

Redelijk handelende officieren en de vervolgingsbeslissing

Joep Lindeman

Inleiding

Het begon met een arrest van de Hoge Raad waarin werd uitgemaakt dat de rechter in uitzonderlijke gevallen het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk mag verklaren indien ‘geen redelijk handelend lid van het OM’ tot vervolging van de verdachte had kunnen overgaan.¹ Omdat ik bij Chrisje Brants promoveer op een onderzoek naar de taakopvatting en taakinvulling van officieren van justitie leek dit arrest mij een mooi onderwerp voor dit liber amicorum. In mijn speurtocht naar de herkomst van het criterium ‘redelijk handelend lid van het OM’ stuitte ik op een aantal strafzaken die op de een of ander manier met de interesses van Chrisje in verband gebracht kunnen worden.² Of het criterium nu het meest voor de hand liggende is als het gaat om het toetsen van de vervolgingsbeslissing is echter de vraag.

‘Redelijk handelend lid van het OM’: grote opsporingsonderzoeken en omgang met de media

Chrisje Brants heeft zich veel bezig gehouden met de relatie tussen de media en de strafrechtspleging. Zaken met kroongetuigen, over onopgeloste moorden en met betrekking tot fraude zijn vaak zeer mediageniek. In een aantal van dat soort zaken zijn gedragingen van officieren, al dan niet mede bestaande uit uitlatingen in de media, getoetst aan het ‘redelijk handelend lid van het OM’-criterium. Ik zet ze hieronder kort op een rij.

Fraudezaken

In augustus 1997 zei Chrisje Brants: ‘We hebben in het verleden gezien dat het OM hoog van de toren blies in grote fraudezaken, maar bij de rechter uiteindelijk nul op het rekest kreeg. Dat werkt averechts.’³ Oh ironie: twee maanden

1 HR 6 november 2012, *NJ* 2013, 109 m.nt. Schalken; *LJN* BX4280; *NS* 2012, 427.

2 Was dat wel toeval? ‘Alles heeft met alles te maken’ is een *cri de coeur* die Chrisje Brants in moeilijke discussies meer dan eens heeft gedaan.

3 ‘OM pioniert en kan dus uitglijden’, *Trouw* 23 augustus 1997, p. 9. <www.trouw.nl/tr/nl/5009/Archief/archief/article/detail/2537550/1997/08/23/OM-pioniert-en-kan-dus-uitglijden.dhtml>.

later startte het Openbaar Ministerie (met onder meer een zwaar media-offensief) de rampzalig verlopen Clickfondszaak. Het bleek een prachtig voorbeeld van een fraudezaak zoals Chrisje en Kees Brants die in hun dissertatie beschreven.⁴ Fraude was ‘hot’, het Openbaar Ministerie op succes gebrand en de media vraten gulzig de bak leeg. Veel verdachten moesten echter uiteindelijk worden heengezonden: van de veronderstelde grootschalige fraude bleef uitermate weinig overeind. Geen wonder dat veel (gewezen) verdachten het Openbaar Ministerie verantwoordelijk hielden voor geleden (reputatie)schade.

De officier van justitie had in het begin van het onderzoek de onderbewindstelling van effectenhuis Leemhuis en Van Loon gevorderd (artikel 29 WED). Deze vordering werd door de rechter afgewezen maar in de aanloop naar en tijdens de behandeling van de vordering werden door het Openbaar Ministerie (binnen en buiten de rechtszaal) argumenten aangevoerd om de vordering kracht bij te zetten. Deze argumenten achtte het bedrijf onjuist en beschadigend. Toen van de beschuldigingen aan het adres van het effectenhuis weinig overbleef, werd een onrechtmatige daad-actie gestart. In de langdurige procedure werd uiteindelijk door de Hoge Raad vastgesteld dat, ondanks eventuele reputatieschade, het Openbaar Ministerie niet onrechtmatig had gehandeld door de onderbewindstelling te vorderen: de omstandigheden waren niet zodanig dat *geen redelijk handelend officier van justitie* tot het instellen van een dergelijke vordering kon komen.⁵ In een andere aan het Clickfonds gerelateerde civiele zaak voerde de gewezen verdachte onder meer aan dat het onrechtmatig was dat de officier van justitie in de strafzaak tegen hem in hoger beroep was gegaan. De rechtbank Amsterdam stelde echter dat in dit geval geen sprake was van een situatie waarin *geen redelijk handelend officier van justitie* tot het instellen van hoger beroep kon komen.⁶

Kroongetuigen

Over de inzet van kroongetuigen in het strafproces is in de jaren '90 en '00 binnen de strafrechtswetenschap veel gedebatteerd. De kroongetuige is een figuur die verwantschap vertoont met het thema ‘plea bargaining’, waarover Chrisje Brants vaker heeft gepubliceerd.⁷ Uit haar mond is met betrekking tot kroongetuigen opgetekend: ‘Deals vervuilen het strafproces. Ze maken veel vragen los over de moraal van justitie en de betrouwbaarheid van de getuige. Maar het is een beetje een onvermijdelijke stap, denk ik, in deze tijd waarin alles

4 C.H. Brants en K.L.K. Brants, *De sociale constructie van fraude* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1991.

5 HR 13 juli 2007, *LJN* BA3161, *NJ* 2007, 505. De staat heeft uiteindelijk *wel* schadevergoeding aan het bedrijf moeten betalen omdat in andere persberichten in strijd met de onschuldpresumptie en in strijd met richtlijnen van het Openbaar Ministerie onvoldoende terughoudend en zakelijk informatie over de zaak was gepresenteerd: Gerechtshof Amsterdam 27 januari 2009, *NJ* 2009, 297 en Gerechtshof Amsterdam 17 november 2009, *LJN* BL2788, *NJ* 2010, 64.

6 Rechtbank Amsterdam 12 oktober 2011, *LJN* BV6899.

7 Bijvoorbeeld C.H. Brants en B. Stapert, *Voor wat hoort wat: plea bargaining in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

koste wat kost moet worden opgelost'.⁸ Het is juist de moraal van justitie en de betrouwbaarheid van de getuige die in het recente Passageproces een rol hebben gespeeld bij het beoordelen van de gang van zaken rond de deal met een kroongetuige. De rechtbank Amsterdam oordeelde over de vraag of ontoelaatbare afspraken waren gemaakt met kroongetuige S, dat zij geen zwaarwegende aanwijzing zag om aan te nemen dat sprake is geweest van een excessieve of volstrekt niet te onderbouwen voorziening of toezegging hiertoe aan de kroongetuige, waartoe *geen redelijk handelend officier van justitie* met het oog op de gerechtvaardigde veiligheidsbelangen van die kroongetuige had kunnen komen.⁹ Het door Chrisje Brants voorspelde dilemma wordt vooralsnog dus met deze formule bezworen.

Kortgedingrechters

Het criterium van het *redelijk handelend lid van het OM* duikt ook nogal eens op in kortgedingzaken. Bekende voorbeelden van kortgedingprocedures zijn de zaken van krakers die de ontruiming van een kraakpand aanvechten, van personen die menen dat het Openbaar Ministerie moet ophouden of juist beginnen met een opsporingsonderzoek of met het gebruiken van bepaalde dwangmiddelen en/of van personen die menen dat de (voortdurende) van een strafrechtelijke vrijheidsbeneming als onrechtmatige daad moet worden gekwalificeerd.¹⁰ In Hof Den Haag 26 april 1984, *NJ* 1985, 411 is het criterium voor het eerst gebruikt: voor een voorziening door de kortgedingrechter is slechts sprake in gevallen waarin *geen redelijk denkend ambtenaar* van het Openbaar Ministerie zou kunnen komen tot de toepassing van de gewraakte strafvorderlijke bevoegdheden.¹¹

Een ander tot de verbeelding sprekend voorbeeld: de president van de rechtbank in Leeuwarden overwoog op 10 november 2000 in kort geding¹² dat hij zich kon voorstellen dat *een redelijk handelend officier van justitie* een grootschalig DNA-onderzoek in het onderzoek naar de moord op Marianne Vaatstra afwees.¹³ Over de wijze waarop justitie soms te gretig met de media communiceerde in de toen nog lang niet opgeloste Vaatstra-zaak heeft Chrisje zich wel eens kritisch uitgelaten: toen in 1999 in Turkije een verdachte was aangehouden deed justitie het in haar ogen direct voorkomen alsof de *dader* aangehouden was, terwijl al snel bleek dat deze persoon niets met de zaak te maken had:

8 M. van den Eerenbeemt en A. Kranenberg, 'Nederland achterop met deals kroongetuigen', *de Volkskrant* 14 april 2004, p. 3.

9 Rechtbank Amsterdam (tussenbeslissing) 13 december 2011, *LJN* BW1461. Het criterium komt ook terug in de einduitspraak van de Rechtbank Amsterdam 29 januari 2013, *LJN* BZ0392 en een eerdere tussenbeslissing 27 april 2010, *LJN* BM2493.

10 Een aardige bloemlezing uit de praktijk van het kort geding in strafzaken biedt C.M. Bitter (red.), *30 jaar kort geding in strafzaken*, Den Haag: Pels Rijcken en Droogleever Fortuijn 2009.

11 E. Daalder, 'Pres. Rb. Amsterdam 18 september 1986 – Golden Ten', in: Bitter (red.), 2009, p. 52.

12 Pres. Rb. Leeuwarden 10 november 2010, *LJN* AA8273, *KG* 2000, 254. Zie ook de bespreking van deze uitspraak door C.M. Bitter in Bitter (red.) 2009, p. 147-148.

13 In 2012 kon met behulp van een grootschalig DNA-onderzoek, na 13 jaar, de dader alsnog worden aangehouden en op 19 april 2013 werd deze veroordeeld (Rechtbank Leeuwarden, 19 april 2013, *LJN* BZ7928). Deze veroordeling is inmiddels onherroepelijk omdat geen hoger beroep is ingesteld.

‘Justitie had moeten zeggen dat ze een verdachte had en dat het onderzoek loopt. Meer niet. (...) Het OM moet zeer zuinig omgaan met informatie, zodra andere belangen in het geding komen (...). Er mag niet vooruitgelopen worden op de schuldvraag.’¹⁴

Bovenstaande voorbeelden hebben deels betrekking op overwegingen van officieren in grote zaken waarin veel op het spel stond. Chrisje en Kees Brants waarschuwden er al voor dat de magistratelijke attitude van een officier van justitie wellicht niet altijd even goed te rijmen is met de ‘straatvechtersmentaliteit’ die een officier van justitie in grootschalige strafzaken ook nodig heeft.¹⁵ Opvallend is ook dat in dergelijke zaken de doorgaans anonieme officier van justitie een naam en een gezicht krijgt, terwijl het Openbaar Ministerie zich doorgaans als ‘een en ondeelbaar’¹⁶ pleegt te manifesteren. Dat maakt het begrijpelijk dat de rechter ook heel expliciet het handelen van individuele officieren toetst aan de normfiguur van de ‘redelijk handelend officier’. Het ging dan ook steeds om bewuste en naar ik aanneem weloverwogen beslissingen van de officier van justitie in zeer concrete gevallen.

