratie. Dat beroep is te onderscheiden van de administratieve rechtspraak waarbinnen de marginale toetsing gebruikelijk is.

Zou administratief beroep hier inderdaad bedoeld zijn, dan wordt het hof dus in feite aangemerkt als de vervanger van het hogere

⁵⁰ *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 4, p. 45.

⁵¹ Naar welke publicatie van Hulsman wordt verwezen, is niet duidelijk. Vermoedelijk betreft het zijn annotatie in *Ars Aequi* uit 1971, waarin hij opmerkt dat anders dan in de bezwaarschriftprocedure ‘bij de beslissingen ex artikel 12 Sv het element van de opportuniteit (zoals bij een ‘vol’ beroep) volledig ter beoordeling van het hof staat’ (L.H.C. Hulsman, *Ars Aequi* 1971 (2), onderdeel Jurisprudentie, p. 75).

⁵² Knigge 1980, p. 191, noot 24.

niveau binnen de administratie en niet als een onafhankelijk toetsende rechter. Schalken wijst er ook op dat de wetgever van 1926 de ministeriële verantwoordelijkheid als controle op individuele vervolgingsbeslissingen een te zwaar wapen heeft gevonden, zodat de toetsing bij de rechter is neergelegd.⁵³ Dan is het wel nodig, aldus Schalken, dat de beklagrechter over voldoende mogelijkheden beschikt om de beslissing van het openbaar ministerie op haar juiste gewicht te beoordelen. Volgens hem heeft de wetgever van 1985 de beklagprocedure tegen die achtergrond als een ‘vol beroep’ aangemerkt. Een dergelijke benadering vind ik echter niet eenduidig terug in de wetsgeschiedenis van 1926 en ik vind die ook niet eenduidig terug in het rapport van de Commissie⁵⁴ of de overige hierna te bespreken wetsgeschiedenis van 1985.⁵⁵ Zij strookt mijns inziens ook niet met de uitgangspunten van de Commissie, die het hof juist lijkt te vergelijken met de ‘administratieve rechter’.

De overwegingen van de minister

De minister heeft zich bijna kritiekloos bij de bevindingen van de Commissie aangesloten. Hij is echter explicieter in zijn keuze voor een volle toetsing van de vervolgingsbeslissing. Volgens hem kan het hof ‘door overwegingen van opportuniteit in zijn oordeel te betrekken de beslissing van de officier van Justitie in volle omvang toetsen en hem opdragen datgene te doen wat hij naar het oordeel van het hof ten onrechte achterwege heeft gelaten.’⁵⁶ Hij sluit zich ook aan bij de opmerkingen van de Commissie over het ‘vol beroep’. Maar de volle toetsing dwingt volgens hem tegelijkertijd ook tot terughoudendheid. Hij merkt immers op dat de volle beleidstoetsing vragen oproept over de juiste verhouding tussen het beleid van het openbaar ministerie en de controle die de rechter daarop uitoefent.⁵⁷ Hij verwijst daarbij naar de uitgangspunten van de Commissie-Duk.⁵⁸ Net als

53 Zie zijn annotatie bij HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 714.

54 Vgl. *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 4, p. 21.

55 Vgl. *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 3, p. 9.

56 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 3, p. 7-8.

57 Vgl. ook *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 6, p. 12. Van Buuren leidt uit de memorie van toelichting af dat de minister weliswaar geen terughoudende toetsing wenste maar ook niet wilde dat de rechter op de stoel van het openbaar ministerie gaat zitten (P.J.J. van Buuren, ‘Beklag over niet vervolgen van strafbare feiten’, *Ars Aequi* 1985 (rubriek wetgeving), p. 266).

58 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 3, p. 8.

de Commissie lijkt hij de beperking in de omvang van het rechterlijk toezicht vooral te zien in de toegang tot de beklagregeling.

Enkele Kamerleden suggereerden voor te schrijven dat vervolging alleen wordt bevolen indien ‘het gerechtshof van oordeel is, dat een vervolging of verdere vervolging in redelijkheid niet achterwege kan blijven’.⁵⁹ Deze suggestie heeft de minister afgewezen met verwijzing naar de hiervoor geciteerde overwegingen van de Commissie. Die duiden er volgens hem op dat het hof niet slechts marginaal, maar in volle omvang de beslissing tot niet vervolging kan toetsen.⁶⁰ Reeds ingevolge het oude Wetboek kwam het hof volgens de minister een volle toetsingsbevoegdheid toe: ‘Ook nu is het hof bevoegd het verlangde bevel te weigeren om redenen aan het algemeen belang ontleend (...). Het hof dient derhalve, wanneer het vervolgingsbevel niet wordt geweigerd, zijn beschikking op dezelfde gronden te baseren als ware de beslissing tot vervolging door het openbaar ministerie zelf genomen.’ De minister volgt hier een redenering die, zoals hiervoor naar voren kwam, mijns inziens niet eenduidig uit de wetsgeschiedenis blijkt.

