

W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie* (diss. Universiteit Leiden), Deventer: Kluwer 2013; en F.H. Went, *Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren* (diss. Erasmus Universiteit), Zürich: Schulthess Verlag 2012²

DD 2015/9

Het Openbaar Ministerie mag zich de laatste tijd verheugen in hernieuwde belangstelling, ook vanuit academische hoek. Dat hoeft op zich niet te verbazen, want zowel orgaan als functies zijn voorwerp van sterk veranderend beleid en leiden tot andere positionering van het OM in de strafrechtsbedeling. Toch zijn er onderwerpen waarvan je zou denken dat die behoorlijk zijn uitgekauwd. De ideologische strijd tussen vervolgingsbeslissingen gebaseerd op het opportuniteitsbeginsel of het zogenaamd legaliteitsbeginsel (de vervolgingsplicht) is zo'n klassieker. De heersende mening in de literatuur is dat de tegenstelling in de praktijk niet meer zo zwart-wit is en dat er in alle systemen wettelijke of feitelijke filters en dus beleidsruimte zijn ingebouwd in het materieel strafrecht en/of strafprocesrecht. Toch is het onderwerp opnieuw voorwerp van wetenschappelijke studie en debat. In alle strafrechtssystemen is de taakstelling van het OM de laatste decennia fors uitgebreid. De ruimte voor strafvorderlijke beslissingen in handen van het OM, in de vorm van transacties, strafbeschikkingen of voorwaardelijke seponeringen, is zodanig groot geworden dat sommigen gewagen van strafrecht zonder rechter. Aangezien sommige beslissingen ook daadwerkelijke eindbeslissingen zijn, die aspecten van strafrechtelijke verantwoordelijkheid, sanctionering en belangen van slachtoffers aangaan, is de roep naar rechterlijke controle op of rechterlijke goedkeuring van die beslissingen ook veel luider geworden. Tot slot, strafrechtsbedeling is niet meer een exclusieve taak van de Natie-Staat. Ook onderzoeks- en vervolgingsbeslissingen van het OM kunnen onderwerp zijn van eisen en verplichtingen uit het internationaal publiekrecht in het algemeen, mensenrechten in het bijzonder, en uit het Unie-recht. De hernieuwde belangstelling voor het opportuniteitsbeginsel hoeft dus niet te verbazen. Het is dan ook toe te juichen dat doctorandi zich opnieuw buigen over functie en reikwijdte van het beginsel.

We besteden hier aandacht aan twee proefschriften die vanuit diverse perspectieven het beginsel aan een grondige analyse onderwerpen. Het eerste proefschrift is verdedigd aan de Universiteit Leiden. Pim Geelhoed kiest voor een verrassende invalshoek: *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid in de geëuropeaniseerde rechtsorde*. Toen ik de titel zag langskomen dacht ik in eerste instantie dat het onmogelijk was om hier een proefschrift over te schrijven. In Nederland is het onderwerp voorwerp geweest van veelvuldig onderzoek en aan de Europese dimensie zit te weinig vlees aan het bot voor een proefschriftonderzoek. Toch heeft Pim Geelhoed me snel van het tegenovergestelde overtuigd, dank zij zijn methodologische en rechtstheoretische aanpak.

¹ Hoogleraar economisch en Europees strafrecht aan de Universiteit van Utrecht.

² Citeerwijze: 'Boekbespreking' (bespreking van W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie* (diss. Universiteit Leiden) en F.H. Went, *Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren* (diss. Erasmus Universiteit)), DD 2015/9.

