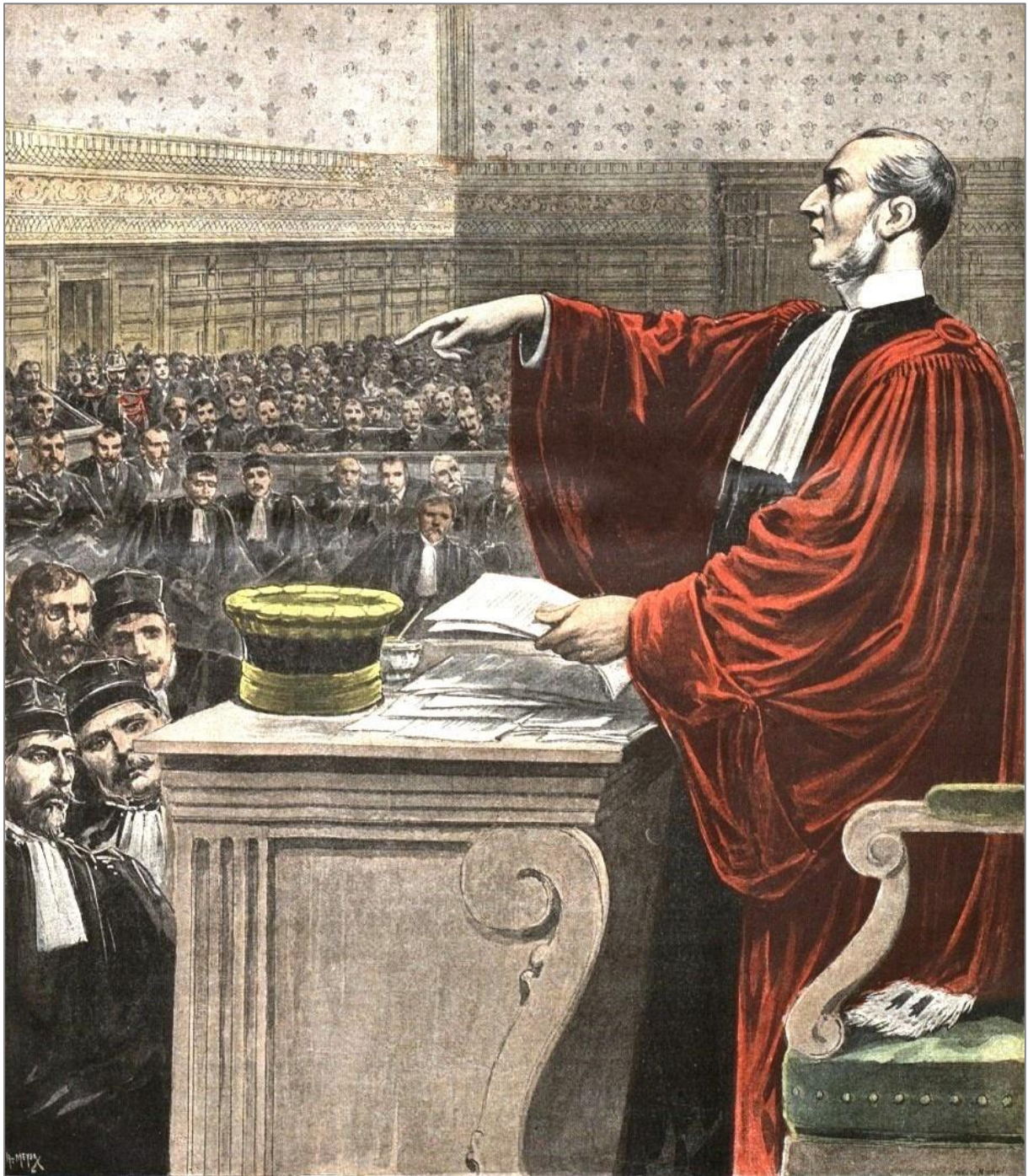


MACHT VAN MINISTER EN MAGISTRAAT



IN HET STELSEL VAN CHECKS AND BALANCES

Een staatsrechtelijk onderzoek naar de controle op het Openbaar Ministerie in de rechtshistorie en rechtspraak

M.M. de Lange

Macht van minister en magistraat in het stelsel van checks and balances. Een staatsrechtelijk onderzoek naar de controle over het Openbaar Ministerie in de rechtshistorie en rechtspraak.

Scriptie ter afronding van de master Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Utrecht

Student: Michiel de Lange

Studentnummer: 5743869

Begeleider: dr. E.Y. van Vugt

Inleverdatum: 24 juni 2022

Omslagillustratie:

'L'affaire Zola. Le Réquisitoire'. Tekening van Henry Meyer, oorspronkelijk gepubliceerd in: *Le Petit Journal. Le supplément illustré*, 6 maart 1898.

Beschrijving: advocaat-generaal Van Cassel houdt zijn requisitoir in het strafproces tegen journalist Émile Zola. Zola had met zijn opiniestuk *J'Accuse...* aandacht gevraagd voor de onterechte veroordeling van de Joods-Franse officier Alfred Dreyfus. Zola werd veroordeeld voor laster.

Bron: *Bibliothèque nationale de France*. De tekening behoort tot het publiek domein.

But what is government itself, but the greatest of all reflections on human nature? If men were angels, no government would be necessary. If angels were to govern men, neither external nor internal controls on government would be necessary. In framing a government which is to be administered by men over men, the great difficulty lies in this: you must first enable the government to control the governed; and in the next place oblige it to control itself.

James Madison, 1788.

Inhoud

1. Inleiding.....	6
1.1 De positie van het OM ter discussie	6
1.2 De opzet van dit onderzoek.....	6
1.2.1 Machtenspreiding als onderzoekskader	6
1.2.2 Onderzoeksvragen.....	7
1.2.3 Selectie van bronnen	8
1.3 Opbouw van deze scriptie	9
2. De evolutie van het OM in het stelsel van checks & balances	10
2.1 Proloog	10
2.1.1 Hoe strafvervolgning een overheidstaak werd	10
2.1.2 Geboorte van het OM in Frankrijk.....	11
2.1.3 Behoud van OM in Nederlandse eenheidsstaat	12
2.1.4 De uitgangssituatie in het kort	13
2.2 1815-1838: het OM tussen Koning en rechter	14
2.2.1 Grondwet van 1815	14
2.2.2 Wet op de rechterlijke organisatie 1827	14
2.2.3 Reglement I van 1838	18
2.2.4 Wetboek van Strafvordering 1838.....	19
2.2.5 Tussenbalans	21
2.3 1838-1926: dominus litis onder democratische controle	22
2.3.1 Grondwetsherziening van 1848.....	22
2.3.2 Verplichte herziening Wet RO	23
2.3.3 Wetboek van Strafvordering 1926.....	24
2.3.4 Tussenbalans	26
2.4 1926-1999: de verzelfstandiging van het OM.....	27
2.4.1 Ontwikkeling van politieke verantwoordelijkheid voor het OM	27
2.4.2 Maatschappelijke ontwikkelingen en reorganisatie OM	30
2.4.3 Tussenbalans	33
2.5 Conclusie hoofdstuk 2	34
3. De gezagsverhouding tussen minister en OM	36
3.1 Grondwettelijke positie van het OM	36
3.2 Aanwijzingsbevoegdheid in de Wet RO	38
3.2.1 Rechtsgevolg van een aanwijzing	39
3.2.2 Aanwijzing inhoudende een onrechtmatige handelwijze	40

3.2.3 Aanwijzing ten aanzien van het requisitoir	41
3.3 Ministeriële betrokkenheid zonder aanwijzing	43
3.3.1 Ministeriële betrokkenheid bij gevoelige zaken	45
3.3.2 Structurele ministeriële betrokkenheid	46
3.4 Conclusie hoofdstuk 3	47
4. Parlementaire en publieke controle op de minister en OM	49
4.1 Parlementaire controle	49
4.1.1 Ministeriële verantwoordelijkheid	49
4.1.2 Passieve inlichtingenplicht.....	51
4.1.3 Actieve inlichtingenplicht	52
4.1.4 Constitutionele conventies	53
4.1.5 Kamermoties over de handelswijze van het OM	56
4.2 Publieke controle op ministeriële betrokkenheid via de Woo.....	57
4.3 De PGHR als toezichhouder.....	59
4.4 Conclusie hoofdstuk 4	61
5. Rechterlijke controle op minister en OM	62
5.1 Normen ten aanzien van de vervolgingsbeslissing	62
5.2 Controle door de strafrechter	63
5.2.1 Bezwaarschrift tegen dagvaarding	63
5.2.2 Klacht tegen niet-vervolgen.....	64
5.3 Strafrechtelijke verantwoordelijkheid minister	65
5.3.1 Ambtsmisdrijf	65
5.3.2 Forum privilegiatum	66
5.4 Controle door de ambtenarenrechter	67
5.5 Conclusie hoofdstuk 5	69
6. Eindconclusie.....	71
Literatuur	73

1. Inleiding

1.1 De positie van het OM ter discussie

In de afgelopen jaren is de gezagsverhouding tussen de minister van Justitie en Veiligheid en het Openbaar Ministerie een onderwerp van discussie geworden. Minister Opstelten werd beschuldigd van bemoeienis met de rechterlijke macht, omdat hij met het OM had gesproken over de zaak-Wilders II. Voormalig president van de Hoge Raad Corstens pleitte naar aanleiding van deze affaire voor een onafhankelijker OM.¹ Ook de rol van de minister in een strafzaak tegen Shell leidde tot Kamervragen.² De positie van het OM binnen de leer van de trias politica is niet eenvoudig te bepalen. OM-ambtenaren worden gezien als leden van de rechterlijke macht, maar het OM is tegelijkertijd een bestuursorgaan.³ De minister is op grond van art. 127 van de Wet op de rechterlijke organisatie bevoegd tot het geven van instructies aan het OM over de handswijze in individuele strafzaken. In 2021 werd een initiatiefwetsvoorstel ingediend, waarin werd voorgesteld om deze bijzondere aanwijzingsbevoegdheid te schrappen. Het wetsvoorstel zorgde voor discussie onder strafrechtjuristen en staatsrechtjuristen.⁴

Naar aanleiding van deze discussie wil ik een beter beeld geven van de staatsrechtelijke positie van het OM. Het OM is een ondergeschoven kindje in de staatsrechtelijke literatuur. Publicaties van recente datum over de positie van het OM ten opzichte van de regering en de rechter zijn veelal geschreven door strafrechtjuristen. Het onderwerp komt slechts kort ter sprake in de algemene staatsrechtelijke handboeken en er bestaat geen actuele monografie over de staatsrechtelijke positie van het OM. Rond de invoering van de Wet reorganisatie Openbaar Ministerie in 1999 schreven staatsrechtjuristen wél over dit onderwerp. Het OM kreeg toen haar huidige organisatiestructuur en de verhouding tussen de minister en het OM werd opnieuw vastgelegd in de wet. Het was destijds echter niet bekend hoe de wettelijke regeling in de praktijk zou uitpakken en welke ontwikkelingen zich nadien zouden voordoen. Er bestaan ook rechtshistorische publicaties over de situatie van voor 1999. Zeer uitgebreid is het boek *De minister de baas* van Verburg. Dit boek richt zich echter alleen op de geschiedenis van de aanwijzingsbevoegdheid. Zoals ik hieronder uitleg in de uiteenzetting van het onderzoekskader, biedt het boek van Verburg daardoor geen volledig en actueel beeld van de staatsrechtelijke positie van het OM.

1.2 De opzet van dit onderzoek

1.2.1 Machtenspreiding als onderzoekskader

Een beschrijving van de staatsrechtelijke positie van het OM bestaat in feite uit een beschrijving van de verhoudingen tussen het OM en andere instituten van de staat. Ik beschrijf de positie van het OM aan de hand van concepten van machtenspreiding. Ik gebruik het woord machtenspreiding als een paraplubegrip voor concepten als machtenscheiding en machtsevenwicht.⁵ Een concentratie van macht kan worden voorkomen met een strikte scheiding van machten op basis van de trias politica, waarbij de wetgevende, uitvoerende en rechtelijke macht aan verschillende instanties zijn opgedragen en deze instanties onafhankelijk van elkaar opereren. Binnen dit concept van machtenspreiding is het de vraag of het OM behoort tot de rechtelijke of tot de uitvoerende macht. Machtenspreiding kan ook worden gewaarborgd met een stelsel van checks and balances, waarin machten zijn verdeeld over verschillende instanties die elkaar kunnen controleren en elkaar in evenwicht houden. Binnen dit concept van machtenspreiding is het de vraag welke macht het OM heeft en wie het OM mag controleren.

¹ Corstens, *NRC* 10 september 2019.

² 'Minister wilde alles weten over mogelijke schikking Shell', *NRC* 29 januari 2020.

³ De Meijer 2020, p. 399.

⁴ Lindeman & Sikkema, *NJB* 2021/656.

⁵ Aldus ook Witteveen & Van Klink 2002, p. 64 en p. 139.

In de literatuur bestaat helaas geen algemeen aanvaarde omlijning van deze begrippen. Kortmann beschouwt het stelsel van checks and balances als een kenmerk van machtscheiding in Nederland.⁶ Volgens Witteveen zijn machtscheiding en machtsevenwicht juist twee rivaliserende modellen binnen het paradigma van de trias politica.⁷ Ik zal in dit onderzoek steeds kijken hoe deze concepten door de betrokken actoren worden gehanteerd.

Binnen dit onderzoekskader kan ik een volledig beeld schetsen van de positie van het OM in het staatsbestel. In veel publicaties over de staatsrechtelijke positie van het OM blijft de verhouding tussen het OM en de strafrechter onderbelicht. Deze verhouding wordt dan gezien als een onderdeel van het strafprocesrecht. In een stelsel van checks and balances kan de staatsrechtelijke positie van het OM echter niet worden begrepen door alleen de verhouding tussen het OM en de minister te onderzoeken. Bij dit concept van machtspreiding zijn alle actoren van belang voor het bewerkstelligen van een machtsevenwicht. Zo kan de minister het OM op basis van de Wet op de rechterlijke organisatie opdragen om een strafvervolgung te beëindigen, maar kan de strafrechter een vervolging bevelen op basis van het Wetboek van Strafvordering. Op gelijke wijze is de verhouding tussen het parlement en de minister van invloed op de verhouding tussen de minister en het OM. In deze scriptie onderzoek ik de rol van de minister, het parlement, de strafrechter, de toezichthouders, de algemene bestuursrechter, de ambtenarenrechter en zelfs de rol van journalisten, die de staatsrechtelijke verhoudingen beïnvloeden door het indienen van informatieverzoeken op grond van de Wet open overheid.

1.2.2 Onderzoeksvragen

Met dit onderzoekskader als uitgangspunt heb ik een hoofdvraag en vier deelvragen geformuleerd. De hoofdvraag wordt beantwoord op basis van een juridisch-dogmatisch onderzoek. Ik gebruik concepten van machtspreiding dus niet om de wenselijkheid van de huidige situatie te beoordelen.

Op welke wijze is het principe van machtspreiding geregeld in het staatsrecht ten aanzien van de positie van het OM?

1. *Op welke wijze zijn concepten van machtspreiding van invloed geweest op de ontwikkeling van de staatsrechtelijke positie van het OM tussen 1815 en 1999?*
2. *Op welke wijze wordt het OM aangestuurd en gecontroleerd door de minister?*
3. *Op welke wijze worden het OM en de minister gecontroleerd door niet-rechterlijke actoren?*
4. *Op welke wijze worden het OM en de minister gecontroleerd door de rechter?*

De eerste deelvraag wordt beantwoord op basis van een rechtshistorisch onderzoek. Met dit deelonderzoek verklaar ik hoe het OM haar huidige positie in het staatsbestel heeft gekregen en welk concept van machtspreiding ten grondslag ligt aan het positieve recht dat de huidige positie van het OM bepaalt. Een goed begrip van deze grondslag is noodzakelijk om de huidige staatsrechtelijke positie van het OM te kunnen begrijpen. De aanname dat het OM behoort tot de rechterlijke macht zou bijvoorbeeld kunnen leiden tot de conclusie dat de uitvoerende macht zich afzijdig moet houden van het OM. Dat is echter uitsluitend het geval wanneer de (grond)wetgever een strikte machtscheiding op basis van de trias politica heeft beoogd. De eerste deelvraag is toegespitst op de ontwikkeling van het OM in het staatsrecht vanaf 1815. Voor zover mij bekend, bevatten de notulen van de grondwetscommissie van 1815 de eerste gedocumenteerde discussie over de staatsrechtelijke positie van het OM in ons Koninkrijk. Het onderzoek is in eerste plaats gericht op de geschiedenis van de Grondwet, het Wetboek van Strafvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie.

⁶ Kortmann 2021, p 47.

⁷ W.J. Witteveen, Evenwicht van machten, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991. p, 51.

De minister en het parlement hebben echter niet alleen in hun rol van medewetgever invloed gehad op de staatsrechtelijke positie van het OM. Een aantal belangrijke staatsrechtelijke normen zoals ministeriële verantwoordelijkheid worden niet uitgelegd door de rechter, maar door de betrokken niet-rechtelijke actoren. De minister en het parlement hebben invloed gehad op de positie van het OM door deze normen op een bepaalde manier te interpreteren.

Ter beantwoording van de tweede, derde en vierde deelvraag beschrijf ik de huidige staatsrechtelijke positie van het OM zoals deze grofweg sinds 1999 bestaat. In dat jaar werd de Wet reorganisatie OM ingevoerd. Ter beantwoording van deze deelvragen worden de normen die van toepassing zijn op de verhouding tussen het OM en andere instituten zo volledig mogelijk weergegeven. Voor de positie van het OM is het ook relevant hoe deze normen uitwerking hebben gekregen in de praktijk. Omdat dit een staatsrechtelijk onderzoek is, was het evenwel niet mogelijk om alle relevante procesrechtelijke normen te onderzoeken. Met name ter beantwoording van de vijfde deelvraag wordt gefocust op het stelsel van waarborgen rondom de vervolgingsbeslissing. Door deze focus is het mogelijk om een gedetailleerd, maar tegelijkertijd representatief beeld van de staatsrechtelijke verhoudingen te schetsen.

1.2.3 Selectie van bronnen

Ik heb het rechtshistorische onderzoek zo veel mogelijk gebaseerd op bestaande literatuur, aangevuld door primaire bronnen zoals kamerstukken. Ik heb gebruik gemaakt van de notulen van de grondwetscommissies van 1814 en 1815, omdat hun invloed op de positie van het OM nog niet was beschreven in de geraadpleegde literatuur. De geraadpleegde literatuur bestaat voornamelijk uit rechtshistorische onderzoeken naar de positie van actoren die van invloed zijn op de positie van het OM. Zo hebben Postma (1999) en Verrest (2011) de positie van de raadkamer en de rechter-commissaris ten opzichte van het OM beschreven. De historische verhoudingen tussen de regering en de rechter zijn beschreven door Pieterman (1999) en Van den Einden (2014). Verburg (2004) biedt een bronnenverzameling over verhouding tussen de minister, het parlement en het OM. Door deze onderzoeken te combineren ontstaat een beeld van de ontwikkeling van het OM in het staatsrecht. De literatuurlijst van Bosch (2011), die de geschiedenis van het strafrecht beschrijft, was een onmisbaar startpunt van het onderzoek.

Het antwoord op de tweede deelvraag is hoofdzakelijk gebaseerd op de Handelingen en Kamerstukken met betrekking tot de Wet reorganisatie OM. Ik heb naar relevante parlementaire stukken van na de inwerkingtreding van de Wet reorganisatie OM gezocht om te achterhalen hoe het positieve recht wordt toegepast. Daarbij gebruikte ik bijvoorbeeld met de zoekterm “Openbaar Ministerie” AND “aanwijzingsbevoegdheid”. Ook heb ik in krantenbanken gezocht met zoektermen als “bemoeienis” AND “minister” AND “strafzaak”. De zoekresultaten bieden een overzicht van strafzaken waarin de minister betrokken is geweest. Voorbeelden zijn de zaak-Julio Poch en de zaak-Wilders II. In veel van deze zaken kan de rol van de minister worden onderzocht door de Wob-stukken te raadplegen.

Voor het beantwoorden van de derde deelvraag heb ik, om de parlementaire controle op het OM te kunnen analyseren, veel algemene literatuur over het parlementaire stelsel geraadpleegd. Ik heb een jurisprudentieonderzoek gedaan naar de toepassing van de Wob en op basis van Kamerstukken onderzocht hoe de parlementaire controle op minister het OM wordt beïnvloed door dit openbaarheidsregime. De beschrijving van relevante normen uit het strafprocesrecht is zoveel mogelijk gebaseerd op het handboek van Corstens (2021), omdat ik geen strafrechtjurist ben. Ik kwam bij het doorzoeken van juridische databases en de bibliotheek ook recente publicaties tegen over de verhouding tussen de minister en het OM, maar deze literatuur was niet altijd behulpzaam. Ik haal meerdere auteurs aan met het enkele doel hun standpunt te weerleggen.

1.3 Opbouw van deze scriptie

Iedere deelvraag wordt in een apart hoofdstuk behandeld. Hoofdstuk 2 bevat het rechtshistorische deel van het onderzoek. Het hoofdstuk is opgedeeld in een proloog en drie tijdvakken. Na ieder tijdvak beschrijf ik de tussenbalans, zodat de lezer de draad niet kwijt raakt in dit lange hoofdstuk. De proloog bevat een korte ontstaansgeschiedenis van het OM en beschrijft de historische context waarin de discussie over de positie van het OM werd gevoerd. Het eerste tijdvak loopt van de totstandkoming van de Grondwet van 1815 tot de invoering van de Nederlandse wetboeken in 1838. Het tweede tijdvak loopt van de totstandkoming van de Grondwet van 1848 tot de invoering van een nieuw Wetboek van Strafvordering in 1926. Het laatste tijdvak loopt van 1926 tot de invoering van de Wet reorganisatie OM in 1999. Deze indeling in tijdvakken is enigszins arbitrair. Het hoofdstuk beschrijft een doorlopende historische ontwikkeling, die wordt afgesloten met een overkoepelende conclusie.

Hoofdstukken 3 tot 5 bevatten het onderzoek naar de werking van het positieve recht. In het kader van overzichtelijkheid heb ik getracht om de verhoudingen tussen de constitutionele actoren één voor één te behandelen. Zoals ik al aangaf bij het bepreken van het onderzoekskader, is dit lastig omdat de verschillende verhoudingen met elkaar vervlochten zijn. Het complete antwoord op de laatste drie deelvragen kan daarom pas in de eindconclusie worden gegeven.

In hoofdstuk 3 wordt in het kader van de gezagsverhouding tussen de minister en het OM ook de grondwettelijke positie van het OM besproken. Hoofdstuk 4 behandelt de rol van het parlement, journalisten en de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad als toezichthouder. Deze niet-rechtelijke actoren worden in één hoofdstuk behandeld, omdat zal blijken dat zij elkaar versterken. In hoofdstuk 5 worden verschillende vormen van rechterlijke controle besproken. Het gaat daarbij in de eerste plaats om de strafrechter die de handelswijze van het OM controleert tijdens het strafproces, maar ook om de ambtenarenrechter die een rol kan spelen in de verhouding tussen OM-ambtenaren en de minister.

In de scriptie gebruik ik enkele diagrammen om organisatiestructuren en staatsrechtelijke verbanden tussen instituties weer te geven. Deze figuren heb ik zelf gemaakt met het programma *draw.io*.

2. De evolutie van het OM in het stelsel van checks & balances

2.1 Proloog

In deze proloog beschrijf ik de historische context waarin de eerste discussies over de staatsrechtelijke positie van het OM plaatsvonden. Wie de uitgangssituatie wil begrijpen, zal moeten weten waar het OM vandaan komt. Meer in het algemeen is het goed om te weten welke belangen een rol speelden bij de totstandkoming van de eerste grondwetten van het Koninkrijk. Het startpunt van deze proloog ligt echter verder terug in de tijd, bij de ontstaansgeschiedenis van de strafvervolging als overheids-taak. Deze geschiedenis zal wellicht irrelevant lijken voor het onderwerp van de scriptie. Hoe men vroeger dacht over de staatsrechtelijke positie van het OM, hangt echter nauw samen met hoe men dacht over de rol van de overheid bij het bestraffen van misdaden. Dit kan, als opwarmertje voor de volgende paragraaf, geïllustreerd worden met een voorbeeld uit de Verenigde Staten.

De taken en bevoegdheden van de federale overheid zijn in de Amerikaanse Grondwet verdeelt over de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht. Deze machtenscheiding was volgens de makers van de Grondwet noodzakelijk om de vrijheden van burgers te beschermen.⁸ Het vervolgen van strafbare feiten kan gezien worden als een taak van de rechterlijke macht, maar ook als een taak van de uitvoerende macht. Men zou verwachten dat de Amerikaanse Grondwet hierover geen onduidelijkheid laat bestaan. De Grondwet bepaalt echter niets over deze kwestie. Ook in andere historische stukken, zoals de *Federalist Papers*, wordt geen woord aan de kwestie gewijd.⁹ Dit stilzwijgen is vanuit een hedendaags perspectief onbegrijpelijk, maar kan vanuit een rechtshistorisch perspectief eenvoudig worden verklaard. Toen de Amerikaanse Grondwet tot stand kwam, beschikte de overheid niet over een vervolgingsmonopolie. In de Amerikaanse staten werden strafzaken meestal gestart door burgers. Omdat het vervolgen van strafbare feiten niet werd gezien als exclusieve overheidstaak, was het opdragen van de federale strafvervolging aan een van de drie staatsmachten niet aan de orde.¹⁰

2.1.1 Hoe strafvervolging een overheidstaak werd

In de vroege middeleeuwen werd de strafvervolging ook in de Lage Landen nog niet beschouwd als een exclusieve taak van de overheid. In die tijd bestond geen hard onderscheid tussen privaatrecht en strafrecht. Een diefstal werd beschouwd als een onrechtmatige handeling die inbreuk maakt op de rechten van een privaat persoon. Daarin verschilde diefstal niet van andere onrechtmatige handelingen zoals het niet-nakomen van een overeenkomst.¹¹ De overheid hield zich afzijdig bij het opsporen en vervolgen van strafbare feiten. Rechtspreken werd wel als een overheidstaak beschouwd, maar rechtszaken hadden een accusatoir karakter. Het slachtoffer en de verdachte waren gelijkwaardige procespartijen. De rechter had een lijdelijke rol en hield zich niet bezig met het vergaren van bewijs.¹²

Met de opkomst van steden in de hoge en late middeleeuwen veranderde de aard van het strafproces. Men zag in dat misdadigers niet alleen een inbreuk maken op de belangen van het slachtoffer, maar ook op maatschappelijke belangen. Daarom moesten strafbare feiten niet alleen op initiatief van het slachtoffer, maar uit naam van de gemeenschap worden vervolgd.¹³ In de Lage Landen ontstonden allerlei ambten zoals schouten, baljuws en drossaards die de rol van openbaar aanklager vervulden. Er bestond in die tijd geen rechtseenheid in de Lage Landen. De inrichting van het strafproces verschilde van gewest tot gewest en van stad tot stad. In veel steden oefenden rechters ook bestuurlijke taken

⁸ Kortmann 2021, p. 37.

⁹ Dangel, *Yale Law Journal* 1990, p. 1071.

¹⁰ Dangel, *Yale Law Journal* 1990, p. 1074.

¹¹ Reijntjes 2017, p. 7.

¹² Reijntjes 2017, p. 8.

¹³ De Vries 1955, p. 225.

uit en van een duidelijk onderscheid tussen aanklagers en rechters was soms ook geen sprake.¹⁴ Ondanks deze verscheidenheid, vonden in de late middeleeuwen en vroegmoderne tijd twee algemene ontwikkelingen in het strafproces plaats. Ten eerste nam het ambtshalve vervolgen van strafbare feiten, bijvoorbeeld door de schout, steeds vaker de plaats in van strafvervolging door burgers. Ten tweede kreeg de rechter steeds vaker een onderzoekende in plaats van lijdelijke rol.¹⁵

2.1.2 Geboorte van het OM in Frankrijk

Ook in het koninkrijk Frankrijk werd de strafvervolging in de middeleeuwen een overheidstaak. Anders dan in de Lage Landen, ontstond in Frankrijk een redelijk uniforme taakverdeling in de strafvordering. Strafbare feiten werden vervolgd door de *procureur du roi* en de *avocat du roi*. Deze procureurs en advocaten werden gezamenlijk aangeduid als officieren van de koning of *gens du roi*. De procureur was van oorsprong een ambtenaar die door de koning werd aangesteld als zijn zaakgelastigde. De procureur kon met schriftelijke vorderingen rechtszaken starten tegen burgers die inbreuk maakten op de persoonlijke rechten van de koning.¹⁶ Nadat de zaak door de procureur aanhangig was gemaakt, vertegenwoordigde de advocaat van de koning zijn cliënt op de rechtszitting.¹⁷ De officieren procedeerden bijvoorbeeld tegen burgers die hun belasting aan de koning niet hadden betaald of die zich schuldig hadden gemaakt aan stropen op het koninklijke domein. Toen de behoefte aan overheidsbemoeienis in de strafvordering gedurende de middeleeuwen toenam, gingen de officieren steeds vaker uit naam van de koning misdrijven vervolgen, die niet rechtstreeks inbreuk maakten op de persoonlijke rechten van de koning. Deze ontwikkeling, die eeuwen in beslag nam, valt te koppelen aan de langzaam groeiende macht van de koning. Door centralisatie (*l'état, c'est moi!*) werd het persoonlijk belang van de koning gelijkgesteld met het publiek belang. Het werk van de officieren van de koning werd beschouwd als een *ministère public*: een publieke dienst of openbaar ministerie.¹⁸

In 1748 beschreef Montesquieu deze historische ontwikkeling in zijn boek *De l'esprit des lois*. Volgens de filosoof was het prijzenswaardig dat officieren namens de koning strafbare feiten vervolgden. Wanneer iedere burger gerechtigd zou zijn tot het aanklagen van medeburgers, zoals het geval was in het oude Rome, zou misbruik van het recht op de loer liggen.¹⁹ Opmerkelijk genoeg besprak Montesquieu niet welke gevolgen de strafvervolging als exclusieve overheidstaak heeft voor zijn beroemde leer van machtenscheiding. In de tijd van Montesquieu kon het strafproces worden gestart door zowel de rechter als de procureur van de koning.²⁰ De officieren waren weliswaar belast met de vervolging, maar slachtoffers deden in veel gevallen aangifte bij de rechter. In de praktijk werd de vervolging meestal door de rechter in gang gezet.²¹ Bovendien werd in die tijd weinig centrale controle op de officieren uitgeoefend. Het openbaar ministerie bestond nog niet als een moderne, ondeelbare organisatie. Men werd officier door het ambt te kopen of te erven. Officieren waren als eigenaar van hun ambt niet gemakkelijk te ontslaan of aan te sturen. Op een gegeven moment waren alle magistratelijke ambten in het bezit gekomen van een paar adellijke *togafamilies*. Deze ambtsadel probeerde zich te verzetten tegen het vorstelijke absolutisme. De officieren waren wel ondergeschikt aan de koning, maar genoten ook een zekere zelfstandigheid.²²

¹⁴ A.G. Bosch 2011, p. 137.

¹⁵ A.G. Bosch 2011, p. 138.

¹⁶ Marguery 2008, p. 45.

¹⁷ Marguery 2008, p. 33.

¹⁸ Marguery 2008, p. 46.

¹⁹ De Secondat (1748) 1758, p. 117.

²⁰ Marguery 2008, p. 41.

²¹ Marguery 2008, p. 47.

²² Marguery 2008, p. 50.

De Franse Revolutie bracht een eind aan de relatieve zelfstandigheid ten opzichte van de regering. Het particuliere bezit van magistratelijke ambten werd afgeschaft.²³ Vanwege de politieke instabiliteit, die uitmondde in de Terreur, veranderde de wettelijke inrichting van het OM continu.²⁴ De revolutionairen zagen de officieren als vertegenwoordigers van de uitvoerende macht bij de rechter, mede omdat zij voorheen strafbare feiten vervolgden uit naam van de koning.²⁵ Het feit dat officieren van de koning formeel gezien hadden gefungeerd als zijn zaakgelastigden, had echter niet noodzakelijkerwijs hoeven te leiden tot de conclusie dat zij een onderdeel van de uitvoerende macht horen te zijn. In het monarchale staatsbestel van het ancien regime was alle macht afkomstig van de soevereine vorst, die deze macht op zijn beurt had ontvangen van God. De Nederlandse Grondwet bepaalde tot 1813 dat door rechters in naam van de koning recht wordt gesproken.²⁶ Dit monarchale taalgebruik betekende niet dat rechters werden gezien als een onderdeel van de uitvoerende macht, maar de revolutionairen trokken wel een vergelijkbare conclusie ten aanzien van de officieren.

De revolutionairen hervormden de rechterlijke organisatie en het strafproces op basis van verlichte principes. Rechters konden niet langer bestuurlijke taken uitoefenen.²⁷ Het legaliteitsbeginsel vormde het uitgangspunt van het strafprocesrecht en werd zelfs doorgetrokken tot de vervolgingsbeslissing: de procureur werd verplicht een vervolging te starten indien hij een strafbaar feit ontdekte. Dit beginsel werd echter al snel weer afgeschaft. Het vervolgen van alle ontdekte strafbare feiten was simpelweg onmogelijk.²⁸ De vele wetwijzigingen tijdens de Franse Revolutie brachten meer chaos dan rechtszekerheid. Napoleon gaf na zijn machtsovername opdracht tot een nieuwe codificatie van het Franse recht. De Napoleontische *Code pénal*, *Code d'instruction criminelle* en de *Loi sur l'Organisation de l'Ordre judiciaire* traden in 1811 in werking. Het OM was nu een strak georganiseerd instituut onder controle van de regering.²⁹ Na de Bataafse Revolutie werden in Nederland pogingen ondernomen om het strafproces te moderniseren met landelijke wetgeving. Voordat dit proces kon worden afgerond, werd Nederland geannexeerd door Frankrijk. Ons departement kreeg zo een OM en een strafproces op basis van de *Code d'instruction criminelle*. Voor het eerst was in Nederland sprake van een landelijke rechterlijke organisatie en een uniform strafproces. De Napoleontische wetgeving is hierdoor van grote invloed geweest op latere Nederlandse wetgeving.³⁰

2.1.3 Behoud van OM in Nederlandse eenheidsstaat

Nadat de laatste Franse troepen de Nederlanden hadden verlaten, kon de Prins van Oranje terugkeren uit ballingschap. De Prins aanvaardde op 2 december 1813 de soevereiniteit over de Nederlanden, onder de voorwaarde dat een 'wijze constitutie' de vrijheid van het volk zou beschermen tegen machtsmisbruik.³¹ Gijsbert Karel van Hogendorp werd aangesteld als voorzitter van de commissie die de Grondwet van 1814 tot stand zou brengen. De Franse wetgeving bleef voorlopig van kracht.³²

Toch was het de vraag of de Franse rechterlijke organisatie, waarvan het OM een onderdeel was, behouden moest blijven. Van Hogendorp had in 1812 een schets voor een nieuwe grondwet gemaakt, waarin de eenheid van de rechtspraak grotendeels werd teruggedraaid.³³ Volgens de schets werden

²³ Marguery 2008, p. 51.

²⁴ Marguery 2008, p. 54.

²⁵ Marguery 2008, p. 53.

²⁶ Van den Eijnden 2011, p. 205.

²⁷ Bosch 2011, p. 50.

²⁸ Geelhoed 2013, p. 75.

²⁹ Marguery 2008, p. 54.

³⁰ Verburg 2004, p. 19.

³¹ Colenbrander 1916, p. CCXXXVII.

³² Bosch 2011, p. 17-18.

³³ Pieterman 1990, p. 31.

de ambten van schout en schepenen in al hun provinciale verscheidenheid hersteld als openbare aanklagers en strafrechters in eerste aanleg. Het voorstel bevatte de instelling van een provinciaal hof voor iedere provincie. De Koning kon bij het benoemen van de raadsheren van deze gerechtshoven alleen kiezen uit de drie kandidaten die door de provinciale staten werden voorgedragen. Het voorstel bevatte ook de instelling van de Hoge Raad als cassatierechter. Kandidaat-leden van de Hoge Raad werden voorgedragen door de Tweede Kamer, maar zij moesten zoveel mogelijk uit alle provincies afkomstig zijn.³⁴ Van Hogendorp wilde met deze schets niet terugkeren naar de situatie van vóór de Franse Tijd, waarin de provincies soeverein waren.³⁵ Hij beoogde een *regimen mixtum*, waarin een machts-evenwicht bestaat tussen de Koning, burgerij en aristocratie.³⁶ In de Republiek hadden de adel en regenten veel macht in de Provinciale Staten. Daarom moest een vorm van provinciale autonomie behouden blijven als machtsbasis van deze aristocratie. De Koning had echter belang bij nationaal en eenduidig recht en de burgerij stond in deze kwestie aan zijn kant. De burgerij wilde geen omslachtige rechterlijke organisatie die door de vele provinciale hoven duur zou zijn voor de belastingbetaler.³⁷

Verschillende commissieleden, waaronder de toekomstige minister van Justitie Felix van Maanen, keerden zich tegen het ontwerp. Van Maanen had als president van het keizerlijk gerechtshof in Den Haag ervaren dat de Franse rechterlijke organisatie veel beter functioneerde dan het versnipperde systeem ten tijde van de Republiek. Hij kreeg toestemming om samen met een ander commissielid het hoofdstuk over rechtspraak te herzien. Het herstel van de schouten en schepenen kwam daarom niet terug in de Grondwet van 1814. De provinciale rechtshoven en de benoemingsprocedure voor raadsheren bleven wel behouden. Ook kreeg de Koning een uitgebreid recht van gratie. Hij kon remissie van straf, abolitie en amnestie verlenen. De rechterlijke organisatie in eerste aanleg moest bij wet geregeld worden. Bij de Hoge Raad en de provinciale hoven werden parketten onder leiding van procureurs-generaal ingesteld, waardoor centrale aansturing in de strafvordering mogelijk werd. Desalniettemin kreeg de strafvordering een provinciaal karakter. De leiding over het OM zou grotendeels in handen komen van de procureurs-generaal bij de provinciale hoven. Omdat deze procureurs volgens het ontwerp voor het leven werden benoemd, kon de Koning minder invloed uitoefenen.³⁸ In de Grondwet van 1815 werden echter uitzonderingen op de regel van één hof per provincie toegestaan. Daarover zouden later nog veel conflicten ontstaan.³⁹

2.1.4 De uitgangssituatie in het kort

Bij de totstandkoming van de grondwetten van 1814 en 1815 werd het vervolgen van strafbare feiten in de Nederland beschouwd als een overheidstaak. De Fransen hadden een landelijke rechtelijke organisatie en een uniform strafproces ingevoerd. Deze uitgangssituatie maakte een discussie over machtsverspreiding in de strafvordering noodzakelijk. Omdat het OM was ontstaan als belangenbehartiger van de koning, werd het door de Fransen gezien als een onderdeel van de uitvoerende macht in de leer van de trias politica. De schets die als basis diende voor de Grondwet van 1814, was in eerste plaats gericht op een andere vorm van machtsverspreiding. Van Hogendorp wilde een machts-evenwicht creëren tussen de Koning, aristocratie en burgerij. Omdat de machtsbasis van de aristocratie in de provincies lag, kreeg de rechterlijke organisatie enkele provinciale elementen. Volgens de Grondwet van 1814 mocht de Koning zelf procureurs-generaal aanstellen, maar de Provinciale Staten kregen invloed op de aanstelling van raadsheren bij de provinciale hoven.

³⁴ Colenbrander 1908, p. 11.

³⁵ Van Vugt 2021, p. 40.

³⁶ Mik, *NJLP* 2021, p. 71.

³⁷ Pieterman 1990, p. 29.

³⁸ Pieterman 1990, p. 31.

³⁹ Bosch 2011, p. 37.

2.2 1815-1838: het OM tussen Koning en rechter

2.2.1 Grondwet van 1815

Bij de herziening van 1815 werd binnen de grondwetscommissie voor het eerst gediscussieerd over de rechtspositie van de procureurs-generaal. In de Grondwet van 1814 was hun benoeming voor het leven geregeld, maar een commissielid vroeg of dit wel het geval moest zijn. Deze ambtenaren waren immers procureurs van de Koning die fungeerden als zijn zaakgelastigden. De Nederlandstalige notulen vermelden dat de andere commissieleden de benoeming voor het leven essentieel achtten voor een zuivere rechtsbedeling.⁴⁰ Het Franstalige verslag van de vergadering is nog duidelijker:

“Men antwoordde dat de onafzetbaarheid van deze officieren volledig in het belang der natie is, opdat deze officieren, die niet bang hoeven te zijn om hun positie te verliezen, niet de blinde werktuigen van de regering zullen zijn, die soms eerlijke mensen vervolgen die bij het hof van de Koning of bij een minister in ongenade zijn gevallen.”⁴¹

De benoeming voor het leven bleef daarom behouden in de Grondwet. Volgens de Grondwet van 1815 werd ook de hoofdofficier bij de criminele rechtbank voor het leven benoemd. Deze ambtenaar dient niet verward te worden met de huidige hoofdofficier van justitie. Omdat de provincie Holland te groot was voor slechts één provinciaal hof, bestond er naast het hof in Den Haag ook een criminele rechtbank in Amsterdam. Deze rechtbank vervulde in het noorden van de provincie de strafrechtelijke functie van het provinciaal hof. De provincie Holland werd in 1840 opgesplitst in twee delen. De criminele rechtbank werd toen het provinciaal hof van Noord-Holland. De hoofdofficier bij de criminele rechtbank was dus in functie vergelijkbaar met een procureur-generaal.⁴² Artikel 168 luidde aldus:

“De leden en ministers van den Hoogen Raad de provinciale Geregtshoven, en criminele Regtbanken, benevens de Procureurs-Generaal en Hoofd-officieren bij dezelve, worden voor hun leven aangesteld. De wet regelt den tijd der bediening van andere regters en regterlijke ambtenaren. Geen regter mag gedurende den bepaalden tijd zijner bediening, van zijnen post worden ontslagen, dan op eigen verzoek of bij regterlijk vonnis”.

2.2.2 Wet op de rechterlijke organisatie 1827

Discussie over de bevelsbevoegdheid

In 1816 stelde de Koning een commissie in om een wet op de rechterlijke organisatie te ontwerpen. Het wetsontwerp van de commissie werd in 1819 naar de Raad van State gestuurd voor advies. Minister Van Maanen werd door de Raad uitgenodigd deel te nemen aan de beraadslaging over het ontwerp. Het wetsontwerp bevatte geen bepalingen over de verhouding tussen het OM en de regering. Het OM was hiërarchisch georganiseerd en stond onder leiding van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad.⁴³

Van Maanen stelde op dit punt slechts één wijziging voor: de regering moest de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad kunnen opgedragen om cassatie in belang der wet in te stellen.⁴⁴ De Raad van State vond deze voorgestelde bevoegdheid echter te beperkt. De regering moest veel meer invloed moest kunnen uitoefenen op het OM. De Raad zag dat het de bedoeling van de commissie geweest om het OM geheel buiten de invloed van de regering houden, maar dat bracht de nadeligste gevolgen voor de Staat met zich mee. OM-ambtenaren zouden niet langer functioneren als procureurs of zaakgelastigden van de Koning. Het feit dat de procureurs-generaal op basis van de Grondwet voor het

⁴⁰ Colenbrander 1909, p. 287.

⁴¹ Colenbrander 1909, p. 290. Eigen vertaling. Ik begrijp ‘la cour’ als ‘hof van de koning’.

⁴² *Kamerstukken II 1834/35, IX, nr. 5, p. 312.*

⁴³ Verburg 2004, p 21.

⁴⁴ Verburg 2004, p 32.

leven werden benoemd, maakte het wetsontwerp van de commissie des te bedenkelijker. Het onwenselijke gevolg:

*“Zij zouden zich kunnen onttrekken, van aan eenige orders te gehoorzamen, welke aan hun niet uitdrukkelijk bij de wet als pligt zijn opgelegd, zonder dat het gouvernement het middel zoude in handen hebben om die ambtenaren daartoe te noodzaken.”*⁴⁵

Het is opvallend dat de rechtspositionele onafhankelijkheid van de procureurs-generaal niet werd gezien als een argument voor functionele onafhankelijkheid, maar juist daartegen. De functionele ondergeschiktheid van OM-ambtenaren moest uit de wet blijken, omdat de rechtspositionele onafhankelijkheid van de procureurs-generaal in de Grondwet was vastgelegd. De Raad zag het simpelweg als vanzelfsprekend dat het OM onder de controle van de regering moest staan. Omdat de Grondwet voor onduidelijkheid zou kunnen zorgen, adviseerde de Raad om een artikel in het wetsvoorstel op te nemen waaruit zou blijken dat OM-ambtenaren bevelen van de Koning moeten opvolgen.⁴⁶

De regering volgde het advies van de Raad van State. In 1820 werd een wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer, waarin een expliciete bevelsbevoegdheid was opgenomen. De Tweede Kamer had grote bezwaren tegen het instellen van een provinciaal gerechtshof voor iedere provincie en daardoor kreeg de positie van het OM weinig aandacht tijdens de behandeling van het wetsvoorstel. Wel gaven enkele Kamerleden aan, het onwenselijk te vinden dat de officier van justitie willekeurige bevelen zou moeten opvolgen. Zij vonden dat officieren alleen de wet moesten gehoorzamen. Omdat het wetsvoorstel al snel met grote meerderheid werd verworpen, verdween de discussie in de Tweede Kamer een tijdje naar de achtergrond.⁴⁷ In 1826 bracht een commissie onder leiding van minister Van Manen een nieuw wetsontwerp tot stand. De positie van het OM was in dit ontwerp ongewijzigd gebleven. Gek genoeg nam de Raad van State nu een tegenovergesteld standpunt in. Volgens de Raad mocht geen inbreuk worden gemaakt op de zozeer gewenste onafhankelijkheid van rechterlijke ambtenaren. Bevelen aan het OM zouden alleen gericht mogen zijn op maatregelen van orde of huishoudelijke maatregelen. De regering nam het advies van de Raad niet over en diende het wetsvoorstel in bij de Tweede Kamer. De bevelsbevoegdheid was in artikel 5 van het wetsvoorstel als volgt geformuleerd:

*“De ambtenaren bij het openbaar ministerie zijn verpligt de bevelen natekomen, welke hun in hunne ambtsbetrekking door de daartoe bevoegde macht, van wege den Koning, zullen worden gegeven”.*⁴⁸

In de Tweede Kamer richtte een groot gedeelte van het debat zich op dit artikel. Veel Kamerleden vonden dat OM-ambtenaren als dienaren van het recht op onafhankelijke wijze de wet moesten toepassen. Zij moesten dus geen *gens du roi* zijn, maar *gens de la loi*. Daar tegenover stonden Kamerleden die het verschil tussen OM-ambtenaren en de rechter benadrukten. De rechter moest onafhankelijk zijn, maar het OM moest de opvattingen van de regering kunnen verwoorden.⁴⁹ Kamerlid Donker Curtius van Tienhoven deed een beroep op de leer van de trias politica om voor een onafhankelijk OM te pleiten. De rechterlijke macht zou niets voorstellen wanneer rechters weliswaar rechtspreken op basis van de wet, maar de regering bepaald wanneer de wet wordt gehandhaafd.⁵⁰ De uitvoerende macht zou dan boven de wet staan, waardoor de grondwettelijke machtsverdeling betekenisloos zou zijn.

Minister Van Maanen hield ter verdediging van het wetsvoorstel een uitgebreide rede over het OM en de rechterlijke macht, waarmee hij ook een hardnekkig misverstand over de scheiding der machten

⁴⁵ Verburg 2004, p. 23.

⁴⁶ Verburg 2004, p. 21.

⁴⁷ Verburg 2004, p. 28.

⁴⁸ Verburg 2004, p. 32.

⁴⁹ Bosch 2011, p. 60.

⁵⁰ *Handelingen II 1826/27, XIII, p. 360.*

wilde ophelderen. Montesquieu had volgens Van Maanen alleen betoogd dat de koning geen rechter hoort te zijn. Zelfs indien Montesquieu daadwerkelijk vond dat de uitvoerende, wetgevende en rechterlijke macht geheel van elkaar gescheiden moesten zijn, dan was dit volgens Van Maanen slechts de mening van een terecht beroemde man. Daaruit vloeide geenszins voort dat ook de Nederlandse Grondwet zo moest worden geïnterpreteerd. De Grondwet was niet gebaseerd op de leer van machtscheiding waarbij de Koning alleen aan het hoofd stond van de uitvoerende macht. De Koning was *tutor universae civitatis*. Alle macht kwam voort uit de macht van de Koning. De Koning had de taak om op basis van de Grondwet het evenwicht tussen de machten te bewaren. De Grondwet verzekert dat rechters op onafhankelijke wijze rechtspreken. Het OM moest daarentegen de Koning vertegenwoordigen bij de onafhankelijke rechter. Zo kon het OM maatschappelijke belangen waarborgen. De officieren van het OM waren dus geen officieren van de wet, maar officieren van de Koning.⁵¹

Het standpunt van de regering over de positie van het OM kan worden begrepen in het licht van de toen heersende visie op de positie van de rechter in het staatsbestel. Na de Franse tijd was het idee blijven hangen dat de rechter slechts een *bouche de la loi* moest zijn. De Franse revolutionairen koesterden een groot wantrouwen tegen rechters, die de wil van de wetgever konden ondermijnen.⁵² Deze argwaan was terug te zien in het grote takenpakket van het OM in die tijd. Het OM hield zich niet alleen bezig met strafzaken, maar was ook aanwezig bij alle civiele zittingen behalve kantonzaken. Het OM kon een conclusie nemen in een civiel geding om de rechter voor te lichten over het recht. Daarmee werd voorkomen dat de rechter het recht verkeerd zou toepassen. Het Kamerlid Lammen omschreef het OM in 1867 als: “*de citadel bij de regterlijke collegiën waaruit het staatsgezag die collegiën bestrijkt*”.⁵³ Het OM moest de rechter in de gaten houden, wat ook bleek uit het feit dat de officier van justitie aanwezig was bij rechtbankvergaderingen.⁵⁴ In sommige civiele zaken was het OM zelfs verplicht om een conclusie te nemen. Deze verplichting gold bij zaken waarin het belang van de Staat in het geding was, maar ook bij zaken waarin *personae miserabiles* betrokken waren. Dat laatste was bijvoorbeeld het geval bij voogdijzaken. Omdat zwakke procespartijen hun zaak niet goed konden bepleiten bij de rechter, zou de rechter een misstap kunnen begaan. Het OM diende dit te verhoeden.⁵⁵

Van de civiele adviseringspraktijk van het OM is anno 2022 weinig overgebleven. De officier van justitie bleek weinig verstand te hebben van het civiel recht en werd om die reden niet serieus genomen door de civiele rechter.⁵⁶ Een overblijfsel van de civiele adviseringspraktijk vinden we bij het parket bij de Hoge Raad. De Procureur-Generaal kan tegen civielrechtelijke uitspraken cassatie instellen in het belang der wet. Advocaten-generaal nemen conclusies voorafgaand aan arresten van de Hoge Raad. Tegenwoordig maakt het parket bij de Hoge Raad echter geen deel meer uit van het OM. Van controle door de regering is ook geen sprake.

Discussie over ontslagprocedure OM-ambtenaren

De bepalingen in het wetsvoorstel over de rechtspositie van rechtelijke ambtenaren, zorgden ook voor discussie. Rechters konden door de Hoge Raad uit hun ambt worden gezet wegens wangedrag, onzedelijkheid, aanmerkelijke achteloosheid of een strafrechtelijke veroordeling. OM-ambtenaren konden op dezelfde gronden worden ontslagen, maar de bevoegdheid om hen te ontslaan kwam toe aan de Koning. De Hoge Raad hoefde enkel om advies te worden gevraagd. Tijdens de parlementaire behandeling vroegen meerdere Kamerleden zich af of dit artikel in strijd was met artikel 186 van de

⁵¹ *Handelingen II 1826/27, XIII, p. 363.*

⁵² Bosch 2011, p. 50.

⁵³ Bosch 2011, p. 61.

⁵⁴ Bosch 2011, p. 50.

⁵⁵ Bosch 2011, p. 67.

⁵⁶ Bosch 2011, p. 67.

Grondwet van 1815, waarin de benoeming voor het leven van de procureurs-generaal werd voorgeschreven.⁵⁷ Volgens de minister was de bevoegdheid van de Koning om de procureurs-generaal te ontslaan, niet in strijd met dit artikel. Uit de laatste zin van het artikel bleek, zo beargumenteerde de regering, dat rechters alleen bij rechterlijk vonnis konden worden ontslagen en dat deze beperking niet gold voor OM-ambtenaren. De vraag is wat een benoeming voor het leven dan precies voorstelt. Volgens de grondwetscommissie moesten de procureurs-generaal voor hun leven worden benoemd, zodat zij onafzetbaar waren. Ze konden daardoor niet worden misbruikt om eerlijke mensen te vervolgen. Van die rechtspositionele onafhankelijkheid was niets terechtgekomen, aangezien de procureurs ontslagen konden worden door de Koning op vage gronden als “wangedrag”.⁵⁸

Aanname wetsvoorstel en Belgische Opstand

Na de verdediging van het wetsvoorstel door de minister vond een hoofdelijke stemming plaats. Het voorstel werd met 59 stemmen voor en 42 stemmen tegen aangenomen. Daarbij valt op dat het wetsvoorstel door een grote meerderheid van de Kamerleden uit de Noordelijke Nederlanden werd gesteund, maar de meeste Kamerleden uit de Zuidelijke Nederlanden tegen het voorstel waren. Dit kan worden verklaard doordat de Zuidelijke Nederlanders de autoritaire regering van koning Willem I en minister Van Maanen wantrouwden.⁵⁹ Dat het wetsvoorstel toch werd aangenomen, is gedeeltelijk te danken aan het feit dat de Tweede Kamer in die tijd geen recht van amendement bezat. Wanneer het wetsvoorstel weer zou worden verworpen, zou ook de inwerkingtreding van de andere nationale wetboeken worden uitgesteld. Verschillende Kamerleden stemden daarom met tegenzin voor het wetsvoorstel.⁶⁰ Het wetsvoorstel werd in 1827 bekrachtigd en zou op 1 februari 1831, tegelijkertijd met de andere Nederlandse wetboeken, de Franse wetboeken vervangen.⁶¹

Van Maanen beschouwde zich voor de inwerkingtreding van de wet ook al bevoegd tot het geven van bevelen aan het OM en nam deze taak uitermate serieus. In die tijd kwam er steeds meer kritiek van kranten in de Zuidelijke Nederlanden op de autoritaire regering. De regering trad hier hard tegenop door handhaving van strenge perswetten. Geruchtmakend waren de strafprocessen tegen de Belgische liberaal Louis de Potter, die in opdracht van minister Van Maanen meerdere keren werd vervolgd voor het veroorzaken van “wantrouwen, verdeeldheid en twist”. Toen De Potter in 1828 werd veroordeeld tot een lange gevangenisstraf, bleek dat de strafprocessen niet voor de gewenste rust zorgden. Terwijl het vonnis werd uitgesproken, scandeerde het woedende publiek: “*Leve De Potter! Weg met Van Maanen!*”.⁶² Desondanks gaf de Koning in 1829 aan dat de handhaving van de perswetten niet mocht worden versoepeld. Van Maanen dulde geen ongehoorzaamheid van het OM. De procureurs-generaal moesten nu uitdrukkelijk verklaren dat zij getrouw aan de Koning het vervolgingsbeleid van de regering zouden volgen. De meesten deden dit, maar de procureur-generaal van Brussel verklaarde dat hij zijn ambt getrouw aan de wet en de Grondwet zou vervullen.⁶³ Van Maanen was *not amused* en adviseerde de Koning om deze procureur te ontslaan.⁶⁴ Waarschijnlijk wilde de Koning de gemoeieren in de Zuidelijke Nederlanden bedaren, want het ontslag volgde niet.⁶⁵ Voor de-escalatie was het echter te laat. Op 25 augustus 1830 stak een woedende menigte het huis van Van Maanen te Brussel in brand. Op die dag begon de Belgische Opstand en de rest is geschiedenis.

⁵⁷ Verburg 2004, p. 37.

⁵⁸ Verburg 2004, p. 40.

⁵⁹ Pieterman 1990, p. 52.

⁶⁰ Pieterman 1990, p. 38.

⁶¹ Verburg 2004, p. 39.

⁶² Delbecke 2012, p. 26.

⁶³ Bosch 2011, p. 61.

⁶⁴ Colenbrander 1916, p. 748.

⁶⁵ Lichtenauer, *Spiegel Historial* 1980, p. 154.

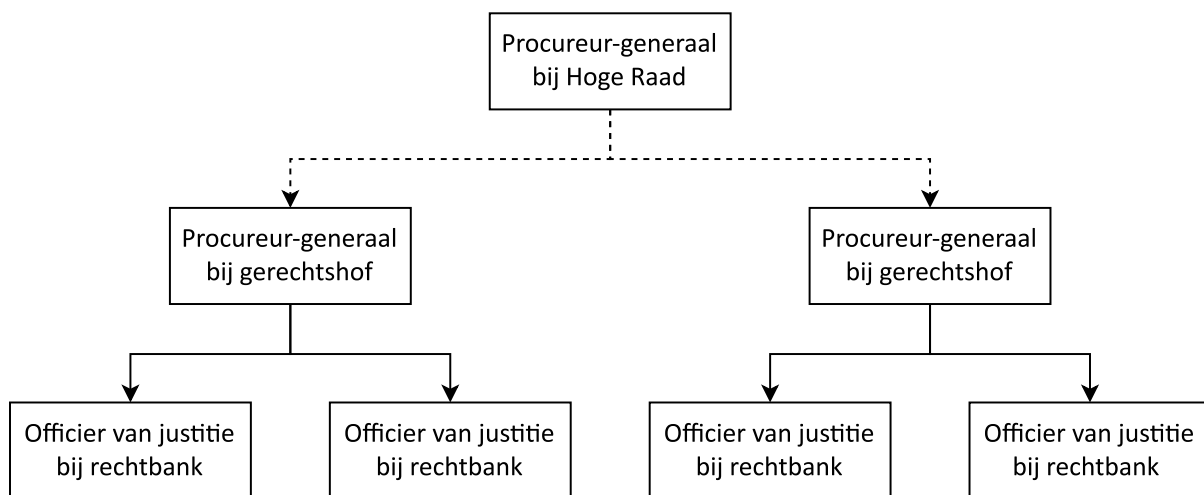
2.2.3 Reglement I van 1838

Vanwege het wegvallen van de Belgische provincies moest de Wet op de rechterlijke organisatie van 1827 (hierna: Wet RO) worden aangepast. Daarom werd de inwerkingtreding uitgesteld. De aangepaste Wet RO, die pas in 1838 van kracht werd, was niet gewijzigd ten aanzien van het OM.⁶⁶ De interne organisatie van de gerechten en het OM was op grond van artikel 19 en artikel 5 van de Wet RO geregeld in vier reglementen van bestuur, die tegelijkertijd met de Wet RO inwerking traden.⁶⁷

Organisatiestructuur OM

De interne organisatiestructuur van het OM was vastgelegd in Reglement I. Minister Van Maanen stuurde een circulaire met toelichting op dit reglement naar de procureurs-generaal bij de gerechtshoven. Hij benadrukte dat de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad (hierna: PGHR) niet de algemene baas van het OM was. De PGHR was weliswaar de hoogste ambtenaar binnen het OM, maar volgens artikel 53 en artikel 54 van Reglement I kon hij alleen bevelen geven ter uitvoering van zijn wettelijke taken. Omdat de Hoge Raad was ingesteld om rechtseenheid te bevorderen, moest de PGHR worden geïnformeerd over rechtelijke uitspraken of handelingen die niet in overeenstemming waren met de wet. De PGHR moest ook disciplinair toezicht houden op de ambtenaren van het OM. Voor al het overige waren de procureurs-generaal bij de gerechtshoven de eigenlijke hoofden van het OM binnen de ressorten. Indien nodig, moesten zij overleggen met het ministerie van Justitie zonder tussenkomst van de PGHR.⁶⁸ Het OM bestond daardoor niet als een autonome organisatie maar als een verzameling parketten, die konden worden aangestuurd door de minister van Justitie.

Figuur 1: Interne organisatiestructuur OM volgens Reglement I



Petitierecht en bestuurlijke controle op vervolgingsbeslissing

De interne hiërarchie van het OM en het gezag van de minister, maakte bestuurlijke controle op de vervolgingsbeslissing mogelijk. Een burger die het oneens was met de vervolgingsbeslissing van de officier van justitie, kon gebruik maken van zijn grondwettelijke recht om petitie in te dienen bij het bevoegde gezag. Hij kon de procureur-generaal bij het gerechtshof verzoeken om de beslissing van de Officier te corrigeren. Indien dit verzoek niet het gewenste effect sorteerde, kon hij zich vervolgens wenden tot de minister van Justitie. De minister van Justitie kon naar aanleiding van het verzoek gebruik maken van zijn bevelsbevoegdheid.⁶⁹

⁶⁶ Verburg 2004, p. 39.

⁶⁷ Wolting, *GROM* 2001/18, p. 155.

⁶⁸ Verburg 2004, p. 43.

⁶⁹ Geelhoed, *TMSv* 2020, p. 54.

2.2.4 Wetboek van Strafvordering 1838

We zullen nu de controle van de rechter op het OM bespreken. De inwerkingtreding van het Nederlandse strafrecht heeft een tijdje geduurd. De Franse *Code d'instruction criminelle* werd in 1838 vervangen door een Nederlands Wetboek van Strafvordering, maar het eerste Nederlandse Wetboek van Strafrecht trad pas in 1886 in werking. De *Code Pénal*, die tot dat moment van kracht was gebleven, maakte onderscheid tussen drie gradaties van strafbare feiten: misdaden, wanbedrijven en overtredingen. Het gerechtshof was rechter in eerste aanleg bij misdaden en de rechtbank was rechter in eerste aanleg bij wanbedrijven.

Correctie op positieve vervolgingsbeslissing

In de *Code d'instruction criminelle* was de verantwoordelijkheid voor de strafvervolgung grotendeels aan de rechter opgedragen.⁷⁰ De *procureur imperial* kon de verdachte, simpele zaken uitgezonderd, niet rechtstreeks dagvaarden bij de rechtbank. Eerst moest een gerechtelijk vooronderzoek plaatsvinden onder leiding van de onderzoeksrechter. Daarna nam de raadkamer van de rechtbank een beslissing over verdere vervolging. De procureur kon de strafvervolgung dus wel initiëren, maar de rechtbank besliste of een openbaar eindonderzoek ter rechtszitting zou plaatsvinden.⁷¹

Door de invoering van het Nederlandse Wetboek van Strafvordering van 1838 kreeg de rechtbank een nog grotere rol in het vooronderzoek. Een gerechtelijk vooronderzoek werd alleen gestart nadat *rechtsingang* was verleend door de raadkamer van de rechtbank. Het gerechtelijk vooronderzoek was verplicht bij misdaden. Daarom moest de officier van justitie in die zaken altijd rechtsingang vragen. De wetgever koos voor een verplichte rechtsingangprocedure, omdat de macht van de onderzoeksrechter onder de Franse wetten te groot werd gevonden. Deze onderzoeksrechter zou slechts verantwoording schuldig zijn geweest aan zijn eigen geweten.⁷² Ook vond de wetgever dat de verdachte beschermd moest worden tegen schade die al voor de aanvang van het openbare eindonderzoek kon worden toegebracht.

De rechtbank kreeg daarnaast controle over de beslissing tot verdere vervolging na afronding van het gerechtelijk vooronderzoek.⁷³ De raadkamer kon bij het nemen van de beslissing tot verdere vervolging al redelijk vooruitlopen op het openbare eindonderzoek ter rechtszitting. De vervolging werd niet alleen beëindigd als het ten laste gelegde feit niet strafbaar was, maar ook als er onvoldoende bezwaren tegen de verdachte bestonden. De raadkamer hoefde niet overtuigd te zijn van de schuld van de verdachte om een positieve vervolgingsbeslissing te kunnen nemen, maar kon de vervolging wel beëindigen als een openbaar eindonderzoek gezien het gebrek aan bewijs onrechtvaardig werd geacht voor de verdachte. Bij de beoordeling van de strafbaarheid van het feit werd ook gekeken naar de aanwezigheid van strafuitsluitingsgronden en vervolgingsuitsluitingsgronden.⁷⁴

Correctie op negatieve vervolgingsbeslissing

Op grond van de *code d'instruction de criminelle* kon alleen het OM strafbare feiten vervolgen, maar de vervolging kon in gang worden gezet door een burgerlijke partij.⁷⁵ De onderzoeksrechter kon op verzoek van een burgerlijke partij een gerechtelijk onderzoek starten bij verdenking van misdaden of wanbedrijven. Bij overtredingen kon een burgerlijke partij de verdachte zelf dagvaarden bij de

⁷⁰ Cleiren, *Strafblad* 2008, p. 536.

⁷¹ Postma 1999, p. 9.

⁷² Verrest 2011, p. 2.

⁷³ Postma 1999, p. 21.

⁷⁴ Postma 1999, p. 34.

⁷⁵ Verrest 2011, p. 32.

rechtbank.⁷⁶ De dagvaarding bij de strafrechter was gericht op het verkrijgen van schadevergoeding, maar leidde ertoe dat het OM niet zelf de vervolgingsbeslissing kon nemen.

Aan deze vormen van burgerlijke partijstelling kwam in 1838 een eind met de invoering van de Wet RO en het Wetboek van Strafvordering.⁷⁷ Ter compensatie kregen belanghebbenden de mogelijkheid om bij de rechter beklag te doen over het uitblijven van vervolging.⁷⁸ Bij wanbedrijven vond het beklag plaats bij de rechtbank en bij misdaden vond het beklag plaats bij het gerechtshof. Het OM kon naar aanleiding van een klacht worden opgedragen om verslag te doen over het vermeende strafbare feit. Als sprake was van *verzuim*, werd het OM bevolen om een vervolging te starten. Daarbij is het van belang dat het opportunitieitsbeginsel nog niet duidelijk was gecodificeerd en in de literatuur ter discussie stond. In de praktijk werd het beginsel al wel toegepast.⁷⁹ De rechtbank en het gerechtshof konden zelfs ambtshalve een vervolging bevelen. Beklag door een belanghebbende was niet noodzakelijk voor het geven van een bevel aan het OM, indien de rechtbank of het gerechtshof op een andere wijze voldoende op de hoogte was geraakt van het verzuim.⁸⁰

⁷⁶ Marguery 2008, p. 55.

⁷⁷ Verrest 2011, p. 55.

⁷⁸ Geelhoed, *TMSv* 2020, p. 53.

⁷⁹ Geelhoed 2013, p. 82.

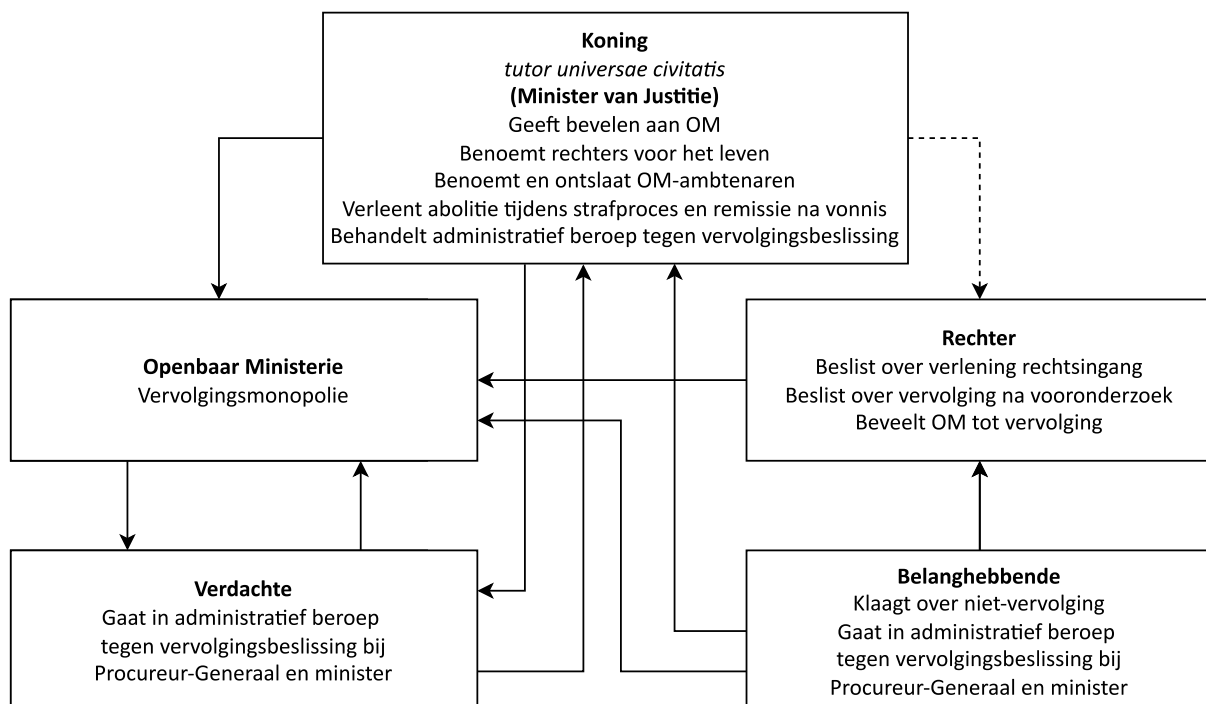
⁸⁰ *Rapport commissie partiële herziening strafvordering* 1979, p. 6.

2.2.5 Tussenbalans

Als we de balans opmaken, zien we dat in 1838 van een onafhankelijk OM geen sprake was. Zowel de rechter als de regering konden grote controle uitoefenen op het OM. De rechter had het laatste woord over de vervolgingsbeslissing en kon zo de rechten en belangen van slachtoffers en verdachten waarborgen. De regering kon door het gezag over het OM algemene belangen waarborgen. Het OM bestond uit een verzameling van losse parketen en kon daardoor geen eigenstandig beleid voeren. De regering kon ambtenaren van het OM ontslaan bij wangedrag of aanmerkelijke achteloosheid, maar moest wel advies inwinnen bij de Hoge Raad.

Het concept van een strikte machtenscheiding tussen de rechterlijke en uitvoerende macht is bij het positioneren van het OM duidelijk verworpen. De grondwetgever achtte de benoeming van procureurs-generaal voor het leven een belangrijke rechtspositionele onafhankelijkheidswaarborg tegen machtsmisbruik, maar hieruit blijkt niet dat het OM behoorde tot een onafhankelijke rechterlijke macht. De wetgever combineerde rechtspositionele onafhankelijkheid in beperkte vorm, met volledige functionele ondergeschiktheid. Zelfs de tegenstanders van deze functionele ondergeschiktheid betoogden niet dat het OM behoort tot de rechterlijke macht. Ze betoogden dat de functionele ondergeschiktheid van het OM het machtsevenwicht tussen de uitvoerende macht en de rechterlijke macht zou verstoren. De regering stelde simpelweg dat het Nederlandse staatsbestel niet was gebaseerd op de leer van de trias politica. De onafhankelijkheid van de rechter was het uitgangspunt en het OM kon daaraan geen afbreuk doen. In 1838 was een stelsel van checks and balances ontstaan waarin de rechter en regering elkaar in evenwicht moesten houden. Het parlement had geen rol in dit stelsel, maar daar zou snel verandering in komen.

Figuur 2: stelsel van *checks and balances* rondom de vervolgingsbeslissing in 1838



2.3 1838-1926: dominus litis onder democratische controle

2.3.1 Grondwetsherziening van 1848

De grondwetsherziening van 1848 was belangrijk voor het hele staatsbestel en dus ook voor het OM. Nederland had onder het bewind van koning Willem I aardig wat trekken van een politiestaat.⁸¹ Ministers waren voor 1848 geen verantwoording verschuldigd aan het parlement. Zij waren dienaren van de Koning. In theorie kon het parlement als medewetgever het handelen van de Koning en zijn ministers normeren, maar het legaliteitsbeginsel was in de beginjaren van het Koninkrijk uitgehold. Het overtreden van Koninklijke besluiten was strafbaar gesteld met de Blanketwet van 1818. De Koning maakte veelvuldig gebruik van deze wet om regels vast te stellen zonder medewerking van het parlement.⁸² Ook de toenmalige perswetgeving tartte het legaliteitsbeginsel. Persdelicten waren zo ruim geformuleerd dat vrijwel iedere vorm van kritiek op het regeringsbeleid zwaar bestraft kon worden.⁸³

De Grondwet van 1848 legde de basis voor een parlementaire democratie. Artikel 53 introduceerde de politieke ministeriële verantwoordelijkheid: *De Koning is onschendbaar; de ministers zijn verantwoordelijk*. De minister was voortaan ook ten aanzien van het OM verantwoording verschuldigd aan het parlement. Parlementaire controle kon plaatsvinden met behulp van artikel 89, waarin de parlementaire inlichtingenplicht was vastgelegd. De Grondwet beperkte het recht van de Koning om gratie te verlenen. Op grond van artikel 66 kon de Koning alleen nog remissie van straf verlenen na het vonnis van de strafrechter. Voor amnestie en abolitie was voortaan een wet in formele zin vereist. Door deze wijzigingen kan de Koning vanaf 1848 moeilijk gezien worden als *tutor universae civitatis*.

Benoeming procureurs-generaal geschrapt uit Grondwet

Thorbecke was groot voorstander van een onafhankelijk OM. Zijn visie is duidelijk zichtbaar in het voorstel der negenmannen, dat in 1844 werd ingediend bij de Tweede Kamer. Volgens dit voorstel tot herziening van de Grondwet zouden niet alleen de procureurs-generaal, maar alle OM-ambtenaren voor het leven worden benoemd. Het voorstel kreeg weinig steun in de Tweede Kamer. Meerdere Kamerleden wilde de benoeming voor het leven van de procureurs-generaal bij de gerechtshoven juist afschaffen.⁸⁴ Ook Koning Willem II was tegen een onafhankelijk OM. In 1845 liet hij aan een vertrouweling blijken dat hij de benoeming voor het leven van procureurs-generaal hoogst bedenkelijk vond. De Koning vond het wenselijk om de Grondwet op dit punt te wijzigen, maar hij was in 1845 nog tegen een grondwetsherziening.⁸⁵

In het revolutiejaar 1848 volgden de ontwikkelingen elkaar razendsnel op. Op 8 maart werden door de regering een aantal wetsontwerpen tot wijziging van de Grondwet ingediend. De Koning achtte een beperkte grondwetsherziening noodzakelijk om de maatschappelijke onrust te beteugelen. Een van de ingediende wetsontwerpen betrof de benoeming van de procureurs-generaal. Volgens dit ontwerp bleef de benoeming voor het leven alleen behouden voor de PGHR. De PGHR kon worden belast met het vervolgen van ministers op verdenking van ambtsmisdrijven en moest daarom onafhankelijk van de regering zijn.⁸⁶ Een week na de indiening van dit ontwerp bekeerde Willem II zich in één nacht van conservatief tot liberaal. Op 17 maart benoemde de Koning een staatscommissie onder leiding van Thorbecke. Volgens het grondwetsontwerp van de staatscommissie, dat op 11 april gereed was, werd de benoeming voor het leven uitgebreid naar de parkethoofden van het OM bij de rechtbanken. Het ontwerp ging echter niet zover als het negenmannenvoorstel, waarin alle OM-ambtenaren voor het

⁸¹ 'De repressiemonarchie van koning Willem I', *NRC Handelsblad* 22 maart 2013.

⁸² Van Vugt, p. 63.

⁸³ Delbecke 2012, p. 13.

⁸⁴ Verburg 2004, p. 47.

⁸⁵ Hugenholtz 2008, p. 22.

⁸⁶ Verburg 2004, p. 48.

leven werden benoemd. Minister Nepveu van Oorlog en minister Schimmelpenninck, de voorzitter van de ministerraad, konden het ontwerp van de staatscommissie niet steunen en zij vroegen ontslag aan. In een brief aan de Koning verklaarde minister Nepveu onder andere tegenstander te zijn van een onafhankelijk OM zoals bedoeld door de staatscommissie.⁸⁷

Het was nu aan minister Donker Curtius van Justitie om het grondwetsontwerp door het parlement te loodsen. Alhoewel Donker Curtius lid van de staatscommissie was geweest, weken de voorstellen die door hem werden ingediend bij de Tweede Kamer op een aantal punten af van het ontwerp van de staatscommissie. De bepaling over de parkethoofden was wederom gewijzigd. Volgens het regeringsvoorstel bleef de benoeming voor het leven alleen behouden voor de PGHR. Donker Curtius schreef in de memorie van toelichting dat rechters zo onafhankelijk mogelijk moeten zijn, maar dat de afhankelijkheid van OM-ambtenaren geen invloed heeft op de onafhankelijkheid van de rechtspraak. Een afhankelijk OM was noodzakelijk voor de kracht en eenheid van bestuur.⁸⁸ Dit voorstel was dus in overeenstemming met de visie van Willem II, maar in strijd met de visie van Thorbecke.

De voorstellen van de regering werden door de Tweede Kamer met overweldigende meerderheid aanvaard. Tijdens de parlementaire behandeling van de voorstellen kwam de positie van het OM niet één keer ter sprake.⁸⁹ Dat is hoogst opmerkelijk, aangezien de kwestie in 1827 nog zo controversieel was. Ongetwijfeld speelde de invoering van de ministeriële verantwoordelijkheid hierin een rol. Het parlement kon voortaan controleren of de minister geen misbruik maakte van zijn gezag over het OM. Daarom was de afhankelijkheid van het OM ten opzichte van de regering nu minder problematisch dan in 1827. Thorbecke bleef echter bij zijn standpunt. Terwijl de voorstellen in de Eerste Kamer werden behandeld, schreef hij dat OM-ambtenaren dienaren van het recht moeten zijn, die zich alleen laten leiden door rechterlijke ernst en rechtvaardigheid. Thorbecke lijkt zich hiermee uit te spreken tegen het opportuniteitsbeginsel.⁹⁰ Volgens Thorbecke moest men zich afvragen of: *“strafvervolgning een zwaard mag worden in de hand van het politisch of administratief Bestuur, naar de inzichten van dat Bestuur gezwaaid of in de schede gehouden.”* Volgens Thorbecke moest dit worden voorkomen, omdat niet alleen met het rechterlijke eindvonnis, maar ook met de daaraan voorafgaande vervolgingshandelingen, grote en onherstelbare schade kon worden toegebracht aan verdachten, zelfs als zij daarna zouden worden vrijgesproken.⁹¹

2.3.2 Verplichte herziening Wet RO

In het vijfde additionele artikel van de Grondwet van 1848 was een herziening van de Wet RO verplicht gesteld. De rechterlijke organisatie moest in overeenstemming met de nieuwe Grondwet worden gebracht en moest efficiënter gaan functioneren. De talloze herzieningsvoorstellen die werden ingediend bij de Tweede Kamer, werden echter keer op keer verworpen of ingetrokken, waardoor de herziene Wet RO pas in 1876 in werking trad.⁹² Bij bijna elk herzieningsvoorstel werd tot in den treure gedebatteerd over de positie van het OM, maar daarbij werden weinig nieuwe argumenten aangedragen. De behandeling van het herzieningsvoorstel van 1860 is wel het bespreken waard, omdat het Kamerlid Thorbecke en minister Godefroi uitgebreid debatteerden over waarborgen tegen machtsmisbruik.

Thorbecke sprak tijdens de behandeling van het wetsvoorstel nogmaals de vrees uit dat de minister van Justitie in partijzieke tijden zijn macht over het OM zou misbruiken als een wapen tegen de burgerlijke vrijheden. Omdat de minister ook een vervolging kon verhinderen, beschikte hij in feite

⁸⁷ Verburg 2004, p. 49.

⁸⁸ Verburg 2004, p. 50.

⁸⁹ Verburg 2004, p. 50.

⁹⁰ Pieterman 1990, p. 192.

⁹¹ Thorbecke 1848, p. 95.

⁹² Verburg 2004, p. 55.

over het recht van abolitie, terwijl de grondwetgever van 1848 dit recht juist bij de regering wilde wegnemen.⁹³ Ter verdediging van het wetsvoorstel omschreef minister Godefroi de waarborgen die tegen dit machtsmisbruik bestonden. De eerste waarborg was gelegen in de politieke ministeriële verantwoordelijkheid. Het parlement kon de minister controleren door het stellen van Kamervragen. De tweede waarborg was gelegen in de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid. In de wet van 1855 was bepaald dat een minister zich schuldig aan een ambtsmisdrijf maakt, wanneer hij opzettelijk nalaat de wet uit te voeren of dit grovelijk verzuimt. Volgens Godefroi was hiervan sprake wanneer een minister beveelt een vervolging te staken terwijl hij weet of moest weten dat de vervolging moest plaatsvinden. De derde waarborg was gelegen in de controle door de rechter, die rechtsingang kon weigeren of een vervolging kon bevelen.⁹⁴

Thorbecke leverde, in reactie op de verdediging van Godefroi, kritiek op het feit dat waarborgen tegen machtsmisbruik van de minister waren opgenomen in het Wetboek van Strafvordering. Volgens Thorbecke was het niet duidelijk genoeg dat de bevoegdheden van de rechter verband hielden met de bevelsbevoegdheid van de minister. Als de Wet RO een recht aan de minister toekent waarvan hij misbruik kan maken, dienen de waarborgen tegen dat misbruik in dezelfde wet te worden vastgelegd. De bevoegdheid van de rechter moest bovendien niet alleen een waarborg bieden tegen onrechtmatige bevelen van de minister. De rechter moest altijd kunnen beoordelen of een beoordeling plaats hoort te vinden, ook wanneer dit volgens de wet min of meer facultatief zou zijn.⁹⁵ Godefroi wilde niet verder twisten over dit punt. Indien de Tweede Kamer deze waarborg wilde opnemen in de Wet RO, kon een amendement worden ingediend.⁹⁶ Hierop werd door de Tweede Kamer een amendement aangenomen, waardoor een algemene bevoegdheid van rechters om het OM tot vervolging te bevelen aan het wetsvoorstel werd toegevoegd. Het artikel met deze rechterlijke bevelsbevoegdheid werd onder het artikel met de ministeriële bevelsbevoegdheid geplaatst. Het wetsvoorstel werd aangenomen in de Tweede Kamer en Eerste Kamer. Verschillende Kamerleden maakten kenbaar dat zij tegen het wetsvoorstel zouden hebben gestemd, wanneer het amendement met de bevelsbevoegdheid van rechters niet was aangenomen.⁹⁷

De wet werd bekrachtigd en gepubliceerd, maar is nooit in werking getreden. De regering wilde de invoering van de nieuwe Wet RO gelijkrekken met de herzieningen van de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering, maar deze lieten nog even op zich wachten.⁹⁸ Thorbecke overleed in 1872 aan de gevolgen van een longontsteking. In 1875 werd een ander wetsvoorstel aangenomen dat uiteindelijk in 1876 in werking trad. De bevelbevoegdheid van de minister was onveranderd gebleven in de herziene Wet RO, maar de door Thorbecke voorgestelde bevelsbevoegdheid van de rechter was niet in de nieuwe wet verwerkt.⁹⁹ De herziening veranderde dus niets aan de verhouding tussen de minister en het OM. De parlementaire behandeling heeft echter duidelijk gemaakt hoe het stelsel van checks and balances rondom het OM veranderde door de invoering van ministeriële verantwoordelijkheid.

2.3.3 Wetboek van Strafvordering 1926

Correctie op positieve vervolgingsbeslissing

Met het Wetboek van Strafvordering van 1926 werd het strafproces ingrijpend gemoderniseerd. Het vooronderzoek kreeg meer interne openbaarheid en de positie van de verdachte werd versterkt. De

⁹³ Verburg 2004, p. 67.

⁹⁴ Verburg 2004, p. 70.

⁹⁵ *Handelingen II* 1860/61, p. 163.

⁹⁶ *Handelingen II* 1860/61, p. 172-3.

⁹⁷ Verburg 2004, p. 72.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 1871/72, 10, nr. 8, p. 887.

⁹⁹ Verburg 2004, p. 75.

verdachte kreeg het recht op een raadsman en het recht op inzage van processtukken.¹⁰⁰ Daartegenover stond dat de rechtsingangprocedure, waarin de raadkamer besliste of een gerechtelijk vooronderzoek moest plaatsvinden, geheel werd afgeschaft. De procedure had betekenis verloren door de invoering van het Wetboek van Strafrecht van 1886. In dat wetboek werd geen onderscheid gemaakt tussen misdaden en wanbedrijven, waardoor het vorderen van rechtsingang niet langer verplicht was. Ter compensatie kreeg de verdachte de mogelijkheid om bezwaar aan te tekenen tegen de dagvaarding. Omdat de vervolgingsbeslissing niet langer structureel werd getoetst voorafgaand aan de openbare rechtszitting, werd deze procedure nodig geacht om de verdachte te beschermen tegen lichtvaardige vervolging.¹⁰¹

Ook de beslissing tot verdere vervolging na afloop van een gerechtelijk vooronderzoek werd niet langer genomen door de raadkamer, maar door de officier van justitie. Bovendien werd het opportuniteitsbeginsel, dat in die tijd al algemeen was geaccepteerd in de literatuur, nu gecodificeerd in het Wetboek van Strafvordering.¹⁰² Door deze ontwikkelingen werd de officier van justitie *dominus litis*, de meester van het proces. De rol van de rechter in het vooronderzoek werd lijdelijk.¹⁰³

Correctie op negatieve vervolgingsbeslissing

Zoals besproken in paragraaf 2.2.3, konden burgers die het niet eens waren met een vervolgingsbeslissing van de officier van justitie, hierover klagen bij de procureur-generaal en de minister. In de praktijk bestond verwarring en discussie over de verhouding tussen deze procedure van administratief beroep en de beklagprocedure bij de rechter. Tijdens de parlementaire behandeling van de justitiebegroting in 1904 stelde de minister dat hij zich slechts bij uitzondering diende te bemoeien met individuele strafzaken. Daarom verwees hij belanghebbenden door naar de gerechtelijke beklagprocedure. Deze handelswijze leidde tot kritiek in de juridische literatuur. Verschillende auteurs vonden dat de minister de vervolgingsbeslissing eerst zelf diende te beoordelen. De minister was immers staatsrechtelijk gezien verantwoordelijk voor de beslissingen van de officier van justitie. Strafrechtgeleerde Cnopius was bovendien van mening dat de rechter slechts de haalbaarheid van de vervolging diende te beoordelen. De administratieve procedure daarentegen was ook bedoeld om de wenselijkheid van de vervolging opnieuw te laten beoordelen.¹⁰⁴

Deze discussie werd uiteindelijk beslecht bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafvordering van 1926. Dit nieuwe wetboek werd voorbereid door de staatscommissie-Ort. De staatscommissie vond dat de belanghebbende, indien hij ontevreden was over de vervolgingsbeslissing van de officier van justitie, eerst gebruik diende te maken van de administratieve procedure. Daarom werd in het wetsontwerp geregeld dat de beklagprocedure bij de rechter pas gestart kon worden, nadat de belanghebbende beklag had gedaan bij “de macht bevoegd tot de vervolging en tot het geven van bevelen daartoe”.¹⁰⁵ Gezien zijn bevelsbevoegdheid op grond van de Wet RO, moest dus ook de minister worden aangesproken. Deze procedurele voorwaarde werd uit het wetsvoorstel geschrapt na kritiek van de Raad van State. De verplichting om de bestuurlijke hiërarchie aan te spreken zou een afschrikwekkende werking hebben. Bovendien zouden de vele verzoeken een te grote belasting vormen voor de minister. Minister Heemskerk gaf tijdens de parlementaire behandeling aan dat het om praktische redenen beter is dat de rechter oordeelt over het uitblijven van vervolging. Artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering van 1926 bepaalt daarom dat de belanghebbende rechtstreeks

¹⁰⁰ Bosch 2011, p. 148.

¹⁰¹ Postma 1999, p. 67.

¹⁰² Pieterman 1990, p. 193.

¹⁰³ Verrest 2011, p. 109.

¹⁰⁴ Geelhoed, *TMSv* 2020, p. 53.

¹⁰⁵ *Rapport commissie partiële herziening strafvordering* 1979, p. 6.

bij het gerechtshof kan klagen over het uitblijven van vervolging.¹⁰⁶ Er is gekozen om de rechtbanken niet te belasten met beklagzaken, om de schijn van vooringenomenheid bij latere berechting te vermijden.¹⁰⁷

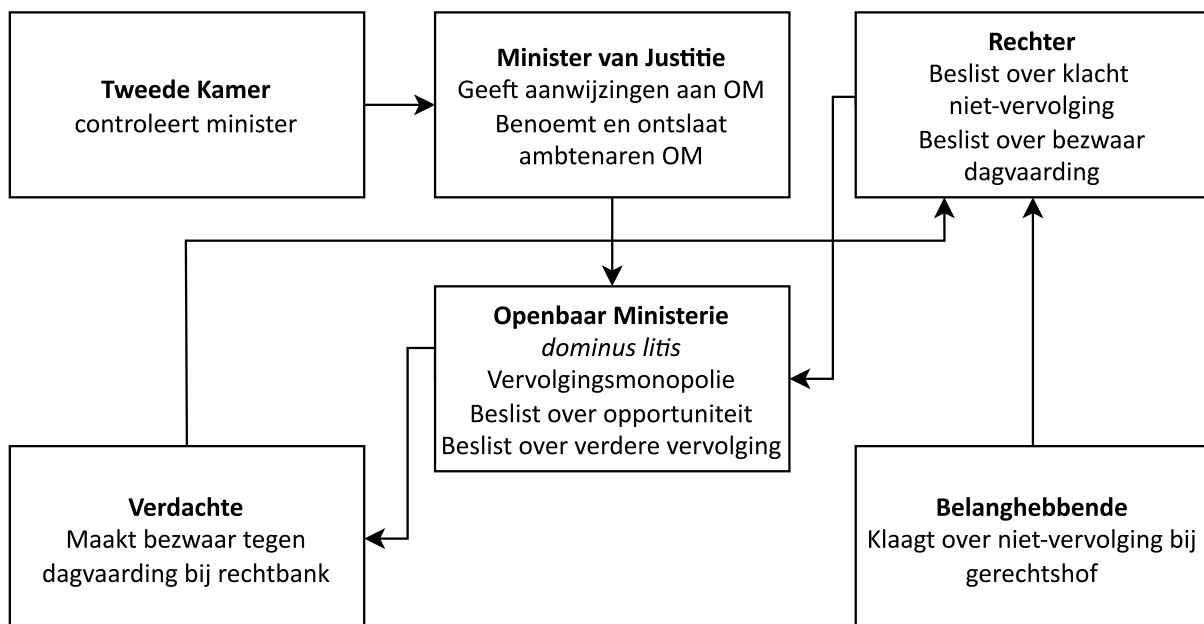
Het nieuwe wetboek maakte ook een einde aan de bevoegdheid van de rechter om een vervolging te bevelen zonder voorafgaand beklag. De staatscommissie-Ort vond de bevoegdheid tot het ambtshalve bevelen van vervolging niet passen bij de lijdelijke rol van de rechter in het vooronderzoek.¹⁰⁸

2.3.4 Tussenbalans

Als we de balans opmaken, zien we dat tussen 1838 en 1926 grote verschuivingen zijn opgetreden in het stelsel van checks and balances rondom het OM. Door de invoering van de ministeriële verantwoordelijkheid verschoof de controle over de regering van de Koning naar het parlement. Het parlement kon controle uitoefenen op het OM door de minister van Justitie ter verantwoording te roepen. De rechterlijke controle over het OM nam juist af. In 1838 besliste de rechter nog over het starten van een gerechtelijk vooronderzoek en over verdere vervolging ter rechtszitting. De rechter kon zelfs vervolging bevelen zonder dat een belanghebbende beklag had gedaan. Vanaf 1926 werd de vervolgingsbeslissing genomen door de officier van justitie. Ook werd het opportuniteitsbeginsel opgenomen in het Wetboek van Strafvordering. De rechter kreeg door deze ontwikkelingen een lijdelijke rol in het vooronderzoek en de officier van justitie werd dominus litis.

Omdat de procureurs-generaal al voor 1848 ontslagen konden worden door de regering, had het schrappen van hun benoeming voor het leven voornamelijk een symbolische waarde. De voorstanders van een onafhankelijk OM trokken definitief aan het kortste eind. Uit het debat tussen Thorbecke en Godefroi blijkt duidelijk dat de wetgever een stelsel van checks and balances rondom het OM wilde creëren. De politieke en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de minister werden gezien als onderdeel van dit stelsel, evenals de rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing.

Figuur 3: Stelsel van checks and balances rondom de vervolgingsbeslissing in 1926



¹⁰⁶ Geelhoed, *TMSv* 2020, p. 55.

¹⁰⁷ *Rapport commissie partiële herziening strafvordering* 1979, p. 6.

¹⁰⁸ *Rapport commissie partiële herziening strafvordering* 1979, p. 6.

2.4 1926-1999: de verzelfstandiging van het OM

2.4.1 Ontwikkeling van politieke verantwoordelijkheid voor het OM

Gedurende de twintigste eeuw, en met name vanaf de jaren 60, veranderde de manier waarop de minister van Justitie politieke verantwoordelijkheid nam voor de handelswijze van het OM. Ik bespreek in deze paragraaf enkele politieke incidenten en uitspraken die kenmerkend zijn voor deze ontwikkeling. In de negentiende eeuw bemoeide de minister zich regelmatig met beslissingen van het OM. Daardoor leek de verantwoordelijkheid van de minister voor handelingen van OM-ambtenaren soms niet veel te verschillen van de ministeriële verantwoordelijkheid voor handelingen van normale rijksambtenaren.¹⁰⁹

Perhimpoean Indonesia

Een van de eerste ministers die tegenover het parlement een ander standpunt in nam, was minister Donner in 1928. Aanleiding vormde de geruchtmakende vervolging van vier Nederlands-Indische studenten die de onafhankelijkheid van Nederlands-Indië nastreefden. De studenten was opruiing ten laste gelegd, maar de rechtbank sprak hen vrij.¹¹⁰ Het voorval leidde tot flinke kritiek van SDAP-Kamerleden op de minister. Het voorarrest zou veel te lang hebben geduurd terwijl de zaak juridisch kansloos was. Kamerlid Mendels vroeg de minister naar zijn rol in deze 'enorme blamage'.¹¹¹ De minister ontkende zich actief met het proces bemoeid te hebben. Volgens de minister was dit niet onverantwoord gezien de bijzondere positie van de minister ten opzichte van het OM, die hij als volgt omschreef:

“Men kan natuurlijk zeggen: de Minister is de chef van het parket, zoals iedere Minister de chef is van de onderhebbende ambtenaren, maar men moet toch niet vergeten, dat de ambtenaren in zooverre in een bijzondere positie verkeerden als te hunnen aanzien geldt, dat zij gecontroleerd worden door een onafhankelijke rechterlijke macht. In dit opzicht is de verhouding van den Minister van Justitie tot het parket niet gelijk te stellen met de verhouding tot andere ambtenaren, want de Minister kan zeggen: wanneer inbreuk gemaakt wordt op de rechten der burgers, dan is daar de rechterlijke macht om de burgers daartegen te beschermen. De Minister mag zich dus van de concrete gedragingen van het parket meer afzijdig houden, omdat hij weet, dat er een tegenwicht is.”¹¹²

Deze uitspraak is opmerkelijk, omdat de minister bewust afstand creëerde tussen het OM en het ministerie van Justitie. Eerdere ministers hadden weliswaar aangegeven dat ze onmogelijk elke OM-beslissing konden controleren, maar dat argument gold voor elke minister ten opzichte van zijn ambtenaren. Donner benadrukte juist het verschil tussen ambtenaren van het OM en normale rijksambtenaren. Hierbij speelde ook een politiek motief mee. Door afstand te creëren kon de minister minder gemakkelijk op blunders van het OM worden afgerekend. Historisch onderzoek toont aan dat de minister wel degelijk heeft aangedrongen op de vervolging van de studenten.¹¹³ In die tijd bemoeide de regering zich vaak met individuele strafzaken. Ook in het parlement werd de minister regelmatig bevroegd over strafzaken die de pers hadden gehaald.¹¹⁴

Ezelproces

Door het welbekende Ezelproces tegen Gerard Reve, dat in 1966 plaatsvond, werd een meer definitieve omslag in het politieke denken over de ministeriële verantwoordelijkheid zichtbaar. Reve had in

¹⁰⁹ Verburg 2004, p. 77-97.

¹¹⁰ Blekendaal, *Historisch Nieuwsblad* 2006, afl. 6.

¹¹¹ *Handelingen I* 1860/1861. p. 621.

¹¹² *Handelingen I* 1860/1861. p. 641.

¹¹³ Blekendaal, *Historisch Nieuwsblad* 2006, afl. 6.

¹¹⁴ Verburg 2004, p. 97-108.

de literaire bundel *Nader tot U* teksten geschreven die door velen als godslastering werden ervaren. Nadat een SGP-Kamerlid door middel van Kamervragen had aangedrongen op een strafrechtelijke vervolging, vroeg de minister Samkalden het OM in Amsterdam om advies. De officier van justitie vond dat Reve zich schuldig had gemaakt aan smadelijke godslastering, maar gaf aan dat de rechter hier anders over kon denken. Toch adviseerde hij om wel te vervolgen, mede omdat Reve hier zelf op had aangedrongen.¹¹⁵

Op het ministerie van Justitie zat men echter niet te wachten op deze strafzaak, zo blijkt uit een ambtelijke nota van advies voor de minister. De ambtenaar die de nota had opgesteld, betwijfelde of de vervolging opportuun was, maar vond het bezwaarlijk om de vervolging tegen te houden. Het OM had immers aangegeven een vervolging wenselijk te vinden. Volgens departementale leer en traditie diende de minister terughoudend te zijn bij het tegenhouden van een strafvervolging. Bij individuele zaken was terughoudendheid nog meer geboden dan bij categoriaal beleid.¹¹⁶ Hierop berichtte de minister aan het OM: “*dat het instellen van een strafvervolging (...) mij verantwoord voorkomt*”. In antwoord op de Kamervragen meldde de minister dat het OM een vervolging zou instellen. Tijdens de rechtszitting legde de officier van justitie uit waarom de minister had besloten dat de zaak aan de rechter moest worden voorgelegd. De pers maakte hieruit op dat minister Samkalden opdracht had gegeven tot het vervolgen van Reve. Samkalden was niet blij met deze berichtgeving. Het OM werd geïnstrueerd om het misverstand recht te zetten: de minister had géén opdracht gegeven tot vervolging. De minister had slechts aangegeven dat vervolging hem verantwoord voorkwam, nadat het OM had aangegeven een vervolging wenselijk te vinden.¹¹⁷

Deze zaak is opmerkelijk, omdat de minister de vervolging wel voor zijn politieke verantwoording wilde nemen, maar tegelijkertijd benadrukte dat het besluit was genomen door het OM. De minister liet zich niet uit over de wenselijkheid van de vervolging. De ambtelijke top van zijn ministerie vond de vervolging onwenselijk, maar het tegenhouden van de vervolging ging hun te ver. De minister berichtte het OM dat de vervolging hem verantwoord voorkwam, wat gezien moet worden als een afstandelijke goedkeuring.¹¹⁸ Hierdoor ontstaat het beeld dat de minister besluiten van het OM slechts marginaal hoeft te toetsen om zijn politieke verantwoordelijkheid te dragen.

Bloemenhovekliniek

In de avond van 18 mei 1976 werd de abortuskliniek Bloemenhove binnengevallen door de politie. Het OM wilde voorwerpen die gebruikt werden voor het plegen van abortus in beslag nemen. Daartoe werden enkele behandelkamers verzegeld, maar tientallen activisten verhinderden dat de inbeslagname werd voltooid.¹¹⁹ De volgende dag moest minister Van Agt met spoed verantwoording afleggen aan de Tweede Kamer. De minister verklaarde dat hij was geïnformeerd over de voorgenomen handelswijze van het OM en hij hiervoor toestemming had gegeven. De Tweede Kamer nam een motie aan, waarin de Minister werd verzocht om het besluit tot inbeslagname te herzien. De Tweede Kamer wilde dat het OM haar vorderingen eerst aan de onafhankelijke rechter zou voorleggen. De Minister gaf direct aan dat hij de motie niet ging uitvoeren. Volgens de minister vormde de motie een ontoelaatbare interventie van de Tweede Kamer in de wijze waarop het OM wel of niet zou mogen handelen.¹²⁰ Het OM besloot na overleg met de minister tot een nieuwe inval die de volgende dag moest plaats vinden. Inmiddels hadden zich ongeveer driehonderd *Dolle Mina's* en andere activisten rondom

¹¹⁵ Verburg 2004, p. 116.

¹¹⁶ Verburg 2004, p. 117.

¹¹⁷ Verburg 2004, p. 118.

¹¹⁸ Vgl. Verburg 2004, p. 191.

¹¹⁹ *Kamerstukken II 1975/76, 13964, nr. 1, p. 2.*

¹²⁰ Verburg 2004, p. 135.

de abortuskliniek verzameld om de politie te stoppen. Op het laatste moment werd de operatie afgeblazen om een confrontatie te voorkomen.¹²¹

Deze zaak is opmerkelijk, omdat de minister vond dat ook het parlement terughoudend moet zijn bij het controleren van het OM in concrete zaken. Eerdere ministers hadden de rol van het parlement nog niet zo expliciet benoemd. Alhoewel de terughoudendheid van het parlement in concrete strafzaken als politieke mos is blijven hangen, lijkt minister Van Agt gebruik te hebben gemaakt van een handig gelegenheidsargument. Het ging om een politiek gevoelige zaak die zich bij uitstek leende voor het activeren van de ministeriële verantwoordelijkheid. De minister had ook daadwerkelijk het voortouw genomen bij de aanpak van de abortuskliniek, waarbij de handelswijze in onderling overleg met het OM tot stand gekomen was. De minister had geen opdracht gegeven, maar dat was ook niet nodig.¹²² De Tweede Kamer mocht de minister daarom verantwoording laten afleggen voor het niet-given van een opdracht.

Verantwoording tijdens begrotingsbehandelingen

Vanaf de jaren 60 tot eind jaren 90 wordt de minister bij de behandeling van de Justitiebegroting regelmatig gevraagd om uitleg te geven over de ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM. Volgens minister Polak was het de taak van de minister om ervoor te zorgen dat de beslissingen van het OM passen in het algemeen beleid en dat geen beslissingen worden genomen waarvoor de minister geen verantwoordelijkheid kan dragen. Het OM kan in bijzondere gevallen de minister vragen om in te stemmen met een bepaalde handelswijze, maar in het algemeen komt de ministeriële verantwoordelijkheid tot uiting door de handelswijze van het OM achteraf te controleren.¹²³ Minister Van Agt leek en stapte verder te gaan door bij de behandeling van de Justitiebegroting van 1975 te stellen dat de minister zijn verantwoordelijkheid niet op elk beleidsonderdeel geldend hoefde te maken. In het jaarverslag van het OM, dat was toegestuurd aan het parlement, schreven de procureurs-generaal dat de minister het algemene beleid van het OM slechts marginaal toetst.¹²⁴ Na kritische vragen in de Eerste Kamer kwam Van Agt echter terug op zijn standpunt en corrigeerde de procureurs-generaal: *“Het is geen punt van twijfel, dat aan het OM een grote mate van zelfstandigheid toekomt bij de uitoefening van haar bevoegdheden, maar evenzeer staat het buiten kijf, dat de hoofdlijnen van het beleid van het OM niet zonder toestemming, laat staan zonder voorkennis van de Minister van Justitie worden vastgesteld. (...) De Minister van Justitie [is] voor het algemene beleid van het OM ten volle, dus niet slechts marginaal, verantwoordelijk tegenover het parlement.”*¹²⁵ Kortom: de minister van Justitie dient wel terughoudend te zijn in concrete strafzaken, maar niet in algemene beleidskwesties. In de jaren 80 en jaren 90 heeft geen enkele minister een ander standpunt ingenomen.¹²⁶

Commissie-Donner over ongeschreven regels

Minister van Justitie Hirsch Ballin riep in 1993 de commissie-Donner in het leven om organisatorische problemen bij het OM te laten onderzoeken. Het rapport dat deze commissie in 1994 publiceerde, leidde uiteindelijk tot de reorganisatiewet van 1999 die in de volgende paragraaf wordt besproken. In het rapport werd echter ook de verantwoordelijkheid van de minister besproken. Volgens de commissie was de discussie over de ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM *“een permanente discussie over politieke ethiek, mores, ongeschreven regels en vooral over politieke redelijkheid; deze verandert*

¹²¹ Kamerstukken II 1975/67, 13964, nr. 1, p. 2.

¹²² Bosch 2011, p. 61.

¹²³ Verburg 2004, p. 123.

¹²⁴ Verburg 2004, p. 132.

¹²⁵ Verburg 2004, p. 134.

¹²⁶ Verburg 2004, p. 121-187.

met de tijd". Tegelijkertijd benadrukt de commissie dat het hier niet gaat om een rechtsvraag, maar om een politieke vraag.¹²⁷

Deze passage is opmerkelijk, omdat de commissie spreekt over ongeschreven regels. De ongeschreven regel van terughoudendheid waarover de commissie schreef is ook in de huidige Wet RO niet terug te vinden. Tijdens de parlementaire behandeling van de reorganisatiewet is de norm wel uitgebreid besproken. Dit komt aan bod in paragraaf 4.1.2 over constitutionele conventies.

2.4.2 Maatschappelijke ontwikkelingen en reorganisatie OM

Op 1 juni 1999 trad de *Wet reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket* in werking. Deze wet wordt hierna aangeduid als de Wet reorganisatie OM of simpelweg als de reorganisatiewet. De reorganisatiewet was het gevolg van een aantal brede maatschappelijke ontwikkelingen in de twintigste eeuw. Die ontwikkelingen en de organisatiestructuur van het OM sinds 1999 worden in deze paragraaf besproken. Met de reorganisatiewet werd ook de verhouding tussen de minister en het OM opnieuw vastgelegd in de Wet RO, maar deze bepalingen worden inclusief parlementaire geschiedenis besproken in hoofdstuk 3.

Ontwikkeling van strafvervolging als beleidsinstrument

In de twintigste eeuw groeide het aantal strafzaken enorm doordat de overheid zich steeds meer bezighield met het ordenen van de samenleving. Nederland was veranderd van een nachtwakerstaat in een verzorgingsstaat. Het OM kreeg te maken met economische delicten, milieudelicten en verkeersovertredingen. De toename aan regels maakte dat het OM steeds meer beleidskeuzes moest maken.¹²⁸ Begin jaren '70 veranderde de invulling van het opportuniteitsbeginsel, waarbij het uitgangspunt verschoof van *vervolgen, tenzij* naar *alleen vervolgen indien*.¹²⁹ Door ontzuiling en emancipatie nam bovendien de vanzelfsprekendheid van het overheidsgezag af. Het handelen van het OM leverde steeds vaker kritiek op vanuit de samenleving. Hierbij speelde mee dat de strafbaarstelling van feiten zoals abortus en softdrugsgebruik ter discussie kwam te staan. Het vervolgen van deze delicten stuitte op onbegrip in de samenleving. Het OM moest daarom steeds vaker maatschappelijke gevoelens betrekken in het vervolgingsbeleid.¹³⁰

De uit 1827 daterende interne organisatie van het OM was echter niet geschikt voor beleidsmatige strafrechtstoepassing. Volgens de wet was nog steeds sprake van een hiërarchische piramide gekoppeld aan de gerechten van de rechterlijke organisatie. De hoogste ambtenaar binnen het OM was daarom formeel gezien de PGHR, maar deze ambtenaar bemoeide zich in de praktijk nauwelijks met de arrondissements- en resortsparketten. Nadat de PGHR in 1848 als enige lid van het OM voor het leven werd benoemd, hield hij zich hoofdzakelijk bezig met het adviseren van de Hoge Raad. De feitelijke leiding van het OM lag in handen van de procureurs-generaal bij de gerechtshoven. Centrale aansturing kon plaatsvinden via circulaires van de minister van Justitie. Deze vorm van sturing werd door de maatschappelijke ontwikkelingen in de twintigste eeuw echter te incidenteel geacht om te komen tot een samenhangend vervolgingsbeleid. In 1935 kwamen de procureurs-generaal voor het eerst bijeen om elkaar te informeren over beleidskwesties.¹³¹ Deze vergaderingen werden na de oorlog steeds belangrijker voor het maken van een gezamenlijk vervolgingsbeleid. De vergaderingen vonden meestal plaats onder het voorzitterschap van de secretaris-generaal van het ministerie van Justitie. Aan de vergadering waren echter geen wettelijke bevoegdheden toegekend en daarom konden geen

¹²⁷ *Rapport commissie Donner* 1994.

¹²⁸ Lindeman 2017, p. 45.

¹²⁹ Lindeman 2017, p. 48.

¹³⁰ Lindeman 2017, p. 46.

¹³¹ Bosch 2011, p. 64.

intern bindende beleidsregels worden gemaakt. In 1972 bracht het OM wel voor het eerst een jaarverslag uit, waaruit bleek dat het OM zelfstandig beleidsdoelen wilde vaststellen en nastreven. Het OM beschouwde zich steeds meer als een autonome organisatie.¹³²

Aanloop naar de Wet reorganisatie OM

In de jaren '90 kreeg de discussie over de staatsrechtelijke positie en taak van het OM een nieuwe impuls. De Nederlandse Vereniging Voor de Rechtspraak organiseerde in 1991 een congres met als onderwerp: “*De officier van justitie, magistraat of bestuursambtenaar?*”. Strafrechtjuristen en hoge OM-ambtenaren betoogden dat het OM te veel werd beschouwd als een buitendienst van het ministerie van Justitie en dat OM-ambtenaren hun eigen magistratelijkheid moesten benadrukken.¹³³ Advocaat-generaal Meijers riep de leden van het OM zelfs op om zich in de toekomst krachtiger te verzetten tegen de invloed van de minister van Justitie. Minister van justitie Hirsch Ballin gaf ook een toespraak op het congres en sloeg een enigszins verzoenende toon aan. Volgens de minister was het staatsrechtelijk gezien onzinnig om te spreken over het OM dat zijn onafhankelijkheid dreigde te verliezen, maar het was evenzeer onzinnig om OM-ambtenaren gelijk te stellen met ambtenaren die krachtens mandaat van de minister besluiten nemen.¹³⁴ Het OM zelf mengde zich ook uitdrukkelijk in de discussie. In 1992 zonden vijf procureurs-generaal bij de gerechtshoven de zogenoemde *Paasbrief* naar minister Hirsch Ballin. De open brief was in moeilijk jargon geschreven, maar kwam er in feite op neer dat de minister van Justitie zich minder moest bemoeien met het OM.¹³⁵

In diezelfde periode nam de kritiek vanuit de politiek op het functioneren van het OM toe. Er was veel media-aandacht voor ‘vormfouten’ die tijdens strafzaken aan het licht kwamen. Ook de misdaadcijfers waarover de media berichtten, schetsten een negatief beeld: in 1992 werd slechts 19 procent van alle geregistreerde delicten opgelost, terwijl in 1960 nog 60 procent van alle geregistreerde misdrijven werd opgehelderd.¹³⁶ Verschillende politici vonden dat het OM slagvaardiger moest worden en dat de minister meer verantwoordelijkheid voor het beleid van het OM moest dragen. Minister Hirsch Ballin benoemde in 1993 een commissie onder leiding van Donner. Deze commissie moest het functioneren van het OM onderzoeken en aanbevelingen doen om dit functioneren te verbeteren.

De commissie publiceerde in 1994 een rapport waarin een ingrijpende reorganisatie van het OM werd geadviseerd. De commissie had geconstateerd dat binnen de parketten individuele professionaliteit centraal stond, maar daardoor kon het OM haar beleidsmatige taken niet adequaat uitvoeren. Het OM was in te grote mate een organisatie van individuen.¹³⁷ Om efficiënter te werken, was er meer specialisatie nodig binnen het OM. Door de oude structuur van arrondissementsparketten die ondergeschikt waren aan ressortsparketten, konden werkprocessen niet efficiënt genoeg worden ingericht. Er moest meer specialisatie binnen afdelingen komen, zodat officieren zich niet bezighielden met allerlei soorten zaken tegelijkertijd. Verder moest er een landelijke leiding van het OM komen, die de organisatie op een beleidsmatige en doeltreffende wijze kon aansturen. Procureur-generaal Winnie Sorgdrager noemde het rapport “pijnlijk, maar niet verrassend”.¹³⁸ Sorgdrager werd in 1994 minister van Justitie en zette een wetgevingstraject in gang, dat in 1999 zou leiden tot een gereorganiseerd OM. In 1995 werd, vooruitlopend op deze reorganisatie, het college van procureurs-generaal ingesteld.¹³⁹

¹³² Lindeman 2017, p. 48.

¹³³ Verburg 2004, p. 180.

¹³⁴ Verburg 2004, p. 184.

¹³⁵ Verburg 2004, p. 192.

¹³⁶ Brommet 2001, p. 85.

¹³⁷ Brommet 2002, p. 86.

¹³⁸ Brommet 2002, p. 87.

¹³⁹ *Kamerstukken II 1994/95, 24034, nr. 1.*

De discussie over de staatsrechtelijke positie van het OM werd onderwerp van de publieke belangstelling toen minister Sorgdrager in 1996 haar visie deelde in een Kamerbrief. Volgens de minister waren officieren van justitie rijksambtenaren die in een hiërarchische verhouding met de minister staan. Het OM was een bestuursorgaan dat in de leer van de *trias politica* deel uitmaakt van de uitvoerende macht.¹⁴⁰ Deze Hollandse directheid zorgde voor grote onrust. Er volgde een pennenstrijd op de opiniepagina's van landelijke dagbladen. Hoogleraren strafrecht leverden felle kritiek op het standpunt van de minister. De Doelder stelde dat de minister de bijl aan de wortel van het bestaansrecht van het OM had gezet. Schalken sprak over een OM-coup. Staatrechtsgeleerde Cliteur, een liefhebber van polemieken, was juist blij met de heldere taal van de minister en stelde dat een onafhankelijk OM niet past in een democratische rechtsstaat. Schalken kon zichzelf beter hoogleraar strafopinie noemen, daar hij zijn opvattingen over de gewenste juridische situatie voortdurend verwarde met de daadwerkelijke juridische situatie.¹⁴¹

Het reorganisatietraject kwam in een stroomversnelling door de IRT-affaire.¹⁴² Een parlementaire enquêtecommissie constateerde in 1996 dat sprake was van een crisis in de strafrechtelijke opsporing door ontbrekende normen en onduidelijke gezagsverhoudingen. Officieren van justitie hadden te weinig controle over de politie en procureurs-generaal hadden te weinig controle op de arrondissementsparketten. Door het ontbreken van duidelijke gezagsverhoudingen kon ook de minister van Justitie onvoldoende controle uitoefenen op het OM. Het is niet verwonderlijk dat de politiek in die tijd weinig voelde voor een onafhankelijk OM. Het wetsvoorstel van minister Sorgdrager dat in 1997 werd ingediend bij de Tweede Kamer, bracht niet de onafhankelijkheid van het OM waarop sommigen hadden gehoopt. Sorgdrager vond dat de minister van Justitie verantwoordelijk moest blijven voor het OM. De Eerste en Tweede Kamer vonden dat democratische controle op het OM mogelijk moest blijven. Een onafhankelijk OM deed afbreuk aan het "primaat van de politiek".¹⁴³ Het wetsvoorstel werd in 1998 aangenomen in de Tweede Kamer en in 1999 aangenomen in de Eerste Kamer. De wetgever beoogde de volledige zeggenschap van de minister van Justitie over het OM niet te wijzigen.¹⁴⁴ Wel werd de verhouding tussen minister en OM duidelijker vastgelegd en met waarborgen omgeven.

Organisatiestructuur van het OM sinds 1999

Door de Wet reorganisatie OM kreeg het OM een nieuwe organisatiestructuur. De huidige organisatiestructuur van het OM komt hiermee grotendeels overeen. Het College van procureurs-generaal (hierna: het College) vormt de centrale leiding van het OM en wordt bijgestaan door de ambtelijke staf van het Parket-Generaal. Er is niet gekozen voor een eenhoofdige leiding van het OM, omdat dit het risico van een te grote machtsconcentratie met zich meebracht.¹⁴⁵ De voorzitter van het OM heeft wel een enigszins aparte status, omdat hij functioneert als het eerste aanspreekpunt van de minister. De voorzitter kan echter zonder de instemming van het College geen afspraken met de minister maken die het OM binden. Het College dient bij het nemen van besluiten te streven naar consensus, maar indien geen consensus mogelijk is, wordt besloten bij meerderheid van stemmen. Indien de stemmen staken, geeft de stem van de voorzitter de doorslag.¹⁴⁶

Zowel de arrondissementsparketten als de ressortsparketten zijn rechtstreeks ondergeschikt aan het College. De oude hiërarchie, waarin de parketten bij de rechtbanken ondergeschikt waren aan de

¹⁴⁰ *Kamerstukken II 1995/96*, 24034, nr. 13, p. 5.

¹⁴¹ Verburg 2004, p. 242.

¹⁴² Verhey, *NJCM-Bulletin 2001*, p. 174.

¹⁴³ Verhey, *NJCM-Bulletin 2001*, p. 174.

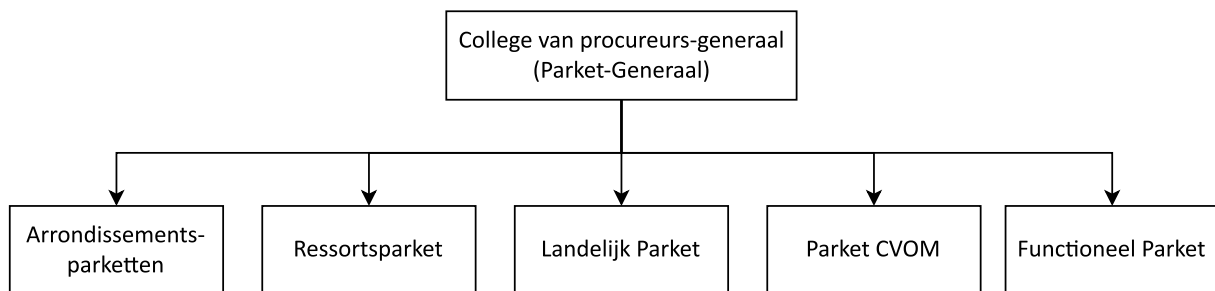
¹⁴⁴ *Kamerstukken II 1996/79*, 25392, nr. 3, p. 22.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II 1996/79*, 25392, nr. 3, p. 7.

¹⁴⁶ *Kamerstukken II 1996/79*, 25392, nr. 3, p. 8.

parketten bij de gerechtshoven, is doorbroken. De Procureur-generaal bij de Hoge Raad en zijn parket maken geen deel meer uit van het OM.¹⁴⁷ Met de reorganisatiewet werd ook het landelijk parket ingesteld. Het landelijk parket is belast met de opsporing en vervolging van ernstige vormen van criminaliteit zoals terrorisme en drugshandel.¹⁴⁸ In de periode na 1999 hebben nog enkele wijzigingen plaatsgevonden in de organisatie van het OM. In 2006 werd het Functioneel Parket ingesteld. Dit parket is belast met strafzaken waarin een bijzondere opsporingsdienst het opsporingsonderzoek doet. Voorbeelden van bijzondere opsporingsdiensten zijn de FIOD en de NVWA. In 2013 werden de vijf ressortsparketten samengevoegd tot een landelijk ressortsparket. Het Parket Centrale Verwerking OM is het nieuwste parket van het OM. Dit parket werd in 2014 opgericht en is belast met verkeerszaken.¹⁴⁹

Figuur 4: Huidige interne organisatiestructuur OM



2.4.3 Tussenbalans

De periode van 1926 tot 1999 wordt gekenmerkt door de verzelfstandiging van het OM ten opzichte van de regering. In de eerste plaats was deze verzelfstandiging het gevolg van een afname van parlementaire controle. Door een reeks van politieke gebeurtenissen ontstond het beeld dat de minister het handelen van het OM in individuele strafzaken alleen marginaal hoeft te toetsen. In de tweede plaats was de verzelfstandiging het gevolg van organisatorische ontwikkelingen. In 1926 bestond het OM nog uit een verzameling van losse parketten die werden aangestuurd vanuit het ministerie van Justitie. In 1999 was een landelijke organisatie ontstaan, die zelfstandig beleidsdoelen kon formuleren. Bovendien kreeg het OM meer beleidsvrijheid in de strafvervolging, doordat de invulling van het opportuniteitsbeginsel was verschoven van *vervolgen tenzij* naar *alleen vervolgen indien*.

¹⁴⁷ Verhey, *NJCM-Bulletin 2001*, p. 182.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II 1996/79*, 25392, nr. 3, p. 16.

¹⁴⁹ Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 126.

2.5 Conclusie hoofdstuk 2

De staatsrechtelijke positie van het Nederlandse OM is geen rustig bezit, dat moge inmiddels duidelijk zijn. In dit hoofdstuk is beschreven hoe hierover al sinds de totstandkoming van Koninkrijk wordt gediscussieerd. Een groot gedeelte van de discussie richtte zich op de vraag of OM-ambtenaren onder het gezag van de regering horen te staan. Veel staatslieden en rechtsgeleerden hebben in de afgelopen twee eeuwen beargumenteerd waarom hun standpunt het juiste was, maar hun argumenten zullen hedendaagse lezers niet snel overtuigen. De overwegingen die ten grondslag liggen aan het ontstaan van de huidige verhouding tussen de regering en het OM, zijn in veel gevallen uitsluitend relevant in de toenmalige context. Volgens Van Maanen moest het OM onder de controle van de regering moest staan, zodat OM-ambtenaren het standpunt van de regering konden verwoorden bij de rechter. Tegenwoordig willen ministers het standpunt van het OM in concrete strafzaken slechts marginaal toetsen. Volgens Thorbecke moesten OM-ambtenaren net als rechters op onafhankelijke wijze de wet toepassen. Tegenwoordig wordt het opportuniteitsbeginsel beleidsmatig gehanteerd. Godefroi vond dat het OM onder controle van de minister moest staan, maar zag de rechtsingangprocedure als een belangrijk tegenwicht. Dit tegenwicht bestaat nu niet meer. Jan Donner stelde zich terughoudend op tegenover het OM omdat de onafhankelijke rechter het OM kon controleren. Door de opkomst van het bestuursrecht kan de rechter vrijwel elke overheidsdienst controleren. Deze contextafhankelijkheid loopt dus als rode draad door de ontstaansgeschiedenis van het OM.

De neiging om het Nederlandse OM in te delen bij een van de drie staatsmachten uit de leer van Montesquieu, is niet onbegrijpelijk. Het Franse OM werd immers gezien als een onderdeel van de uitvoerende macht. De Nederlandse wetgever heeft het OM ingesteld als een onderdeel van de rechterlijke organisatie. De wet maakte al in 1827 een rechtspositioneel onderscheid tussen normale rijksambtenaren en de rechterlijke ambtenaren van het OM. Tot 1848 bepaalde de Grondwet zelfs dat de procureurs-generaal voor het leven werden benoemd. Aan de andere kant heeft het Nederlandse OM altijd onder controle van de regering gestaan. OM-ambtenaren waren verplicht om bevelen van de minister op te volgen en zijn dat nog steeds. Zeker in vergelijking met rechters, hebben OM-ambtenaren ook nooit volwaardige rechtspositionele onafhankelijkheid genoten. OM-ambtenaren konden al voor 1848 worden ontslagen bij koninklijk besluit, op basis van de ruim geformuleerde ontslaggronden van de Wet RO. Verdedigd kan worden dat het OM door de Nederlandse (grond)wetgever werd beschouwd als de vertegenwoordiging van de uitvoerende macht bij de rechterlijke macht.

Ik betwijfel echter of de leer van de trias politica behulpzaam is bij het verklaren of beschrijven van de staatsrechtelijke positie van het OM. Wie beweert dat het OM is ingedeeld bij de rechterlijke macht, miskent dat OM-ambtenaren volgens de wet nooit functionele of rechtspositionele onafhankelijkheid van de regering hebben genoten. Wie beweert dat het OM is ingedeeld bij de uitvoerende macht, miskent dat het OM als onderdeel van de rechterlijke organisatie altijd een bijzondere positie ten opzichte van de regering heeft ingenomen. Dit hoofdstuk toont aan dat in de Nederlandse strafvoordring geen sprake is van een strikte machtenscheiding op basis van de trias politica. Het debat tussen Thorbecke en Godefroi illustreert hoe de wetgever in plaats daarvan een *stelsel van checks and balances* heeft gecreëerd. Het OM beschikt in dit stelsel over aanzienlijke macht, maar de minister en de rechter kunnen het OM controleren. Het parlement kan op zijn beurt de minister controleren. Daardoor is sprake van een machtsevenwicht tussen het OM, de minister, het parlement en de rechter.

Het stelsel van checks and balances ontwikkelde zich in de afgelopen twee eeuwen als een samenhangend geheel. De staatsrechtelijke positie van het OM kan niet worden verklaard door slechts een gedeelte van dit stelsel te analyseren. In 1838 stond het OM onder het gezag van de regering zonder dat het parlement democratische controle kon uitoefenen. Het tegenwicht werd in die tijd geboden door de rechter, die een dominantie positie bekleedde tijdens het vooronderzoek en bij het

nemen van de vervolgingsbeslissing. Na 1848 verschoof de controle over de regering van de Koning naar het parlement. De benoeming voor het leven van de procureurs-generaal als waarborg tegen machtsmisbruik van regering was daarom niet langer nodig. In 1926 verschoof de controle over het vooronderzoek en de vervolgingsbeslissing in substantiële mate van de rechter naar het OM. De verdachte kreeg meer verdedigingsrechten als tegenwicht. In de twintigste eeuw ging de minister zich terughoudender opstellen bij het toetsen van de handelwijze van het OM in concrete strafzaken. Tegelijkertijd werd de strafvervolging steeds meer gezien als een beleidsinstrument, waardoor de parlementaire controle op het algemene vervolgingsbeleid toenam.

De ontwikkeling van de staatsrechtelijke positie van het OM is vervlochten met historische ontwikkelingen in het strafproces. In dit hoofdstuk zijn drie van deze kenmerken van het strafproces beschreven die maken dat het OM een belangrijke positie in het staatsbestel inneemt:

1. Het strafproces gaat uit van een vervolgingsmonopolie;
2. De strafvervolging is ondergebracht bij een landelijke organisatie met een interne hiërarchie;
3. Het strafproces gaat uit van het opportuniteitsbeginsel.

Deze inrichting van het strafproces is niet zozeer het gevolg van de staatsrechtelijke verhoudingen, maar veeleer de oorzaak ervan. De strafvervolging door burgers werd afgeschaft om misbruik van het recht te voorkomen en omdat misdaden werden gezien als een inbreuk op maatschappelijke belangen. Het Franse rechterlijke organisatie bleef behouden, mede zodat de rechtseenheid in de strafvordering kon worden gewaarborgd. Het opportuniteitsbeginsel werd uit noodzaak geboren, maar maakt nu beleidskeuzes in de strafvervolging mogelijk. De staatsrechtelijke verhoudingen tussen het OM, de rechter, de minister door de wetgever zijn afgestemd op ontwikkelingen in het strafproces. Bij het onderzoeken van het positieve recht mag de wisselwerking tussen het strafproces en de staatsrechtelijke verhoudingen niet uit het oog worden verloren.

3. De gezagsverhouding tussen minister en OM

In dit hoofdstuk wordt de gezagsverhouding tussen de minister en het OM besproken als een onderdeel van het stelsel van checks and balances. Om deze relatie volledig te doorgronden zijn hoofdstukken 4 en 5 ook van belang. Ik zal waar nodig kort vooruitblikken, om aan het einde van dit hoofdstuk tot een deelconclusie te komen. In dit hoofdstuk wordt niet alleen de aanwijzingsbevoegdheid, maar ook de informele ministeriële betrokkenheid bij strafzaken besproken. Omdat art. 117 Gw in de literatuur meermaals is aangehaald als grondwettelijk kader voor de verhouding tussen de minister en het OM, begin ik dit hoofdstuk met een bespreking van de grondwettelijke positie van het OM.

3.1 Grondwettelijke positie van het OM

Het OM komt als instituut niet voor in de Nederlandse Grondwet, maar toch wordt art. 117 Gw gebruikt om het OM een zelfstandige positie toe te dichten.¹⁵⁰ Art. 117 lid 1 Gw bepaalt dat de “leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast” voor het leven worden benoemd. Uit de woorden “met rechtspraak belast” kan volgens verschillende auteurs worden afgeleid dat leden van het OM, alhoewel niet met rechtspraak belast, leden van de rechterlijke macht zijn. Zij concluderen vervolgens dat de minister, als zijnde een lid van de uitvoerende macht, terughoudend moet omgaan met zijn aanwijzingsbevoegdheid. Deze theorie stamt uit de jaren ‘80 van de vorige eeuw.¹⁵¹ Het Kamerlid Groothuizen haalde art. 117 Gw aan in de memorie van toelichting bij het initiatiefvoorstel Wet verval bijzondere aanwijzingsbevoegdheden OM.¹⁵² Volgens Groothuizen past onafhankelijkheid bij de taak van de leden van het OM, gezien hun grondwettelijke positie binnen de rechterlijke macht.¹⁵³

De redenering berust op een misvatting over de grondwettelijke terminologie. De term “rechterlijke macht” verwijst in art. 117 Gw niet naar een van de drie basistaken van de staat die zijn omschreven in de leer van de trias politica. De Grondwet regelde voor 1983 dat de rechterlijke macht als functie werd uitgeoefend door de rechters van de rechterlijke macht als organisatie. De term “rechterlijke macht” kon dus verwijzen naar de staatsmacht in functionele zin of naar het orgaancomplex waartoe de rechters behoren.¹⁵⁴ Uit de formulering van art. 117 Gw blijkt dat leden van het orgaancomplex rechterlijke macht niet noodzakelijkerwijs rechter zijn, maar daaruit volgt niet dat alle leden van het orgaancomplex in hun functie de rechterlijke macht uitoefenen. Met de grondwetsherziening van 1983 werd het functionele onderscheid tussen de drie staatsmachten geschrapt uit de Grondwet. Volgens de staatscommissie-Cals/Donner droeg het onderscheid van de trias politica weinig bij aan de verduidelijking van de staatsrechtelijke structuur. De staatscommissie zag wel voldoende aanleiding om de “ingeburgerde term” rechterlijke macht te handhaven als aanduiding van het orgaancomplex. Wie door het lezen van de Grondwet te weten wil komen welke instanties behoren tot dit orgaancomplex, komt echter bedrogen uit. De grondwetgever wilde dat de formele wetgever de vrijheid behield om de bestuursrechtspraak op een later moment onder te brengen bij het orgaancomplex rechterlijke macht. Daarom kan de term rechterlijke macht nu als een “predicaat” worden toegekend aan een rechterlijke instantie. Deze verwarrende grondwettelijke terminologie maakt het mogelijk dat een griffier bij de Hoge Raad, die niet met rechtspraak is belast, *wel* een lid is van de rechterlijke macht, maar een raadsheer van de Centrale Raad van Beroep *niet*.¹⁵⁵

De term “rechterlijke macht” in art. 117 Gw kan dus het beste begrepen worden als een verwijzing naar de rechterlijke organisatie. Het OM is volgens de Wet RO een onderdeel van de rechterlijke orga-

¹⁵⁰ Zie voor een overzicht van auteurs: Van Daele 2003, p. 120.

¹⁵¹ Verburg 2004 p. 174.

¹⁵² *Kamerstukken II*, 2020/21, 35768, nr. 3, p. 1.

¹⁵³ Groothuizen, *NJB* 2021/655.

¹⁵⁴ Van der Pot/Elzinga, Hoogers & De Lange 2014, p. 610.

¹⁵⁵ Boogaard 2021, *Commentaar op artikel 116 van de Grondwet*.

nisatie, maar de grondwetgever heeft geen onafhankelijkheidswaarborg aan deze positie verbonden. Tijdens de parlementaire behandeling van de grondwetherziening van 1983 was de regering hier duidelijk over. Er bestond “*geen reden om in de Grondwet vast te leggen dat het Openbaar Ministerie in bepaalde mate zelfstandig is*”. De regering benadrukte dat leden van het OM volgens de Wet RO ondergeschikt zijn aan de minister en dat het seponeren van strafzaken geen rechterlijke taak is.¹⁵⁶

Art. 117 Gw zou hoogstens kunnen bepalen dat OM-ambtenaren leden van het orgaancomplex rechterlijke macht zijn, maar zelfs dat kan ik niet uit het artikel afleiden. De aanduiding “leden van de rechtelijke macht met rechtspraak belast” kwam niet voor in de Grondwet van 1848, terwijl de grondwetgever in dat jaar besloot om de benoeming van OM-ambtenaren uit de Grondwet te halen. De formulering van het huidige artikel is het gevolg van een grondwetsherziening in 1887 die niets met het OM van doen had. De grondwetsherziening van 1887 werd aangegrepen als mogelijkheid om eerdere wijzigingen van de Wet RO ook grondwettelijk vast te leggen. De belangrijkste wijziging betrof de kantonrechters, die sinds 1877 volgens de Wet RO werden benoemd voor het leven terwijl de Grondwet van 1848 dit niet vereiste.¹⁵⁷ De staatscommissie-Heemskerk wilde het artikel over de onafzetbaarheid van rechters zo algemeen mogelijk formuleren en richtte de tekst daarom op alle leden van de rechtelijke macht. De toevoeging “met rechtspraak belast” was bedoeld om griffiers en OM-ambtenaren uit te zonderen van de werking van het artikel.¹⁵⁸ Dit verklaart waarom de positie het OM geheel niet ter sprake kwam bij de parlementaire behandeling van het artikel.¹⁵⁹ De opstellers van het artikel beoogden geen enkel rechtsgevolg ten aanzien van het OM. Zij dienden bij het formuleren van de bepaling slechts rekening te houden met de omstandigheid, dat OM-ambtenaren volgens de wet in formele zin deel uitmaken van de rechterlijke organisatie. Voor het OM is grondwettelijk gezien niets veranderd sinds 1848, toen het huidige art. 117 Gw nog niet bestond.

Art. 117 Gw bepaalt dus niet dat het OM als instituut een onderdeel is van het orgaancomplex rechterlijke macht. Die positie vloeit ook niet voort uit andere grondwetsartikelen. Art. 116 lid 1 Gw, waarin de formele wetgever wordt opgedragen om gerechten aan te wijzen die behoren tot de rechterlijke macht, kan geen betrekking hebben op het OM, omdat het OM geen gerecht is. Art. 113 lid 1 Gw, waarin de berechting van strafbare feiten wordt opgedragen aan de rechterlijke macht, kan geen betrekking hebben op OM-ambtenaren, omdat OM-ambtenaren geen strafbare feiten berechten.¹⁶⁰ De formele wetgever mag het OM opheffen en mag strafvorderlijke bevoegdheden rechtstreeks toekennen aan de minister van Justitie, zodat zijn departementsambtenaren strafbare feiten kunnen vervolgen via een mandaatconstructie. Deze hypothetische wetswijziging is net zomin in strijd met de Grondwet als een wetswijziging waarmee de bestuursrechtspraak in eerste aanleg wordt weggehaald bij de rechterlijke organisatie.

Hieruit volgt dat art. 117 Gw ook niet bepaalt dat OM-ambtenaren, griffiers of bestuursrechters “leden van de rechterlijke macht” zijn. Het artikel bepaalt alleen ten aanzien van bestuursrechters dat zij voor het leven worden benoemd, *indien* zij leden van de rechterlijke macht zijn. Ten aanzien van OM-ambtenaren en griffiers kan slechts uit het artikel worden afgeleid dat zij leden van de rechterlijke macht *zouden kunnen zijn*. De Grondwet sluit hierin niets uit maar bepaalt ook niets. Bovendien maakt art. 117 Gw geen onderscheid tussen een advocaat-generaal en een rechtenstudent met bijbaan als buitengriffier. Het rechtspositionele onderscheid is afkomstig van de formele wetgever en niet van de grondwetgever. De impliciete erkenning van de staande magistratuur die door sommigen in dit artikel

¹⁵⁶ *Kamerstukken II 1980/81, 16162, nr. 3, p. 5; Kamerstukken II 1980/81, 16162, nr. 8, p. 8.*

¹⁵⁷ Van den Eijnden 2011, p. 184.

¹⁵⁸ Buijs 1888, p. 322.

¹⁵⁹ Verburg 2004, p.95.

¹⁶⁰ *Kamerstukken I 1980/81, 16162, nr. 100b, p. 5.*

werd gelezen, is van meet af aan bedoeld geweest om te voorkomen dat de Grondwet iets regelt over OM-ambtenaren en griffiers. Dat het artikel een eeuw later juist om die reden werd aangehaald is dan ook tamelijk ironisch.

3.2 Aanwijzingsbevoegdheid in de Wet RO

Door de Wet reorganisatie OM werd de oude bevelsbevoegdheid vervangen door de nieuwe aanwijzingsbevoegdheid in art. 127 RO. Dit artikel luidt als volgt: *“Onze Minister kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie”*. De Wet RO bevat geen inhoudelijke inperkingen van de aanwijzingsbevoegdheid. Ministeriële aanwijzingen kunnen betrekking hebben op de uitoefening van alle taken en bevoegdheden van het OM. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om het toepassen van dwangmiddelen, de vervolgingsbeslissing, het aanwenden van rechtsmiddelen tegen rechterlijke uitspraken en zelfs de inhoud van het requisitoir. Ook de civiele taken van het OM, zoals het indienen van een verzoekschrift tot het verbieden van een rechtspersoon, zijn niet uitgezonderd van de aanwijzingsbevoegdheid.¹⁶¹

Art. 127 RO maakt onderscheid tussen algemene aanwijzingen en bijzondere aanwijzingen. Algemene aanwijzingen hebben betrekking op het beleid dat door het OM wordt gevoerd en hoeven niet schriftelijk te worden vastgelegd.¹⁶² Wanneer de minister een aanwijzing geeft in een concrete zaak is sprake van een bijzondere aanwijzing.¹⁶³ Art. 128 RO bevat processuele waarborgen voor het geven van bijzondere aanwijzingen. Voordat een bijzondere aanwijzing gegeven kan worden, dient de minister de voorgenomen aanwijzing inclusief motivering schriftelijk aan het College van procureurs-generaal te verstrekken. Het College is vervolgens in de gelegenheid om haar zienswijze op de voorgenomen aanwijzing schriftelijk en gemotiveerd aan de minister kenbaar te maken. Indien de zienswijze van het College de minister niet op andere gedachten brengt, kan hij de aanwijzing schriftelijk en gemotiveerd geven.¹⁶⁴ Indien de minister een bijzondere aanwijzing heeft gegeven wordt deze op grond van art. 128 lid 5 RO aan de processtukken toegevoegd. Ook de voorgenomen aanwijzing en de zienswijze van het College worden aan de processtukken toegevoegd. Op deze wijze kan rechterlijke controle plaatsvinden op de aanwijzing.¹⁶⁵ Art. 128 lid 6 RO bevat een alternatieve openbaarheidseis voor aanwijzingen die strekken tot het staken van de opsporing of vervolging. De waarborg uit het vijfde lid heeft in deze gevallen vrijwel geen werking, omdat de zaak door de aanwijzing niet meer voor de rechter komt. De rechter kan alleen kennisnemen van de processtukken bij een klacht tegen niet-vervolging. Daarom dient de minister de Eerste en Tweede Kamer in te lichten over aanwijzingen die strekken tot het staken van de opsporing of vervolging.¹⁶⁶

De wetgever lijkt met de meldingsplicht aan het parlement te hebben beoogd dat aanwijzingen in concrete zaken gecontroleerd kunnen worden, ook als de aanwijzing tot gevolg heeft dat de zaak niet voor de rechter komt. Daarbij heeft men schijnbaar over het hoofd gezien dat de minister van Justitie ook in civiele zaken een aanwijzing kan geven die ertoe leidt dat de zaak niet voor de rechter komt. De openbaarheidseis van het vijfde lid is gericht op aanwijzingen in alle concrete gevallen, terwijl het zesde lid is beperkt tot negatieve vervolgingsbeslissingen. De Wet RO bevat daarom geen openbaarheidseis voor de situatie waarin het OM een criminele motorbende wil laten verbieden, maar de minister de indiening van het verzoekschrift bij de privaatrechter verhindert door een bijzondere aanwijzing te verstrekken. Ik denk dat dit geen bewuste keuze van de wetgever is geweest, omdat het

¹⁶¹ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 10.*

¹⁶² *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 43.*

¹⁶³ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 24.*

¹⁶⁴ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 27.*

¹⁶⁵ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 46.*

¹⁶⁶ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 7, p. 25.*

onderscheid tussen strafzaken en civiele zaken niet is besproken tijdens de parlementaire behandeling van de meldingsplicht. Deze omissie doet overigens niet af aan de algemene actieve inlichtingenplicht van ministers, die wordt besproken in hoofdstuk 4.

Art. 128 RO bevat ook alternatieve bepalingen voor uitzonderlijke situaties. Het vierde lid bepaalt dat een bijzondere aanwijzing mondeling mag worden gegeven, indien voor een schriftelijke aanwijzing in verband met de vereiste spoed geen tijd is. In dat geval moet de aanwijzing achteraf zo spoedig mogelijk op schrift worden gesteld. Volgens het vijfde lid hoeft een bijzondere aanwijzing niet aan de procestukken te worden toegevoegd, indien het belang van de staat zich hiertegen verzet. In dat geval moet wel uit de procestukken blijken dat een aanwijzing is gegeven.

3.2.1 Rechtsgevolg van een aanwijzing

Hoogleraar en advocaat-generaal Meijer stelt dat het OM onafhankelijker is dan voorheen, omdat de Wet RO geen bevelsbevoegdheid meer bevat. De huidige aanwijzingsbevoegdheid zou vele malen milder dan de oude bevelsbevoegdheid zijn.¹⁶⁷ Meijer schrijft zelfs dat het College volgens de Wet RO een bijzondere aanwijzing kan geven die afwijkt van een ministeriële aanwijzing. Het college zou dit mogen doen zonder dat de minister zijn zienswijze kenbaar heeft gemaakt.¹⁶⁸

Uit de memorie van toelichting bij de reorganisatiewet blijkt duidelijk dat deze beweringen kant noch wal raken. Een aanwijzing is een publiekrechtelijke rechtshandeling met als belangrijkste rechtsgevolg *“de verplichting voor degene tot wie de aanwijzing zich richt, om de aanwijzing op te volgen en deze ten uitvoer te brengen.”*¹⁶⁹ Het woord *“aanwijzing”* in de huidige Wet RO betekent dus hetzelfde als het woord *“bevel”* in de oude Wet RO. Het College heeft als hoogste autoriteit *binnen het OM* ook een aanwijzingsbevoegdheid, die is neergelegd in art. 130 lid 6 RO. Het OM is een hiërarchisch opgebouwde organisatie en is voor de buitenwereld één en ondeelbaar. Daarom zijn alle ambtenaren van het OM verplicht om aanwijzingen van het College op te volgen. De minister is echter de hoogste autoriteit *ten aanzien van het OM*. De memorie van toelichting vermeldt daarom expliciet dat aanwijzingen van het College niet in strijd mogen zijn met algemene en bijzondere aanwijzingen van de minister.¹⁷⁰ Het College mag alleen na overleg met de minister een afwijkende aanwijzing geven.¹⁷¹

Tijdens de parlementaire behandeling van de wet stelde het Kamerlid Dittrich zelfs voor, om expliciet in de wet te bepalen dat OM-ambtenaren aanwijzingen van de minister moeten opvolgen.¹⁷² Minister Sorgdrager het amendement van Dittrich echter niet steunen. Volgens de minister moest elke schijn dat een aanwijzing niet of niet altijd hoeft te worden opgevolgd, worden vermeden. Het amendement suggereerde dat de verplichting om aanwijzingen op te volgen minder hard is als de voorgestelde bepaling zou ontbreken. Binnen de geldende staatsrechtelijke verhoudingen was het echter glashelder dat een aanwijzing een bindend besluit is.¹⁷³ De oude wettekst bevatte het woord *“bevelen”*, omdat men het woord *“aanwijzingen”* en het verschijnsel *“ZBO”* destijds nog niet kende.¹⁷⁴ Dittrich was blij dat hij deze uitspraken van de minister had kunnen ontlokken. Hij trok het amendement in met de woorden: *“Het is nu voor de rechtsgeschiedenis volkomen duidelijk.”*¹⁷⁵

¹⁶⁷ Meijer 2020, p. 371.

¹⁶⁸ Meijer 2020, p. 379.

¹⁶⁹ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 42.*

¹⁷⁰ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 48.*

¹⁷¹ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 43.*

¹⁷² *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 13, p. 1.*

¹⁷³ *Handelingen II 1996/97, nr. 65, p. 4824.*

¹⁷⁴ Vgl. Zijlstra, *NTB 2019/6.*

¹⁷⁵ *Handelingen II 1996/97, nr. 65, p. 4824.*

3.2.2 Aanwijzing inhoudende een onrechtmatige handelswijze

Vanzelfsprekend dienen OM-ambtenaren bij de uitoefening van hun wettelijke bevoegdheden binnen de grenzen van het recht te handelen. De minister beschikt over een aanwijzingsbevoegdheid ten aanzien van de wettelijke bevoegdheidsuitoefening door het OM. Daarom bepalen de normen die gelden voor het OM bij de uitoefening van wettelijke bevoegdheden, indirect de reikwijdte van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister. In de memorie van toelichting bij de reorganisatiewet staat dat de minister steeds moet nagaan of een aanwijzing op rechtmatige wijze kan worden gegeven. De minister mag geen aanwijzing geven die de officier van justitie noopt tot een handelswijze in strijd met de wet, internationale verdragen of algemene rechtsbeginselen. In de memorie van toelichting wordt art. 6 EVRM genoemd als voorbeeld van een relevante norm. De minister mag geen aanwijzing tot vervolging geven, als daardoor het recht van de verdachte op berechting binnen een redelijke termijn zo ernstig geschonden zou worden, dat het OM niet-ontvankelijk in de vervolging moet worden verklaard.¹⁷⁶

Deze wettelijke systematiek verklaart ook waarom een vervolging die plaatsvindt vanwege een bevel van het gerechtshof op grond van art. 12 Sv, niet op aanwijzing van de minister gestaakt kan worden. Er bestaat geen wettelijke bepaling waaruit blijkt dat bevelen van het gerechtshof hoger in rang zijn dan aanwijzingen (lees: bevelen) van de minister. Evenmin bestaat een wettelijke bepaling waaruit blijkt dat een aanwijzing tot het seponeren van een zaak niet mag worden gegeven indien het gerechtshof vervolging heeft bevolen. Deze bepalingen zijn juridisch gezien overbodig. Als het gerechtshof op grond van art. 12 Sv vervolging beveelt, is het OM op grond van art. 243 Sv niet bevoegd om de zaak zonder bewilliging van het gerechtshof te seponeren.¹⁷⁷ De minister die het OM opdraagt een vervolging te staken, terwijl de hiervoor vereiste bewilliging ontbreekt, geeft in feite een aanwijzing tot het uitoefenen van een bevoegdheid die niet bestaat.

Een heikele kwestie doet zich voor, wanneer het OM en de minister twisten over de rechtmatigheid van een bepaalde handelswijze. Is een OM-ambtenaar verplicht om een aanwijzing op te volgen, wanneer hij oordeelt dat de opgedragen handelswijze onrechtmatig is? Indien de OM-ambtenaar hiertoe niet verplicht is, bestaat er in feite een toetsingsmogelijkheid voor ondergeschikte ambtenaren. De OM-ambtenaar mag in dat geval zelfstandig oordelen over de rechtmatigheid van een aanwijzing en een onrechtmatige aanwijzing negeren. Over het bestaan van deze toetsingsmogelijkheid bestaat al zeer lang discussie. De Bosch Kemper betoogde in 1842 dat een onwettig bevel (in huidige context: onrechtmatig bevel) geen rechtsgevolg heeft. OM-ambtenaren zouden alleen verplicht zijn om rechtmatige bevelen op te volgen.¹⁷⁸ Daarmee zou een OM-ambtenaar in een gelijke positie verkeren als een militair. Militairen hoeven dienstbevelen niet op te volgen wanneer de bevolen gedraging onrechtmatig is of te goeder trouw als onrechtmatig wordt beschouwd.¹⁷⁹

Deze veronderstelde rechtmatigheidstoets is echter hoogst problematisch in het geval van ministeriële aanwijzingen aan het OM. Wanneer het OM en de minister van mening verschillen over de rechtmatigheid van een mogelijke handelswijze, kan dit juist een goede reden zijn voor het geven van een bijzondere aanwijzing. Volgens Pieterman moeten we ons niet zozeer afvragen of een onrechtmatige aanwijzing een rechtsgevolg heeft, maar ons afvragen wie mag bepalen of een aanwijzing onrechtmatig is.¹⁸⁰ Volgens Boot, die in 1885 promoveerde op dit onderwerp, kan een OM-ambtenaar weldegelijk

¹⁷⁶ *Kamerstukken II 1996/97*, 25392, nr. 3, p. 24.

¹⁷⁷ Geelhoed 2013, p. 60.

¹⁷⁸ Pieterman 1990, p. 181.

¹⁷⁹ Walgemoed & van Hoek, *Militair strafrecht* (SSR nr. 8) 2013/9.5.

¹⁸⁰ Aldus ook Pieterman 1990, p. 181.

worden verplicht tot het nakomen van bevelen die naar zijn eigen oordeel onrechtmatig zijn.¹⁸¹ Als de OM-ambtenaar een betwiste aanwijzing moet opvolgen, kan de strafrechter bepalen wie gelijk heeft in de juridische kwestie. Deze functie van de aanwijzingsbevoegdheid gaat echter verloren wanneer de OM-ambtenaar de aanwijzing niet opvolgt omdat hij vindt dat de aanwijzing hem noopt tot een onrechtmatige handelwijze.

In de kern gaat het erom, of het toetsen van aanwijzingen en het negeren van onrechtmatige aanwijzingen past bij de rol van ondergeschikte ambtenaren in de democratische rechtsstaat. Cliteur beantwoordt het argument dat een OM-ambtenaar niet door de minister gedwongen mag worden tot een handelwijze in strijd met het recht, met een wedervraag. Mag de minister door een OM-ambtenaar gedwongen worden om, tegen zijn eigen juridische overtuiging in, verantwoordelijkheid te nemen voor een bepaalde handelwijze?¹⁸² In een democratische rechtsstaat wordt het handelen van de overheid gecontroleerd door democratische verantwoording en rechterlijke toetsing. Hoe deze dubbele controle plaatsvindt in het geval van ministeriële aanwijzingen aan het OM, zal uitgebreid aan de orde komen in de volgende hoofdstukken. Een derde controlemechanisme, waarbij ondergeschikte ambtenaren een onafhankelijke macht vormen en fungeren als poortwachter tussen de democratisch gelegitimeerde minister en de onafhankelijke rechter, lijkt overbodig.¹⁸³

Bovendien zou de mogelijkheid van OM-ambtenaren om onrechtmatige aanwijzingen te negeren ook betrekking hebben aanwijzingen van het College op grond van art. 130 lid 6 RO. De Wet RO maakt geen relevant onderscheid tussen de verschillende aanwijzingsbevoegdheden. Wat als OM-ambtenaren aanwijzingen in strijd met art. 6 EVRM negeren en de Limburgse hoofdofficier van justitie het recht op berechting binnen een redelijke termijn ruimer uitlegt dan officieren in de rest van het land? Dan zouden strafzaken in Limburg sneller geseponeerd worden en zou het College geen samenhangend vervolgingsbeleid kunnen afdwingen. De rechtseenheid zou hierdoor in ernstig gevaar komen.

Om deze redenen ben ik van mening dat OM-ambtenaren in beginsel verplicht zijn aanwijzingen van de minister op te volgen, zelfs als zij vinden dat ze daardoor onrechtmatig moeten handelen. In eerste instantie is het rechtmatigheidsoordeel van de minister doorslaggevend. Over deze kwestie kan echter anders gedacht worden. Indien een OM-ambtenaar zich verzet tegen een aanwijzing, kan uiteindelijk de ambtenarenrechter oordelen of sprake is van plichtsverzuim. In die context zal ik in paragraaf 5.4 betogen dat onrechtmatige aanwijzingen in extreme gevallen wel genegeerd mogen worden.

3.2.3 Aanwijzing ten aanzien van het requisitoir

In de literatuur is betoogd dat de aanwijzingsbevoegdheid van de minister beperkt is als het gaat om de inhoud van het requisitoir.¹⁸⁴ Daarbij wordt onder andere verwezen naar het onmiddellijkheidsbeginsel. Volgens het onmiddellijkheidsbeginsel baseert de rechter zijn uitspraak op de informatie die tijdens de zitting naar voren is gebracht. Hieruit kan worden afgeleid dat de officier van justitie zijn vordering mede moet laten afhangen van hetgeen ter rechtszitting is voorgevallen.

Dit beginsel wordt soms gelijkgesteld met het adagium *la plume est serve, la parole est libre* (de pen is gebonden maar het woord is vrij), dat in Frankrijk al gold tijdens het ancien regime. De advocaat van de koning kon niet afwijken van de schriftelijke vordering van de procureur van de koning, maar mocht tijdens de zitting ook zijn eigen mening geven en daarbij zelfs de schriftelijke vordering bestrijden.¹⁸⁵

¹⁸¹ Boot 1885, p. 66-68.

¹⁸² Cliteur, *BenM* 1997, p. 126.

¹⁸³ Cliteur, *BenM* 1997, p. 125.

¹⁸⁴ Lindeman & Sikkema, *NJB* 2021/656, p. 698; Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 123. Deze bewering is zonder toelichting weggelaten in: Corstens/Borgers & Kooijmans 2021.

¹⁸⁵ Castaldo 1999, p. 328; Marguery 2008, p. 44.

De Nederlandse officier van justitie geniet die vrijheid echter niet. Volgens de memorie van toelichting bij de reorganisatiewet dient de officier tijdens de rechtszitting overeenkomstig de gegeven aanwijzing te handelen en dient hij de aanwijzing royaal te verdedigen.¹⁸⁶ De officier heeft echter ook de taak om de rechter objectief voor te lichten. Hij kan daarom, los van het voorgeschreven requisitoir, de rechter informeren over de verschillende rechtsoverwegingen die in de zaak een rol spelen.¹⁸⁷

Het onmiddellijkheidsbeginsel brengt wel met zich mee dat de officier niet verplicht kan worden om bij het uitvoeren van een aanwijzing geen rekening te houden met nieuwe informatie die tijdens de rechtszitting naar voren komt.¹⁸⁸ De officier kan in dat geval aanhouding van de zaak vragen, zodat nader overleg kan plaats vinden. De minister krijgt zo de mogelijkheid om een nieuwe aanwijzing te geven.¹⁸⁹ Bij de parlementaire behandeling benadrukte minister Sorgdrager dat een minister zich zo mogelijk extra terughoudend dient op te stellen tijdens het onderzoek ter terechtzitting, in het belang van een goede procesorde.¹⁹⁰ Het is mogelijk dat de minister bij het geven van de aanwijzing ruimte laat aan de officier om zijn standpunt aan te passen op basis van nieuwe informatie. In dat geval is nader overleg niet nodig.

Deze kwestie speelde in 1997 een rol in de zaak-Drenth.¹⁹¹ Minister Sorgdrager had opdracht gegeven tot het vervolgen van een huisarts die euthanasie had gepleegd op een ernstig gehandicapte baby. De minister wilde met een proefproces jurisprudentie uitlokken over euthanasie bij wilsonbekwame personen. Officier van justitie Drenth, die de aanwijzing moest uitvoeren, werd verder vrijgelaten in zijn requisitoir. Hij verraste echter de minister en zijn parketleiding door primair zijn eigen niet-ontvankelijkheid te vorderen. Volgens Drenth was de huisarts door een meldingsprocedure gedwongen om mee te werken aan zijn eigen veroordeling, hetgeen in strijd is met art. 6 EVRM. Als de officier van justitie niet-ontvankelijk in de vervolging werd verklaard, zou geen jurisprudentie ontstaan over euthanasie bij wilsonbekwame personen, terwijl de aanwijzing juist met dat doel was verstrekt. Uiteindelijk bleek dat de meldingsprocedure nog niet van kracht was ten tijde van het euthanasiegeval. De rechtbank verklaarde het OM ontvankelijk en ontsloeg de huisarts van alle rechtsvervolging wegens overmacht in noodtoestand. Zo kreeg minister Sorgdrager haar gewenste jurisprudentie, maar daarmee was de kous niet af. Omdat Drenth volgens de minister in strijd met haar aanwijzing had gehandeld, kreeg de officier een schriftelijke berisping wegens plichtsverzuim. Drenth ging in beroep tegen deze disciplinaire maatregel bij de Centrale Raad van Beroep (hierna: CRvB). Hij verkeerde naar eigen zeggen in de veronderstelling dat hij een niet-ontvankelijkheidsverklaring mocht vorderen. De CRvB oordeelde echter dat de aanwijzing onmiskenbaar bedoeld was om een inhoudelijk oordeel van de rechter te krijgen. Indien Drenth hierover oprecht twijfelde had hij zijn meerderen om uitleg moeten vragen. Omdat het requisitoir in strijd was met de aanwijzing, had Drenth zich schuldig gemaakt aan plichtsverzuim.

In paragraaf 5.4 wordt de rechterlijke controle in deze zaak verder besproken. Hier kan worden volstaan met de conclusie dat de minister een requisitoir mag voorschrijven. Het onmiddellijkheidsbeginsel vormt een zwaarwegende reden voor de minister om zich terughoudend op te stellen, maar kan uiteindelijk niet leiden tot een requisitoir dat afwijkt van de aanwijzing, tenzij de minister hiervoor ruimte heeft gelaten.¹⁹²

¹⁸⁶ *Kamerstukken II 1996/97*, 25392, nr. 3, p. 27.

¹⁸⁷ *Kamerstukken II 1996/97*, 25392, nr. 3, p. 27.

¹⁸⁸ *Kamerstukken II 1996/97*, 25392, nr. 3, p. 25.

¹⁸⁹ *Kamerstukken II 1996/97*, 25392, nr. 3, p. 24.

¹⁹⁰ *Kamerstukken II 1996/97*, 25392, nr. 7, p. 28.

¹⁹¹ CRvB 10 juli 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB7072, TAR 1997/141, m.nt. H.R.B.M. Kummeling & R. Viering.

¹⁹² Viering & Kummeling, *NJB* 1996, p. 592-596.

3.3 Ministeriële betrokkenheid zonder aanwijzing

Door de zaak-Wilders II ontstond discussie over ministeriële bemoeienis bij individuele strafzaken. Tijdens de behandeling van de zaak in hoger beroep kwam aan het licht dat minister Opstelten de zaak met de voorzitter van het College had besproken. Daarnaast hadden departementsambtenaren overleg gevoerd met ambtenaren van het Parket-Generaal over de inhoud van de zaak. Bovendien was er sprake van bemoeienis bij het opstellen van de persberichten van het OM.¹⁹³

De advocaten van Wilders betoogden dat de minister van Justitie vanwege de scheiding der machten geen rol mag hebben in een strafproces. De aanwijzingsbevoegdheid van de Wet RO vormt de enige uitzondering op deze regel. Wanneer de minister zich uitlaat over een individuele strafzaak is volgens de advocaten sprake van een “materiële aanwijzing”. Volgens de advocaten moeten materiële aanwijzingen voldoen aan alle formele vereisten die volgen uit de Wet RO. Daarom had de bemoeienis van het ministerie van Justitie in de zaak-Wilders moeten blijken uit de processtukken.¹⁹⁴ Lindeman en Sikkema lijken mee te gaan in deze alles-of-niets benadering. Ze stellen dat er juridisch gezien slechts sprake kan zijn van twee scenario’s: “*of de minister gebruikt de aanwijzingsbevoegdheid (dat had dan duidelijk moeten blijken uit het dossier) of hij gebruikt haar niet. De minister had formeel geen gebruik gemaakt van de bevoegdheid en dus moest worden nagegaan of er inderdaad geen actieve inmenging in het proces was geweest.*”¹⁹⁵ Tegelijkertijd merken de auteurs op dat de minister ook informele wijze invloed kan uitoefenen op concrete beslissingen, indien de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid niet zou bestaan. Ze maken echter niet duidelijk wat het verschil is tussen actieve inmenging en informele beïnvloeding en wanneer de inmenging/beïnvloeding moet blijken uit het dossier.

Gelukkig is de wetsgeschiedenis op dit punt kristalhelder: de aanwijzingsbevoegdheid in de Wet RO is nooit bedoeld geweest als de enige manier waarop de minister van Justitie invloed mag uitoefenen in een strafzaak. Volgens de memorie van toelichting bij de reorganisatiewet moet onderscheid gemaakt worden tussen het uitoefenen van de aanwijzingsbevoegdheid en *ministeriële betrokkenheid*. Er is sprake van ministeriële betrokkenheid, wanneer de minister en het OM een zaak bespreken om te bepalen hoe gehandeld moet worden.¹⁹⁶ Dit overleg kan onder meer plaats vinden tijdens de *overlegvergadering* waaraan de minister, of diens secretaris-generaal als vervanger, en het College deelnemen.¹⁹⁷ Aan deze overlegvergadering, waarover bepalingen zijn opgenomen in het Reglement van Orde College van procureurs-generaal (RvOCPG), zijn geen afzonderlijke wettelijke bevoegdheden toegekend. De overlegvergadering is door de wetgever omschreven als een “sluis” doormiddel waarvan besluitvorming kan plaatsvinden in het kader van de verhouding tussen het OM en de minister.¹⁹⁸ De minister kan gevoelige zaken ook bespreken in een persoonlijk overleg met de voorzitter van het College.¹⁹⁹ Het is niet zo dat de minister zich tijdens overleg met het OM alleen maar mag laten informeren. In de memorie van toelichting staat letterlijk: “*Niet elke handeling waarmee de minister zijn oordeel kenbaar maakt of zijn invloed aanwendt, moet worden aangemerkt als een aanwijzing.*” Ook handelingen die voorafgaan aan een aanwijzing worden aangemerkt als ministeriële betrokkenheid.²⁰⁰

¹⁹³ Kamerstukken II, 2018/19, nr. 130, bijlage 1.

¹⁹⁴ Pleitnotities zitting 20 juni 2020, geraadpleegd op pvv.nl.

¹⁹⁵ Lindeman & Sikkema, *NJB* 2021/656, p. 698.

¹⁹⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 24.

¹⁹⁷ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 9.

¹⁹⁸ Kamerstukken I 1998/99, 25392, nr. 46c, p. 7.

¹⁹⁹ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 7. Zie ook *Rapport Commissie Dossier J.A. Poch* 2021, p. 14; 'Ruzie in top justitie over vervolging Wilders,' *NU.nl* 10 december 2011.

²⁰⁰ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 42.

Om deze ministeriële betrokkenheid mogelijk te maken, dient het College in relevante zaken de minister te informeren over voorgenomen beslissingen. OM-ambtenaren zijn op grond van art. 129 RO verplicht om aan het College de inlichtingen te verstrekken “die het College nodig heeft”. Het College is op basis van hetzelfde artikel verplicht om aan de minister de inlichtingen te verstrekken “die deze nodig heeft”. De wet RO specificereert niet welke inlichtingen de minister nodig heeft. Op basis van art. 131 RO wordt dit uitgewerkt in art. 11 RvOCPG. Het eerste lid van dit artikel luidt als volgt: *“Het College stelt de Minister van Justitie op de hoogte van ontwikkelingen in het algemeen, van voorvallen en van strafzaken die de hoofdlijnen van het beleid met betrekking tot de strafrechtelijke rechtshandhaving raken of die van bijzondere betekenis zijn voor de rechtshandhaving, alsmede in de gevallen waarvan de Minister zulks heeft aangegeven.”*

Wanneer het overleg dat plaatsvindt in het kader van ministeriële betrokkenheid leidt tot overeenstemming tussen de minister en het College, zal het College ervoor zorgen dat het OM handelt overeenkomstig hetgeen is afgesproken.²⁰¹ Het College kan dit doen door zelf aanwijzingen te geven aan ambtenaren binnen het OM. De vraag of de minister een aanwijzing moet geven, komt dan niet aan de orde.²⁰² Indien het wel komt tot een bijzondere aanwijzing van de minister, zal deze in beginsel niet gericht zijn aan het College maar aan het hoofd van het parket dat belast is met de zaak.²⁰³ Zo is het verschil met normale ministeriële betrokkenheid extra duidelijk voor het parket dat de aanwijzing moet uitvoeren. Als het parkethoofd een aanwijzing ontvangt van het College kan sprake zijn van ministeriële betrokkenheid, maar staat het College achter de inhoud van de aanwijzing. Als het parkethoofd een aanwijzing ontvangt van de minister, is het duidelijk dat het College is *overruled*. De minister hoort dus geen bijzondere aanwijzing te geven waar het College inhoudelijk achterstaat, omdat het College in dat geval zelf een aanwijzing dient te geven. Ministeriële aanwijzingen worden volgens minister Sorgdrager alleen gegeven, wanneer andere wegen niet kunnen worden bewandeld.²⁰⁴

Sorgdrager merkte wel op dat een verschil van inzicht tussen het College en de minister over de juiste handelswijze in een strafzaak niet per definitie hoeft te betekenen dat het College het oneens is met het voornemen van de minister om een aanwijzing te geven.²⁰⁵ Als de minister de voorgenomen handelswijze van het OM niet voor zijn verantwoording kan nemen en het College niet van standpunt wil wijzigen, kan het College een aanwijzing van de minister verzoeken zodat de verschillende standpunten en het verloop van de discussie openbaar worden gemaakt. Het OM kan dan de ministeriële aanwijzing opvolgen in de geruststellende wetenschap dat de minister publiekelijk verantwoordelijkheid neemt. Het parlement kan daardoor haar controlerende taak uitvoeren en de rechter kan een geïnformeerd oordeel vormen.

Uit de parlementaire behandeling blijkt duidelijk dat ook de Tweede Kamer zich bewust was van het feit dat het wetsvoorstel informele bemoeienis van de minister met strafzaken niet uitsloot. Kamerlid Dittrich vroeg zich af hoe voorkomen kon worden dat een officier van justitie zich gedwongen voelt, bijvoorbeeld uit carrièreoverwegingen, om de minister te gehoorzamen zonder dat een formele aanwijzing is gegeven.²⁰⁶ Volgens Dittrich kwam het vroeger regelmatig voor dat officieren van justitie werden opgebeld door departementsambtenaren. Via deze sluiproute kreeg de officier van justitie te horen welke handelswijze door de minister werd gewenst, waarna een formele aanwijzing niet meer nodig was. Minister Sorgdrager antwoordde dat deze sluiproute na de reorganisatie van het OM niet

²⁰¹ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 7, p. 27.*

²⁰² *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 7, p. 27.*

²⁰³ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 43.*

²⁰⁴ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 7, p. 27; anders: Lindeman & Sikkema, NJB 2021/656, p. 698.*

²⁰⁵ *Handelingen II 1997/98, nr. 65, p. 4825.*

²⁰⁶ *Handelingen II 1997/98, nr. 64, p. 4806.*

meer zou bestaan, omdat ministeriële betrokkenheid altijd hoort plaats te vinden via het College.²⁰⁷ Sorgdrager wilde dit niet in de wet vastleggen, omdat het in theorie mogelijk moest zijn dat een officier van justitie heel snel overleg voert met de minister tijdens een rechtszitting. Daarbij dacht ze aan de situatie die is besproken in paragraaf 3.2.2, waarin een aanwijzing ten aanzien van het requisitoir is gegeven, maar de officier van justitie deze aanwijzing op basis van het onmiddellijkheidsbeginsel niet kan uitvoeren zonder nieuw overleg tussen het OM en de minister. Sorgdrager benadrukte echter dat deze onwenselijke situatie in de praktijk vermeden moest worden.²⁰⁸

De ministeriële betrokkenheid dient ook in dit opzicht niet verward te worden met ministeriële aanwijzingen die, mits de schriftelijke procedure van art. 128 RO is doorlopen, wel aan alle OM-ambtenaren kunnen worden gegeven. Het College is bedoeld als een buffer tussen de minister en lagere OM-ambtenaren, die voorkomt dat de minister informele druk kan uitoefenen op een officier van justitie. Daarom horen ook departementsambtenaren niet te overleggen met officieren van justitie, maar zij kunnen uiteraard wel overleggen met de ambtelijke staf van het College.²⁰⁹ Kamerlid Rabbae vroeg zich af of de sluiproute tussen de minister en het College kon worden afgesneden. Volgens Sorgdrager was bij deze vorm van ministeriële betrokkenheid geen sprake van een sluiproute maar van normaal overleg waarin de deelnemers elkaar kunnen overtuigen van de juistheid van een handelswijze.²¹⁰ Dit maakt duidelijk dat het een bewuste keuze van de wetgever was om geen openbaarheidsvereiste voor ministeriële betrokkenheid op te nemen in de Wet RO. De minister van Justitie mag invloed uitoefenen op de handelswijze van het OM zonder een schriftelijke aanwijzing te geven.

3.3.1 Ministeriële betrokkenheid bij gevoelige zaken

Het is lastig om inzicht te krijgen in de praktijk van de ministeriële betrokkenheid bij strafzaken, omdat er bewust voor is gekozen om deze beïnvloeding informeel te houden. Een inkijkje wordt geboden door de interne OM-documenten *Handleiding gevoelige zaken* en *Kennismakingsdocument Openbaar Ministerie*. Deze documenten zijn openbaar geworden door een Wob-verzoek van advocaat Thomas Felix, die een onderzoek naar de interne besluitvorming van het OM heeft verricht.²¹¹ Alhoewel de inhoud van de documenten enigszins verouderd zou kunnen zijn, gaat Felix ervanuit dat de documenten nog een correct beeld geven van de procedures binnen het OM. De documenten waren voorheen niet online toegankelijk, maar zijn op mijn verzoek op de website van het OM gepubliceerd.²¹²

Een officier van justitie dient het College te informeren over “gevoelige zaken”. Volgens de *Handleiding* is in ieder geval sprake van een gevoelige zaak indien:

- *de ernst of aard van het delict grote commotie teweegbrengt (voorbeelden: vuurwerkcramp in Enschede of zware zedendelicten);*
- *de verdachte, slachtoffer of betrokkene grote bekendheid geniet of een bijzondere positie vervult die voortvloeit uit de beroepsuitoefening (voorbeelden: politicus, bekende Nederlander of journalist);*
- *of de zaak (inter)nationaal politiek, juridisch of publicitair gevoelig is of dreigt te worden (voorbeelden: euthanasiezaken, diplomatieke complicaties).*

Het College kan vervolgens de informatie voor kennisgeving aannemen, instemmen met een bepaalde werkwijze of een aanwijzing geven. Het College kan de zaak ook melden aan het ministerie van Justitie,

²⁰⁷ *Handelingen II* 1997/98, nr. 65, p. 4824.

²⁰⁸ *Handelingen II* 1997/98, nr. 65, p. 4825.

²⁰⁹ *Handelingen II* 1997/98, nr. 65, p. 4824.

²¹⁰ *Handelingen II* 1997/98, nr. 65, p. 4852.

²¹¹ Felix, *TvS&O* 2019, p. 139-145.

²¹² Wob-besluit inzake beleid omtrent gevoelige straf- en ontnemingszaken (PaG/BJZ/51572).

wat volgens het Kennismakingsdocument per jaar bij circa 100 gevoelige zaken gebeurt. Volgens de Handleiding kan het College de zaak voorleggen aan de minister “ter informatie” of “met het oog op verkrijging van instemming”. Wellicht is dit onderscheid bedoeld om aan te geven in welke mate ruimte bestaat voor ministeriële betrokkenheid. Als de minister slechts wordt geïnformeerd over een voorgenomen handelswijze, kan dit beteken dat het College geen behoefte heeft aan bemoeienis. Een verzoek om instemming kan beteken dat steun van de minister noodzakelijk wordt geacht door het College. Deze interpretatie van de Handleiding betreft echter speculatie van mijn kant.

3.3.2 Structurele ministeriële betrokkenheid

Voor sommige categorieën van gevoelige zaken gelden speciale procedurevoorschriften die de ministeriële betrokkenheid een structureel karakter te geven. Deze voorschriften zijn meestal opgenomen in algemene aanwijzingen van het College op basis van art. 130 lid 4 RO. Een algemene aanwijzing kan bepalen dat het OM, bij het voornemen om een bepaalde handeling te verrichten, altijd om het oordeel van de minister vraagt. Deze vorm van ministeriële betrokkenheid heeft niet tot gevolg dat het OM de handeling alleen bij een positief oordeel van de minister mag verrichten. Om het OM in een concrete zaak te dwingen tot een bepaalde handelswijze, is immers een bijzondere aanwijzing nodig die voldoet aan art. 128 RO.²¹³ Structurele betrokkenheid van de minister wordt soms verplicht door de wetgever. Dit is het geval bij het doorlaten van drugstransporten en het inzetten van burgerinfiltranten. Als gevolg van de IRT-affaire, waarmee een gezagscrisis in de opsporing werd blootgelegd, vereist art. 131, lid 5 RO nog steeds dat de voorgenomen handelswijze in deze gevallen aan de minister wordt voorgelegd. De verplichting is uitgewerkt in art. 11 RvOC PG en de *Aanwijzing opsporingsbevoegdheden*. De Tweede Kamer achtte structurele betrokkenheid noodzakelijk, zodat de minister daadwerkelijk zijn invloed kan uitoefenen.²¹⁴

Op meerdere terreinen is de structurele ministeriële betrokkenheid in de afgelopen jaren kleiner geworden. Hiervan is bijvoorbeeld sprake op het terrein van euthanasie en hulp bij zelfdoding. In de *Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake levensbeëindiging op verzoek* uit 2007 werd bepaald dat de minister in sommige gevallen moest worden verzocht om in te stemmen met de vervolgingsbeslissing. De te volgen procedure werd in de aanwijzing op nauwgezette wijze gevisualiseerd met een ingewikkeld stroomschema. Bij het actualiseren van de aanwijzing in 2017 besloot minister Blok dat structurele betrokkenheid van de minister niet langer nodig was. Volgens de minister wordt met de nieuwe procedurevoorschriften meer recht gedaan aan de eigenstandige positie van het OM.²¹⁵

Ook op het terrein van hoge transacties is de structurele ministeriële betrokkenheid afgenomen.²¹⁶ In de *Aanwijzing hoge transacties en bijzondere transacties* uit 2008 werd bepaald dat hoge transacties schriftelijk aan de minister moesten worden voorgelegd. Sinds de inwerkingtreding van de *Aanwijzing hoge transacties* in 2020, worden transacties getoetst door een onafhankelijke commissie. De minister komt niet voor in de nieuwe procedurevoorschriften. De minister blijft uiteraard wel verantwoordelijk en moet, indien nodig, worden geïnformeerd op grond van art. 129 RO. In 2021 bracht de minister een conceptwetsvoorstel in consultatie, waarin de toetsing van hoge transacties door de rechter wordt geregeld. Onder strafrechtjuristen ontstond verwarring over de gevolgen van het wetsvoorstel voor de ministeriële betrokkenheid bij transacties, maar daarover hoeft geen twijfel te bestaan.²¹⁷ De minister kan met zijn aanwijzingsbevoegdheid bepalen in welke gevallen het OM een transactie aanbiedt aan de verdachte. Rechterlijke controle sluit ministeriële verantwoordelijkheid niet uit. De

²¹³ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 42.*

²¹⁴ *Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 42.*

²¹⁵ *Kamerstukken II 2016/12, 32647 nr. 67.*

²¹⁶ Felix, *TvS&O* 2019, p. 142.

²¹⁷ Kerssies, *AA* 2020, p. 464-474.

minister blijft verantwoordelijk. Daarom zal de minister ook in de toekomst betrokken moeten worden bij transacties, voor zover zijn verantwoordelijkheid dit vereist.

De ministeriële betrokkenheid bij internationale rechtshulpverzoeken is gecompliceerd. Het OM is belast met het uitvoeren van rechtshulpverzoeken, maar van de verdragsrelatie met het verzoekende land hangt af hoe wordt besloten tot het inwilligen van een verzoek.²¹⁸ Door de *Wet herziening regeling internationale samenwerking in strafzaken* is de rol van de minister sinds 2018 duidelijker vastgelegd in het Wetboek van Strafvordering. Nu de minister zelfstandige bevoegdheden aan de wet ontleend, is eigenlijk geen sprake van ministeriële betrokkenheid zoals bedoeld in de memorie van toelichting bij de reorganisatiewet. De minister is verantwoordelijk voor het inwilligen van alle rechtshulpverzoeken afkomstig uit landen buiten de Europese Unie.²¹⁹ Het indienen en inwilligen van rechtshulpverzoeken die gericht zijn aan of afkomstig zijn van een niet-verdragsland gebeurt uitsluitend langs diplomatieke weg. Dit betekent dat ook de minister van Buitenlandse Zaken betrokken is, maar volgens de *Aanwijzing opsporingsbevoegdheden* blijft de minister van Justitie eindverantwoordelijk.²²⁰

De zaak-Julio Poch is een voorbeeld van een zaak waarin de instemming van de minister werd verzocht. Dit gebeurde in 2009, nadat minister Hirsch Ballin Kamervragen had gekregen en aan het OM had aangegeven dat hij de vinger aan de pols wilde houden.²²¹ Het OM wilde vluchtgegevens aan Spanje en Argentinië verstrekken en verzocht de minister om hiervoor “groen licht” te geven. De minister deed dit na een gesprek met de voorzitter van het College.²²² De departementale nota waarmee de minister werd geïnformeerd en geadviseerd is openbaar gemaakt, nadat de inhoud was uitgelekt naar *Nieuwsuur*. Dit document geeft een zeldzaam en verhelderend beeld van de praktijk van ministeriële betrokkenheid en is online te raadplegen.²²³

3.4 Conclusie hoofdstuk 3

Wanneer we de gezagsverhouding tussen de minister en het OM uitsluitend beschouwen vanuit de wet in formele zin, ontstaat een ondubbelzinnig beeld. De minister heeft het volledige gezag over het OM. De aanwijzingsbevoegdheid van art. 127 RO beslaat alle taken en bevoegdheden van het OM. Art. 128 RO stelt alleen procedurele voorwaarden aan het geven van een aanwijzing. OM-ambtenaren zijn verplicht aanwijzingen op te volgen. Zij dienen een voorgeschreven requisitoir royaal te verdedigen in de rechtszaal. Zelfs als het OM met de minister van mening verschilt over de rechtmatigheid van de opgedragen handelwijze, is de aanwijzing in principe bindend. Dat laatste zal verder worden besproken in paragraaf 5.4.

Het is echter de vraag of deze wettelijke bepalingen op zichzelf genomen een representatief beeld van de gezagsverhouding schetsen. Sinds de inwerkingtreding van de reorganisatiewet heeft de minister nog nooit een de bijzondere aanwijzing gegeven. Kan hieruit worden afgeleid dat het OM in de praktijk volledig zelfstandig is? De Meijer schrijft in een advies van de Wetenschappelijke Commissie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR), dat de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van art. 127 RO een dode letter is. De bevoegdheid wordt niet gebruikt en zou daarom overbodig zijn.²²⁴

Deze redenering is veel te kort door de bocht. De bepalingen van de Wet RO vormen een conflictmodel, waarmee de wetgever heeft bepaald wie ‘wint’ in kwesties waarin het College en de minister geen

²¹⁸ *Kamerstukken II 2015/16, 34493, nr. 3, p. 5.*

²¹⁹ *Kamerstukken II 2015/16, 34493, nr. 3, p. 6.*

²²⁰ *Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, Stcrt 2014, 24442, p. 31.*

²²¹ *Rapport Commissie Dossier J.A. Poch 2021, p. 10.*

²²² *Rapport Commissie Dossier J.A. Poch 2021, p. 14.*

²²³ *Nota voortgang uitleveringsverzoek Poch Argentinië, bijlage bij Kamerstukken II 2020/21 35570-VI nr. 4.*

²²⁴ *Wetgevingsadvies bijzondere aanwijzingsbevoegdheid OM 2021, p. 4.*

overeenstemming kunnen bereiken. Artikel 128 RO is nooit bedoeld geweest als een verplichte procedure voor ministeriële betrokkenheid bij individuele strafzaken. Normaal gesproken functioneert de ministeriële verantwoordelijkheid binnen het overlegmodel dat is omschreven in de memorie van toelichting bij de reorganisatiewet. Betrokkenheid kan plaatsvinden doormiddel van mondeling overleg en hoeft niet openbaar te worden gemaakt op basis van de Wet RO. Pas als het overleg niet tot overeenstemming leidt, en de minister de voorgenomen handelwijze van het OM niet voor zijn verantwoording kan nemen, dient de minister gebruik te maken van zijn aanwijzingsbevoegdheid. Als de minister een bijzondere aanwijzing overweegt, hoort hij dit eerst te bespreken met het College voordat hij zijn voornemen op grond van art. 128 RO op schrift stelt. Afwezigheid van ministeriële aanwijzingen suggereert dus geen afwezigheid van ministeriële betrokkenheid.

De normatieve werking van art. 127-129 RO beperkt zich niet tot gevallen waarin daadwerkelijk een bijzondere aanwijzing wordt gegeven. De functie van deze bepalingen is hierin vergelijkbaar met de functie van de parlementaire vertrouwensregel. De Tweede Kamer nam in 1934 voor het laatst een motie van wantrouwen aan, maar daaruit kan niet worden afgeleid dat de vertrouwensregel overbodig is geworden. De vertrouwensregel mechaniseert het Nederlandse parlementaire stelsel elke dag opnieuw. De regering moet rekening houden met de wensen van het parlement om het vertrouwen te behouden. Op gelijke wijze wordt de verhouding tussen het College en de minister genormeerd door de aanwijzingsbevoegdheid. Het enkele bestaan van de gezagsverhouding kan ervoor zorgen dat het OM rekening houdt met het standpunt van de minister. Het is goed voorstelbaar dat het College wil voorkomen dat de minister een aanwijzing geeft, bijvoorbeeld omdat de openbaarheid van de aanwijzing afbreuk doet aan de geloofwaardigheid van de officier van justitie als onpartijdige magistraat in het strafproces. Door voortijdig in te binden kan het College bovendien een goede relatie met de minister behouden. De minister kan in concrete strafzaken zijn gezag laten gelden door te dreigen met een aanwijzing. Een anonieme bron beweerde in 2018 dat dit soort dreigementen daadwerkelijk zijn geuit. Ter illustratie van de typische werkwijze van voormalig minister Opstelten, imiteerde de bron hem met een basstem: *“Me dunkt dat het in deze zaak bepaald onfortuinlijk zou zijn als ik in de positie zou komen te verkeren dat ik van mijn wettelijke bevoegdheden gebruik zou moeten maken”*.²²⁵

Op basis van dit hoofdstuk kan het beeld ontstaan van een machteloos OM en een almachtige minister. In de volgende hoofdstukken zullen we echter zien hoe controlemechanismen ervoor zorgen dat de minister slechts in beperkte mate zijn wil kan opleggen aan het College. In bijzonder gaat het daarbij om de parlementaire conventies rondom de ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM. Door deze controlemechanismen neemt het College een sterke positie in tegenover de minister.

²²⁵ ‘Losse eindjes in de zaak-Wilders’, *RTL Nieuws* 12 november 2018.

4. Parlementaire en publieke controle op de minister en OM

Er bestaan verschillende vormen van niet-rechterlijke controle op de minister en het OM. Voor de staatsrechtelijke positie van het OM is de parlementaire controle ongetwijfeld het belangrijkste. Het hoofdstuk begint daarom met een bespreking van de staatsrechtelijke leerstukken die deze controle mogelijk maken: de ministeriële verantwoordelijkheid en het parlementaire inlichtingenrecht. Daarna volgt een beschrijving van de specifieke constitutionele conventies die gelden voor de parlementaire controle op het OM. Ook wordt aandacht besteed aan Kamermoties over het handelen van het OM. Naast de parlementaire controle, komen in dit hoofdstuk ook de publieke controle op basis van de Wet open Overheid (Woo) en het toezicht van de PGHR aanbod. Deze laatste twee vormen van controle zijn vooral belangrijk voor de positie van het OM, omdat ze de informatiepositie van het parlement versterken. We zullen zien dat daardoor niet alleen de verhouding tussen het parlement en de minister, maar ook de verhouding tussen de minister en het OM wordt beïnvloed.

4.1 Parlementaire controle

4.1.1 Ministeriële verantwoordelijkheid

Door middel van de ministeriële verantwoordelijkheid, vastgelegd in art. 42 Gw, kan het parlement het landsbestuur controleren. De minister dient verantwoording af te leggen over de beslissingen en handelingen die onder zijn leiding hebben plaatsgevonden. De ministeriële verantwoordelijkheid strekt dus verder dan de handelingen die de minister zelf heeft verricht of verwijtbaar heeft nagelaten. Het handelen van hiërarchisch ondergeschikte ambtenaren kan de minister worden toegerekend.²²⁶ Verantwoording wordt afgelegd door het verstrekken van informatie en uitleg, maar ook door het motiveren en verdedigen van beslissingen die door of namens de minister zijn genomen.²²⁷ Soms wordt ministeriële verantwoordelijkheid ook aangenomen voor de behartiging van het publiek belang op een bepaald beleidsterrein in het algemeen. Door deze *stelselverantwoordelijkheid* zou de minister van Justitie bijvoorbeeld verantwoordelijk kunnen zijn voor de rechtspraak, ook wanneer het gaat om handelen dat niet onder zijn leiding plaatsvindt. De Afdeling advisering van de Raad van State constateert echter dat er onvoldoende consensus bestaat om de stelselverantwoordelijkheid als geldend staatsrecht te beschouwen.²²⁸ In plaats daarvan geldt als regel dat verantwoording alleen kan worden gevraagd, waar corresponderende bevoegdheden bestaan.²²⁹

In beginsel worden bevoegdheden op het niveau van de centrale overheid toegekend aan ministers en staatsecretarissen.²³⁰ Zij kunnen deze bevoegdheden mandateren aan hiërarchisch ondergeschikte ambtenaren. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de ambtenaren van het IND, die besluiten nemen in naam van de staatsecretaris van Justitie. De ambtenaren van het OM verkeren in een afwijkende positie, aangezien zij rechtstreeks aan de wet ontleende bevoegdheden bezitten. De verantwoordelijkheid van de minister kan in deze situatie worden gebaseerd op een aanwijzingsbevoegdheid.²³¹ Zijlstra plaatst het OM samen met de Belastingdienst in de categorie “gedeconcentreerde ambten en diensten”, omdat sprake is van attributie aan ondergeschikten.²³² De belastinginspecteur ontleent zijn bevoegdheden net als de OM-ambtenaar rechtstreeks aan de wet. De wet bevat echter geen specifieke aanwijzingsbevoegdheid van de staatsecretaris ten aanzien van de belastinginspecteur. Desondanks gaf de staatsecretaris in 1985 een belastinginspecteur de opdracht om een belastingaanslag bij te

²²⁶ Afdeling advisering Raad van State 2020, p. 26.

²²⁷ Afdeling advisering Raad van State 2020, p. 23.

²²⁸ Afdeling advisering Raad van State 2020, p. 29.

²²⁹ Afdeling advisering Raad van State 2020, p. 26.

²³⁰ Zijlstra, *NTB* 2019/6, p. 39.

²³¹ Kortmann 2021, p. 359.

²³² Zijlstra, 2019, p. 257.

stellen. Dit incident bracht een felle discussie teweeg over de vraag of de staatsecretaris hiertoe bevoegd was. Het resultaat van deze discussie is de “heersende leer” dat attributie aan een ondergeschikte de ondergeschiktheidsrelatie niet doorbreekt.²³³ Een wettelijke aanwijzingsbevoegdheid was daarom niet nodig om een aanwijzing te kunnen geven. Dit leerstuk is later gecodificeerd in art. 10:22 Awb, maar deze bepaling geldt gezien art. 1:6 Awb niet voor bevoegdheden binnen de strafvordering.

In het verleden zijn uitgebreide discussies gevoerd over de grondslag van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister van Justitie ten aanzien van het OM. Volgens minister Sorgdrager vormde art. 42 Gw de grondslag van de bevoegdheid van de minister. Het bestaan van deze bevoegdheid werd door de Wet RO slechts bevestigd.²³⁴ Volgens Sorgdrager zijn OM-ambtenaren hiërarchisch ondergeschikt aan de minister, omdat de wetgever de verantwoordelijkheid van de minister voor het OM nooit heeft ingeperkt.²³⁵ Het principe dat de ministeriële verantwoordelijkheid alleen mag worden beperkt door de wetgever, werd in 1993 onderschreven door de commissie-Scheltema.²³⁶ In de redentie van Sorgdrager was het opnemen van een bevelsbevoegdheid of aanwijzingsbevoegdheid in de Wet RO juridisch gezien overbodig. Meerdere auteurs menen echter dat Sorgdrager het adagium *zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid* ten onrechte heeft omgedraaid en daarmee heeft miskend dat een overheidsbevoegdheid dient te berusten op een wettelijke grondslag.²³⁷ Volgens Bovend'Eert en Kummeling is het van belang dat het OM organisatorisch gezien geen onderdeel is van het ministerie van Justitie, maar door de wetgever is ingesteld als een afzonderlijke rijksdienst binnen de rechterlijke organisatie.²³⁸ De Belastingdienst is een onderdeel van het ministerie van financiën.

Ik kan me aansluiten bij dat laatste standpunt. De Wet RO is een organieke wet op basis van art. 116 Gw, waarin de inrichting, samenstelling en bevoegdheid van het orgaancomplex rechterlijke macht wordt geregeld. Dit orgaancomplex staat in de Grondwet los van de regering en de ministeries, die in een ander hoofdstuk zijn omschreven. Als uitgangspunt geldt daarom dat de minister niet verantwoordelijk is voor dit orgaancomplex. Op grond van art. 116 Gw kan de formele wetgever afwijken van dit uitgangspunt, door bevoegdheden aan de minister toe te kennen. Art. 93 RO, op basis waarvan de minister bevoegd is om aanwijzingen te geven aan de Raad voor de Rechtspraak, is hiervan een voorbeeld. Het OM is een bestuursorgaan zonder rechtsprekende taken. Zoals besproken in paragraaf 3.1, had het OM grondwettelijk gezien een uitvoerende dienst binnen het ministerie van Justitie & Veiligheid kunnen zijn. De formele wetgever heeft echter gekozen om het OM onder te brengen bij het orgaancomplex rechterlijke macht.²³⁹ Deze keuze brengt met zich mee dat de minister alleen verantwoordelijk is voor het OM voor zover de Wet RO een bevoegdheid toekent.

In het hier en nu is deze doctrinaire kwestie niet van belang. Door art. 127 RO staat het op dit moment niet ter discussie dat de minister bevoegd is tot het geven van aanwijzingen ten aanzien van de gehele bevoegdheidsuitoefening van het OM. Als deze wettelijke aanwijzingsbevoegdheid in de toekomst geschrapt wordt, zal daaruit blijken dat de wetgever de verantwoordelijkheid van de minister wil wegnemen. Daarmee zou de theoretische ondergeschiktheidsrelatie op basis art. 42 Gw en de leer van 1985 tegelijkertijd met de wettelijke aanwijzingsbevoegdheid komen te vervallen. Tot die tijd is de minister, al dan niet op basis van art. 127 RO, volledig bevoegd en dus volledig verantwoordelijk.

²³³ Zijlstra, *NTB* 2019/6, p. 44.

²³⁴ Zie o.a. Cliteur 1998, p. 127.

²³⁵ *Kamerstukken II*, 1995/96, 24034, nr. 13, p. 2.

²³⁶ *Kamerstukken II*, 1992/93, 21427, nr. 41, p. 53.

²³⁷ Verhey, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 181.

²³⁸ Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 239.

²³⁹ *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 21.

4.1.2 Passieve inlichtingenplicht

De ministeriële verantwoordelijkheid hangt nauw samen met de plicht om inlichtingen aan het parlement te verstrekken. Het passieve recht op inlichtingen is neergelegd in art. 68 Gw. De minister is verplicht om inlichtingen te verstrekken wanneer een individueel parlementslid dit verlangt. De minister hoeft geen inlichtingen te verstrekken wanneer dit in strijd is met “het belang van de staat”. Voor een algemene duiding van deze weigeringsgrond wordt vaak verwezen naar een regeringsnotitie uit 2002. Volgens de notie kan de inlichtingenplicht van art. 68 Gw verder strekken dan de openbaarheidsverplichtingen van de Woo. Deze openbaarheidsverplichtingen, die tegenwoordig zijn opgenomen in de Woo, gelden wel als ondergrens. Informatie die volgens de Woo openbaar moet worden gemaakt kan dus niet aan het parlement worden onthouden wegens het belang van de staat.²⁴⁰

Volgens de regeringsnotitie kunnen beleidsopvattingen ten behoeve van intern beraad aan het parlement kunnen worden onthouden. Hierbij kan in uiterste instantie een beroep op het belang van de staat worden gedaan.²⁴¹ In paragraaf 4.2 wordt besproken hoe de vergelijkbare weigeringsgrond van de Woo wordt toegepast op informatie over ministeriële betrokkenheid bij strafzaken. In het kader van art. 68 Gw dient de Tweede Kamer wel inzicht krijgen in de feiten en argumenten die aan het uiteindelijke beleid ten grondslag liggen. Onder bepaalde omstandigheden kan de informatie worden verstrekt in geobjectiveerde vorm.²⁴² In een Kamerbrief uit 2019 stelde de minister van Binnenlandse Zaken dat het “staand kabinetsbeleid” is dat stukken die zien op intern beraad geen onderdeel worden gemaakt van het debat met de Kamer.²⁴³ Daarmee leek het kabinet zich een stuk minder genuanceerd uit te drukken dan in 2002, hetgeen tot fikse kritiek van staatsrechtgeleerden leidde.²⁴⁴ Naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagaffaire maakte de regering een draai. De regering wil nu de grond “persoonlijke beleidsopvattingen” niet langer hanteren als invulling van de weigeringsgrond “belang van de staat”. Als de regering zich houdt aan deze belofte, zal de inlichtingenplicht van art. 64 Gw op dit punt ruimer worden opgevat dan de verplichtingen tot openbaarmaking op basis van de Woo.²⁴⁵

In de notitie van 2002 kwamen inlichtingen over strafzaken ook ter sprake. De regering stelde dat in het algemeen geen informatie wordt verstrekt over een strafrechtelijke procedure die nog loopt. Het verstrekken van inlichtingen zou het onderzoek en de vervolging kunnen frustreren. Na afronding van een strafzaak is het geven van inlichtingen minder bezwaarlijk.²⁴⁶ De vergelijkbare weigeringsgrond van de Woo wordt besproken in paragraaf 4.2.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt verder dat de minister een verzoek van een Kamerlid in eerste instantie ook kan weigeren om praktische redenen. Dit wordt een “aanvankelijke weigering” genoemd.²⁴⁷ Een aanvankelijke weigering is bijvoorbeeld aan de orde wanneer het verzamelen van de inlichtingen veel tijd en moeite kost, terwijl dit niet in verhouding staat tot het belang van het verzoek. Indien het Kamerlid na aanvankelijke weigering zijn verzoek niet intrekt, moet de minister de informatie alsnog verstrekken of een beroep doen op het belang van de staat. Indien de verzochte inlichtingen betrekking hebben op een aangelegenheid waarover de Kamer al op korte termijn zal worden geïnformeerd, mag de minister het verzoek afwijzen zonder dat sprake is van een schending van art. 68 Gw.²⁴⁸

²⁴⁰ Bovend'Eert, *NJB* 2021/654, p. 691.

²⁴¹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr.2, p. 10.

²⁴² *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 2, p. 10.

²⁴³ *Kamerstukken II* 2019/20, 28362, nr. 23, p. 2

²⁴⁴ Bovend'Eert, Kummeling, Munneke & Voermans, 2020.

²⁴⁵ Janse de Jonge 2021, *Commentaar op artikel 86 van de Grondwet*.

²⁴⁶ *Kamerstukken II* 2001/02, 28362, nr. 2, p. 10.

²⁴⁷ Bovend'Eert, Kummeling, Munneke & Voermans 2020, p. 3.

²⁴⁸ Janse de Jonge 2021, *Commentaar op artikel 86 van de Grondwet*.

4.1.3 Actieve inlichtingenplicht

Art. 68 Gw regelt alleen de passieve inlichtingenplicht. De regering aanvaardde bij de grondwetswijziging van 1983 echter dat er ook een actieve inlichtingenplicht bestaat.²⁴⁹ Bewindspersonen dienen uit eigen beweging informatie met de Tweede Kamer te delen als dat wenselijk is in het belang van “een goede en democratische bestuursvoering”. Het bestaan van de actieve inlichtingenplicht is onomstreden, maar het is niet helemaal duidelijk wat de grondslag van deze plicht is.²⁵⁰ Volgens de Raad van State gaat het om een regel van ongeschreven staatsrecht. In de literatuur is ook wel betoogd dat actieve inlichtingenplicht voortvloeit uit art. 42 Gw. De actieve informatieverstrekking wordt vaak gestructureerd door het vastleggen van specifieke informatieplichten. Dit kan gebeuren door een toezegging van de minister om het parlement in bepaalde situaties te informeren, of door een specifieke informatieplicht wettelijk vast te leggen, zoals is gebeurd in de Wet RO.²⁵¹

Over het actief inlichten van het parlement over concrete strafzaken is tijdens behandeling van de Wet reorganisatie OM veelvuldig gesproken. Het oorspronkelijke wetsvoorstel bevatte geen inlichtingenplicht van de minister richting het parlement bij het geven van bijzondere aanwijzingen. De memorie van toelichting bevatte wel een toezegging van de minister om de Tweede Kamer te informeren over een aanwijzing tot niet-vervolgging. