

Artikel

Vereist de poortwachtersfunctie van de officier van justitie bij de vervolgingsbeslissing eigenlijk niet nadere regeling in het Wetboek van Strafvordering?

prof. mr. P.A.M. (Paul) Mevis*

44

1. Inleiding

Als voorbeeld van onderwerpen waaraan in wetsvoorstel 36327 voor een nieuw Wetboek van Strafvordering opvallend weinig aandacht wordt besteed, kan het OM (hierna: OM) worden genoemd. Het wetsvoorstel bevat ter zake geen systematische veranderingen. In het bijzonder houdt het wetsvoorstel vast aan de vrijwel uitsluitende oriëntatie op de officier van justitie c.q. de advocaat-generaal als individuele actor, de a-systematische missslag bij het instellen van rechtsmiddelen door het Openbaar Ministerie daargelaten.¹ Die individuele actor heeft echter niet alleen meer keuzemogelijkheden dan ooit. Hij is daarbij meer dan ooit (ook) de vertegenwoordiger van het OM, dat als organisatie onder leiding van het College van procureurs-generaal beleid voert, waaraan de officier van justitie of advocaat-generaal vervolgens gebonden is. De uitoefening van bepaalde bevoegdheden in het WvSv kan bovendien ex artikel 126 RO in mandaat aan andere ambtenaren van het OM wor-

den overgelaten.² Is de voortzetting van de focus op enkel de officier van justitie dan wel zo terecht of volledig? Dat is een van de vragen die opkomt, in het besef dat de spilfunctie van de officier van justitie in het strafprocesrecht ook op tal van andere punten de afgelopen jaren bepaald aan 'enige dynamiek' in regelgeving en praktijk onderhevig is geweest en nog steeds is, ontwikkelingen waaraan in recente literatuur uitvoerige aandacht is besteed.³ In feite begint deze dynamiek bij de funda-

* Paul Mevis is hoogleraar straf(proces)recht Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 In de MvT (p. 1156) wordt miskend dat de landelijke bevoegdheid van het OM (art. 1.3.5 Sv) reeds de 'regionale' beperking van art. 404 Sv opheft; daartoe hoeft het instellen van rechtsmiddelen niet aan het Openbaar Ministerie te worden opgedragen.

2 Nog afgezien van de differentiatie binnen de functie van de officier van justitie, zoals de substituut-officier, de assistent-officier, etc. Met name in de bijdrage van A. Schoep, 'Rationaliteiten voor differentiatie van de functie van officier van justitie', in: J. Altena e.a. (red.), *In onderlinge samenhang. Liber amicorum Tineke Cleiren*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 621-634 komt het verschil tussen het 'functiegebouw' van het OM in de Wet RO en van de officier van justitie in het WvSv goed tot uitdrukking. Voor alle duidelijkheid: regeling van dat functiegebouw hoort uiteraard niet thuis in het WvSv.

3 Dat geldt met name voor de beschouwingen omtrent alle aspecten van het OM in de bundel van J.H. Crijns e.a. (red.), *Openbaar Ministerie. Organisatie en functioneren van het Openbaar Ministerie in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, waarop veel van deze bijdrage steunt zonder dat uitvoerige verwerking mogelijk is. Dat geldt ook voor andere publicaties, in het bijzonder van M. de Meijer, *Integriteit als maatstaf voor het Openbaar Ministerie*, oratie UvA 2016; het tweeluik van E. respectievelijk M. Hirsch Ballin (E. Hirsch Ballin, 'Het Openbaar Ministerie in het krachtenveld van democratie en rechtsstaat: deel I' en M. Hirsch Ballin, 'Het Openbaar Ministerie in het krachtenveld van democratie en rechtsstaat: deel II'), in: T. Kooijmans e.a. (red.), *Op zoek naar evenwicht. Liber Amicorum Marc Groenhuijsen*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 307-321 resp. p. 323-338; het NVVS-preadvies van M. de Meijer en J. Simmelink, *Het OM in de strafrechtsheten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014; J.M.W. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21ste eeuw*, dissertatie, Den Haag: Boom juridisch 2017. Zie voorts de 'Rapportage van de universiteiten over Boek 3 van het wetsvoorstel voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering (36327)'.

mentele herziening van de inrichting van het OM als organisatie in de Wet RO in 1999.⁴ Bij die wetswijziging werd dat OM – naar de treffende term van E. Hirsch Ballin – een ‘eigenstandige organisatie’.⁵ Die wet leidde ook tot enige aanpassingen van het WvSv, maar eigenlijk slechts voor zover noodzakelijk ter ‘vertaling’ van de Wet RO-herziening. Sedert 1999 zijn de positie en betekenis van de officier van justitie/het OM als ‘eigenstandige organisatie’ verder praktisch geoperationaliseerd en in wetgeving (waaronder die betreffende de strafvordering) nader uitgewerkt, zij het niet altijd systematisch of vanuit eenvormig en bestendig beleid. Men zou kunnen verwachten dat de modernisering van het Wetboek van Strafvordering wordt aangegrepen om nu dan de positionering van het OM in de strafvordering meer systematisch aan te passen. De Contourennota bevat een zekere aankondiging in die richting,⁶ maar het uiteindelijke wetsvoorstel bevat weinig aan concrete voorstellen waarin de veranderde positie van de officier van justitie of het OM doorklinkt.

De vraag is of dat niet anders kan of moet; verdient een adequate positionering van het OM niet toch de nadere aandacht van de wetgever? Zo ja, welke richting is daarvoor aangewezen? Moet wellicht in meer gevallen een sterkere rechterlijke toets of toezicht worden gerealiseerd? Of zouden de ontwikkelingen eerder in een betere positionering van de officier van justitie of het OM kunnen worden gevangen? Daarbij moet dan wel worden onderscheiden tussen de vraag of, waarom en hoe ter zake een regeling op het niveau van de wet in formele zin aangewezen is, en de vraag of die wet dan het Wetboek van Strafvordering moet zijn of, bijvoorbeeld, de Wet RO. In de beperkte omvang van deze bijdrage worden deze vragen voor de regeling betreffende de vervolgingsbeslissing onderzocht; het gaat niet om aspecten van regeling van opsporing.⁷

2. Turbulentie in de (talrijke) vervolgingsbeslissingen; de oriëntatie op de rechter is verlaten

Volgens het Wetboek van Strafvordering (bestaand en nieuw) neemt de officier van justitie op basis van de resultaten van het opsporingsonderzoek een beslissing over de vervolging in de afzonderlijke strafzaak. In het wetsvoorstel wordt dat uitgangspunt nog gearticuleerd door het opschrift van Boek 3 Sv en de inleidende woor-

den van het eerste het beste artikel 3.1.1 betreffende de officier van justitie die ‘een beslissing’ neemt over het instellen van vervolging tegen de verdachte. Als mogelijke beslissingen ter vervolging noemt artikel 1.3.3 (uitsluitend) het uitvaardigen van een strafbeschikking of het indienen van een procesinleiding.

Het is evident dat de op zichzelf juridisch juiste opsomming in artikel 1.3.3 een onvolledig beeld geeft, in het bijzonder omtrent hetgeen voor ‘de officier van justitie’ aan opties openstaat. Afgezien van de binding van ‘de officier van justitie’ aan OM-Richtlijnen en Aanwijzingen geven beleidsstukken niet altijd een handvat voor de keuze tussen de beide vervolgingsopties van artikel 1.3.3. Dat geldt ook voor de inzet van de strafbeschikking in, bijvoorbeeld, ZSM-kader of in een handhavingskader dat, ter bestrijding van bepaalde fenomenen, met andere bestuursorganen wordt afgestemd. Voorts zijn met de opsomming van de beide vervolgingsopties van artikel 1.3.3 bepaald niet alle afdoeningsmogelijkheden genoemd. Het voorwaardelijk sepot en de transactie blijven in de voorgestelde regeling behouden. Dat geldt ook voor de schikking bij de voordeelontneming en de OM-gedragsaanwijzing, die in recente tijden nadrukkelijker ter handhaving van de openbare orde is ingezet.

Er is al vaak op gewezen dat in deze, in het wetsvoorstel behouden benadering van regeling op basis van enkel de afzonderlijke beslissing van de individuele officier van justitie als gezagsdrager, veel verloren gaat, of misschien beter: achter de wettelijke regeling verborgen blijft. Dat geldt eerst en vooral voor het aspect van selectie van zaken en vervolgens voor het aspect van de keuze van de strafrechtelijke reactie door c.q. onder gezag van het OM; de bekende poortwachtersfunctie van het OM/de officier van justitie. Meer dan ooit wordt geselecteerd in welke gevallen strafrechtelijk optreden (niet) wenselijk is, welke strafzaken – afzonderlijk of categoriaal – (niet) worden opgespoord, welke zaken (niet) worden vervolgd en, vervolgens, via welke modaliteit die beslissing wordt ingericht. Die selectie is tegenwoordig meer dan ooit noodzakelijk, maar deze dynamiek verandert de structuur van de strafrechtelijke rechtshandhaving wezenlijk. De berechting door de strafrechter in een per definitie individuele en dus door het OM in de richting van de rechter te individualiseren strafzaak, als enige weg naar een desnoods dwingend ten uitvoer te leggen sanctie, is daarmee (reeds lang) verlaten.⁸ De rol van de zittingsrechter blijft ‘beperkt’ tot de gevallen waarin dat nog noodzakelijk is (gelet op onder meer art. 113 lid 3 Gw) en overigens ‘voor zover het OM dat als vervolgingsbeslissing aangewezen vindt’. Daarnaast zijn er de gevallen waarin de wetgever in een

4 Wet van 19 april 1999, Stb. 1999, 194.

5 E. Hirsch Ballin 2021, p. 311.

6 Kamerstukken II 2015/16, 29279, nr. 278, p. 36.

7 De interessantste vragen voor OM en opsporing zijn of het opsporingsbegrip en daarmee het gezag van het OM qua reikwijdte ‘naar voren’ niet te beperkt is en of het nog wel vanzelfsprekend is dat de officier van justitie zelf ook als opsporingsambtenaar aangewezen blijft.

8 Vgl. de (o.a.) door De Doelder geschetste ontwikkeling naar een behoorlijke ‘afstand’ tussen OM en strafrechter: H. de Doelder, ‘Het OM in ons Koninkrijk’, in: J. Altena e.a. (red.), *In onderlinge samenhang. Liber amicorum Tineke Cleiren*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 469-479. Dat is een situatie waarin ‘de’ officier van justitie van het WvSv zijn handelen niet meer primair richt op de rechter.

gang naar de rechter voorziet ter toetsing van een OM-beslissing, zoals bij het bezwaarschrift tegen een OM-gedragsaanwijzing, de dagvaarding of de procesinleiding of het artikel 12 Sv-beklag bij het gerechtshof. Voor deze bijdrage is daarbij het punt niet zozeer de geschetste ontwikkelingen naar die toenemende betekenis van selectie van zaken en keuze binnen een veelvormiger geheel van afdoeningsmodaliteiten als zodanig. Van betekenis is echter wel dat in het wetsvoorstel dit element van versterkte selectie eigenlijk nauwelijks terugkomt. Het wordt daarin als zodanig niet geadresseerd, laat staan door regeling genormeerd.

3. Enige algemene aspecten van de inbedding van het OM

Bij deze (tussen)stand vragen enige samenhangende, algemene aspecten betreffende de positionering van de officier van justitie/het OM bij de vervolgingsbeslissing nadere aandacht.

3.1 Rechterlijke toetsing: meer rechterlijke toetsing?

Als de concrete uitkomst van het – uiteindelijk geïndividualiseerde – optreden van de officier van justitie steeds meer de uitkomst is van algemeen beleid en van de keuze die binnen een toenemend aantal mogelijkheden wordt gemaakt, treedt de toets door de (eventueel) berechtende strafrechter terug. Deze rechter kan in de individuele strafzaak, die als 4368ste toepassing van beleid op zijn bord belandt, dat beleid als zodanig niet of nauwelijks alsnog, adequaat of volledig (gaan) toetsen of veroordelen. Niet dat die mogelijkheid uitgesloten moet worden – mogelijk eerder versterkt – maar dat vereist bredere aandacht voor toetsing van algemene regels, ook van formeel-wettelijke regelingen door de (straf)rechter. De ontwikkeling naar een betrekkelijk breed omarmde optie van voorafgaande rechterlijke toetsing van hoge transacties illustreert hier tegelijk wel een zeker gevoel ‘tekort’ aan rechterlijke toetsing van de poortwachtersfunctie van het OM.⁹ Die ontwikkeling maakt ook duidelijk dat de invulling van die poortwachtersfunctie niet altijd uitsluitend op (door het OM bepaalde en inhoud gegeven) ‘consensus’ over de afdoening met de individuele verdachte in de afzonderlijke strafzaak kan worden gebaseerd.¹⁰ Er zijn al snel andere, algemenere aspecten van behoorlijke strafrechtelijke rechtshandhaving in het geding die niet zonder meer voorwerp van onderhandeling en overeenstemming met de verdachte kunnen zijn.

9 De wens van voorafgaande rechterlijke toetsing laat zich om vergelijkbare redenen verdedigen voor in elk geval die OM-gedragsaanwijzingen waarbij onduidelijk is of de reikwijdte van grondrechten inzake vrijheid van meningsuiting, demonstratie, vereniging en vergadering een met de gedragsaanwijzing voorgestane beperking wel toestaan.

10 Vgl. wel J.H. Crijns en M.J. Dubelaar, ‘De betekenis van consensualiteit voor de normering van procesafspraken’, *Delikt en Delinkwent* 2023, p. 538-569.

3.2 Niet meer reikwijdte voor de toets in het artikel 12 Sv-beklag

De door de ontwikkelingen onvermijdelijk steeds verder beperkte toetsing van de vervolgingsbeslissing door de berechtende rechter, heeft tot gevolg dat een verplaatsing dreigt van (aspecten van) rechterlijke toetsing naar procedures die daarvoor bedoeld noch geschikt zijn. Dat geldt met name de artikel 12 Sv-beklagprocedure. Die procedure verdient enige nadere aandacht omdat daarover ook wel enig misverstand lijkt te ontstaan. Enerzijds wordt in de MvT bij het wetsvoorstel voor Boek 3 Sv gelukkig en terecht en in elk geval voor een deel een einde gemaakt aan alle verwarrende discussies over de omvang van de toets door het gerechtshof. Dat is en blijft een volle toets, ook ten aanzien van de opportuniteit van de vervolging in de concrete strafzaak.¹¹ In dat laatste ligt, anderzijds, een beperking die van betekenis is. De beklagrechter heeft niet meer dan de zittingsrechter de taak of de mogelijkheid om het achterliggende beleid van het OM, waarvan de beslissing van de officier van justitie in de concrete zaak de uitkomst is, in zijn algemeenheid te toetsen of te beoordelen. De artikel 12 Sv-procedure is niet bedoeld of geschikt, zeker niet ‘ter vervanging’ van de zittingsrechter, om op klacht van een belanghebbende als ‘representant’, een democratisch-rechtstatelijke legitimatietoets van het OM-beleid in het algemeen te verrichten of de ‘maatschappelijke aanspraak’ op het OM te realiseren. De procedure biedt in zoverre ook geen ingang voor een verdere of uitgebreide(re) ‘collectief belang’-actie als vervanging van democratische legitimatie van OM-beleid, zoals soms wordt gesuggereerd,¹² al biedt de beklagmogelijkheid voor belangengroepen (art. 12 lid 2 Sv) hier wel mogelijkheden en verleidingen. Tegelijk: in het licht van de beperkte beklagtoets blijft de discussie over de, ook democratische, inbedding van het OM in de regeling van de strafvordering daarmee wel de aandacht vragen. Dat geldt ook voor de meest recente loot aan de stam van de

11 *Kamerstukken II 2022/23, 36327, nr. 3, p. 643*: ‘In de beklagprocedure moet het voor het gerechtshof evenwel mogelijk blijven om in bijzondere gevallen de haalbaarheid en opportuniteit van vervolging vol te toetsen, zodat is verzekerd dat in alle gevallen effectief toepassing kan worden gegeven aan de controlefunctie van de beklagregeling’. Dat volgens diezelfde MvT in lichte zaken een marginale toets volstaat, zal naar mijn overtuiging in de praktijk een illusie blijken, maar dat maakt onder de paraplu van volle toets als uitgangspunt ook niet zoveel verschil. Voor de te grote belasting van de gerechtshoven ligt de oplossing niet in een beperking van de inhoudelijke toets. In dat kader is wel van belang dat de regeling in het wetsvoorstel en de toepassing ervan in de praktijk wel worden aangepast op grond van de beide evaluatierapporten ter zake. De regeling in het nieuwe wetboek wordt wel aangepast aan een aantal uitkomsten en aanbevelingen van twee studies naar de werking van de beklagprocedure. Dat betreft L. van Lent e.a., *Klachten tegen niet-vervolgning (artikel 12 Sv-procedure), doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid*, Den Haag: Boom Juridisch 2019 en A. Benschop e.a., *Beklag over niet vervolgen. Hoe gaat het Openbaar Ministerie om met art. 12 Sv-zaken?*, Den Haag: Boom juridisch 2018. Zie nader de MvT, a.w., p. 836-837.

12 Vgl. in die richting enigszins S. Koning, ‘De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?’, *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2022, afl. 2, p. 84-105 en T.R. Becker en L. van Lent, ‘Strategische procesvoering in de beklagprocedure van artikel 12 Sv’, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht en Handhaving* 2023, afl. 6, p. 291-303.

‘dynamiek’ bij de vervolgingsbeslissing, het afdoeningsvoorstel.

3.3 Het OM kan de rechter een afdoeningsvoorstel voorleggen

De kern van het, wel heel erg snel en van onderop in de rechtspraak ontwikkelde, werken met een afdoeningsvoorstel, is dat de officier van justitie aan de rechter een voorstel voorlegt waarmee die rechter tot op zekere hoogte, zo al niet juridisch dan wel praktisch gebonden wordt ten aanzien van de door de rechter te nemen eindbeslissingen in de strafzaak. Dat ‘binden’ betreft de grondslagleer, onderdeel van de poortwachtersfunctie, omdat de selectie van de inhoud van de tenlastelegging kan worden ingericht op afspraken met de verdachte ter zake. Het betreft voorts de rechterlijke sanctietoemeting: er kan een met de verdachte overeengekomen afdoeningsvoorstel aan de strafrechter worden voorgelegd.

Dat hetgeen met de verdachte overeen is gekomen, deswege tot op grote hoogte leidend kan zijn, verdraagt zich slecht met de inhoud van de notie ‘algemeen belang’ als opportunitetsgrond om de beslissing over de vervolging vorm en inhoud te geven. Het aspect van (rekening houden met) de beperkte capaciteit van het strafrechtelijk apparaat is daarbij, hoe noodzakelijk ook, voorzichtig gezegd, niet steeds beschouwd als de grootste inhoudelijke waarde van dat algemeen belang.

Het (geheel) nieuwe en afwijkende van deze ‘eigen aardige’ modaliteit van afdoening komt daarbij onder andere tot uitdrukking doordat de Hoge Raad in zijn arrest van 27 september 2022¹⁵ ‘eerst eens’ het – volgens hem – ter zake geldende criterium van ‘toetsing’ door de strafrechter moest formuleren. Volgens de Hoge Raad *kan* de strafrechter binnen diens zelfstandige verantwoordelijkheid voor de uitkomst van de berechting en zijn in dat kader onverkort voorgeschreven beslissingen van artikel 348 en artikel 350 Sv, conform het afdoeningsvoorstel beslissen. Maar die rechter zal daarvan (moeten) afwijken ingeval hetgeen het afdoeningsvoorstel ten aanzien van de sanctiebeslissing inhoudt niet in redelijke verhouding staat tot de ernst van de zaak. En een na aanvang van het onderzoek ter terechtzitting overeengekomen aanpassing van de tenlastelegging wordt de rechter geacht af te wijzen als deze ex artikel 313 Sv gevorderde wijziging weliswaar ‘hetzelfde feit’ betreft, maar tot gevolg zou hebben dat de uitoefening van de aan het slachtoffer en/of de benadeelde partij toekomende rechten ernstig in het gedrang komt of als na wijziging van de tenlastelegging het daarin aan de verdachte gemaakte verwijt niet meer in een redelijke verhouding staat tot de ernst van de zaak. Voor het geven van antwoord op de vraag *wanneer* dit allemaal het geval is, bestaan weinig handvatten. Daarmee rijst ook de vraag of dit criterium voldoende hard is om de dynamiek

13 HR 27 september 2022, ECLI:NL:HR:2022:1252, NJ 2023/31. Ik meen dat iemand dit arrest al eens kwalificeerde als het ‘De auditu-arrest van de 21ste eeuw’.

in deze snelgroeïende modaliteit werkelijk naar vorm, inhoud en omvang van het aantal zaken voldoende onder de noodzakelijke controle van de strafrechter te houden, zeker omdat niet te verwachten is dat tegen een vonnis conform een afdoeningsvoorstel snel hoger beroep of beroep in cassatie zal worden ingesteld,¹⁴ als niemand daar belang bij heeft, ook de rechter niet.¹⁵ Het gaat mij in het bovenstaande niet om de regeling van het werken met afdoeningsvoorstellen als zodanig, maar om de ‘open’ mogelijkheid van optreden die het Wetboek van Strafvordering hier aan het OM biedt.¹⁶

3.4 Extrapolatie 1: artikel 122 RO is van betekenis, maar hoeft niet in het Wetboek van Strafvordering

Met het bovenstaande wil nog niet gezegd zijn dat een zeker gebrek aan aandacht voor de positie van het OM in het wetsvoorstel voor het nieuwe Wetboek van Strafvordering vooral schuilt in een gebrek aan (een geheel van) uitgewerkte toetsingsmogelijkheden voor ‘de’ (enige) strafrechter van de invulling van de poortwachtersfunctie van het OM. Als het gaat om toezicht op het OM, kan ervan worden uitgegaan dat de inmiddels geoperationaaliseerde bemoeienis van de procureur-generaal bij de Hoge Raad met het OM op basis van artikel 122 lid 1 RO ook onder het nieuwe wetboek zijn betekenis zal behouden. Belangrijk is dat de inhoud van de artikel 122 RO-rapportages tot nu toe de procureur-generaal steeds aanleiding gaven om – in termen van die bepaling gezegd – de minister ‘ervan in kennis te stellen dat het OM naar zijn oordeel bij de uitoefening van zijn taak de wettelijke voorschriften niet naar behoren handhaaft of uitvoert’.¹⁷ Zonder dat sprake was van een crisis in de naleving of handhaving van de wettelijke voorschriften, is de boodschap van deze rapporten in de kern steeds dezelfde: de inrichting van de uitvoering van de taken van het OM kan niet te zeer aan (uitsluitend) dat OM worden overgelaten.

14 Al valt nog te bezien of het zonder bezwaarmogelijkheid van het slachtoffer kan.

15 Ik ontleen aan HR 19 december 2023, ECLI:NL:HR:2023:1765, NJ 2024/27 het voorbeeld dat ter zake van art. 181 Sr geheel conform het afdoeningsvoorstel, toch, in strijd met art. 22b Sr, uitsluitend een taakstraf is opgelegd. De Hoge Raad oordeelde dat dit dan ten onrechte is gebeurd maar in elk geval de verdachte geen belang heeft bij cassatie, althans niet als dat belang niet wordt onderbouwd. Zou dit een rechter ervan weerhouden conform het afdoeningsvoorstel niet uitsluitend een taakstraf op te leggen c.q. zal een officier van justitie een dergelijke afspraak niet maken c.q. tegen een vonnis conform het voorstel appelleren?

16 Zie ten aanzien van de procesafpraak van het afdoeningsvoorstel in het algemeen (onder andere) R. Terpstra, ‘De behoefte aan een nieuwe strafrechtelijke procesmodaliteit’, *NJB* 2022/529, p. 640-646 en, ook wel in meer positieve zin, J.H. Crijns en M.J. Dubelaar, ‘De betekenis van consensualiteit voor de normering van procesafspraken. Gezichtspunten voor de wetgever’, *Delikt en Delinkwent* 2023/41, p. 538-569. De bijdrage van H. Hübner en N. Lentjes, ‘Procesafspraken zonder regels. Een analyse van het gebruik van procesafspraken in recente jurisprudentie’, *Delikt en Delinkwent* 2022/38, p. 537-565 bevat een bespreking aan de hand van verschillende beslissingen van feitenrechters in strafzaken.

17 Relevant is daarbij dat in het kader van die onderzoeken er überhaupt veel informatie over de toepassing van OM-bevoegdheden bijeen is gebracht. Dat zou zonder de aanzet van de procureur-generaal niet gebeurd zijn.

Voor de bekendheid van deze modaliteit hoeft artikel 122 RO inmiddels niet meer naar het Wetboek van Strafvordering te worden overgeplaatst, hoewel de bepaling goed aansluit bij de verantwoordelijkheid voor een 'behoorlijke' opsporing en vervolging, zoals die in het wetsvoorstel Wetboek van Strafvordering met artikel 1.3.1 (onverkort) voor het College van procureurs-generaal wordt verwoord. Het bestaan van artikel 122 RO is wel een randvoorwaarde gebleken voor die 'behoorlijke' taakuitoefening door het OM. Daarin komt de voorzetting van artikel 122 lid 1 RO overeen met een ander aspect van 'externe bemoeienis' met het OM.

3.5 Extrapolatie 2: (behoud de) politieke verantwoordelijkheid van de Minister en de bevoegdheid tot het geven van algemene en bijzondere aanwijzingen

Niet alleen omwille van de omvang van deze bijdrage kan men kort zijn over de politieke verantwoordelijkheid van de Minister. De discussie is begonnen omdat de rol en positie van de officier van justitie als justitiële autoriteit in de strafrechtelijke samenwerking binnen de EU met de beslissing van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 27 mei 2019 ter discussie is komen te staan.¹⁸ Als dat niet gebeurd was, zou er geen serieuze steun voor bestaan om de ministeriële, en daarmee parlementair-democratische verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie en Veiligheid voor het doen en laten van het OM en de bijbehorende aanwijzingsbevoegdheid ter discussie te stellen. De voornaamste argumenten voor het behoud van de bestaande regeling en opvatting over de ministeriële verantwoordelijkheid liggen – ook hier – in de eigen, gescheiden posities van de betrokken actoren ten opzichte van elkaar die – in goed begrip voor elkaars positie en de eigen aardigheden (twee woorden) daarvan – moeten worden ingevuld. Meer pragmatisch is niet te verwachten dat de politiek zich de indirecte zeggenschap over het OM-optreden zal laten ontnemen. Het bestaande systeem van *checks and balances* is daarvoor in menig opzicht ook te waardevol, in het bijzonder voor de democratisch-rechtsstatelijke inbedding en verankering van het OM als 'eigenstandige organisatie'. Een en ander is recent inhoudelijk nog eens adequaat geschetst in het eerdergenoemde tweeluik van E. Hirsch Ballin en M. Hirsch Ballin.¹⁹ Daarom moet de wetgever acceptatie van initiatiefwetsvoorstel 35768 (opheffing bijzondere aanwijzingsbevoegdheid) worden ontraden. Bij verstandig gebruik van deze bevoegdheid binnen de bestaande attributie van de taken aan (de leden van) het OM in de Wet RO, is er geen reden die aanwijzingsbevoegdheid te schrappen. De voornaamste aanleiding die in de MvT wordt genoemd betreft de ontwikkeling dat in het Europese strafrechtelijke rechtshulpverkeer, de Nederlandse officier van justitie in diens

positie in 'ons' strafrechtelijk en algemeen-publiekrechtelijk bestel, niet voldoet aan de eisen die in dat bovennationaal kader aan een 'rechterlijke autoriteit' (moeten) worden gesteld. Dat was al langer bekend (vgl. de Brogan-jurisprudentie van het EHRM uit 1988), terwijl betoogd kan worden dat de enkele opheffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid het Nederlandse OM nog niet tot rechterlijke autoriteit zal bevorderen in de regeling en eisen van de internationale rechtshulp.²⁰

4. Explicatie door codificatie van de oriëntering van het OM; naar een 'algemene bepaling(en) inzake het OM'

Wartoe leidt het voorgaande? Tot op zekere hoogte kan een zekere noodzaak niet worden ontkend tot het nader adresseren van de dynamiek die schuilt in de toepassing van de ongebreidelde mogelijkheden die het OM als eigenstandige organisatie thans meer dan ooit heeft en daadwerkelijk gebruikt in het kader van zijn poortwachtersfunctie bij de vervolging. Met name de combinatie van factoren in deze formulering is van belang. Er is een zekere noodzaak of wenselijkheid om het OM in het Wetboek van Strafvordering daarin niet te zeer alleen te laten, ondanks de 'omheining' van artikel 122 RO en van de ministeriële verantwoordelijkheid. Uit het bovenstaande vloeit daarbij voort dat uitwerking niet in de eerste plaats gezocht moet of kan worden in ingrijpende aanpassingen van het wetsvoorstel Wetboek van Strafvordering gericht op uitbreiding van toetsingsbevoegdheden van de (straf)rechter van de afwegingen en keuzes van het OM. Al vragen verschillende bestaande toetsingsmogelijkheden naar inhoud en reikwijdte, met name ook in onderling verband bezien, ook nog wel nadere aandacht in hun bijdrage van adequate institutionele 'inbedding' van dat OM in de strafvordering. In dat kader gaat de MvT ervan uit dat de toetsing in de verschillende correctiemechanismen rondom de vervolgingsbeslissing 'op vergelijkbare wijze' zal zijn vormgegeven.²¹ Ik volsta hier met de vraag of inhoudelijk wel steeds van een dergelijke 'gelijke wijze' sprake is en of de eventuele verschillen voldoende kunnen worden verklaard en geaccepteerd.

In de bovenstaande schets van ontwikkelingen ligt eerder een aanzet besloten voor een mogelijke, naar vorm en inhoud aanvullende normering en institutionele inbedding van een wat andere aard dan (enkel) meer toet-

18 HvJ EU (GK) 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 (OG) en C-82/19 PPU (PI), ECLI:EU:C:2019:456; EHRC 2019/181 m.nt. Lestrade. Vgl. uitgebreid J.W. Ouwkerk e.a., *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht* (onderzoek i.o.v. WODC), december 2021.

19 Zie voetnoot 3.

20 Vgl. M. Hirsch Ballin 2021., p. 332-336.

21 Vgl. *Kamerstukken II 2022/23*, 36327, nr. 3, p. 843: 'Tot slot is van betekenis dat het stelsel van waarborgen en correctiemechanismen rondom de vervolgingsbeslissing als geheel in evenwicht is. Dat brengt op het vlak van de rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing mee dat die toetsing in respectievelijk de beklagprocedure, de bezwaarschiftprocedure tegen de procesinleiding en op het onderzoek op de terechtzitting op vergelijkbare wijze wordt vormgegeven.'

sen van het doen en laten van het OM. Het wetsvoorstel bevat met de functie bepaling van genoemd artikel 1.3.1 zelfs reeds een voorzet in de hier bedoelde richting. Ingevolge dat artikel waakt het College van procureurs-generaal ‘voor’²² de ‘behoorlijke’ vervolging en opsporing van strafbare feiten. Met ‘behoorlijk’ is blijkens de MvT in elk geval bedoeld dat het OM geacht wordt rechtmatig, doelmatig, proportioneel en niet gericht op particulier partijenbelang invulling aan zijn taken en verantwoordelijkheden te geven en de uitoefening van zijn bevoegdheden daarop te richten. Tegelijk is de gedragsnorm van artikel 1.3.1 uitsluitend tot het College gericht. Dat wordt al anders bij het in artikel 1.3.4 gehandhaafde oriëntatiepunt van het ‘algemene belang’ op grond waarvan de officier van justitie van vervolging kan afzien. Nieuw is daarbij dat in artikel 3.1.1 aan de officier van justitie wordt voorgeschreven bij de vervolgingsbeslissing de beginselen van goede procesorde in acht te nemen, in het bijzonder het vertrouwensbeginsel en het beginsel van redelijke en billijke belangenafweging. In artikel 1.2.1 wordt aan de rechter als gedragsnorm en oriëntatiepunt voorgeschreven de zaak ‘onbevooroordeeld en onpartijdig te behandelen’. In artikel 4.3.15 ten slotte, duikt de omschrijving van (basisvoorwaarden voor een) ‘behoorlijke berechting’ op. Met andere woorden: meer dan in het bestaande wetboek vindt de wetgever aanleiding om de oriëntatie waarop (rechter en) OM hebben te koersen in het (nieuwe) wetboek als ordening van de strafvordering expliciet uit te drukken. Op zoek naar versterking van de normatieve inbedding van het opereren van de officier van justitie/de advocaat-generaal c.q. het OM als zodanig, kan betoogd worden dat een uitdrukkelijke, expliciete en algemene articulatie van de ‘oriëntatie’²³ voor het OM in de regeling van de strafvordering en dus in een nieuw Wetboek van Strafvordering niet zou ontstaan.²⁴ Een expliciete bepaling dus, waarin als gedragsnorm de ‘eindtermen’ worden vastgelegd waarop ieder OM-optreden dient te zijn georiënteerd en achteraf op kan c.q. moet kunnen worden teruggevoerd. Zo’n oriëntatiebepaling zou bijvoorbeeld kunnen luiden:

‘De officier van justitie en de advocaat-generaal richten de uitoefening van de bevoegdheden krachtens dit wetboek door henzelf of onder hun verantwoordelijkheid door andere ambtenaren als bedoeld in artikel 126 RO, uitsluitend op de realisering van de garantie van een rechtsstatelijk verantwoorde strafrechtelijke rechtshandhaving.’²⁵ Het Openbaar Ministerie, de officier van

justitie en de advocaat-generaal geven inzicht in de daarbij gemaakte selectie en keuzes in concrete zaken en in het beleid dat daaraan vanwege het College van procureurs-generaal ten grondslag wordt gelegd. Zij leggen van die keuzes en dat beleid op basis van dit wetboek jegens de (straf)rechter verantwoording af waar dat voor enige beslissing van een (straf)rechter relevant kan zijn.’

Met een dergelijke ‘algemene bepaling’ kan zowel in termen van fundering en erkenning als in termen van normering en verantwoordelijkheid recht worden gedaan aan de in de afgelopen decennia ontstane werkelijkheid van zowel het gebruik van als de keuze uit de veelheid van niet altijd meer op de strafrechter gerichte bevoegdheden en afdoeningsmogelijkheden voor de representant van het OM in de strafvordering. Dat is de officier van justitie en advocaat-generaal maar daarmee ook de gemandateerde ‘andere ambtenaar’ van artikel 126 RO. Met een dergelijke algemene bepaling wordt ook meer recht gedaan aan de positie van ‘hun’ OM als eigenstandige organisatie, inmiddels ook binnen de strafvordering. In het bijzonder wordt recht gedaan aan het geheel van complexe afwegingen, selecties, keuzes die in het steeds grotere pallet van modaliteiten binnen de poortwachtersfunctie van het OM aan de orde zijn. Inhoudelijk wordt met een dergelijke algemene bepaling de eigen, zelfstandige en rechtsstatelijke positie en verantwoordelijkheid van het OM binnen de moderne strafvordering erkend en gearticuleerd en wordt het OM aanspreekbaar op zowel de te maken keuzes als op het bestaan van (consistent en integraal) beleid. De zelfstandigheid in de poortwachtersfunctie van het OM binnen de strafvordering krijgt er erkenning en normering door, juist ook in het wettelijk kader betreffende dat strafrechtelijke optreden van dat OM, hetgeen normering in het Wetboek van Strafvordering rechtvaardigt. Men zou kunnen zeggen dat met een dergelijke algemene bepaling de eerdere wijzigingen betreffende het OM als organisatie in de Wet RO, alsnog hun logisch vervolg en uitwerking in de regeling van de strafvordering vinden.

22 ‘(W)aken over’ zou tegenwoordig overigens een adequatere formulering zijn; ‘waken voor’ kan ook ‘tegenhouden’ betekenen.

23 Of ‘maatstaf’; vgl. De Meijer, oratie, a.w.

24 Althans ‘voorhands’; mogelijk vragen alle OM-ontwikkelingen tezamen om de verkenning van de wenselijkheid van een aparte Wet op het openbaar ministerie.

25 In de hier voorgestelde terminologie is bewust een aantal termen waarin de oriëntatie van het OM in de literatuur wel is geduid, als minder juist vermeden. Dat betreft in het bijzonder de klassieke term ‘magistratelijk’, alsmede termen als ‘rechtsbescherming’ van enige procespartij of -deelnemer of ‘integriteit’, terwijl, naar de Algemene bepaling in de Grondwet, de term ‘rechtsstaat’ juist wel van belang is. Vandaar (vooralsnog) ‘rechts-

statelijke verantwoorde strafrechtelijke rechtshandhaving’ als ‘compromis’; ik geef dat graag voor een betere variant.