In een uitgebreide en uitstekende inleiding (hoofdstuk 1) leidt de auteur ons door de probleemstelling naar de onderzoeksvragen en de methodologische aanpak. Zijn probleemstelling vloeit rechtstreeks voort uit de inherente spanning tussen het opportuniteitsbeginsel en de beleidsvrijheid van het OM en het Unierecht, dit zowel vanuit een verticale dimensie (de handhaving van het Unierecht) als vanuit een horizontale dimensie (de samenwerking in strafzaken). Daarbij zoomt hij in op de diverse aspecten van de problematiek. In de dogmatische benadering staat de plaats van de seponering in de strafrechtsketen centraal. In de rechtsculturele benadering is de vraag aan de orde in welke mate de seponering voor Nederland een essentieel onderdeel is van de rechtscultuur. In de constitutionele benadering wordt geproblematiseerd rond de constitutionele waarde en de mensenrechtenrelevantie onder het EVRM. Tot slot gaat hij uitvoerig in op de integratieproblemen vanuit de EU. Diverse modellen komen aan de orde, gaande van nationale soevereiniteit van de lidstaten als constituerende delen van de EU, de autonomie van de rechtsorde van de EU, tot het constitutioneel pluralisme (MacCormick). Vanuit die invalshoeken komt hij tot zijn centrale vraagstelling: Wat is de betekenis van het opportuniteitsbeginsel in een geëuropeaniseerde rechtsorde? Hij stelt uitdrukkelijk dat hij de onderzoeksvraag niet ziet als een vraag van doorwerking van EU recht op nationaal straf(proces)recht, maar als een probleem dat betrekking heeft op een strafrechtelijk uitgangspunt, geplaatst in een context van Europeaniserende strafrechtelijke handhaving. Het is dus ook een theoretisch probleem met een constitutionele invalshoek. In zijn methodologische aanpak kiest Geelhoed niet voor rechtsvergelijking. Dat is een opvallende keuze, die mijns inziens niet per definitie verworpen dient te worden. Evenwel, de argumentatie van de auteur overtuigt niet. Bij de probleemanalyse ziet hij geen toegevoegde waarde omdat Nederland zich op eenzame hoogte bevindt wat de beleidsvrijheid van het OM betreft. Niettemin geldt ook in andere EU landen, zoals Frankrijk, België, Luxemburg en sommige Scandinavische landen het opportuniteitsbeginsel. Vanuit een rechtsculturele en constitutionele invalshoek zou een rechtsvergelijkende aanpak dus zeker een toegevoegde waarde kunnen hebben. Vraag is dus of hij zijn algemene onderzoeksvraag niet meer of uitsluitend op Nederland had moeten toespitsen in plaats van ze open te formuleren. Voor zijn theoretische inkadering kiest Geelhoed resoluut voor de conceptualisering van MacCormick, zowel voor de analyse van de beleidsvrijheid als voor de analyse van de constitutionele dimensie ervan. Daaruit vloeit ook voort dat Pim Geelhoed twee betekenissen toedicht aan het opportuniteitsbeginsel. Het is zowel een beginsel (als algemeen strafrechtelijke uitgangspunt) als een regel (het toepassen van het algemeen belang door het OM bij de seponeringsbeslissing). Op basis daarvan komt hij dan tot de uitwerking van zijn deelvragen, die betrekking hebben op de historische ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel, op het concept van algemeen belang, op de procedurele en institutionele context van het beginsel, op de relatie tussen het beginsel en de horizontale samenwerking in strafzaken en op de relatie tussen het beginsel en het materiële strafrecht. Dat Pim Geelhoed veel ruimte biedt aan het materiële recht is geen toeval. In de theoretische benadering van MacCormicks institutionele benadering heeft het materiële recht absolute gelding, terwijl de procesrechtelijke inbedding variabel is. De strafvorderlijke beleidsvrijheid hangt af van de manier waarop procesregels worden toegepast: absoluut, gebonden of discretionair.

In hoofdstuk 2 analyseert de auteur de historische ontwikkeling van het opportuniteitsbeginsel in de Nederlandse rechtsorde. Het is een interessant hoofdstuk dat laat zien dat het beginsel niet altijd uitgangspunt is geweest van het strafrechtssysteem en sterk tot ontwikkeling is gekomen binnen de democratische rechtstaat. In hoofdstuk 3 gaat de auteur vervolgens in op het concept van algemeen belang. Op overtuigende wijze doet hij dat