In het mijneveld van een grote strafzaak, waarin beslissingen moeten worden genomen over het al dan niet toepassen van dwangmiddelen en waarin belangstelling van de media soms overweldigend kan zijn moet een officier van justitie zich als een ‘redelijk handelend en/of denkend lid van het OM’ blijven gedragen. We verwachten niet anders. Maar wat vermog nu precies een ‘redelijk handelend’ lid van het Openbaar Ministerie? En is het criterium ook zo vanzelfsprekend van toepassing op de *vervolgingsbeslissing*, zoals de Hoge Raad het in onderstaand arrest van 6 november 2012 doet voorkomen? Beide vragen komen hieronder aan bod.

De redelijk handelend officier in het licht van de vervolgingsbeslissing

Twée arresten van 6 november 2012 (en één van 2 juli 2013)

De Hoge Raad wees op 6 november 2012 een arrest¹⁷ over de ruimte die de zittingsrechter heeft bij het beoordelen van de toepassing van het in artikel 167 Sv geregelde opportuniteitsbeginsel door het Openbaar Ministerie. Het hof had

14 Zie de special over strafrecht en media in het Utrechtse universiteitsblad U-blad 18 oktober 1999. <www.ublad.uu.nl/WebObjects/UOL.woa/4/wa/Ublad/archief?id=1013636>. Overigens heeft de officier van justitie in die zaak later nog toegegeven dat hij mede onder druk van de media deze verdachte had aangehouden en dat juist de media hem in de mond hadden gelegd dat hier van de dader sprake was. Weer later heeft de officier deze uitlatingen weer afgezwakt. Een en ander kwam onlangs nog aan de orde in een Argos-documentaire over de rol van de media in de berichtgeving omtrent de Vaatstra-zaak, 27 mei 2013 op Nederland 2; <www.human.nl/ep-46056-argos-tv-medialogica-de-zaak-marianne-vaatstra>. Zie ook *Kamerstukken II* 2000/01, 27 400VI, nr. 71.

15 Brants en Brants, 1991, p. 293.

16 M.E. de Meijer, ‘De bouw van een nieuwe organisatie’, in: A.G. Bosch et al., *Twée eeuwen Openbaar Ministerie; 1811-2011*, Den Haag: Sdu Uitgevers/Openbaar Ministerie 2011, p. 33-74, p. 35.

17 HR 6 november 2012, *LJN* BX4280; *NJ* 2013, 109 m.nt. Schalken; *NS* 2012, 427; *RvdW* 2013, 1414 (alleen in laatstgenoemde uitgave is ook het cassatiemiddel opgenomen).

het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk verklaard in de vervolging van een verdachte vanwege een uitermate lichte mishandeling waarbij ook het slachtoffer zich niet onbetuigd had gelaten. De verdediging had aangevoerd dat er verschillende redenen waren om de zaak te seponeren (o. a. blanco strafblad, zeer geringe mishandeling, de tegenaangifte was ook geseponeerd, een uitzonderlijke samenloop van omstandigheden). Het hof had geoordeeld dat de omstandigheden afzonderlijk beschouwd niet tot een sepot zouden dwingen maar tezamen en in onderlinge samenhang beschouwd wel. Tegen die beslissing is door het Openbaar Ministerie cassatie ingesteld: het wil van de Hoge Raad antwoord op de vraag ‘welk criterium door de strafrechter zal moeten worden gehanteerd bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn vervolging van de verdachte indien ter terechtzitting wordt betoogd dat aan de beslissing van de Officier van Justitie tot het instellen van een strafrechtelijke vervolging tegen een verdachte niet een redelijke en billijke belangenafweging heeft plaatsgevonden, alsmede de vraag naar de afbakening van enerzijds het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie en anderzijds het belang van een verdachte om niet nodeloos in een strafrechtelijke procedure betrokken te worden’.

De Hoge Raad overweegt: ‘De beslissing om tot vervolging over te gaan leent zich slechts in zeer beperkte mate voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing in die zin dat slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor een niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie in de vervolging op de grond dat het instellen of voortzetten van die vervolging onverenigbaar is met beginselen van een goede procesorde, voor zover hier van belang met het verbod van willekeur – dat in strafrechtspraak in dit verband ook wel wordt omschreven als het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging – om de reden dat geen redelijk handelend lid van het openbaar ministerie heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. Indien een rechter op deze grond tot het oordeel komt dat sprake is van een uitzonderlijk geval waarin het openbaar ministerie om die reden niet-ontvankelijk moet worden verklaard in de vervolging, gelden voor deze beslissing zware motiveringseisen.’

Na deze inleidende beschouwing wordt vervolgens het arrest van het gerechtshof vernietigd en teruggewezen vanwege het miskennen van de maatstaf die aan de beoordeling ten grondslag zou moeten liggen, dan wel een motiveringsgebrek (het hof heeft niet goed genoeg uitgelegd waarom in dit geval strijd was met het verbod van willekeur en waarom het belang van niet-vervolgen opwoog tegen het belang dat volgens het Openbaar Ministerie met vervolgen was gediend).

Op 2 juli 2013 wees de Hoge Raad het *Checkpoint*-arrest.¹⁸ Het betrof hier de eigenaar van een coffeeshop die na jaren van gedoogbeleid toch strafrechtelijk werd vervolgd. Het Hof verklaarde het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk wegens onder meer strijd met het vertrouwensbeginsel. De Hoge Raad casseerde echter. Daarbij herhaalt hij het hiervoor genoemde uitgangspunt maar brengt het mijns inziens iets inzichtelijker onder woorden. De door mij geciteerde lange volzin wordt in r.o. 2.4.1. bij de eerste komma afgekapt. Daarna overweegt de Hoge Raad in r.o. 2.4.3: ‘Een uitzonderlijk geval als zojuist bedoeld doet zich ook voor wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet terwijl geen redelijk handelend lid van het openbaar ministerie heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. *In het geval van een zodanige, aperte onevenredigheid van de vervolgingsbeslissing* is de (verdere) vervolging onverenigbaar met het verbod van willekeur (dat in de strafrechtspraak in dit verband ook wel wordt omschreven als het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging). Zoals overwogen in het hierboven genoemde arrest van 6 november 2012 dienen aan het oordeel dat het openbaar ministerie om deze reden in de vervolging van een verdachte niet-ontvankelijk moet worden verklaard zware motiveringseisen te worden gesteld.’

De door mij gecursiveerde passage is nieuw: Kennelijk moet sprake zijn van een aperte onevenredigheid van de vervolgingsbeslissing.

Op 6 november 2012 wees de Hoge Raad overigens nog een arrest waarin werd uitgemaakt dat ‘een *redelijk handelend lid van het openbaar ministerie* niet tot vervolging ter zake van het misdrijf van artikel 231 Sr kan overgaan zolang niet aannemelijk is dat de vreemdeling *niet* de bescherming geniet van art. 31 Vluchtelingenverdrag’.¹⁹ Er is dan, aldus de Hoge Raad, sprake van een schending van het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging.²⁰

Het criterium ‘redelijk handelend lid van het OM’ lijkt uit de lucht te vallen

De strafkamer van de Hoge Raad heeft ten aanzien van het toetsen van de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie het criterium ‘redelijk handelend lid van het openbaar ministerie’ niet eerder gebruikt. Ook in de hierbo-

18 HR 2 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:7. Dit arrest in de veelbesproken *Coffeeshop Checkpoint*-zaak is ruim na de sluitingstermijn van deze bundel geweest en kan dus slechts in zeer beperkte mate worden meegenomen in mijn betoog. Zie over deze zaak bijvoorbeeld H.G. van de Bunt, ‘Verstrikt in het coffeshopbeleid’, *Delikt en Delinkwent* 2012, 15.

19 HR 6 november 2012, *LJN* BW9266, *NJ* 2013, 331, m.nt. Borgers.

20 Zie ook HR 8 maart 2011, *NJ* 2011, 242, m.nt. Schalken. Zie over deze problematiek nader A.J. Machielse, aant. 7 bij art. 231 Sr, in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer en J. Rummelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, voortgezet door J.W. Fokkens en A.J.M. Machielse, zevende druk, Deventer: Kluwer (losbladig). Daar ook verwijzing naar andere jurisprudentie. In de noot bij HR 8 maart 2011, *NJ* 2011, 242 stelt Schalken dat er in strijd met OM-beleid was vervolgd maar ik kan het door hem bedoelde beleid niet vinden. AG Machielse stelt in zijn conclusie voor dit arrest dat het gerechtshof juist had geoordeeld dat er géén beleid was van het Openbaar Ministerie waar de verdachte zich op had kunnen beroepen. In ieder geval is er op het moment dat ik dit schrijf geen Aanwijzing of Richtlijn van het College van procureurs-generaal.

ven weergegeven (voornamelijk civielrechtelijke) jurisprudentie wordt niet duidelijk wat nu de aard en de achtergrond van het gehanteerde criterium is.

Het is om te beginnen jammer dat de Hoge Raad een onduidelijk afgebakend begrip gebruikt: wie is eigenlijk ‘lid van het OM’? Hoewel het begrip ‘lid’ (of ‘leden’) van het Openbaar Ministerie op diverse plaatsen in Nederlandse wet- en regelgeving voorkomt (zie bijvoorbeeld artikel 129 lid 2 RO), is het nergens duidelijk gedefinieerd. Aangenomen mag worden dat de voor het Openbaar Ministerie werkende rechterlijke ambtenaren (zoals de officier van justitie) worden bedoeld. Zij zijn immers degenen die de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie uitoefenen (artikel 125 RO jo artikel 1, onderdeel b, sub 6^o en 7^o RO) en in dier voege formeel gesproken de enigen die een vervolgingsbeslissing kunnen nemen (‘het OM’ beslist op grond van artikel 167 en 242 Sv over de vervolging).²¹

Feitenrechtspraak van vóór 6 november 2012 waarin de strafrechter uitmaakt dat een redelijk handelend lid van het Openbaar Ministerie *niet* tot een vervolgingsbeslissing heeft kunnen komen, is eveneens amper voorhanden. Een voorbeeld is te vinden in Hof Leeuwarden 29 april 2010, *NJFS* 2010, 226: een redelijk handelend Openbaar Ministerie mocht in die zaak geen hoger beroep instellen tegen de niet-ontvankelijk verklaring wegens overschrijding van de redelijke termijn in de strafzaak tegen een kleinschalige hennepkweker.²² Het appel was door het Openbaar Ministerie ingesteld omdat in recente jurisprudentie van de Hoge Raad was bepaald dat het overschrijden van de redelijke termijn géén grond meer kan zijn voor het niet-ontvankelijk verklaren van het Openbaar Ministerie.²³ Het Openbaar Ministerie wilde de rechtbank het signaal geven dat het afgelopen moest zijn met dergelijke niet-ontvankelijk verklaringen. Het hof haalt hier uiteindelijk een streep doorheen.

De ruimte van de zittingsrechter bij het beoordelen van de opportuniteit der vervolging

Een onderzoek naar de herkomst en grondslag van het criterium van ‘redelijk handelend lid van het OM’ levert a priori dus niet zoveel op. Daar staat tegenover dat er wel jurisprudentie is waarin wordt gekeken naar de vraag welke rol voor de zittingsrechter is weggelegd bij het toetsen van de opportuniteit van de vervolging. Duker heeft zich daar onlangs nog over gebogen.²⁴ Hij constateert dat de Hoge Raad ruimte laat voor het niet-ontvankelijk verklaren van het

21 Zeer uitgebreid hierover V. Wolting, ‘De ontwikkeling van de wettelijke inrichting van het openbaar ministerie van 1838 tot heden, *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2002, p. 147-221, i.h.b. p. 215, waaruit ik afleid dat zij die de taken en de bevoegdheden van het Openbaar Ministerie uitoefenen (artikel 125 RO) als ‘leden’ van het Openbaar Ministerie hebben te gelden.

22 De beslissing om in appel te gaan is mijns inziens ook een vervolgingsbeslissing waarbij een redelijke en billijke belangenafweging moet worden gemaakt. In die zin ook M.E. de Meijer en J.B.H.M. Simmelink, ‘Rechtsmiddelen door het OM’, *Strafblad* 2012, p. 111.

23 HR 17 juni 2008, *NJ* 2008, 359, *LJN* 6913.

24 M.J.A. Duker, ‘Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter’, *Trema* 2010, p. 238-243.

Openbaar Ministerie indien in strijd met de beginselen van een behoorlijke procesorde wordt vervolgd, maar dat met die ruimte door feitenrechters zeer terughoudend wordt omgegaan. Hij leidt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad af dat de rechter de beleidsvrijheid van het Openbaar Ministerie moet respecteren maar ten volle mag toetsen aan de beginselen van een goede procesorde. De rechter kan dus niet een zelfstandig oordeel vellen over de opportuniteit van de vervolging, maar hij kan wel vaststellen dat er in strijd met de beginselen (vaak het verbod op willekeur) is vervolgd. Welke betekenis dit heeft voor de toetsingsruimte van de rechter blijft, zo stelt Duker terecht vast, vaag.²⁵ De Hoge Raad ziet een oordeel van de rechter op dit punt namelijk doorgaans als een feitelijk oordeel en toetst dus slechts marginaal. Nu het oordeel van de feitenrechter echter meestal behelst dat het verweer waarin een beroep op het verbod van willekeur wordt gedaan wordt verworpen (en dat het Openbaar Ministerie dus terecht heeft besloten tot vervolging), is hiermee nog niet gezegd hoe de Hoge Raad zou omgaan met het oordeel van de feitenrechter dat een beroep op de beginselen van een goede procesorde succesvol is en dat het Openbaar Ministerie dientengevolge niet-ontvankelijk verklaard zou moeten worden. Duker verwachtte in 2010 dat de Hoge Raad terughoudend zal zijn bij het toetsen van het oordeel van de feitenrechter dat er sprake is van vervolging in strijd met het verbod op willekeur en pleit er dus voor dat de feitenrechters zichzelf wat meer ruimte toe-eigenen.²⁶

Het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2012 laat zien dat de Hoge Raad met de strenge motiveringseisen wellicht toch niet zo terughoudend is en de teugels strak aanhaalt. Schalken meent in zijn noot bij het arrest evenwel dat de Hoge Raad ondanks een nieuwe formulering niet afwijkt van het eerder al ingenomen standpunt, zoals dat ook door Duker is verwoord. Het hierboven kort genoemde *Checkpoint*-arrest levert op het eerste gezicht ook niet veel munitie op voor de stelling dat er voor de zittingsrechter een ruime(re) beoordelingsmarge is. In die uitspraak stelt de Hoge Raad overigens nog eens nadrukkelijk dat de opportuniteitsbeslissing en daaraan ten grondslag liggende belangenafweging *niet* ten volle getoetst mag worden door de zittingsrechter.²⁷ De rechter moet zich bij de toetsing dus beperken tot de toetsing aan de beginselen van een goede procesorde en er moet sprake zijn van een ‘aperte onevenredigheid’.

Inmiddels zijn enerzijds door diverse feitenrechters verweren verworpen die op de in het arrest van 6 november 2012 geformuleerde uitgangspunten waren toegesneden.²⁸ Anderzijds zijn de uitgangspunten ook al gebruikt om het Openbaar Ministerie juist *wel* niet-ontvankelijk te verklaren. Op 14 maart 2013 bijvoorbeeld, besloot het Hof Leeuwarden dat het Openbaar Ministerie niet-

25 Idem, p. 239-240.

26 Idem, p. 243.

27 R.o. 2.5.2.

28 Rechtbank Amsterdam 29 april 2013, *LJN* BZ8977; Rechtbank Amsterdam 18 april 2013, *LJN* BZ8064; Gerechtshof Leeuwarden 15 april 2013, *LJN* BZ7164 en BZ 7165; Gerechtshof 's-Gravenhage 2 april 2013, *LJN* BZ6542.

ontvankelijk moest worden verklaard in de vervolging van een verdachte wegens overtreding van de Spoorwegwet 1875.²⁹ Het betrof een suïcidaal meisje van (toen) 16 jaar dat op 13 mei 2011 langs het spoor liep. Zij kreeg een (ik vermoed politie-) strafbeschikking van € 100.³⁰ Tegen deze strafbeschikking heeft zij verzet aangetekend door een brief aan de CVOM³¹ te sturen. Zij stelde daarin onder meer dat zij op dat moment suïcidaal was en in feite ontoerekeningsvatbaar, dat zij goed begreep dat het verboden was om dicht langs de rails te lopen maar dat zij hoopte dat de omstandigheden van het geval maken dat er begrip is voor haar situatie. Het gevolg van dit verzet was dat zij alsnog werd opgeroepen om voor de kantonrechter te Leeuwarden te verschijnen, die haar op 25 oktober 2011 bij verstek veroordeelde tot een geldboete van € 100. Saillant detail is dat zij in juni 2011 dezelfde overtreding heeft begaan, daarvoor óók een strafbeschikking heeft gekregen, daartegen óók in verzet is gegaan, maar dat de kantonrechter op 3 mei 2012 in die zaak het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk heeft verklaard (waarom is onbekend) en dat het Openbaar Ministerie zich daarbij heeft neergelegd en tegen dat vonnis géén hoger beroep heeft ingesteld.

Het Hof Leeuwarden wijdt een uitgebreide overweging aan de omstandigheden van het geval en oordeelt dat bij deze stand van zaken (en ook gezien tegen de achtergrond van het OM-beleid op het gebied van jeugdstrafrecht) ‘in deze bagatelzaak geen redelijk handelend lid van het openbaar ministerie heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. Dit wordt niet anders indien het van de zijde van het openbaar ministerie opgevoerd belang van normbevestiging wordt meegewogen. De verdachte, eenmaal weer bij zinnen, noch de (rest van de) samenleving zou een sepot in dit geval en onder deze omstandigheden hebben opgevat als een aanmoediging om in strijd met de Spoorwegwet 1875 op of langs het spoor te gaan lopen of rijden.’

Een tweede voorbeeld is de uitspraak van de Rechtbank Midden Nederland³² waarin het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk wordt verklaard omdat geen redelijk handelend lid van het OM had kunnen komen tot de beslissing van vervolging van twee personen wegens openlijke geweldpleging op een NS-station, terwijl andere ‘gelijkwaardige’ verdachten zonder enige reden niet werden vervolgd en ook de NS-beveiligingsmedewerkers (die klaarblijkelijk danig over de schreef waren gegaan) buiten schot bleven. Een en ander ook mede in het licht van een aanzienlijk tijdsverloop. Deze uitspraak lijkt inderdaad betrekking

29 Hof Leeuwarden 14 maart 2013, *NJSF* 2013, 106, *LJN* BZ4908. Zie ook Folkert Jensma, ‘Overheid ziet burger als aspirant profiteur’, *NRC Handelsblad* 6 april 2013 (Opinie & Debat), <www.nrc.nl/rechtenbestuur/2013/04/20/overheid-ziet-burger-als-aspirant-profiteur>.

30 ‘Op of langs de spoorweg lopen’ had in 2011 feitcode p E 145 in het zogenaamde Feitenboekje (de lijst van feiten betreffende misdrijven, overtredingen en Muldergedragingen die wordt samengesteld aan de hand van de bijlagen bij o.a. het Besluit OM-afdoening). De ‘p’ betekent dat het een feit is waarvoor een politiestrafbeschikking wordt aangeboden.

31 Centrale Verwerking OM: een landelijk onderdeel van het Openbaar Ministerie waar bepaalde (zeer veel voorkomende) zaken worden verwerkt. Zie artikel 3 Organisatieregeling dienstonderdelen OM 2012.

32 Rechtbank Midden Nederland 4 juni 2013, *ECLI:RBMNE:2013:CA1925/CA1927/CA1034*.

te hebben op een willekeurige besluitvorming die leidt tot een ‘aperte onevenredigheid van de vervolging’.

Wordt de vervolgingsbeslissing wel door ‘een lid van het OM’ genomen en worden de beslissingen wel op redelijkheid getoetst?

Genoemde zaken zijn aardige voorbeelden waarin de rechter juist wel de ruimte neemt kritisch de vervolgingsbeslissing te beoordelen. De zaak van het suïcidale meisje illustreert echter ook iets anders. Ze is exemplarisch voor het huidige strafrechtelijke systeem rondom bagatel delicten en laat zien hoe moeilijk het daarin kennelijk is om een op de individuele omstandigheden van het geval toegesneden belangenafweging te maken. Het lopen langs de spoorweg is als overtreding strafbaar gesteld maar wordt in de regel afgedaan middels een politie-straftbeslissing. Dat betekent dat de enkele constatering van een opsporingsambtenaar en het uitschrijven van het zogenaamde ‘geeltje’ voldoende is om de strafbepaling te doen uitvoeren. De vervolgingsbeslissing wordt dus genomen door de opsporingsambtenaar die het strafbare feit constateert. Daarbij dient het opportuniteitsbeginsel in acht te worden genomen, maar ook eventuele aanwijzingen en/of richtlijnen van het College van procureurs-generaal. De strafbepaling wordt vervolgens administratief verwerkt door het CJIB een acceptgiro te laten versturen. ‘Bezwaar’ maken is er niet bij: een brief waarin de verdachte uitlegt wat er is gebeurd, wordt – heel formeel – opgevat als verzet, waardoor de zaak ‘gewoon’ door de strafrechter in behandeling wordt genomen, hoewel artikel 257e lid 8 Sv voorziet in de mogelijkheid dat de officier van justitie naar aanleiding van het verzet de strafbepaling intrekt. Het gebruik maken van deze bevoegdheid kan echter niet worden afgedwongen.

Het is evident dat in deze casus bij het nemen van de vervolgingsbeslissing in het geheel geen lid van het Openbaar Ministerie betrokken is geweest: de vervolgingsbeslissing werd immers genomen door de politie. Vervolgens is bij de CVOM naar aanleiding van de brief besloten om de zaak voor de rechter te brengen. Gezien de massaproductie van de CVOM is een heroverweging als bedoeld in artikel 257e Sv kennelijk volstrekt niet aan de orde. In dat verband is een vonnis van de Kantonrechter Almelo van 25 juni 2012 (*LJN BW9600*) veelzeggend.³³ ‘De ervaring van deze kantonrechter is dat (...) onderzoek niet geschiedt en dat [de] burger (...) geen enkele inhoudelijke reactie krijgt. Wat hij krijgt, en dat vaak ook pas twee jaar later, is een dagvaarding van de officier van justitie bij het [sic] CVOM. Kennelijk interesseert het de officier van justitie bij het CVOM dus helemaal niets wat de goedwillende burger hem schrijft en de beschaving om behoorlijk te reageren kent hij ook niet. (...) De kantonrechter kan uit de eis van de officier van justitie (...) niet anders concluderen dan dat ook

33 Het ging hier om een geval van ‘onverzekerd rijden’ terwijl er al een hele tijd sprake was van een administratief misverstand over de tenaamstelling van het kenteken waardoor steeds dezelfde persoon werd gedagvaard en door de rechter vervolgens schuldigverklaring zonder oplegging van straf werd opgelegd.

het openbaar ministerie zelf in deze zaak van mening is dat de vervolging van verdachte geen enkel doel diende. In elk geval heeft de officier van justitie niet aangegeven welk nut zijn vervolging heeft gediend. (...) Het gedrag van het CVOM, in deze zaak gelijk als in soortgelijke zaken, is niet rechtsstatelijk, drijft sommige goedwillende burgers tot wanhoop en kost de samenleving veel geld. Het is tijd dat er wat aan gedaan wordt.' Volgt niet-ontvankelijk verklaring van de officier van justitie.

Deze zaak was kennelijk de druppel die de emmer voor de betreffende kantonrechter deed overlopen. Desalniettemin zet het de stelling kracht bij dat een vervolgingsbeslissing op maat in dit soort zaken in het geheel niet wordt genomen.

Ook zogenaamde standaardzaken die niet op het CVOM worden verwerkt, maar gewoon op de arrondissementsparketten, worden vaak niet door officieren van justitie beoordeeld en het is niet ongewoon dat een strafzaak pas bij het voorbereiden van een zitting (vaak pas kort van te voren) voor het eerst door een officier wordt gezien. Tegen die tijd zou deze natuurlijk alsnog moeten beslissen de dagvaarding in te trekken maar dat is binnen de afspraken tussen Openbaar Ministerie en rechtbanken 'not done': op grond van § 8.2 van het Landelijk Strafprocesreglement³⁴ mag een dagvaarding binnen vier weken voor het onderzoek ter terechtzitting niet meer worden ingetrokken. Bovendien is het de vraag of de tijd die een officier heeft om dergelijke zittingen voor te bereiden hem de ruimte laat om alsnog de weloverwogen beslissing te nemen. De bagatelzaak die heeft geleid tot het arrest van de Hoge Raad van 6 november 2012 (een eenvoudige mishandeling) zal ongetwijfeld in eerste instantie zijn beoordeeld door een parketsecretaris of administratief juridisch medewerker. Ik acht de kans groot dat er pas een officier van justitie aan te pas kwam toen het organisatorische 'point of no return' al gepasseerd was. Hetzelfde zou goed kunnen gelden voor de zaak van het meisje langs het spoor.

De vervolgingsbeslissing wordt dus in de praktijk heel vaak helemaal niet door een 'lid van het OM' genomen. Nu is het nemen van de vervolgingsbeslissing doorgaans gemandateerd, wat formeel betekent dat ze eigenlijk wél door de officier van justitie is genomen. Het lijkt voor de hand te liggen dat van al die gemandateerden wordt verlangd dat zij zo veel mogelijk handelen alsof zij 'lid van het OM' waren en dat de officieren er maar voor moeten zorgen dat de vervolgingsbeslissingen de toets kunnen doorstaan. In dat verband is het enerzijds logisch dat de Hoge Raad nu zo nadrukkelijk het 'redelijk handelend lid van het OM' als normfiguur stelt. Minder logisch vind ik dat de Hoge Raad dit doet zonder er blijk van te geven zich bewust te zijn van de praktijk dat de bevoegdheden van de leden van het Openbaar Ministerie op grote schaal zijn gemandateerd en hoe dat in de praktijk uitpakt. Het is, zo blijkt uit de door mij gegeven voorbeelden maar zeer de vraag of de mandaatgevers (de officieren van justitie) wel zo nadrukkelijk de kwaliteit van de vervolgingsbeslissingen toetsen.

34 *Stcr.* 2010, 20926, laatstelijk gewijzigd bij *Stcr.* 2011, 23155.

Die praktijk wordt door de Hoge Raad thans niet erkend en misschien wel miskend.

De nieuwste ontwikkeling bij het Openbaar Ministerie, de ZSM-afdoening, waarmee zo snel, slim, simpel en samen mogelijk strafzaken worden afgedaan, is een procedure die enerzijds een meer op maat gesneden afdoeningsbeslissing bevordert, waarbij de officier van justitie weer meer is betrokken. Daar staat tegenover dat een al te voortvarende aanpak ook de nodige risico's met zich brengt en nog steeds de kans groot is dat veel beslissingen door gemandateerden worden genomen. De voor- en nadelen zijn elders uitgebreid beschreven.³⁵ Ook in ZSM-zaken, waarin strafbeschikkingen en supersnelrechtzittingen de norm lijken te zijn, bestaat het risico dat het Openbaar Ministerie met flutzaken³⁶ op de zitting komt. Een mogelijkheid om af te dwingen dat in geval van goed onderbouwd protest de vervolgingsbeslissing nog eens wordt bekeken alvorens te dagvaarden ontbreekt ook hier. Iemand die nog eens goed kijkt of de boete niet aan de hoge kant is in dit specifieke geval of die kijkt of de zaak wel zo klip en klaar is als hij lijkt, daar kan toch niet veel mis mee zijn?

Afsluiting

Ik denk dat mijn *petit tour d'horizon* van een aantal gebieden waarover Chrisje in haar veelzijdige carrière heeft gepubliceerd, heeft laten zien dat zij altijd oog heeft gehad voor de situaties waarin door het Openbaar Ministerie in belangwekkende zaken soms discutabele keuzes werden gemaakt. Wij hebben allebei vaak genoeg met officieren van justitie gesproken over hun beweegredenen om te weten dat van deze beslissingen, hoe discutabel soms ook, vrijwel nooit kan worden gezegd dat echt geen redelijk handelend officier van justitie ze had kunnen nemen. Eerder heb ik al beschreven dat van officieren ook steeds meer wordt verwacht dat zij 'grote' beslissingen niet zomaar zelf nemen maar in overleg met hun collega's.³⁷ Als het er toe doet, wordt door officieren volgens mij in de regel echt wel een goed overwogen beslissing genomen. Het criterium van een redelijk handelend of denkend lid van het Openbaar Ministerie is in het verleden mijns inziens terecht gebruikt om situaties te beoordelen waarin in min of meer bijzondere omstandigheden persoonlijk door een lid van het Openbaar Ministerie een beslissing was genomen. Dat laat onverlet dat het niet zou misstaan als de precieze achtergrond van het criterium eens nader uiteen werd gezet.

35 Zie hierover o.a. E. Sikkema en F.G.H. Kristen, 'Strafbeschikking en ZSM: verschuivingen binnen de strafrechtshandhaving', in: F. de Jong en R.S.B. Kool (red.), *Relaties van gezag en verantwoordelijkheid: strafrechtelijke ontwikkelingen*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2012, p. 179-206 en N.J.M. Kwakman, 'Snelrecht en de ZSM-aanpak', *Delikt en Delinkwent* 2012, 17,

36 De term is – uiteraard – ontleend aan Y. Buruma, 'Flutzaken: een pleidooi voor rechterlijke toetsing van vervolgingsbeslissingen', *Delikt en Delinkwent* 2006, 22 (p. 364-375).

37 J.M.W. Lindeman, 'Verschuivende verantwoordelijkheden bij officieren van justitie', in: De Jong en Kool (red.), 2012, p. 207-242.

De Hoge Raad heeft nu echter gekozen voor gebruik van dit criterium in een context waarin de individuele betrokkenheid van een lid van het Openbaar Ministerie eerder uitzondering dan regel is. Het is jammer dat de Hoge Raad niet de gelegenheid te baat heeft genomen om, al was het maar tussen de regels, aan te geven dat de huidige praktijk van het Openbaar Ministerie wellicht de behoefte doet ontstaan naar een systeem waarin de vervolgingsbeslissing (door wie dan ook genomen) zelfstandig getoetst kan worden vóór het onderzoek ter terechtzitting begint. Ik kan een eind meekomen in het uitgangspunt dat de zittingsrechter niet degene moet zijn die de opportuniteit van de vervolgingsbeslissing ten gronde toetst en ook overigens zéér terughoudend moet zijn, maar er zijn allerlei andere manieren te bedenken die het gat tussen alles of niets kunnen opvullen.

