

VU Research Portal

Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter

Duker, M.J.A.

published in

Trema

2010

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Duker, M. J. A. (2010). Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter. *Trema*, 33(6), 238-243.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Toetsing van de opportuniteit van vervolging door de zittingsrechter

De rechter dient het vervolgingsbeleid van het OM te respecteren. Er is voor de rechter evenwel meer ruimte dan algemeen lijkt te worden aangenomen om de opportuniteit van de vervolging te toetsen en het OM in dat verband niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging, zolang de rechter zijn beslissing nauwkeurig motiveert.

M.J.A. DUKER

1. Inleiding

Een belangrijk kenmerk van het strafrechtelijke systeem is dat het OM als enige bevoegd is om strafbare feiten te vervolgen en om te bepalen wanneer wel en geen vervolging plaatsvindt. De onafhankelijke rechter mengt zich in beginsel niet in de keuzes die het OM in dat verband maakt. Het OM beslist over de vervolging en kan op basis van het tweede lid van art. 167 WvSv ook zelf van vervolging afzien op gronden aan het algemeen belang ontleend (opportuniteitsbeginsel). Het kan daardoor ook zaken seponeren indien het niet opportuun is om te vervolgen.¹ Desondanks komen er zaken voor de rechter waarbij de vraag rijst welk redelijk belang met de vervolging is gediend. Rechters kunnen dan van oordeel zijn dat het OM de zaak had moeten seponeren en dat niet-ontvankelijkheid van het OM het gevolg moet zijn indien een alsnog bevredigende verantwoording van de vervolging uitblijft. De rechter past daarbij zoals gezegd enige terughoudendheid. Rechters beslissen ook maar zelden tot de niet-ontvankelijkheid van het OM in de vervolging op de grond dat de vervolging geen redelijk belang dient.² Ondertussen is de druk op het vervolgingsapparaat groot en worden vervolgingsbeslissingen bovendien vaak (feitelijk) overgelaten aan lagere ambtenaren. Het belang van een rechterlijke toets lijkt mede daardoor moeilijk te overschatten. De vraag rijst dan ook welke ruimte

de rechter precies heeft om gevolgen te verbinden aan zijn oordeel dat de vervolging een redelijk belang ontbeert.³

2. De beginselen van een goede procesorde en de opportuniteit van vervolging

De wet voorziet niet in een vervolgingsbeletsel wegens het ontbreken van enig redelijk belang bij vervolging. Naast de wettelijke vervolgingsbeletselen heeft de Hoge Raad evenwel rechtspraak ontwikkeld die erop neerkomt dat de vervolging kan worden getoetst aan buiten de wet om geldende beginselen van een goede procesorde waaraan de overheid zich dient te houden.⁴ Mede ingegeven door de toetsing van overheidshandelen in het bestuursrecht introduceerde de Hoge Raad eind jaren zeventig in het Menten-arrest⁵ de beginselen als toetsingskader voor de beoordeling van de vervolgingsbeslissing door onder meer te overwegen dat die meebrengen dat het OM niet willekeurig tot een vervolgingsbeslissing mag komen en gebonden is aan toezeggingen die verwachtingen hebben opgewekt ten aanzien van de vervolgingsbeslissing. In die zaak ging het om de vraag of het vertrouwen dat niet zou worden vervolgd,

1 De geringe ernst van het feit kan daartoe een reden zijn, maar ook persoonlijke omstandigheden van de verdachte of een succesvolle bemiddeling met het slachtoffer. Zie ter illustratie: Aanwijzing gebruik sepotgronden (Stcr. 2009, nr. 12653).

2 Vgl. bijv.: Rb. 's-Hertogenbosch 4 oktober 2007, LJN BB4747; hof 's-Gravenhage 10 mei 2006, LJN AX8656; Rb. Middelburg 13 april 2005, LJN AT4286; hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2009, LJN BH4471; Rb. Zwolle 13 september 2005, LJN AU2558; Rb. 's-Gravenhage 19 december 2002, LJN AF2320; Rb. Arnhem 20 december 2001, LJN AD8104; hof Amsterdam 27 april 2001, LJN AB1342; Rb. Amsterdam 2 juni 2008, LJN BD2957; Rb. 's-Hertogenbosch 23 juni 2009, LJN B19201. Zie echter ten aanzien van de afwijking van vervolgingsrichtlijnen: HR 19 juni 1990, NJ 1991, 119, m.nt. ThWvV; HR 22 oktober 1991, NJ 1992, 282 (zie echter ook: HR 8 oktober 2002, NJ 2003, 65).