Het lijkt er voorts op dat de minister de bevoegdheid van het hof om te gelasten meteen te dagvaarden of eerst een gerechtelijk vooronderzoek in te stellen kenmerkend vindt voor een volle toetsing.⁶¹ Kennelijk bedoelt hij dat als het hof slechts marginaal zou toetsen, niet het hof maar het openbaar ministerie steeds zelf zou moeten beslissen of een gerechtelijk vooronderzoek of dagvaarding moet volgen. Ook daar zou men anders tegen aan kunnen kijken. Het hof kan vanwege de ernst van het feit van oordeel zijn dat het openbaar ministerie in redelijkheid niet tot zijn beslissing heeft kunnen komen, terwijl de kern van het verzuim is, dat bepaald onderzoek ten onrechte achterwege is gelaten.⁶² Mede gelet op belangen van de klager en

59 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 5, p. 4, zie ook p. 11. Volgens de leden van het CDA kwam dit beter tegemoet aan de gewenste beperkte ‘strekking van het rechterlijk toezicht’.

60 *Kamerstukken II* 1981/82, 15 831, nr. 6, p. 13. De minister merkt hier ook heel kort op dat als de wetgever aan het slachtoffer niet de bevoegdheid heeft willen toekennen een strafvervolging aan te spannen, het hof in plaats daarvan wel vol moet kunnen toetsen. Dat standpunt werkt hij echter niet uit.

61 *Kamerstukken II* 1981/82, 15 831, nr. 6, p. 14 en 21; vgl. het Commissierapport: *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 4, p. 40. Zie over deze bevoegdheid: Van der Leij 2008, aant. 13 op art. 12i Sv.

62 Vgl. voor gevallen waarin het hof nader onderzoek nodig achtte: Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2008, *LJN* BD9108; Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2008, *LJN* BF3267; Hof Amsterdam 29 oktober 2008, *LJN* BG3792; Hof Amsterdam 12 december 2006, *LJN* AZ4607.

van een efficiënte rechtsgang bij de zittingsrechter is het effectief om het hof dan ook de bevoegdheid te geven daartoe een gerechtelijk vooronderzoek af te dwingen.⁶³ Ten aanzien van de mogelijkheid dagvaarding te gelasten noemt de Commissie-Duk het geval dat de zaak te lang stil heeft gelegen en dat dagvaarding niet meer kan worden uitgesteld.⁶⁴ De last kan tot slot ook de logische uitkomst zijn van een debat tussen klager, advocaat-generaal en hof in de beklagprocedure, waar allen zich achter scharen. Het is dan wel zo efficiënt om die uitkomst te bekrachtigen.

De minister wijst er in de memorie van antwoord tot slot nog op dat een onderscheid gemaakt moet worden tussen het toetsen van het algemeen vervolgingsbeleid en de toetsing van de vervolgingsbeslissing in een concreet geval. De eerste is niet aan het hof, de tweede wel. Hoewel het hof niet aan vervolgingsrichtlijnen gebonden is, mag volgens hem wel worden aangenomen dat de richtlijnen ook voor hoven belangrijke richtsnoeren zullen vormen.⁶⁵ Indien immers een hof in een normaal geval zich van de bestaande richtlijnen in het geheel niets zou aantrekken, ontstaat een gereede kans op rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid, aldus de minister. Het bij herhaling zonder reden van een richtlijn afwijken door een hof zou het doel en het bestaansrecht van de richtlijnen volgens de minister kunnen aantasten.

Deze redenering duidt enerzijds op een volle toetsing van de vervolgingsbeslissing, omdat zij ervan uit lijkt te gaan dat het hof bij zijn oordeel over vervolging *net als* de officier van justitie de richtlijnen in acht neemt. Anderzijds impliceert zij dat de minister aan vervolgingsbeleid een betekenis toekent bij de voorkoming van willekeur bij individuele vervolgingsbeslissingen.⁶⁶ Dat zou betekenen dat ook die individuele beslissingen enig vertrouwen zou toekomen. Als

63 Vgl. de opvattingen van de Commissie-Duk zoals aangehaald in *Kamerstukken II* 1979/80, 15 831, nr. 3, p. 13.

64 Daarbij merkt zij op dat het openbaar ministerie dan nog altijd aan de zittingsrechter kan verzoeken het onderzoek te schorsen voor nader onderzoek door de rechter-commissaris.

