



Een machtskritisch instrument

Over de plaats van het Openbaar Ministerie binnen de rechtsstaat in Nederland¹

Pol van de Wiel*

1. Inleiding

‘Gaaf het eigenlijk wel goed met het Openbaar Ministerie?’, zo opent juridisch redacteur van *NRC Handelsblad* Folkert Jensma zijn column op 11 augustus 2014. ‘Soms mag je daaraan twijfelen. (...) Het piept, het kraakt, maakt steeds minder toeren en er komt rook uit – de strafrechtspraak is toe aan een grote revisie.’ Hij citeert in zijn column raadsheer van de Hoge Raad Ybo Buruma en de Amsterdamse strafrechter Willem Korthals Altes, die recentelijk klaagden over respectievelijk de onbereikbaarheid van officieren, en hoe slordig en ongeorganiseerd zij werken. De vraag van Jensma lijkt alleen maar aan relevantie te winnen wanneer we een blik werpen op de momenten waarop het Openbaar Ministerie sinds het begin van dit kalenderjaar minder positief in het nieuws – of soms gewoonweg in opspraak – is geweest. Ik denk bijvoorbeeld aan: de lange tanden waarmee het OM zijn jarenlang ingenomen standpunt verliet en aan een strafrechtelijk onderzoek naar voormalig topambtenaar Demmink begon, na daartoe te zijn veroordeeld (januari); de 50.000 euro schadevergoeding die het OM de Schipholbrand-verdachte moest betalen omdat hij 504 dagen onrechtmatig had vastgezet (februari); de aanzienlijk lagere straffen dan geëist in een afpersingszaak in de Amsterdamse onderwereld (juni); de vrijspraken van een mensenhandelaar na een eis van negen jaar cel (april), van zes verdachten van handel in antibiotica (juni) en van een vervolgde coffeeshopeigenaar in Leiden (juli); niet-ontvankelijkheid in een zaak tegen een coffeeshop in Terneuzen (juli); de zeer omstreden deal met kroongetuige Fred R., die in ruil voor maar liefst 15 jaar strafvermindering belastende verklaringen aflegt in de Amsterdamse liquidatiezaak (september); en daar kwam zeer onlangs de bekendmaking bij dat voormalig VVD-politicus Jos van Rey zich in januari 2015 moet verantwoorden voor de rechter –

* Pol VAN DE WIEL studeerde rechtsgeleerdheid en (politieke) filosofie aan de Universiteit Leiden, het *Institut d'études politiques de Paris* (Sciences Po) en de *École des hautes études en sciences sociales* (EHESS) in Parijs. E-mail: polwiel@hotmail.com



een bericht ruim twee *jaar* (!) nadat het OM invallen bij hem had gedaan. Gaat het te ver om te spreken van een crisis of een sfeer van malaise...?

Wat in de berichtgeving en de discussies in de kranten over het optreden van het OM minder terugkomt, is het gewenste gedrag van het Openbaar Ministerie als zodanig. Hoe behoort het OM in het algemeen eigenlijk te handelen? Welke (morele) richtlijnen zouden daarbij belangrijk en richtinggevend moeten zijn? Of, gesteld in een bredere context: wat is de juiste plaats van het Openbaar Ministerie binnen de rechtsstaat, en waarom en in welke mate is het antwoord op deze vraag van belang bij het formuleren van een leidraad voor zijn handelen? Over deze twee vragen gaat het in dit artikel. Achtereenvolgens trachten we na te denken over wat ‘ethiek’ in deze context betekent, de relatie tussen wetten en ethiek, de wettelijke kaders voor en van het OM, verschillende visies op wat ‘recht’ is en de beginselen die aan de wetten ten grondslag liggen. Tot slot gaan we in een korte *casestudy* in op het opportuniteitsbeginsel zoals neergelegd in artikel 167 Wetboek van Strafvordering.

2. *Afbakening van waarover het (niet) gaat als we nadenken over het juiste handelen*

Wanneer de vraag zou zijn hoe leden van het OM moeten handelen, lijkt het antwoord vanzelf te spreken. Dat is te vinden in wet, jurisprudentie en eventueel de beginselen van behoorlijk procesrecht en behoorlijke procesvoering. Toch gaat het in deze bijdrage maar ten dele over de wettelijke en staatsrechtelijke kaders voor en van het OM – en dan ook nog op een bepaalde manier. Ethiek, de reflectie over het goede handelen, betreft namelijk niet in de eerste plaats de wettelijke kaders waarbuiten het handelen nooit mag treden. Wetten, en ook de wettelijke kaders voor het OM, zijn in het algemeen *minimaal* en *negatief*: doorgaans zijn het expliciete verboden of geboden die een *ondergrens* markeren. Maar de wet zegt niet hoe te handelen *binnen* de wettelijk toegestane ruimte. Zo is in de artikelen 289 en 310 van het Wetboek van Strafrecht respectievelijk moord en diefstal strafbaar gesteld. Het spreekt vanzelf dat diegene die een goed mens kan worden genoemd, niet zal moorden en stelen, maar het is even duidelijk dat het niet volstaat je te onthouden van moorden en stelen (en al die andere strafbare daden) om een goed mens te zijn. L.C.M. Meijers stelt in dit verband ten aanzien van officieren van justitie: ‘De beroepsbeoefenaar die niet overeenkomstig de voor hem geldende rechtsregels (...) handelt, (...) komt aan een professionele ethische keuze niet toe’, maar aan de andere kant ‘is het al te eenvoudig te zeggen dat er voor de officier van justitie niets anders dan (...) het recht te kiezen valt. Binnen het recht dienen zich voor de officier van justitie