3 Er bestaat wegens het summier karakter van de bezwaarschriftprocedure tegen de dagvaarding en de strikte maatstaf die daarin geldt mijns inziens weinig ruimte om die opportuniteit reeds in dat verband te laten toetsen. Een beroep op niet-ontvankelijkheid ter zitting kan mijns inziens ook niet worden verworpen op de enkele grond dat een bezwaarschrift tegen de dagvaarding had moeten worden ingediend (vgl. HR 10 november 1992, NJ 1993, 306, m.nt. Sch en de beschikking er: de einduitspraak in de zaak van de gezinsvoogd van het meisje Savannah: Rb. 's-Gravenhage 5 maart 2007, LJN AZ9885 en Rb. 's-Gravenhage 16 november 2007, LJN BB8016; zie anders: Rb. Zwolle 13 september 2005, LJN AU2558).

4 C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde. Een analyse van rechtspraak in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1989, m.n. p. 77 e.v.; A.J.A. van Dorst, *Vervolgingsbeletsel* (Studie-pockets strafrecht nr. 19), 7^e ed., W.E.J. Tjeenk Willink 1989, m.n. p. 88-104; H.G.M. Krabbe, 'De ontvankelijkheid van het OM en de beginselen van een goede procesorde', in: G. Knigge (red.), *Leerstukken van strafprocesrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 91-111; J.H. Crijns, 'Beginselen van een behoorlijke strafrechtspleging', in: C.P.M. Cleiren, Th.A. de Roos & M.A.H. van der Woude (red.), *Jurisprudentie Strafrecht Select*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 49-77.

5 HR 29 mei 1978, NJ 1978, 358 (Menten). Zie daarover: Krabbe, a.w., p. 62.



was geschonden. De vraag is of de beginselen van een goede procesorde (later ook beginselen van een behoorlijke procesorde) slechts ruimte bieden voor een dergelijke toetsing aan het vertrouwensbeginsel of dat zij ook meer in het algemeen ruimte bieden voor een toetsing van de opportuniteit in die zin dat de rechter kan toetsen of de vervolging een redelijk belang dient.

De Hoge Raad overwoog in HR 21 januari 1986, NJ 1987, 663 dat de wijze waarop het OM het belang van de verdachte niet belast te worden met een berechting heeft afgewogen tegen het vervolgingsbelang niet ter beoordeling van de rechter staat. Slechts indien de vervolging in strijd is met beginselen van een goede procesorde kan er sprake zijn van een verval van het recht tot strafvordering en een door de rechter uit te spreken niet-ontvankelijkverklaring van het OM.⁶ In HR 13 januari 1998, NJ 1998, 407 werkte de Hoge Raad zijn uitgangspunt nader uit. In die zaak besliste de rechter tot niet-ontvankelijkheid van het OM omdat het de verdachte niet in de gelegenheid had gesteld aan bepaalde voor het gedogen van coffeeshops relevante vereisten te voldoen. Het OM stelde in cassatie dat de rechter het betreffende beleid slechts marginaal aan beginselen van een goede procesorde zou mogen toetsen. De Hoge Raad overwoog daarop dat de rechter de – op grond van het opportuniteitsbeginsel aan het OM toekomende – *beleidsvrijheid* moet *respecteren*, maar dat de rechter in het kader van de beoordeling van de ontvankelijkheid van het OM in zijn vervolging van de verdachte evenwel

**DE DRUK OP HET VERVOLGINGSAPPARAAT IS
GROOT EN VERVOLGINGSBESLISSINGEN WORDEN
VAAK OVERGELATEN AAN LAGERE AMBTENAREN.**

de beslissing om te vervolgen *ten volle* mag toetsen aan beginselen van een goede procesorde.⁷

De vraag is wat de betekenis van de beginselen van een goede procesorde nu precies is. Wanneer ontbreekt de opportuniteit van vervolging dermate dat er sprake is van schending van die beginselen? Daartoe zou kunnen worden gewezen op het Menten-arrest waarin de Hoge Raad overwoog dat de beginselen van een goede procesorde meebrengen dat het OM niet willekeurig mag handelen en gebonden is aan opgewekt vertrouwen dat niet vervolgd zou worden. De beginselen omvatten dus in ieder geval het vertrouwensbeginsel. Daarnaast wordt ook het gelijkheidsbeginsel onder de be-

⁶ De Hoge Raad herhaalde dat uitgangspunt in HR 22 maart 1988, NJ 1988, 861. Vgl. voorts bijv.: HR 8 november 1988, NJ 1989, 368; zie ook: HR 23 april 1996, NJ 1996, 549.

⁷ In HR 2 februari 1999, NJ 1999, 554, m.nt. Sch heeft de Hoge Raad weer geoordeeld dat de rechter de beleidsvrijheid van het OM respecteert maar de vervolgingsbeslissing als zodanig ten volle kan toetsen aan het gelijkheidsbeginsel. Dat gelijkheidsbeginsel schaarft hij in die uitspraak onder de beginselen van een goede procesorde.

CASSATIEKLACHTEN OVER DE VERWERPING VAN EEN BEROEP OP DE BEGINSLEN HEBBEN DOORGAANS GEEN SUCCES EN LEIDEN DAARDOOR NIET TOT RICHTINGGEVENDE UITSPRAKEN.

ginselen geschaard, maar van een schending daarvan is slechts bij uitzondering sprake: de enkele omstandigheid dat een verdachte wordt vervolgd, terwijl andere verdachten in vergelijkbare gevallen niet worden vervolgd, levert nog geen schending op. Veel meer is er uit de cassatierechtspraak niet af te leiden over de precieze betekenis van beginselen van een goede procesorde in dit verband. Cassatieklachten over de verwerping van een beroep op de beginselen hebben doorgaans geen succes en leiden daardoor niet tot richtinggevende uitspraken. In de feitenrechtspraak worden de beginselen evenwel algemeen erkend als toetsingskader voor de vervolgingsbeslissing, maar ook daar is een duidelijke invulling ervan moeilijk te ontwaren.

De beginselen van een goede procesorde zijn vooral in de literatuur uitgewerkt. Zij worden daarin onderverdeeld in vier specifiekere beginselen: het vertrouwensbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het beginsel van zuiverheid van oogmerk en het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging.⁸ Het beginsel van zuiverheid van oogmerk en het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging komen in de cassatierechtspraak nauwelijks aan de orde waar het gaat om toetsing van de vervolgingsbeslissing aan beginselen van een goede procesorde. In de feitenrechtspraak zijn de onderscheiden beginselen wel alle vier terug te vinden in gevoerde verweren. Het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging staat in die verweren vaak op de voorgrond in gevallen waar de opportuniteit van de vervolging ter discussie staat.⁹ Dat beginsel betreft een hele algemene norm die rechtstreeks verband houdt met de opportuniteit (de redelijke belangenafweging) van de vervolging maar in de cassatierechtspraak nauwelijks is uitgewerkt. Feitenrechters lijken het beginsel wel degelijk tot uitgangspunt te nemen. De maatstaf die zij in dat verband vaak gebruiken is of het OM in redelijkheid tot de vervolgingsbeslissing heeft kunnen komen.¹⁰ Zoals gezegd lijken rechters in dit verband echter zeer terughoudend.

Ook aangenomen dat het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging betekenis heeft voor de toetsing van de vervolgingsbeslissing aan beginselen van een goede procesorde en dus voor de toetsing van de opportuniteit van de vervolging, is nog steeds vereist dat de rechter de beleidsvrijheid van het OM respecteert. Een volle toetsing aan dat beginsel betekent dus niet dat de rechter een zelfstandig oordeel kan vellen over de opportuniteit van de vervolging en dat oordeel voor dat van het OM in de plaats kan stellen. Voor een schending ervan, of beter gezegd voor een schending van beginselen van een goede procesorde is meer nodig. Om dat meerdere beter te duiden, sluit de literatuur ook wel aan bij het in het Menten-arrest verwoorde verbod van *willekeur*.¹¹ Toetsing aan de beginselen van een goede procesorde biedt aldus eigenlijk de bescherming tegen willekeurige vervolging. Daaruit kan worden afgeleid dat een taak van de rechter is te beschermen tegen willekeurige vervolging. Met de maatstaf van verboden willekeur blijft de betekenis van de beginselen van een goede procesorde voor de toetsing van de vervolgingsbeslissing evenwel vaag.

De vraag is uiteindelijk dan of de beginselen van een goede procesorde wel een wezenlijke beperking aanbrengen aan de bevoegdheid van de rechter om de opportuniteit van de vervolging te toetsen. De rechter lijkt betrekkelijk vrij om op basis van de omstandigheden van het concrete geval te bepalen of er sprake is van willekeur. In dat verband is ook van belang dat het vaststellen van een schending van beginselen van een goede procesorde in verband met de vervolgingsbeslissing in belangrijke mate een feitelijk oordeel is. Zolang het aannemen van een schending van beginselen van een goede procesorde niet getuigt van een onjuiste rechtsopvatting en voorts niet onbegrijpelijk is, laat de Hoge Raad dat oordeel in stand evenzeer als hij met regelmaat de verwerping van een daaromtrent gevoerd verweer in stand laat. Met de terughoudende rechtspraak van de Hoge Raad is dus ook niet gezegd dat de Hoge Raad beslissingen waarbij hoven een beroep op de beginselen wel zouden honoreren, in de meeste gevallen zou vernietigen. Het is gelet op de marginale toets door de Hoge Raad ook goed voorstelbaar dat de Hoge Raad geen dam zou opwerpen tegen een meer kritische rechterlijke toetsing van de vervolgingsbeslissing.¹² Bovendien moet worden onderkend dat de beoordeling door de rechter van de vervolgingsbeslissing volgens de rechtspraak van de Hoge Raad nadrukkelijk *niet* marginaal van aard is. De rechter mag die beslissing immers ten volle toetsen aan beginselen van een goede procesorde.¹³

3. Het respecteren van de beleidsvrijheid van het OM

Uiteindelijk is de vraag in hoeverre de rechter ook de opportuniteit van de vervolging kan toetsen terug te voeren tot de algemene

8 Krabbe, *a.w.*, p. 98 e.v.; Cleiren, *a.w.*, p. 103 e.v.; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 66 e.v.; Van Dorst, *a.w.*; Crijns, *a.w.*

9 Zie bijv.: Rb. Roermond 13 maart 2009, LJN BH7835; Rb. 's-Gravenhage 6 april 2007, LJN BA2734; Rb. Roermond 20 april 2006, LJN AW2483; Rb. Amsterdam 22 mei 2006, LJN AX3979; Rb. Zutphen 1 juli 2008, LJN BD5846; Rb. Haarlem 23 december 2005, LJN AU8674; Rb. 's-Hertogenbosch 4 oktober 2007, LJN BB4747; Rb. Zutphen 9 november 2007, LJN BB7534; Rb. Zutphen 3 juli 2009, LJN BJ1485; hof Arnhem 20 december 2005, LJN AU8384.

10 Zie over de functie van het beginsel van een redelijke en billijke belangenafweging in dit verband: Corstens, *a.w.*, p. 68, die verwijst naar Cleiren, *a.w.*, p. 129-130. Zie ook Van Dorst, *a.w.*, p. 103; Krabbe, *a.w.*, p. 106 en de annotatie van Schalken onder HR 5 december 1989, NJ 1990, 719. Vgl. ook de conclusie van A-G Knigge voor HR 10 februari 2009, LJN BG1648.

11 Krabbe, *a.w.*, p. 107-108; Corstens, *a.w.*, p. 63; Crijns, *a.w.*, p. 60. Zie ook bijv.: HR 13 september 1983, NJ 1984, 151; HR 10 januari 1989, NJ 1989, 621. Vgl. Cleiren, *a.w.*, p. 263-264.

12 Een ontvankelijkheid voor een strengere rechterlijke toetsing zou men heel voorzichtig wellicht kunnen afleiden uit HR 27 mei 2008, LJN BC6810, over een vervolging voor het weggooien van een parkeerbon. Ik lees daarin althans een subtiële afkeuring door de Hoge Raad omdat de Hoge Raad casseert terwijl hij mijns inziens het cassatieberoep eenvoudig had kunnen verwerpen door het kennelijke oordeel van het hof in te lezen dat gelet op de tenlastelagging van de misdrijfvariant de ontvankelijkheid ter zake daarvan onaangetast bleef.

13 Zie hierover ook: Crijns, *a.w.*, p. 66-67.

**DE RECHTER LIJKT BETREKKELIJK VRIJ OM OP
BASIS VAN DE OMSTANDIGHEDEN VAN HET
CONCRETE GEVAL TE BEPALEN OF ER SPRAKE IS
VAN WILLEKEUR.**

vraag waar de beleidsvrijheid van het OM wordt begrensd. Hier is niet de plaats om de begrenzing van de beleidsvrijheid van het OM theoretisch uit te werken. Maar omdat het in de kern wel om die overgang van beleidsvrijheid naar willekeur gaat, is het van belang toch kort te schetsen wat kan worden bedoeld met het respecteren van de beleidsvrijheid van het OM. In dat verband verdient de nadruk dat aan het OM op basis van de wet het vervolgingsmopolie is toegekend en dat het daarmee de beleidsvrijheid heeft te bepalen welke feiten wel en welke feiten niet worden vervolgd. De wet geeft door strafbaarstelling aan het OM tot op zekere hoogte de opdracht bepaald gedrag te vervolgen.¹⁴ Waar gedrag als strafbaar kan worden aangemerkt, is het in beginsel de taak van het OM dat aan de rechter voor te leggen. Het is dan in de eerste plaats het OM dat eventuele redenen om niet te vervolgen afweegt tegen de belangen bij vervolging, en niet de rechter. Daarom zou men als uitgangspunt kunnen nemen dat de rechter willekeur bij de vervolgingsbeslissing in ieder geval niet baseert op een oordeel over de enkele ernst of aard van het strafbare feit, de enkele ernst en aard van het verwijt of de enkele keuze bepaalde feiten wel en soortgelijke feiten niet te vervolgen.¹⁵

Het respecteren van de beleidsvrijheid houdt bijvoorbeeld in dat het OM de bevoegdheid heeft te bepalen dat bepaald strafbaar gedrag ondanks de betrekkelijk geringe ernst ervan moet worden vervolgd vanwege het vermeende belang van normhandhaving. Een bekend voorbeeld zijn de vaak voorkomende beledigingen en bedreigingen aan het adres van politieagenten. Men kan menen dat die vervolging tijdverspilling is en politieambtenaren enig incasservermogen moeten opbrengen, maar het OM is niettemin vrij het beleid te voeren om dergelijk strafbaar gedrag jegens het openbaar gezag voortvarend aan te pakken. Er valt ook te denken aan gevallen van discriminatie of belediging ten aanzien van bevolkingsgroepen waarbij men het ordeverstoring karakter en de ernst van de uitlatingen betwist maar waar toch een belang van normhandhaving de vervolging kan rechtvaardigen.¹⁶ Verder valt te denken aan de vele kleine overtredingen van de Wet op de economische delicten (WED), waarbij de kwaadwillende intentie van de verdachte soms ver te zoeken is. Ook in dat verband rijst nogal eens de vraag waarom het strafrecht daarvoor uit de kast moet worden gehaald.

Maar ook in dat verband valt het binnen de beleidsvrijheid van het OM ervoor te kiezen ook kleinere overtredingen via het strafrecht consequent te handhaven teneinde de op het spel staande belangen zoals die van de bescherming van het milieu krachtig in te prenten. Bezwaren tegen de vervolging van bepaalde typen strafbare feiten waarbij de opportuniteit van vervolging in zijn algemeenheid wordt betwist, moeten zich eigenlijk richten tot het OM en de wetgever maar niet tot de rechter.

Het respecteren van de beleidsvrijheid houdt ook in dat het OM kan kiezen voor de vervolging van een verdachte ter zake van een strafbaar feit, waar anderen de dans ontspringen.¹⁷ De noodzaak om keuzes te maken tussen de overvloed aan strafbare feiten die van een reactie zouden moeten worden voorzien, dwingt tot aanvaarding van een zekere mate van ongelijkheid. Voorts heeft OM de ruimte te vervolgen wanneer er discussie bestaat over bepaalde rechtsvragen. Wanneer het OM in redelijkheid het standpunt kan innemen dat bepaald gedrag strafbaar is, staat het hem vrij te vervolgen.¹⁸ Dat is ook het geval bij strafbare feiten met ernstige gevolgen waarbij het te maken verwijt sterk valt te betwisten maar een maatschappelijk belang vereist dat de rechter daarover zijn onafhankelijke oordeel velt. Een bekend voorbeeld hiervan is de vervolging van de later vrijgesproken gezinsvoogd van het vermoorde meisje Savannah.¹⁹ Soms dient de enkele vaststelling van schuld aan een strafbaar feit reeds een maatschappelijk belang van normhandhaving of een belang van slachtoffers. Dat kan zich bijvoorbeeld voordoen bij verkeersdelicten of in het geval van hulp bij zelfdoding of euthanasie.²⁰ De vervolging kan dan dienen om duidelijkheid te scheppen over wat wel en niet mag, maar dient ook als tegemoetkoming aan een maatschappelijke opvatting dat het hier ondanks het ontbreken van kwade intenties om ernstige strafbare feiten gaat. De vervolging dient er dan toe de norm te bekrachtigen. Zelfs wanneer daadwerkelijke bestraffing geen doel meer dient, moet de beleidsvrijheid van het OM bij het vervolgen van een strafbaar feit om deze redenen onder omstandigheden worden gerespecteerd.²¹

4. Van beleidsvrijheid naar willekeur

De beleidsvrijheid van het OM laat onverlet dat de rechter tot taak heeft in concrete gevallen te beschermen tegen willekeurige vervolging. Het is echter moeilijk eenduidig te bepalen wanneer beleidsvrijheid overgaat in willekeur doordat de vervolging geen redelijk belang dient. Er zijn in de feitenrechtspraak enkele voorbeelden te vinden van uitspraken waarin de rechter het OM niet-ontvankelijk heeft verklaard op de grond dat de vervolging geen redelijk belang diende en als zodanig een schending van beginselen van een goede procesorde opleverde. Steeds is er sprake van meer dan een enkel oordeel over de ernst van het feit of de ernst van het verwijt. Het zijn andere bijzondere omstandigheden die maken dat de vervol-

14 J.M. Reijntjes in: M.S. Groenhuijsen e.a. (red.), *Wetboek van strafvordering* (Melai/Groenhuijsen), Deventer: Kluwer (losbl.), aant. 8 bij art. 167.

15 Dat is in de kern ook het verschil met de rechterlijke toetsing van de beslissing om niet te vervolgen. De enkele ernst van het feit kan daar juist wel een reden zijn voor het hof om een sepot te corrigeren en alsnog de vervolging te bevelen.

16 Zie bijv.: Rb. Utrecht 22 april 2010, LJN BM1987.

17 Hof's-Gravenhage 10 mei 2006, LJN AX8656.

18 Rb. Arnhem 20 december 2001, LJN AD8104. Zie ook: hof 's-Hertogenbosch 3 maart 2009, LJN BH4471 waarin een kansrijk beroep op overmacht niet aan de ontvankelijkheid van het OM in de weg stond maar wel werd gehonoreerd.

19 Rb. 's-Gravenhage 16 november 2007, LJN BB8016. Vgl. ook: Rb. 's-Gravenhage 19 december 2002, LJN AF2320.

20 Vgl. HR 24 december 2002, LJN AA...

21 Rb. Roermond 13 maart 2009, LJN BH7835. Het verweer van Mohammed B., namelijk dat vervolging ter zake deelname aan een criminele organisatie met een terroristisch oogmerk na een eerdere veroordeling tot levenslange gevangenisstraf geen enkel doel dient, werd ook verworpen (Rb. 's-Gravenhage 14 oktober 2005, NJFS 2005, 48).

**ZELFS WANNEER DAADWERKELIJKE BESTRAFFING
GEEN DOEL MEER DIENT, MOET DE
BELEIDSVRIJHEID VAN HET OM BIJ HET
VERVOLGEN VAN EEN STRAFBAAR FEIT ONDER
OMSTANDIGHEDEN WORDEN GERESPECTEERD.**

Willekeurig is. De aard van die omstandigheden verschilt per geval. Mijn punt is daarom dat het sterk lijkt af te hangen van de omstandigheden van het geval of er sprake is van willekeur. Verschillende bijzondere omstandigheden lijken de opportuniteit van de vervolging dermate te kunnen ontkrachten dat van willekeur sprake is, terwijl onbepaald is om wat voor omstandigheden het dan zou moeten gaan. Verschillende omstandigheden zouden daardoor al snel de vereiste steun kunnen bieden aan het oordeel dat de vervolging willekeurig is, zolang de rechter het OM de gelegenheid geeft de vervolgingsbeslissing te verantwoorden en de rechter zijn oordeel nauwkeurig motiveert.

Zo is er een uitspraak in een zaak waarin sprake was van een gezamenlijk Turks-Nederlands onderzoek naar heling en witwassen. De verdachte werd al in Turkije vervolgd voor dezelfde feiten en was daar vrijgesproken zonder dat in Nederland duidelijkheid bestond over de vraag of die vrijpraak onherroepelijk was. Het OM ging zonder overleg met de Turkse autoriteiten zelf over tot vervolging. Dat leverde een schending op van beginselen van een goede procesorde.²² Strikt genomen had het OM de beleidsvrijheid de feiten te vervolgen. Maar de omstandigheid dat de verdachte voor dezelfde feiten reeds in Turkije was vervolgd en de mogelijke schending van art. 68 WvSr deden de vraag rijzen welk redelijk belang met de vervolging was gediend en maakten de vervolging willekeurig. Een schending werd ook aangenomen toen het OM, ondanks de gewoonte bij de vervolging van een vreemdeling ter zake het bezit van een vals paspoort de asielpcedure af te wachten omdat de verdachte wellicht bescherming geniet op basis van het Vluchtelingenverdrag, toch die asielpcedure niet afwachtte en de verdachte vreemdeling vervolgde.²³ Om vergelijkbare redenen viel ook daar het redelijk belang van de vervolging niet te zien.

Ook een onverklaarbaar verschil in behandeling kan een bijzondere omstandigheid opleveren waardoor de vervolging willekeurig wordt. Een schending van beginselen van een goede procesorde werd bijvoorbeeld aangenomen in een geval waarin de Staatssecretaris van Justitie met instemming van het OM afspraken had gemaakt met de KLM om vervolging ter zake de aanvoer van ongedocumenteerde vreemdelingen achterwege te laten in ruil voor

een intensievere controle door de luchtvaartmaatschappijen zelf, waarna een andere luchtvaartmaatschappij werd vervolgd zonder dat op enigerlei wijze was gereageerd op diens verzoek om een gelijksoortige afspraak.²⁴ Verder kan worden gewezen op het geval van een minderjarige verdachte die door twee mannen in elkaar was geslagen en later verhaal kwam halen en toen betrokken raakte bij een vechtpartij, waarbij ook de twee mannen aanwezig waren. De beslissing om alleen de minderjarige verdachte te vervolgen getuigde volgens de rechter van een dermate onredelijke belangenafweging dat sprake was van een schending van beginselen van een goede procesorde.²⁵ Doordat sprake is van een onverklaarbaar verschil in behandeling ontbreekt een redelijk belang bij de vervolging in deze zaken.²⁶

Verder kunnen persoonlijke omstandigheden van de verdachte en de ontbrekende wens van vervolging bij slachtoffers als bijzondere omstandigheden de doorslag geven om in te breken in de beleidsvrijheid van het OM; bijvoorbeeld in het geval van een mishandeling die dood ten gevolge hebbend door een minderjarige die in preventieve hechtenis had gezeten, terwijl de gevolgen van het feit volstrekt niet bedoeld waren, de verdachte zelf zeer onder het strafbare feit en de gevolgen daarvan geleden had en een wens tot vervolging bij anderen dan het OM niet bestond.²⁷ Daarnaast is er het geval van een verdachte die volledig ontoerekeningsvatbaar was, het geestelijke niveau had van een kind van 7 jaar en al vele jaren met een rechterlijke machtiging in een gesloten inrichting was geplaatst, terwijl ook de ouders van het slachtoffer de officier van justitie hadden verzocht de zaak in te trekken omdat de verdachte de betekenis van zijn gedrag niet begreep en het met het slachtoffer uitstekend ging.²⁸ Persoonlijke omstandigheden van de verdachte en de wensen van slachtoffers leveren hier de bijzondere omstandigheden op die de beleidsvrijheid van het OM beperken.

Willekeur kan ook voortvloeien uit de omstandigheid dat de vervolging onredelijk lang op zich heeft laten wachten terwijl de feiten ook reeds eerder samen met andere feiten terecht had kunnen worden en de verdachte er daarom redelijkerwijs op mag vertrouwen dat hij niet meer zal worden vervolgd.²⁹ De rechter raakte voorts dicht aan de beleidsvrijheid van het OM in het geval van een vervolging ter zake het op de grond gooien van een parkeerbon door ter onderbouwing van de niet-ontvankelijkheid van het OM te overwegen dat het gedrag onmiskenbaar het karakter droeg van een 'bagatel delict'. De willekeur leek hier voort te vloeien uit het feit dat het gedrag in de regel niet werd aangepakt.³⁰ Tot slot is een zuiver geval van een vervolging die geen enkel redelijk belang meer dient de herhaaldelijke vervolging van een illegale vreemdeling ter zake van het illegaal verblijf (art. 197 WvSr) zonder dat er een redelijke mogelijkheid voor de vreemdeling bestaat het land te verlaten.³¹ Het oordeel van de rechter raakte hier dicht tegen de eigenlijke beleidsvrijheid van het OM om een bepaald soort strafbare feiten te vervolgen. Uiteindelijk leek de doorslag te geven dat niet viel in te zien welk redelijk belang is gediend bij het telkens weer vervolgen

22 Rb. Arnhem 13 april 2006, NJFS 2006, 181; HR 26 november 1996, NJ 1997, 209; HR 10 februari 2009, LJV BG1648.

23 Hof Amsterdam 18 juni 2009, LJV BI9006.

24 Hof Amsterdam 27 mei 2008, LJV BD2522.

25 Rb. Zutphen 2 oktober 2008, LJV BF7631.

26 Zie ook nog: Rb. Roermond 26 februari 2010, LJV BL7241.

27 Rb. Zwolle 25 februari 2000, NJ 2000, 326.

28 Rb. 's-Gravenhage 9 februari 2004, LJV AO3757.

29 Hof 's-Hertogenbosch 18 september 2007, NS 2007, 454.

30 Hof Amsterdam 26 augustus 2002, NS 2002, 341.

31 Hof Amsterdam 10 november 1998, NJ 1999, 454.

**OF ER SPRAKE IS VAN WILLEKEUR LIJKT STERK AF
TE HANGEN VAN DE OMSTANDIGHEDEN
VAN HET GEVAL.**

van iemand zonder dat een oplossing voor het achterliggende probleem door OM of verdachte kan worden gevonden.

5. Er is ruimte voor een kritischere toetsing

De rechter dient zich ten aanzien van de redelijkheid van de keuze om te vervolgen terughoudend op te stellen. Dat is een algemeen aanvaard uitgangspunt dat in de feitenrechtspraak duidelijk tot uitdrukking komt. Desondanks lijkt de rechtspraak van de Hoge Raad naar haar inhoud en aard ruimte te laten voor een kritische toets door de rechter van de opportuniteit van de vervolging. De beginselen van een goede procesorde bieden immers de ruimte om per geval te bepalen waar de te respecteren beleidsvrijheid van het OM overgaat in willekeur, zolang de vermeende willekeur niet enkel verband houdt met de ernst van het feit of de ernst van het verwijt. Voorts heeft de aard van de cassatierechtspraak tot gevolg dat de Hoge Raad ook het eventuele oordeel van de feitenrechter dat er sprake is van willekeur terughoudend toetst. De hiervoor besproken uitspraken waarin de rechter een schending van beginselen van een goede procesorde aanneemt, illustreren welke ruimte de rechter in dit verband heeft.

Men zou bij willekeur bijvoorbeeld ook kunnen denken aan onevenredig verstrekkende gevolgen van een veroordeling voor de verdachte of aan een uitdrukkelijke wens van het slachtoffer om van vervolging af te zien. En zo zijn wellicht nog vele andere voorbeelden te noemen. Buruma betoogt zelfs dat de rechter de bevoegdheid moet nemen het OM niet-ontvankelijk te verklaren in gevallen die geen 'deuk in de rechtsorde' opleveren en evident niet de kern raken van de delictomschrijving ter zake waarvan de vervolging plaatsvindt.³² Dat behoort mijns inziens echter tot de beoordelingsvrijheid van het OM. Maar wel zouden bijvoorbeeld persoonlijke

omstandigheden of een verschil in behandeling nog eerder willekeur kunnen opleveren, wanneer ook al de ernst van het feit of van het verwijt gering is. Dan vormt die ernst geen zelfstandige grond voor het aannemen van willekeur.

De feitenrechtspraak komt, behoudens de hiervoor genoemde uitzonderingen, terughoudend over ten aanzien van de toetsing van de opportuniteit van vervolging. De vraag rijst waarom dat zo is. Wellicht omdat er eenvoudigweg zelden aanleiding bestaat om het OM van willekeur te betichten en niet-ontvankelijk te verklaren. Ik veronderstel echter dat er vaker reden is om kritisch te zijn over de opportuniteit van de vervolging en daar de niet-ontvankelijkheid van het OM aan te verbinden zonder dat het vereiste respect voor de beleidsvrijheid daaraan in de weg staat. Zo valt te denken aan zaken waarin de verdachte wordt schuldig verklaard zonder oplegging van straf, terwijl de vraag is of de vervolging als zodanig wel had moeten plaatsvinden. Uitgaande van de rechterlijke taak te beschermen tegen willekeurige vervolging, is het op zijn minst van belang om binnen en buiten de rechterlijke macht steeds de vraag te blijven opwerpen of rechters voldoende kritisch zijn ten aanzien van de vele vervolgingsbeslissingen die officieren van justitie en hun ondergeschikten nemen ten aanzien van de grote stroom strafzaken die hen dagelijks tegemoetkomt.

Daarbij komt het mijns inziens wel aan op de motivering die de rechter aan zijn beslissing verbindt. Ik leid uit de rechtspraak van de Hoge Raad af dat de rechter eerst het OM de gelegenheid moet bieden de vervolgingsbeslissing nader te verantwoorden.³³ Met name in die verplichting van de rechter kan eveneens het respect voor de beleidsvrijheid van het OM schuilen. Wanneer het OM een redelijke verklaring kan geven voor de vervolging dient de rechter die te respecteren. Wanneer de rechter echter een schending van beginselen van een goede procesorde aanneemt, zal hij moeten motiveren hoe hij oordeelt over die verantwoording van het OM en waarom elk redelijk belang bij vervolging in die mate ontbreekt dat de vervolging willekeurig is en tot niet-ontvankelijkheid moet leiden. Daarbij zal hij duidelijk en volledig de bijzondere omstandigheden moeten aanwijzen die maken dat de vervolging niet meer valt binnen de beleidsvrijheid van het OM.

Mr. dr. M.J.A. (Marius) Duker is universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

³² Zie zijn annotatie bij HR 14 september 2004, NJ 2005, 61. Zie ook Y. Buruma, 'Flutzaken: een pleidooi voor rechterlijke toetsing van vervolgingsbeslissingen', DD 2006, p. 364-375. Zie voorts de noot van Buruma bij HR 18 april 2006, NJ 2006, 397. Ten aanzien van de voorbeelden die hij zelf noemt, stelt hij niet onomwonden dat de rechter die bevoegdheid had moeten gebruiken.

³³ HR 21 juni 1988, NJ 1988, 1021, m.nt. 't H waarin het hof oordeelde dat het van willekeur getuigde om de verdachte met vele andere verspreiders van een folder van de Centrum Partij te vervolgen zonder de partijleider zelf, die aan de verspreiding deelnam, te vervolgen. Het achtte de vervolging in strijd met beginselen van een behoorlijke procesorde. De Hoge Raad casseerde dit oordeel omdat het hof niets had vastgesteld omtrent de gronden waarop de officier van justitie niettemin was overgegaan tot vervolging van verdachte.