65 *Kamerstukken I* 1983/84, 15 831, nr. 164b, p. 2; *Handelingen I* 6 november 1984, p. 89-90; *Kamerstukken II* 1981/82, 15 831, nr. 6, p. 14; vgl. *Kamerstukken II* 1981/82, 15 831, nr. 6, p. 5 en *Handelingen II* 1983/84, p. 4342, 4344 e.v. en 4346.

66 Dat de minister in 1983 een ruimere transactiebevoegdheid aan het openbaar ministerie heeft toegekend, wijst ook op dit vertrouwen in de effecten van beleid. Hoewel ook beklag tegen een transactie mogelijk werd, zag de minister weinig belang voor slachtoffers te klagen over een transactie waaraan de verdachte heeft voldaan. Een toets door de onafhankelijke rechter zou bij burgers evenwel vertrouwen kunnen wekken in het beleid van het openbaar ministerie (*Kamerstukken II* 1977/78, 15 012, nr. 3, p. 36 en p. 49). Zie hierover ook P. Osinga, *Transactie in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 193.

het hof vervolgingsrichtlijnen tot uitgangspunt neemt terwijl de vervolgingsbeslissing daarmee overeenstemt, dan neemt het hof in feite ook de individuele vervolgingsbeslissing tot uitgangspunt. Voor zover vervolgingsbeleid echter ontbreekt, is de minister heel duidelijk: dan kan het hof met een beroep op de bijzondere omstandigheden van het geval binnen de grenzen van de wet iedere beslissing nemen die het goeddunkt.

4 Het arrest *De Zeeuwse motorrijder*

Een nadere bevestiging voor de bevoegdheid van het hof de vervolgingsbeslissing binnen de beklagregeling vol te toetsen zou men kunnen vinden in het arrest van *De Zeeuwse motorrijder* HR 25 juni 1996, *NJ* 1996, 714, m.nt. Sch.⁶⁷ Het openbaar ministerie wilde de verdachte die met een door hem bestuurde motorfiets een ernstig verkeersongeval had veroorzaakt als gevolg waarvan het dochttertje van klagers was overleden, niet dagvaarden ter zake doodslag maar wel ter zake dood door schuld. Het hof oordeelde het beklag hiertegen niet-ontvankelijk omdat immers vervolging plaatsvond, waarna een vordering tot cassatie in het belang der wet volgde. In die vordering werd betoogd dat het hof ter correctie van het handelen van het openbaar ministerie, zoals bedoeld door de wetgever van 1926, ook bevoegd moest zijn de vervolging te bevelen ter zake van een nader omschreven delict. Die bevoegdheid wordt in de vordering aangemerkt als onderdeel van de *volle* toetsingsbevoegdheid die het hof heeft.

De Hoge Raad overweegt dat de beklagmogelijkheid ertoe strekt aan de rechtstreeks belanghebbende de mogelijkheid te bieden een vervolgingsbeslissing aan rechterlijke controle te onderwerpen. Het zou met die strekking volgens de Hoge Raad niet stroken indien het hof niet kan ingrijpen indien het openbaar ministerie vervolgt met toepassing van een te milde strafbepaling. Ter ondersteuning verwijst hij dan naar de opmerkingen van de Commissie Duk en van de minister over de gronden van de beslissing van het hof, die overeen zouden komen met de gronden die het openbaar ministerie aan zijn beslissing ten grondslag had moeten leggen. Hiervoor heb ik reeds uitgelegd waarom die opmerkingen niet eenduidig op een volle toetsing wijzen. De Hoge Raad bezigt bij die verwijzing aanhalingstekens: ‘Aangezien de beslissing tot vervolging “die aanvankelijk door de officier van jus-

67 Vgl. Van Dorst 2008, hfst. 73.4.2.e, noot 6 en onderdeel 19 van de vordering tot cassatie in het belang der wet.

titie genomen had moeten worden” uiteraard betrekking zou hebben gehad op bepaalde wettelijke strafbaarstellingen, dient de beoogde “volle beleidstoetsing” door het hof zich ook daartoe uit te strekken.’

Waarom de Hoge Raad aanhalingstekens gebruikt is niet duidelijk. Hij heeft de betekenis van de tussen aanhalingstekens geplaatste woorden in ieder geval niet uitgewerkt. Dat was mijns inziens ook niet nodig. De mogelijkheid van het hof bij het verlenen van een bevel te bepalen ter zake welk strafbaar feit moet worden vervolgd is immers een voor de hand liggend gevolg van de bevoegdheid het openbaar ministerie te corrigeren waar het onredelijk gebruik maakt van zijn vervolgingsmonopolie. Die bevoegdheid dient zich dan ook uit te strekken tot alle onderdelen van die beslissing. Zou het hof die bevoegdheid niet hebben, dan zou het openbaar ministerie in bepaalde gevallen betrekkelijk eenvoudig aan controle door het hof kunnen ontsnappen. Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad dat wil voorkomen, ongeacht de vraag in hoeverre het hof een volledig zelfstandig oordeel over de haalbaarheid en opportuniteit van vervolging velt. Of de beslissing van het openbaar ministerie niet te vervolgen door het hof vol of marginaal moet worden getoetst, staat daar volgens mij dus los van. Ook bij een marginale toets ligt het voor de hand dat het hof effectief gevolg kan geven aan zijn bevoegdheid ondeugdelijk gebruik van het vervolgingsmonopolie te herstellen.⁶⁸

5 Een marginale toetsing ligt meer voor de hand

Het verrichte onderzoek naar de vraag waar de aanname vandaan komt dat het hof in de beklagprocedure de vervolgingsbeslissing vol toetst, levert op dat de minister bij de wijziging van de beklagregeling in 1985 een volle toetsingsbevoegdheid van het hof voor ogen heeft gehad. De argumentatieve basis voor dit uitgangspunt van de minister is echter niet sterk, in die zin dat de volle toetsingsbevoegdheid niet dwingend volgt uit de beklagregeling zoals die in 1926 is ingevoerd en ook bij de wijziging van de beklagregeling in 1985 niet eenduidig is beargumenteerd. De Hoge Raad heeft in het arrest van de *Zeeuwse motorrijder* voorts niet meer gedaan dan overwegingen over een volle toetsing uit de wetsgeschiedenis citeren, om daarmee vervolgens een oordeel te motiveren dat niet rechtsreeks te maken heeft met de *aard* van de toetsing. Daarmee is niet gezegd dat de wetsgeschiedenis en de rechtspraak van de Hoge Raad meer aanknopingspunten bieden

⁶⁸ Vgl. artikel 8:72 lid 4 Awb.

voor een marginale toetsing. Maar er is wel grond voor enige relativering van de volle toetsingsbevoegdheid. Die relativering geeft ook meer relevantie aan het standpunt dat een marginale toetsing de voorkeur verdient.

Zowel de wetgever van 1926 als die van 1985 heeft in verschillende bewoordingen vooropgesteld dat het gelet op het vervolgingsmonopolie van het openbaar ministerie en het opportuniteitsbeginsel in beginsel niet aan de rechter is om te beslissen over de vervolging en daarbij in te gaan tegen consistente vervolgingsbeslissingen van het openbaar ministerie.⁶⁹ Die opvatting behelst mijns inziens het meest principiële bezwaar tegen een volle toetsing van vervolgingsbeslissingen en zij geldt nog steeds. De opvatting wint mijns inziens aan kracht door de omstandigheid dat het openbaar ministerie steeds meer strafzaken op basis van vaststaand beleid afdoet.⁷⁰ Niet vervolgen is daarbij een algemeen aanvaard onderdeel geworden van de strafrechtelijke handhaving. In 2007 zijn bijna evenveel strafzaken door het openbaar ministerie afgedaan als door rechtbanken.⁷¹ Het betrof 74.000 transacties en 30.000 sepots, waaronder evenveel technische sepots als beleidssepots.⁷²

De genoemde opvatting wint met name aan kracht doordat het openbaar ministerie met dit beleid op niet alleen een algemeen aanvaarde maar ook een toetsbare manier invulling geeft aan zijn vervolgingsmonopolie en aan het opportuniteitsbeginsel. Het beleid vormt voorts recht in de zin van artikel 79 Wet RO en verschaft legitimiteit aan het handelen van het openbaar ministerie doordat het na

69 Zie hierover ook Van der Leij 2008, aant. 3 op artt. 12-13a Sv. L. Frijda, 'Plaatsbepaling: artikel 12 tussen OM en ZM', in: S.J.A.M. van Gend en G.J. Visser (red.), *Artikel 12 Sv* (Prinsengracht 2004/2), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 29 bovenaan.

70 De omvang van de bevoegdheid van het openbaar ministerie tot buitengerechtelijke afdoening is in Europa overigens niet uniek (J.M. Jehle, P. Smit, J. Zila, 'The Public Prosecutor as Key-Player: Prosecutorial Case-Ending Decisions', *European Journal on Criminal Policy and Research* 2008 14, p. 161-179). De nieuwe strafbeschikking als zelfstandige vorm van bestraffing is overigens wel nagenoeg uniek.

71 A.Th.J. Eggen en S.N. Kalidien (red.), *Criminaliteit en Rechtshandhaving, ontwikkelingen en samenhang* (WODC Onderzoek en beleid nr. 271), Den Haag 2008, bijlage 4, p. 468-469 en 478. Veel van de zaken waarin niet wordt vervolgd worden niet geregistreerd omdat die al door de politie terzijde worden geschoven en bij het openbaar ministerie niet worden ingeschreven.

72 Verder vindt een steeds intensievere bestuursrechtelijke handhaving plaats van gedragingen die voorheen een strafrechtelijke aanpak kregen. Daarnaast is het bestuur onder omstandigheden zelfs bevoegd via de bestuurlijke strafbeschikking het strafrecht toe te passen.

bestuurlijk overleg en onder democratische verantwoordelijkheid van de minister tot stand komt.⁷³ Er mag van worden uitgegaan dat in dat beleid meerdere afwegingen zijn verdisconteerd die samenhangen met de opportuniteit van vervolging. Daaronder vallen ook afwegingen ten aanzien van de belangen van slachtoffers. De met dit beleid beoogde consistentie en voorkoming van willekeur zouden worden verstoord, indien rechters bij het oordelen over vervolgingsbeslissingen een eigen koers varen. Het valt daarom goed te verdedigen dat de redenen van het openbaar ministerie voor de beslissing om niet te vervolgen voorop staan en dat het hof die beslissing marginaal toetst.⁷⁴

De verhouding tussen het openbaar ministerie en de rechter krijgt mijns inziens in dit verband niet een principieel andere betekenis wanneer het hof de beslissing van een individuele officier van justitie toetst in een geval waarvoor geen vaststaand beleid bestaat of in een geval waarin de officier van justitie gemotiveerd afwijkt van een toepasselijke richtlijn. De beslissing om niet te vervolgen in dergelijke gevallen wordt immers ook in een beleidsmatige context genomen.⁷⁵ Zeker in de huidige organisatie van het openbaar ministerie moet de individuele officier van justitie worden gezien als een vertegenwoordiger van het openbaar ministerie. Hij moet ook naar anderen dan alleen de rechter verantwoording kunnen afleggen over zijn beslissingen.⁷⁶ Hij heeft de taak het belang van verschillende zaken tegen

73 Van der Leij 2008, aant. 6 op art. 12i Sv. Zie ook *Handelingen I* 1984/85, p. 89-90.

74 Knigge 1980, p. 191. Zie ook Van der Leij 2008, aant. 3 en 6 op art. 12i Sv en aant. 3 op artt. 12-13a; Corstens 2008, p. 551 (ten aanzien van het oordeel over de opportuniteit). Overigens dwingt het Kaderbesluit inzake de status van het slachtoffer in het strafproces (Kaderbesluit 2001/220/JBZ) mijns inziens niet tot een verdergaande toets van de beslissing om niet te vervolgen dan een marginale (Vgl. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 143, nr. 3, p. 7 en Hof van Justitie EG 9 oktober 2008, *NJ* 2009, 65 (*Katz*), r.o. 46). Ook positieve verplichtingen zoals die voortvloeien uit het EVRM staan mijns inziens aan een marginale toets niet in de weg (Zie over positieve verplichtingen in dit verband: F. Vellinga-Schootstra en W.H. Vellinga, *'Positive obligations' en het Nederlandse straf(proces)recht*, Deventer: Kluwer 2008, in het bijzonder p. 28-29, en P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, Nijmegen: WLP 2008, p. 43-51 en in het bijzonder p. 50, en verder p. 85); Vgl. ook Hof Amsterdam 10 november 2008, *LJN* BG3914.

75 Zie ook Cleiren 2008, p. 540.

76 Zie bijvoorbeeld de Handleiding Gedragscode openbaar ministerie (2006H002), 3.5.b (zie de website van het openbaar ministerie). Belanghebbenden kunnen de politie of openbaar ministerie voorts informeel benaderen met het verzoek een vervolging in te stellen waarbij ook verantwoording zal moeten worden afgelegd (vgl. evenwel de afwijzende brief van de minister over het horen van het slachtoffer voorafgaande aan de beslissing om te vervolgen: *Kamerstukken II*

→

elkaar af te wegen. Bovendien zal hij bij die afweging in ogenschouw moeten nemen welke landelijke of lokale prioriteiten er bij de vervolging bestaan en in zaken van enig gewicht zal hij met collega's overleggen.⁷⁷ Een dergelijke afweging kan ook aanleiding vormen voor afwijking van een wel toepasselijke richtlijn. Voorts betreft een officier van justitie ook de belangen van eventuele slachtoffers bij zijn vervolgingsbeslissingen.⁷⁸ Deze beleidsmatige context biedt een waarborg tegen willekeur en kan bovendien door het hof worden betrokken bij het oordeel over de vervolgingsbeslissing. Zij geeft steun aan het standpunt dat ook bij het ontbreken van of bij afwijking van toepasselijke richtlijnen de vervolgingsbeslissing van het openbaar ministerie uitgangspunt zou moeten zijn voor het hof.

Een voordeel van een marginale toets is voorts dat het hof minder hoeft vooruit te lopen op de uitkomst van de strafzaak. Een volledig zelfstandige oordeelsvorming door het hof levert het risico op dat er al een sluitend rechterlijk oordeel over de schuld wordt geveld. Bestudering van (gepubliceerde) beschikkingen⁷⁹ van de laatste twee jaar over in behandeling genomen klachten wijst uit dat de hoven de vervolgingsbeslissing vol toetsen door zelfstandig te oordelen over de haalbaarheid en de opportuniteit van de vervolging.⁸⁰ De hoven oordelen geheel zelfstandig over de vervolging door een keur aan maatstaven⁸¹ te combineren met een uitvoerig onderzoek naar de fei-

2000/01, 26436, nr. 12). Bij ernstigere zaken is het mogelijk de kwaliteit van het opsporingsonderzoek opnieuw te laten beoordelen (*Stc.* 2006, 251). Zie hierover ook *Kamerstukken II* 2004/05, 30143, nr. 3, p. 8. Zie voorts de Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties (*Stc.* 2008, 209). Vgl. voorts de voorstellen van Groenhuijsen en Knigge (red.) 2002, p. 932 e.v.

77 Zie bijvoorbeeld de Handleiding Gedragscode openbaar ministerie (2006H002), 2,5 (zie de website van het openbaar ministerie).

78 Vgl. ook de Aanwijzing slachtofferzorg (*Stc.* 2004, 80). Vgl. voorts de Handleiding Gedragscode openbaar ministerie (2006H002), 3.3. (zie de website van het openbaar ministerie).

79 Het zijn met name de gerechtshoven van Amsterdam en 's-Hertogenbosch die hun beschikkingen publiceren.

80 Vgl. evenwel Hof 's-Gravenhage 21 november 2007, *LJN* BB9138; Hof 's-Hertogenbosch 16 januari 2007, *LJN* BA2770 en Hof Arnhem 21 januari 2009, *LJN* BH1023. Dat in het grootste deel van de gevallen na een toets die niet meer dan marginaal zal zijn, tot niet-ontvankelijkheid of kennelijke ongegrondheid van het beklag wordt beslist, doet niet af aan de betekenis van de wijze waarop hoven de wel in behandeling genomen zaken beoordelen.

81 De meest voorkomende maatstaf is dat het hof, gelet op de uit het dossier blijkende feiten en omstandigheden, onvoldoende wettig en overtuigend bewijs van een of meer strafbare feiten aanwezig acht en voorts niet verwacht mag worden dat verder onderzoek nader bewijs zal opleveren. Andere maatstaven zijn: dat uit het door de politie gehouden opsporingsonderzoek onvoldoende

→

ten⁸² zonder de vervolgingsbeslissing als zodanig te bespreken.⁸³ Om een zelfstandig oordeel te kunnen vellen, is het ook nodig dat het hof steeds alle relevante feiten in ogenschouw neemt. Sommige beschikkingen bevatten daardoor echter uitvoerige overwegingen ten aanzien van die feiten en monden uit in volledig eigen bevindingen. Deze zelfstandige benadering resulteert soms in overwegingen die de indruk wekken dat de veroordeling al heeft plaatsgevonden. Zo overwoog een hof bijvoorbeeld dat de beklaagde zich gelet op de vastgestelde feiten en omstandigheden ‘aan verduistering schuldig heeft gemaakt’.⁸⁴ Dat brengt het risico met zich dat de rechtbank die de zaak daadwerkelijk moet behandelen, moeilijk elke vooringomenheid kan voorkomen. Een marginale toets kan dat risico beperken.

Hoewel er goede argumenten zijn voor een marginale toets, neemt het belang van rechterlijk toezicht als zodanig bepaald niet af. De verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie om zoveel mo-

aanknopingspunten te putten zijn om op goede gronden te komen tot een strafrechtelijke vervolging van beklaagden (Hof Arnhem 1 april 2008, *LJN* BC8889); dat minst genomen het vermoeden bestaat dat beklaagde zich aan het strafbare feit heeft schuldig gemaakt (Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2007, *LJN* BD6449); dat uit de stukken voldoende aanwijzingen zijn te putten voor een vervolging nu het immers niet hoogst onwaarschijnlijk is dat de strafrechter later oordelend, tot een bewezenverklaring zal komen (Hof Arnhem 29 januari 2007, *LJN* AZ7297); dat het feit in beginsel bewijsbaar is (Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2007, *LJN* BB7471); dat er geen begin van bewijs aanwezig is (Hof 's-Hertogenbosch 18 oktober 2007, *LJN* BD6453); dat strafvervolging zeker tot de mogelijkheden behoort (Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2008, *LJN* BD9089). Ook ten aanzien van de opportuniteit blijken duidelijke maatstaven te ontbreken (Hof Arnhem 21 november 2008, *LJN* BG5061; Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2007, *LJN* BD6466; Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2007, *LJN* BA9679).

82 Vgl. bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2007, *LJN* BD6449; Hof 's-Hertogenbosch 16 oktober 2007, *LJN* BB7471; Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2007, *LJN* BD6462, Hof Amsterdam 20 juni 2008, *LJN* BD4915; Hof Arnhem 21 januari 2009, *LJN* BH1023; Hof Arnhem 1 april 2008, *LJN* BC8889. Verhindert de beklaagde een gedegen onderzoek, dan kan dat mede een reden zijn het beklag gegrond te verklaren (Hof 's-Hertogenbosch 8 april 2008, *LJN* BD9097).

83 De beschikking in de zaak Wilders kan in dat verband als een uitzondering worden aangemerkt (Hof Amsterdam 21 januari 2009, *LJN* BH0496).

84 Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 2008, *LJN* BD9104. In een andere zaak overwoog een hof dat het samenstel van handelingen van beklaagde ‘in ieder geval’ het aannemen van de valse hoedanigheid oplevert (Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2007, *LJN* BD6462) en in weer een andere zaak dat beklaagde zich heeft schuldig gemaakt aan het seksueel binnendringen bij iemand beneden de zestien jaar in de zin van artikel 245 Sr (Hof 's-Hertogenbosch 7 november 2006, *LJN* AZ9929).

gelijk al dan niet buiten de rechter om te handhaven zet ook de kwaliteit van vervolgingsbeslissingen onder druk. Naarmate het openbaar ministerie meer zaken wil afdoen, kan het ook minder tijd nemen om onderzoeken goed af te ronden. Daardoor kunnen ook zaken blijven liggen die eigenlijk tot vervolging moeten leiden. Daarnaast worden veel van de te maken afwegingen al bij parketsecretarissen en de politie gemaakt. Dat lager of anders opgeleid personeel de besluitvorming van de officier van justitie overneemt, vergroot het risico van verkeerde afwegingen. Deze druk op de kwaliteit van vervolgingsbeslissingen bevestigt het belang van de mogelijkheid bij het hof te klagen over het achterwege laten van vervolging. Die druk levert natuurlijk een spanning op met de waarborgen die ik veronderstel bij vervolgingsbeslissingen die op basis van beleid of in een beleidsmatige context worden genomen, maar zij doet niet af aan de taakverdeling tussen de officier van justitie en het hof en daarmee dus ook niet aan de stelling dat een marginale toets ten aanzien van vervolgingsbeslissingen het meest voor de hand ligt. Waar het om gaat, is dat het hof de bevoegdheid moet hebben verzuimen bij het openbaar ministerie te corrigeren. Daarvoor is het niet nodig een volle toetsingsbevoegdheid te hebben, maar kan worden volstaan met een marginale toets.

6 Slotsom: de vertaling van de marginale toetsing in de huidige beklagregeling

Het standpunt dat het hof in de beklagprocedure een marginale toets moet uitvoeren van de vervolgingsbeslissing, zou volgens mij in de huidige regeling vertaald kunnen worden door de maatstaf voor te schrijven of het openbaar ministerie in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing niet te vervolgen. Mijns inziens kan dat concreter worden gemaakt door het oordeel van het hof toe te spitsen op de motivering van de vervolgingsbeslissing. Dat strookt met het corrigerende karakter van een mogelijk bevel.⁸⁵ Het is immers die beslissing die het uitgangspunt zou moeten vormen bij de oordeelsvorming.

85 Ter illustratie wijs ik op Hof 's-Hertogenbosch 8 april 2008, *LJN* BD9006 waar een motivering door de officier van justitie in het ambtsbericht kennelijk in belangrijke mate heeft bijgedragen aan het oordeel van het hof dat de zaak niet haalbaar was. Overigens komen advocaten-generaal bij de behandeling van het beklag vaak terug op de beslissing om niet te vervolgen (bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2008, *LJN* BD9089), wat er mee te maken heeft dat zij daar voorafgaand aan de beklagprocedure niet zelfstandig op kunnen terugkomen indien er al een sepotbeslissing aan de verdachte is verstuurd.

Uit de onderzochte beschikkingen van de laatste twee jaar blijkt dat de reden voor het niet vervolgen steevast slechts kort wordt vermeld evenals het standpunt van de advocaat-generaal of het beklag wel of niet gegrond moet worden verklaard. Meer informatie over de beweegredenen van het openbaar ministerie is in de beschikkingen in de regel niet te vinden en de motivering van de beschikkingen is daar ook niet op toegespitst.⁸⁶ Sinds de wetswijziging van 1985 is het hof verplicht het standpunt van het openbaar ministerie te vragen. Gaat men af op de motivering van beschikkingen, dan lijkt die verplichting enige relevantie te ontberen. Hoewel hoven bij de opportuniteit van vervolging meer rekening lijken te houden met hetgeen het openbaar ministerie daarover eventueel oordeelt, kan ook in dit verband niet gezegd worden dat hoven de gronden voor de klacht en het verslag van de advocaat-generaal steevast behandelen in de motivering van hun uitspraak.

Het zou niet alleen overeenstemmen met het corrigerende karakter van de beklagregeling om dat wel te doen, maar het toespitsen van de toetsing op de motivering van het openbaar ministerie zou ook het voorwerp van debat in de beklagprocedure verscherpen. Daarmee doel ik op het volgende. De meeste beschikkingen betreffen technische sepots. Dat neemt niet weg dat veel van die sepots volgens mij mede zijn te verklaren door impliciete opportuniteitsoverwegingen: het openbaar ministerie seponeert omdat het feit niet strafbaar is maar meent ondertussen ook dat de aard van het feit vervolging hoe dan ook niet opportuun maakt. Als het hof dan oordeelt dat het feit wel strafbaar is, blijft het standpunt van het openbaar ministerie over de opportuniteit in het midden liggen. Uit de beschikkingen blijkt niet dat het openbaar ministerie in dergelijke gevallen subsidiair bijvoorbeeld stelt vervolging niet opportuun te achten. De advocaat-generaal kan zodoende een aanvullend oordeel vellen over redenen om niet te vervolgen als het hof over de haalbaarheid anders oordeelt. Maar daarvan is mij niet gebleken in de beschikkingen. Een goed voorbeeld is de zaak Wilders. Daarin heeft het openbaar ministerie zijn zinnen volledig gezet op het ontbreken van strafbaarheid zonder een onderbouwd oordeel te geven over de opportuniteit van vervolging in het geval het hof zou menen dat er wel sprake is van strafbaarheid. In dat geval blijft dus het oordeel over de opportuniteit bij het hof. Dat is volgens mij eerder een ongewenst praktisch gevolg van het ontbreken

⁸⁶ Zie ook Frijda 2004, p. 34.

van een goede motivering van de vervolgingsbeslissing, dan een argument voor een zelfstandige oordeelsvorming van het hof.

Voorstelbaar is dat het hof de advocaat-generaal in dergelijke gevallen tijdens de beklagprocedure op enigerlei wijze in de gelegenheid stelt om naar aanleiding van de strekking van het klaagschrift een (aanvullend) standpunt over de opportuniteit gemotiveerd weer te geven om vervolgens dat standpunt als voorwerp van toetsing te nemen. Het is dan dus aan het hof dat standpunt marginaal te toetsen. Een dergelijke gang van zaken komt wat gekunsteld over. Beter zou zijn als het openbaar ministerie stevast bij een negatieve vervolgingsbeslissing of bij aanvang van een beklagprocedure gemotiveerd aangeeft hoe het over de haalbaarheid oordeelt, daarbij onderscheidend tussen zuivere rechtsvragen, bewijsvragen en onderzoeksmogelijkheden, en hoe het over de opportuniteit van vervolging oordeelt. Zo kan een genuanceerde invulling worden gegeven aan de toetsingbevoegdheid van het hof al naar gelang het voorwerp van toetsing. Wanneer het openbaar ministerie dan niet vervolgt om de enkele reden dat het meent dat Nederland geen rechtsmacht heeft en het hof oordeelt dat die rechtsmacht er wel is, beslist het in feite slechts dat de enkele reden waarom het openbaar ministerie niet vervolgt rechtens ondeugdelijk is en wijst het openbaar ministerie er daarmee op dat het wel degelijk kan vervolgen. Het mag worden aangenomen dat het dan ook niet tegen de wens van het openbaar ministerie indruist om de vervolging te bevelen, daargelaten het meningsverschil dat mogelijk over de rechtsmacht nog blijft bestaan. Een bevel dient dan niet in de eerste plaats te volgen omdat het hof dat opportuun acht, maar omdat de enige reden voor niet vervolging is weggenomen. De praktische realisering van een marginale toets komt dus in belangrijke mate aan op het verplichten van het openbaar ministerie tot een duidelijke motivering van de vervolgingsbeslissing in het kader van de beklagprocedure. Is die duidelijke motivering er, dan kan ook van het hof worden verlangd zijn oordeel, met inachtneming van de inhoud van het beklag, daarop af te stemmen.