in één beweging in combinatie met de effectiviteit van het EU recht. Het hoofdstuk begint met een theoretisch perspectief op het concept algemeen belang, om het vervolgens te confronteren met de spanning tussen effectieve handhaving van het EU recht en bestuurlijk gedogen en beleidsvrijheid in het strafrecht. In hoofdstuk 4 komt vervolgens de institutionele en procedurele context van het beginsel aan de orde. Ook hier, waar relevant, doet de auteur dat vanuit een gecombineerd perspectief van de Europese en nationale rechtsorde. Aan bod komen de reikwijdte en het karakter van het beginsel, de relatie tot buitengerechtelijke afdoening en slachtofferrechten en de interne en externe controlemechanismen op de toepassing van het beginsel. De vormgeving van het beleid met betrekking tot de seponering en checks en balances staan hierbij centraal. In hoofdstuk 5 wordt ingezoomd op de relevantie van het beginsel voor de Europese strafrechtelijke samenwerking. In eerste instantie gaat hij in op de horizontale samenwerking en in het bijzonder op de wederzijdse erkenning en bijvoorbeeld weigeringsgronden gebaseerd op territorialiteitsclausules, zoals in het EAB. Vervolgens analyseert hij de verticale samenwerkingsvormen (Eurojust, Europees Openbaar Ministerie). Uiteraard gaat de auteur uitvoerig in op de keuze, in het Commissievoorstel, voor het gematigd legaliteitsbeginsel voor het EOM.

In hoofdstuk 6 sluit de auteur zijn analyse af met een uitvoerige behandeling van het opportuniteitsbeginsel in zijn materieelrechtelijke context. De auteur belicht de problematiek vanuit een waaier aan interessante dimensies: rechtsmacht, aansprakelijkheid, decriminalisering, strafuitsluitingsgronden en strafrechtsbeleid. Op dat laatste onderdeel besteedt hij uitvoerig aandacht aan het coffeeshopbeleid in Nederland en de spanning met de Europese dimensie.

Gezien de breedte en de diepte van de analyse en de spanning tussen de functie van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafrechtssysteem en de europeanisering van de functies van dit strafrechtssysteem is het uiteraard uitkijken naar de conclusies van de auteur. In hoofdstuk 7 heeft de auteur de lezer niet op zijn honger laten zitten. Hij serveert krachtige en persoonlijke conclusies. Door zijn aansluiting bij de institutionele rechtstheorie van MacCormick is het uitgangspunt dat de nationale en de Europese rechtsorde niet van elkaar kunnen worden gescheiden. De auteur stelt voor om de metafoer van de belangenafweging bij seponering niet langer te hanteren als een onderdeel van de theorie over de toepassing van het opportuniteitsbeginsel. In plaats daarvan stelt hij een waardencatalogus voor: op basis van normatieve idealen dient een keuze te worden gemaakt voor criminalisering en voor de aard, zwaarte en modaliteit van de sanctie die het normatieve ideaal het best realiseert. Dit is uiteraard een heel andere benadering dan de handhavingseisen (doeltreffende, evenredige en afschrikkende handhaving) van de Europese Unie, die sterk gericht zijn op inspannings- en resultaatsverplichtingen en dus utilitaristisch van aard zijn. Om deze spanning op te lossen verwerpt de auteur het voorstel van Keulen om voor bepaalde geharmoniseerde strafbare feiten door middel van AMvB's een vervolgingsplicht in het leven te roepen. Evenmin is de auteur gecharmeerd van het idee om die EU verplichtingen in het Nederlandse vervolgingsbeleid in te vlechten. Hij pleit voor een gedifferentieerde interpretatie van het opportuniteitsbeginsel. Binnen de pluralistische rechtsorde van de EU kan noch het legaliteitsbeginsel, noch de negatieve of positieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel absolute gelding hebben. Het is afhankelijk van de juridische context waarbinnen een norm van materieel strafrecht van toepassing is, met welke mate van strafvorderlijke beleidsvrijheid deze norm kan worden gehandhaafd. De internationale en Europese randvoorwaarden bij de invulling van het algemeen belang behoeven geen zelfstandige positie te krijgen. Ze moeten worden ingebed in haalbaarheid (bewijs), be-

leidsruimte en toetsing van algemeen belang (opportuiniteit). Vooral bij beleidsruimte en opportuiniteit kan het algemeen belang van de EU worden ingebed.

Pim Geelhoed heeft duidelijk een interessant wetenschappelijk proefschrift geschreven. Het is uitstekend opgebouwd en beargumenteerd en bevat duidelijke persoonlijke conclusies. De lectuur van dit proefschrift is aan te raden voor al wie belangstelling heeft, niet alleen in het OM en in de OM beslissingen, maar ook en vooral in de uitgangspunten van het strafrechtssysteem.

Het tweede proefschrift is een rechtsvergelijkende studie naar het opportuiniteitsbeginsel in Nederland en Zwitserland. Met zijn studie naar *Das Opportunitätsprinzip im niederländischen und schweizerischen Strafverfahren. Eine rechtsvergleichende Studie unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsgeschichte und des internationalen Rechts* heeft Floriaan H. Went een *joint-doctorate* verworven aan de Universiteit van Zürich en aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

De keuze van de auteur voor Nederland en Zwitserland is geen toeval. Nederland heeft immers een zeer ruim opportuiniteitsbeginsel gekoppeld aan een zo goed als absoluut vervolgingsmonopolie voor het OM. Zwitserland heeft traditioneel een vervolgingsverplichting (ook aangeduid als legaliteitsbeginsel), zij het dat die recentelijk is doorbroken onder zeer specifieke voorwaarden. De auteur stelt zich tot doel om een onderzoek te verrichten naar de historische oorsprong, ontwikkelingen, functies en grondslagen van het opportuiniteitsbeginsel in beide landen en die vervolgens te duiden en beoordelen. Het is jammer dat deze in de inleiding verwoorde doelen niet verder worden geconcretiseerd in onderzoeksvragen die het onderzoek specifiek aansturen en structureren.

De auteur heeft zijn onderzoek ingedeeld in een historische analyse, een analyse van de rechtstelsels in beide landen, een internationaalrechtelijke inkadering en een rechtsvergelijkende duiding.

De historische analyse is dubbel. Een eerste benadering is gebaseerd op een globale schets vanuit de verschillen tussen common law en civil law. Mijns inziens is dat een juiste benadering, omdat de ruime discretionaire bevoegdheid van onderzoeks- en vervolgingsorganen een keurmerk is van de common law traditie. In de civil law traditie is de vervolgingsverplichting dominant, maar zijn er toch behoorlijk wat landen met een ruim tot zeer ruim opportuiniteitsbeginsel, zoals België, Frankrijk, Luxemburg en sommige Scandinavische landen. Nederland staat dus zeker niet alleen in de civil law groep. De auteur onderkent dat in de common law landen een ander gewicht toekomt aan de beslissing tot niet vervolging, wegens de andere inrichting van het strafrechtssysteem in vergelijking tot de continentale systemen die het opportuiniteitsbeginsel hanteren. Hij verwijst naar de *plea bargaining* en civielrechtelijk gekleurde partij-procedure. Toch is het jammer dat die analyse in te weinig pagina's wordt afgedaan en niet verder wordt uitgediept, omdat het ons meer inzicht zou kunnen verschaffen over de ratio van het opportuiniteitsbeginsel in relatie tot de inrichting van strafrechtssystemen. In een tweede benadering gaat de auteur in op de historische ontwikkeling van het OM en de vervolgingsbeslissing, van de Antieke wereld tot heden. Evenwel, deze schets is uitsluitend toegespitst op de continentale ontwikkeling en laat de common law buiten beeld.

In de landenanalyse wordt een zeer uitvoerige diepte-analyse gegeven van de geschiedenis, inrichting en functie van het OM in beide landen en uiteraard ook van de geschiedenis van

de modaliteiten van de vervolgingsbeslissing. Het deel over Nederland veronderstel ik hier genoegzaam bekend, maar de auteur verdient alle lof voor de grondigheid waarmee hij het Nederlandse systeem in kaart brengt en analyseert. Het Zwitserse systeem van strafprocesrecht is historisch uitsluitend kantonnaal. In de overgrote meerderheid van de kantons geldt de vervolgingsplicht, die is gebaseerd op rechtszekerheid en rechtsgelijkheid, verbod van willekeur en generale preventie. Slechts in een paar kantons, voornamelijk onder invloed van de Franse traditie (Genève, Vaud, Neuchâtel en Jura), is er sprake van een opportuniteitsbeginsel. Voor ernstige criminaliteit heeft Zwitserland inmiddels ook een strafrechtsjustitie op landelijk niveau. In het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht is in 2007 de sepotbeslissing wettelijk geregeld bij geringe schuld en geringe rechtsgevolgen. In het in 2011 in werking getreden nationaal wetboek van strafprocesrecht zijn vervolgingsverplichting en vervolgingsmonopolie het uitgangspunt, maar is er tevens voorzien in buitengerechtigde strafafdoening (verkorte procedures en strafbeschikkingen) door het OM en ook in opportuniteitsbeslissingen door politie en OM bij geringe schuld of gering publiek belang in vervolging. Het systeem kent dus een gematigd materieel opportuniteitsbeginsel, dat naast technisch sepot ook ruimte biedt voor beleidssepot. Beide landenbesprekingen zijn zeer grondig en van uitstekende kwaliteit.

Het deel over de internationaalrechtelijke inkadering begint met een schets van de historische discussies in de internationale fora. Dat is een interessante benadering, maar de behandeling is te kort en de selectie van de fora is evenmin overtuigend. De resoluties van de *Association Internationale de Droit Pénal* worden bijvoorbeeld slechts gedeeltelijk weergegeven. Vervolgens laat de auteur in een waaier aan deelhoofdstukken de volgende materies de revue passeren: de internationale strafhoven, het internationale tribunaalrecht, het internationale strafrecht (samenwerking in strafzaken), de mensenrechtelijke vervolgingsverplichtingen en het Unierecht. Waarom al deze invalshoeken zo uitvoerig (bijna 200 pagina's) aan bod moeten komen wordt niet echt verantwoord. Zo verschilt de taakstelling van de internationale tribunaal, en dat geldt zeker voor het Internationale Strafhof gebaseerd op het complementariteitsbeginsel, behoorlijk van het OM in Nederland en Zwitserland. De samenwerking in strafzaken wordt benaderd vanuit het beginsel *aut dedere aut iudicare*. Hoe interessant ook, dat onderdeel is evenmin essentieel voor de kern van de studie. Overtuigend zijn wel de onderdelen over de positieve mensenrechtenverplichtingen en het Unierecht. De analyse geeft duidelijk aan dat de opportuniteitsbeslissing mede wordt ingekleurd door mensenrechtelijke verplichtingen en handhavingsverplichtingen vanuit het Unierecht.

Het laatste deel bevat de rechtsvergelijkende evaluatie, duiding en conclusies. Na de grondige analyse van beide landen en de uitvoerige internationale context, en 500 pagina's verder, was het dus hoog tijd voor dit deel. Jammer genoeg is dit onderdeel bijzonder kort (20 pagina's) en allerminst overtuigend. De duiding is in feite een korte samenvatting met weinig toegevoegde waarde. De conclusies zijn beschouwingen die soms ingaan op nieuwe invalshoeken (culturele context), maar in ieder geval geen uitgewerkte conclusies formuleren met betrekking tot de grondslagen en functies van het opportuniteitsbeginsel, zoals gesteld in de inleiding.

Alles overziend biedt de studie van Floriaan Went interessante analyses van beide rechtstelsels en bevat het een schat aan juridisch materiaal over de inrichting van het OM en de discretionaire bevoegdheid bij vervolgingsbeslissingen. Het niet formuleren van gerichte onderzoeksvragen in de inleiding vergt evenwel zijn tol. Bepaalde onderdelen zijn te uitvoe-

rig en/of te weinig relevant. Bij de rechtsvergelijkende analyse en conclusies is onduidelijk welke vragen beantwoord dienen te worden. Van een functionele rechtsvergelijking is dan ook niet echt sprake. De auteur verdedigt de voordelen van beide systemen en pleit voor een combinatie op basis van rechtszekerheid, gelijkheid en generale preventie enerzijds en proportionaliteit, *ultima ratio* en proceseconomie anderzijds. Zijn eindzin 'Ein nationales Strafprozessrecht ohne Opportunitätsnormen kann deshalb ebenso wenig überzeugen wie ein nationales Strafprozessrecht ohne Legalitätsnormen' klinkt mooi, maar is niet echt de kern van de probleemstelling.