beslissingen aan, waarbij het aankomt op waardering van gewicht en tegenwicht van samenlopende, botsende, belangen, die bescherming verdienen (...).² Handelen *lege artis* – in overeenstemming met de wettelijke regels – is dus wel een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde om tot een ethische keuze te komen.

3. De paradoxale rol van wetten en voorschriften voor het goede handelen

We zien dus dat ethiek iets anders is dan een (geordende) opsomming van alle in dit geval relevante wettelijke bepalingen. De afbakening *ex negativo* heeft laten zien dat ethiek de vraag stelt wat goed (handelen) is, en wel *binnen* de wettelijk toegestane ruimte. Maar hoe zou een dergelijke ethiek vorm kunnen krijgen? Wat zou voor leden van het OM een leidraad kunnen zijn voor juist handelen? We zagen al dat het naleven van de wet voor het komen tot een (juiste) ethische keuze weliswaar een noodzakelijke maar nog geen voldoende voorwaarde is. Maar dit gegeven wil nog niet zeggen dat de grondslagen van zo'n ethiek niet in het verlengde kunnen liggen van wat in wet en voorschriften is bepaald. Aan de wet liggen bepaalde beginselen en uitgangspunten ten grondslag, die centraal kunnen staan bij de formulering van een leidraad voor het handelen. Zo noemt Kaptein in zijn boek over de moraal van het juridisch beroep beter rolbewustzijn een van de twee grondslagen van beroepsethiek voor de sterke arm.³ Niet toevallig werkt Kaptein deze stelling uit door de staatsrechtelijke positie van het OM (een 'wettelijk' kader dus) in detail te bespreken, en dat in een tekst waarin meerdere keren gesteld wordt dat officieren van justitie 'eigenlijk niet weten waar zij goed voor zijn', 'over hun positie onzin vertellen' en 'er blijk van geven niet te weten hoe het hoort'. Het lijkt er dus op dat leden van het OM die geen weet hebben van de beginselen van de wetten waaraan zij moeten gehoorzamen noch de staatsrechtelijke kaders kennen waarbinnen zij (behoren te) opereren weliswaar misschien nog geen voorschrift of wet schenden, maar toch niet toe komen aan een afgewogen ethisch oordeel. Dat de eerder op afstand gehouden ondergrens van de wet dus toch een belangrijke rol speelt, heeft te maken met het volgende. Meer dan een 'algemene' ethiek voor 'de mens' zal een ethiek voor leden van het OM er rekening mee moeten houden dat het eindresultaat van handelen nooit die graad van voortreffelijkheid zal kunnen bereiken die bijvoorbeeld in een andere ethiek, de deugdethiek, een centrale rol speelt.⁴ Hendrik Kaptein schrijft waarom: '(...) [Het] OM en de strafrechtspleging [staan] nu eenmaal, hoe ongewild ook, in het vege teken van de legitimatie van (met name gevangenis) straf. Hoe goed het OM zich ook zou houden aan zijn



staatsrechtelijke rol, binnen zo zorgvuldig mogelijk uitgelegde grenzen van strafvordering, die fundamentele twijfels aan zin en doel van het eindresultaat en dus ook aan alles dat daaraan voorafgaat maakt het werk van het OM niet gemakkelijker. De schijn van rationaliteit van een strafrechtspleging volgens een veelheid van wetten, regels en rituelen staat tegenover zeer veel menselijk leed waarvan niet duidelijk is waartoe het dient. Maar zonder strafrechtspleging gaat het ook niet, dus zit er in afwachting van hervorming voor de tussentijd weinig anders op dan het werk *maar zo goed mogelijk* te doen.⁵ ‘Het werk maar zo goed mogelijk doen’, of misschien zelfs ‘op de minst slechte wijze doen’: het is deze ‘negatieve’ karaktereigenschap van een dergelijke ethiek, waarschijnlijk van realisme getuigend, die maakt dat de principes van de ondergrens van de wet hier een belangrijke rol spelen. Laat ons dus wat nader kijken naar de beginselen die ten grondslag liggen aan wat wettelijk en staatsrechtelijk is bepaald met betrekking tot (de positie van) het OM. Dit doen we door ten eerste een blik te werpen op wat op dit punt wettelijk is geregeld.

4. Wat is ten aanzien van het OM wettelijk geregeld?

Het Openbaar Ministerie is zoals Corstens schrijft de spil van het Nederlandse strafproces.⁶ Artikel 124 van de Wet op de rechterlijke organisatie stelt dat het OM belast is met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en met andere bij de wet vastgestelde taken. De opsporings- en vervolgingstaak uit artikel 141 van het Wetboek van Strafvordering komen tot uitdrukking in het gezag van het OM over de politie (artikel 13 van de Politiewet, 1993), zijn vervolgingsmonopolie en het opportuniteitsbeginsel uit artikel 167 van het Wetboek van Strafvordering. Volgens artikel 553 van hetzelfde wet boek kan daarnaast in theorie de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen door het OM geschieden, maar de bevoegdheden van het OM met betrekking tot de uitvoering van vrijheidsbenemende straffen en maatregelen zijn zeer beperkt, dit gebeurt tegenwoordig vaak door het ministerie van Justitie. Staatsrechtelijk bezien neemt het OM geen uitzonderlijke positie in: de leden van het OM zijn als ambtenaren van het ministerie van Justitie onderdeel van de uitvoerende macht en in die hoedanigheid zijn aan hen de eerder genoemde bevoegdheden toegeschreven. De ondergeschiktheid van het OM aan de Minister van Justitie komt nog eens expliciet tot uitdrukking in artikel 127 van de Wet op de rechterlijke organisatie, waarin de bevoegdheid van de Minister is geregeld om algemene en bijzondere aanwijzingen te geven betreffende de uitoefening van de taken en de



bevoegdheden van het OM. In theorie kan elk lid van het OM geadresseerde zijn, maar vaak zullen de aanwijzingen aan het hoofd van een parket worden gegeven.

5. De tegenstelling instrumentalisme tegenover machtskritiek

De summiere kenschets van de vorige paragraaf zou in ieder geval moeten hebben duidelijk gemaakt dat het OM in de Nederlandse strafvordering een zeer centrale plaats heeft. Het lijkt niet overbodig als beginpunt van een reflectie over een ethiek voor het OM de betekenis van dit gegeven niet mis te verstaan: het OM heeft de macht om al dan niet te vervolgen en het is dus is het OM dat door zijn handelen diep kan ingrijpen in het leven van burgers. Het besef hiervan heeft gemaakt dat al vanaf de achttiende eeuw het beginsel geldt dat langdurige vrijheidsbeneming, bijvoorbeeld door voorlopige hechtenis, altijd door de rechter(-commissaris) moet worden goedgekeurd⁷ – door een onafhankelijke en controlerende instantie die dus *buiten* het OM zelf staat.

Het bestaan van een dergelijke rechterlijke toets lijkt al aan te geven dat het recht niet louter wordt opgevat als ‘neutraal ten opzichte van het gestelde doel’, dat volgens Schuyt een eerste kenmerk is van een *instrumentalistische* rechtsopvatting.⁸ Want – redenerend vanuit een dergelijk instrumentalistisch discours – waarom zouden we nog een strafrechter laten oordelen over de rechtmatigheid van de (ingezette) dwangmiddelen van het OM, wanneer aan het recht niet bij voorbaat een intrinsieke waarde wordt toegekend, maar het recht integendeel slechts wordt beoordeeld op zijn geschiktheid om een beoogd doel – in dit geval bijvoorbeeld opsluiting van de misdadiger en ‘onvoorwaardelijke bescherming van de samenleving’ – *buiten* het recht te bereiken? Wanneer het dus alleen nog zou gaan om de *extra-juridische* effecten die het recht weet te bewerkstelligen? Een kritiek op dit instrumentalisme staat of valt volgens August Cornelis ’t Hart met de beantwoording van de vraag wat een dergelijk vertoog betekent voor het begrip ‘rechtsorde’.⁹ En dat hoeft niet te verbazen, want zoals we net zagen in artikel 124 van de Wet op de rechterlijke organisatie is het OM belast met de strafrechtelijke handhaving van deze rechtsorde. De uiteindelijke consequentie van (de dominantie van) een instrumentalistisch rechtsbegrip is volgens ’t Hart zelf ‘de dood van het recht’, dat wil zeggen dat het recht ‘ontdaan zou zijn van de eisen van recht en rechtsstatelijkheid en eigenlijk niet meer zou zijn dan een techniek van sociale beheersing ter implementatie van beleid’. Er zou in zo’n situatie sprake zijn van een zogenaamd ‘tweetraps-instrumentalisme’: de sociale wetenschappen die dienst doen als instrument om de maatschappelijke



werkelijkheid zuiver weer te geven en de technisch-mogelijke ingrepen aan te geven, waarna het recht wordt ingezet om het aldus geconcipeerde beleid te bewerkstelligen.

Diametraal tegenover een dergelijke opvatting van het rechtskarakter van het strafrecht staat een *machtskritisch* perspectief (ook wel *normatief-politiek* perspectief genoemd), waarin de aan het recht ten grondslag liggende waarden juist als het specifieke van het recht zelf worden opgevat. Het eigenlijke ‘juridische’ van het strafrecht zou liggen in het doel dat voor het eerst werd geformuleerd (destijds als breuk met de traditie van het *Ancien Régime*) in de tijd van de grote codificaties van eind achttiende, begin negentiende eeuw. Het gaat hier om het beveiligen van de burgers tegen de staat. Dit streven vond oorspronkelijk zijn uitdrukking in drie beginselen, die van lieverlede steeds meer zijn uitgehold: het legaliteitsbeginsel (het vereiste van wettelijkheid), het schuldbeginsel (geen straf zonder schuld) en het vergeldingsbeginsel (strafoplegging in overeenstemming met de objectieve ernst van het gepleegde feit). En, ten slotte, het gaat hier om een doel dat – wederom precies tegengesteld aan het instrumentalisme – niet buiten het strafrecht te realiseren is, maar slechts bestaat als en voor zover het recht met zijn waarborgen zijn loop heeft.

6. De tegenstelling opgeheven: het een kan niet zonder het ander

De geschetste tegenstelling lijkt helder, scherp en onvermijdelijk: aan de ene kant het recht als instrument en aan de andere kant het recht als (waarborg tot) bescherming. De vraag die 't Hart hierbij nu stelt, is niet welke van de twee opvattingen ‘gelijk’ heeft en zelfs niet welke ‘juister’ is. Neen, 't Hart vraagt zich het volgende af: hoe kon het dat de door de machtskritische opvatting versterkte ontwikkeling van humanisering die in de achttiende eeuw door Europa waarde, zich juist op dat moment voordeed? Volgens 't Hart ligt de verklaring niet alleen in ‘een vloedgolf van ethisch besef die over Europa sloeg’.¹⁰ Weliswaar was er een tendens tot humanisering van het strafrecht maar evenzogoed was er de behoefte van de in die tijd aan invloed winnende bourgeoisie om het strafrecht in dienst te stellen van maatschappelijke beheersing en de beveiliging van het economische verkeer. We zien dus dat hier zowel bescherming als instrumentaliteit een rol spelen.¹¹ Welnu, 't Hart houdt niet op de onlosmakelijkheid van de twee op het eerste gezicht tegengestelde visies te benadrukken, en dus, bij nader inzien, de betrekkelijkheid en kunstmatigheid van de tegenstelling tussen beide. Waarom zou dit zo zijn? Ten eerste omdat ‘indien recht in concreto individuele rechtsbescherming moet bieden (...) dat niet mogelijk [is] buiten een maatschappelijke vormgeving om (...) die het recht ook in staat stelt



die beschermende en emancipatoire werking uit te oefenen' (...) 'Zo is het ook met vrijheid, die door rechtsbescherming wordt gegeven (...) Vrijheid gaat immers niet aan structuren en regelgeving vooraf.'¹²

Eerder kwamen we tot de conclusie dat we via de wettelijke voorschriften voor het OM op zoek moesten naar de beginselen die een rol zouden spelen in een ethiek en bleek dat de vrijheid van het individu of van de burger – die mogelijk wordt gemaakt door het beperken van de bevoegdheden van de staat – één van de belangrijkste beginselen is en dat aan het OM de exclusieve bevoegdheid tot vervolging en dus vrijheidsontneming toekomt. Het legaliteitsbeginsel, dat elk overheidsoptreden (en dus ook dat van het OM) met handen en voeten aan het recht bindt, zou deze vrijheid moeten waarborgen. Maar hoe zou die vrijheid vorm kunnen krijgen en concreet kunnen worden wanneer dit legaliteits*beginsel* op zichzelf blijft staan en geen vorm krijgt door middel van en binnen een *systeem* van bescherming en waarborgen? August Cornelis 't Hart laat door middel van een voorbeeld overtuigend zien dat een beginsel als zodanig geen enkele waarborg vormt: het legaliteitsbeginsel moest binnen het Sovjetstelsel worden uitgeoefend in dienst van de officiële, totalitaire ideologie en die laatste was dusdanig bepalend – dissidenten konden worden vervolgd met behulp van een strafbepaling tegen straatschenderij – dat in een dergelijke situatie in de verste verte geen sprake kon zijn van daadwerkelijke bescherming van staatsonderdanen.¹³

Wat we, het voorgaande resumerend, voorzichtig kunnen concluderen, zijn twee dingen. Ten eerste kunnen we sterker beargumenteerd herhalen dat een leidraad voor het handelen van het OM in sterke mate gebaseerd moet zijn op de beginselen die ten grondslag liggen aan de wetten binnen welke het OM altijd noodzakelijkerwijs werkt en functioneert. Een tweede punt dat we ter harte moeten nemen gaat niet zozeer over ethiek, dat wil zeggen de vraag hoe het handelen van het OM moet zijn. Het blijkt dat (abstracte) beginselen afhankelijk zijn van 'het bredere maatschappelijke en juridische systeem' om een beschermende werking te hebben.¹⁴ Dit laatste punt is van belang voor een ethiek voor leden van het OM en wel omdat *de wijze waarop en het systeem waardoor en waarin* een moraal zich verwerkelijkt niet zomaar een technische kwestie is (die zich zou onttrekken aan de vraag naar wat goed is), maar integendeel een daadwerkelijke, concrete bescherming kan maken of breken. Volgens 't Hart is er – naast de machtskritische en instrumentalistische – een derde visie die geen 'tussenstandpunt' is tussen de twee andere.¹⁵ Deze derde visie gaat uit van een *relationele* opvatting.



7. *Beginselen*

Het gaat dus om ‘beginselen die ten grondslag liggen aan de wetten’ (waarmee leden van het OM te maken hebben). Het staat hier tussen aanhalingstekens. Dit omdat de al veel genoemde term wellicht vertrouwd klinkt, maar bij nader inzien een stuk lastiger aan te duiden is. Want waarover hebben we het precies? Gaat het om de beginselen die ten grondslag liggen aan wat wettelijk ten aanzien van leden van het OM geregeld is en die in paragraaf drie kort hebben besproken? Of moet het hier eenvoudigweg gaan om de vier eisen van de rechtsstaat die Burkens, Kummeling, Vermeulen en Widdershoven noemen in hun *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, te weten het legaliteitsbeginsel, de machtsverdeling, de grondrechten en de rechterlijke controle?¹⁶ Of moeten we Corstens volgen, daar het hier om strafrechtelijke materie gaat, en uitgaan van wat hij noemt de ‘klassieke uitgangspunten’ en de beginselen van behoorlijk strafprocesrecht?¹⁷ Wat is hier wijsheid?

Wat in ieder geval opvalt, is dat in elk van de hier genoemde verhandelingen de volgende beginselen nadrukkelijk naar voren komen: ten eerste het uitgangspunt dat er altijd een zo groot mogelijke mate van *scepsis* en (*zelf*)controle bij de strafrechtsplegers aanwezig moet zijn, om de beruchte ‘tunnelvisie’ te voorkomen. Deze vorm van controle zou bovendien geïnstitutionaliseerd dienen te zijn in systemen en procedures die ervoor zorgen dat de macht zich op gematigde wijze manifesteert en die haar regelen (denk bijvoorbeeld aan de machtsverdeling). Maar er is ook aandacht voor het belang en de rol van instituties en procedures als zodanig. Corstens merkt in dit verband bijvoorbeeld op dat men strafprocesrecht ‘in abstracte termen [zou] kunnen omschrijven als het bij de verwezenlijking van het materiële strafrecht te betrachten fatsoen voor zover dit is gecondenseerd in geschreven en ongeschreven rechtsregels’.¹⁸

Kaptein en Corstens stellen een wat concretere leidraad voor en wijzen op het belang van het volgende gedachte-experiment. Officieren van justitie zouden zich eens moeten voorstellen hoe het voor hen zou zijn wanneer zij zélf de (soms onschuldige!) verdachten zouden zijn en niet de strafrechtplegers die zij van beroep zijn. Hoe zouden zij in een dergelijke, diametraal tegengestelde positie als die zij uit hoofde van hun beroep bekleden, denken over wat zij als vervolgers daadwerkelijk doen? Corstens haalt in zijn boek de uitroep aan (en gebruikt deze zelfs als motto van zijn boek) van de zestiende-eeuwse Engelse hofprediker genaamd John Bradford, wanneer deze een ter dood veroordeelde naar de executieplaats ziet gaan: ‘But for the grace of God there goes John Bradford’.¹⁹



In twee voorbeelden uit de inleiding – de zaak waarin het OM de Schipholbrand-verdachte 50.000 euro schadevergoeding moest betalen, en de meer dan twee jaar die het OM nodig had om de aanklacht bekend te maken tegen een burger bij wie op zeer ingrijpende manier invallen zijn gedaan – lijkt het er op zijn zachtst gezegd op dat het hier niet zo nauw genomen is met het zonet genoemde fatsoen. Wanneer een gerechtshof bepaalt dat iemand 504 dagen onrechtmatig in *voorarrest* heeft gezeten, lijkt het er sterk op dat het OM eerder op zoek is geweest naar het aanwijzen en straffen van een schuldige na de verschrikkelijke brand dan dat het zorgvuldig aan waarheidsvinding heeft gedaan. En hoe redelijk is een termijn van meer twee jaar *voor het bekendmaken van de aanklacht* nadat – lokaal én nationaal – grote beroering is ontstaan door een strafrechtelijk onderzoek tegen een bekend politicus? Dit afgezien van de vraag naar de ernst van de verdenkingen, natuurlijk.

8. *De relationele visie*

Er gaapt een groot gat bestaat tussen de (consequenties van de) twee op het oog tegengestelde visies op wat ‘recht’ en zijn functie is. We zagen ook dat beginselen volgens ’t Hart afhankelijk zijn van ‘het bredere maatschappelijke en juridische systeem’ om daadwerkelijk beschermende werking te hebben. Om deze reden kiest ’t Hart niet tussen enerzijds een machtskritische visie of, daaraan tegengesteld, een visie die het instrumentele karakter van het recht benadrukt. ’t Hart stelt dat er een derde visie mogelijk is die niet een beetje van het een en een beetje van het ander is; geen ‘tussenstandpunt’ dus. Hij slaat een andere weg in: deze derde visie zou gevonden kunnen worden door ‘een teruggrijpen naar en analyseren van de denkmodellen die achter de ontwikkeling van de rechtsstaat in de moderne West-Europese staten werkzaam zijn geweest’.²⁰ Daarop volgt een kenschets van de gang van een politiek bestel waarin de macht bij één persoon (de despoot) ligt, naar een ander (denk)model, waarvan het recht de bindende structuur vormt. Aan het begin van de Moderne Tijd werd de politieke orde niet langer opgevat als door God gegeven, maar als natuurtoestand of ‘tabula rasa’ waarin de wil van (vrije) individuen de enige legitimiteit van de macht vormde. Het gaat hier dus om zelfbepaling, mensen zouden zichzelf moeten kunnen besturen. Welnu, de voorwaarde van de verwerkelijking van deze zelfbepaling was concrete politieke vrijheid. Waarin bestond zij? ’t Hart voert in dit verband twee korte hoofdstukken op uit Montesquieus werk *Over de geest van de wetten* uit 1748.²¹ Daarin stelt Montesquieu zich de vraag wat vrijheid is. In zijn antwoord stelt hij, in strijd met wat men wellicht zou denken, dat politieke vrijheid



geenszins zou bestaan in doen wat men wil. In een samenleving met wetten kan de vrijheid volgens Montesquieu integendeel slechts bestaan in het feit dat ‘mensen kunnen doen wat ze zouden moeten willen, en dat ze niet gedwongen worden wat ze niet zouden moeten willen’. Mogen deze formuleringen nog duister klinken, twee zinnen verderop volgt al duidelijker: ‘Vrijheid is het recht om alles te doen wat de wetten toestaan.’ En even later: ‘politieke vrijheid (...) is er alleen wanneer geen misbruik wordt gemaakt van de macht, maar de ervaring van alle tijden leert dat iedereen die de macht heeft, geneigd is daar misbruik van te maken (...) Machtsmisbruik kan worden voorkomen wanneer de zaken zodanig zijn geregeld dat de macht de macht tot staan brengt.’²²

Twee zaken vallen op in Montesquieus redenering: ten eerste het feit dat hij de vrijheid *zo concreet mogelijk* denkt, dat wil zeggen als een fenomeen dat slechts binnen een groter verband van institutionele kaders werkelijk kan zijn. En daarnaast stelt ook Montesquieu dat macht controle behoeft om niet te ontaarden. Voilà, in deze reflectie over vrijheid komen de eerst zo tegengestelde noties samen. *Instrumentaliteit* is aanwezig waar een maatschappelijke constructie (van wetten) is bewerkstelligd die daadwerkelijk vrijheid biedt en deze in stand houdt. En er is de *bescherming* die ervoor zorgt dat de (overheids)macht deze vrijheid niet teveel beperkt.

De wijze waarop politieke vrijheid hier concreet tot stand komt, geeft ons een beter inzicht in wat ‘recht’ is. In het recht komen twee verschillende functies samen, ten eerste die van het bieden van een bouwwerk van wetten (waarbinnen persoonlijke vrijheid en collectieve rechtvaardigheid pas mogelijk worden), en ten tweede die van het bieden van bescherming tegen het eventueel buiten zijn oevers treden van dat bouwwerk. De eerder beschreven tegenstelling tussen recht als bescherming en recht als instrument is niet meer: het karakteristieke van het recht is dat het beide aspecten in zich verenigt. Maar is deze reflectie over het OM daarmee ‘af’?

9. Het opportuniteitsbeginsel van artikel 167 van het Wetboek van Strafvordering

De tot nu toe opgedane inzichten over de plaats van het OM binnen de rechtsstaat kunnen abstract aandoen als we niet – zoals overigens aangekondigd in de inleiding – zouden ingaan op een moment waarop de rol en het gedrag van het OM daadwerkelijk beslissend is. We nemen het opportuniteitsbeginsel van artikel 167 van het Wetboek van Strafvordering. Zoals Corstens schrijft, komt na het voorbereidende (opsporings)onderzoek naast de haalbaarheidscomponent – de anticiperende vraag of een verdere vervolging daadwerkelijk tot een rechterlijke veroordeling zal leiden



– de opportuniteitscomponent aan de orde.²³ In lid 1 van artikel 167 komt reeds de kern van het opportuniteitsbeginsel tot uitdrukking, zij het in een verraderlijk onschuldige formulering: ‘Indien naar aanleiding van het ingestelde opsporingsonderzoek het openbaar ministerie van oordeel is dat vervolging moet plaats hebben (...) gaat het daartoe zo spoedig mogelijk over.’ ‘Indien het OM van oordeel is...’ Blijkbaar is dus evident dat niet bij voorbaat alle strafbare feiten tot verdere vervolging zouden moeten leiden. Maar het is ook om die reden dat we het beginsel hier als voorbeeld (bij uitstek) hebben gekozen om te laten zien waarom een ethiek van pas kan komen, of zelfs hard nodig kan zijn. Want wanneer niet bij voorbaat duidelijk is of er al dan niet vervolgd wordt, hoe dan rationeel en rechtvaardig te besluiten welk geval wél en welk niet te vervolgen, zonder dat met deze beslissing van de officieren van het OM onvermijdelijk willekeur en een te grote verschuiving van de macht van de wetgever naar het OM dreigen? Corstens erkent en benoemt dit gevaar en noemt als remedie goede algemene controle door de leiding van het OM, de Minister van Justitie en het parlement. Dit voorstel is een voorbeeld van de genoemde controle op de macht door een instantie *buiten* het OM zelf. Corstens noemt verder expliciet andere beginselen (van behoorlijk strafprocesrecht) die hier een rol zouden moeten spelen, zoals de honorering van opgewekt vertrouwen en een redelijke en billijke afweging van (tegenovergestelde) belangen. Belangrijk is hier overigens wel te beseffen dat hoe dan ook nooit alle strafbare feiten vervolgd kunnen worden. Altijd zullen keuzes noodzakelijk zijn, keuzes die niet voorbij mogen gaan aan de (soms specifiek geuite) wil van de wetgever.

En dan was er nog een tweede belangrijk punt met betrekking tot de plaats van het OM in de rechtsstaat: een juist begrip van wat ‘recht’ is. Een heldere en juiste visie op wat ‘recht’ is, lijkt nooit overbodig, maar zou deze bij een concreet probleem als dit als leidraad kunnen dienen bij het optimaliseren van een ethische keuze, en zo ja, hoe? Welnu, wellicht meer dan we aanvankelijk zouden denken. De formulering van artikel 167 lid 1 zou in de lijn van de verbinding tussen twee verschillende functies die het recht is als volgt kunnen worden opgevat: de zin van lid 1 zou dan enerzijds het kader bieden dat de vervolging van strafbare feiten (naar aanleiding van het opsporingsonderzoek) binnen institutionele kaders leidt en exclusief toewijst aan het Openbaar Ministerie. Verder wordt ook de manier waarop dit dient te gebeuren omschreven: ‘door het uitvaardigen van een strafbeschikking (of anderszins)’. Maar anderzijds wordt ook bescherming geboden tegen willekeurig machtsmisbruik van het OM door de formulering ‘indien het OM van oordeel is’, die, zo zagen we zonet, niet willekeurig kan worden ingevuld en aan controle van derden onderworpen



is.²⁴ En bovendien formuleert lid 2 dat ‘van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend.’ Hier zegt de wetgever dat met vervolging kennelijk (ook) steeds een publiek belang moet zijn gediend (ook Corstens stelt dit). Concluderend zien we dus dat het (ook) in dit concrete geval mogelijk is het recht te denken zoals we deden in de vorige paragraaf. Het is waar, dit feit geeft nog niet een directe ethische leidraad – al zou elke ‘beroepsethiek voor het Openbaar Ministerie’ een soortgelijke reflectie over de plaats van het OM in het geheel van het recht en de rechtsstaat wel op de een of andere manier als leidend vertrekpunt moeten hebben, zo menen wij. Maar hoe dit laatste ook zij, we hebben hiermee een sterk interpretatiekader waarmee het OM zijn eigen activiteiten kan begrijpen. En dat doet ertoe. Want hoe mensen een fenomeen begrijpen en hoe ze erover nadenken, dat bepaalt uiteindelijk hun gedrag.

Noten

1. Dit artikel is een grondige bewerking en actualisering van mijn bachelorscriptie rechtsgeleerdheid die ik onder de titel *Enkele opmerkingen over beroepsethiek voor het Openbaar Ministerie, ook in verband met het opportuniteitsbeginsel van artikel 167 Wetboek van Strafvordering* aan de Universiteit Leiden schreef (juni 2010) onder begeleiding van dr. Hendrik Kaptein. De actualiteit rondom het Openbaar Ministerie in Nederland deed me besluiten de scriptie te hernemen en om te schrijven tot dit artikel.

2. Zie voor deze opmerkingen en deze kwestie L.C.M. MEIJERS, ‘Ethische dilemma’s van het Openbaar Ministerie’, in: L.E. DE GROOT VAN LEEUWEN & L.H.A.J.M. QUANT (red.), *Ethiek en het juridisch beroep*, 's-Gravenhage: VUGA, 1995, pp. 126-130. Zie ook de woorden van Hendrik KAPTEIN hierover: ‘In ieder geval moet één even fundamenteel als gevaarlijk misverstand er aan geloven: de waanidee dat juristen die in een beschaafde samenleving geen rechtsregels overtreden, het tenminste als juristen niet verkeerd kunnen doen. Verantwoord gebruik van juridische mogelijkheden vergt meer dan simpele gehoorzaamheid aan de regels.’ En tevens ‘Hoe dan ook geldt voor OM en (straf)rechter dat zij binnen juridische grenzen (...) heel veel kunnen doen en laten (...) dat kennelijke onrechtmatige en onrechtvaardige gevolgen kan hebben. Zonder ook maar enig vormvoorschrift te schenden kunnen rechters civiele partijen ontrechten, overheden in onverdiende kou zetten en onschuldige burgers langdurig doen opsluiten.’ Geciteerd uit Hendrik KAPTEIN, *Kwade zaken. De moraal van het juridisch beroep*. Nijmegen: Ars aequi libri, 2007, respectievelijk p. 9 en pp. 121-122. En zie tenslotte Geert CORSTENS ‘Uiteindelijk gaat het strafprocesrecht pas functioneren, als het door met strafvorderlijke bevoegdheden beklede personen in werking wordt gezet. Veel hangt af van hun beslissingen en hun wijzen van optreden. (...) Zij kunnen slechte bepalingen acceptabel maken door deze humaan en met gevoel voor redelijkheid toe te passen. Maar omgekeerd kunnen zij goede wetsbepalingen verkwanselen door deze te negeren of daar oneigenlijk mee om te gaan. Veel hangt dus af van het niveau van de strafrechtsfunctionarissen.’ Geciteerd uit Mr. G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*. Deventer: Kluwer (achtste druk, bewerkt door Prof. mr. M. J. Borgers), 2014, p. 11.

3. Hendrik KAPTEIN, *Kwade zaken*, pp. 122 e.v.

4. Paul VAN TONGEREN, *Deugdelijk leven. Een inleiding in de deugdeethiek*. Amsterdam: SUN, 2003, pp. 11-14.



5. Hendrik KAPTEIN, *Kwade zaken*, pp. 123-124 (mijn cursivering, PvdW).
6. Zie voor deze typering en voor wat over het OM volgt G.J.M. CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, pp. 109-120.
7. Hendrik KAPTEIN, 'Achttiende-eeuwse Verlichting', in: C.W. MARIS en F.C.L.M. JACOBS, *Recht, Orde en Vrijheid. Een historische inleiding in de rechtsfilosofie*. Deventer: Kluwer (derde druk), 2011, p. 188.
8. C.J.M. SCHUYT, 'Sturing in het rechte, in: M.A.P. BOVENS e.a. (red.), *Het schip van staat. Beschouwingen over recht, staat en sturing*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1985, pp. 113-124.
9. Zie voor de navolgende bespreking van de instrumentalistische opvatting tegenover de machtskritische August C. 'T HART, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving. Een verkenning*. Arnhem: Gouda Quint bv, 1994, pp. 182-199.
10. *Ibidem*, p. 200.
11. 'T HART spreekt van 'maatschappelijke beheersing' of 'maatschappelijke vormgeving'. Zie IDEM, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, respectievelijk p. 200 en 204.
12. 'T HART, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, respectievelijk p. 202 en p. 204.
13. *Ibidem*, pp. 203-204.
14. *Ibidem*, p. 204.
15. *Ibidem*, p. 209.
16. M.C. BURKENS, H.R.B.M. KUMMELING, B.P. VERMEULEN EN R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*. Deventer: Deventer (zevende druk), 2012, pp. 41-50.
17. Geert CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, pp. 42-62.
18. Geert CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, p. 11.
19. Zie Geert CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, p. 12. Hendrik KAPTEIN is op zijn weblog in een column van 13 mei 2009 polemischer, daar klinkt het: 'Al eerder is voorgesteld om alle officieren van justitie en rechters een tijdlang op te sluiten, opdat zij eindelijk weten waarover zij het hebben als zij gevangenisstraffen eisen en opleggen. Waarom sluiten wij het hele volk niet een tijdje op? Dan kan het (...) bijkomen van punitieve fantasieën'. Zie <http://www.mr-online.nl/weblogs/dr-hendrik-kaptein/3263-koninginnedag-of-de-zwarte-doo-van-de-democratie>.
20. Joest 'T HART, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, pp. 209-210.
21. Charles DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (tome I). Paris: Gallimard, 1995 [1748], pp. 325-326 (hier geciteerd uit de Nederlandse vertaling van Jeanne Holierhoek, *Over de geest van de wetten*. Amsterdam: Boom, 2006, pp. 217-218).
22. *Ibidem*, pp. 325-326 (*Over de geest van de wetten*, pp. 217-218).
23. Geert CORSTENS, *Het Nederlands strafprocesrecht*, pp. 597-602.
24. Dit stelt Corstens ook expliciet in *Het Nederlands strafprocesrecht*, p. 598, zich baserend op de wetsgeschiedenis.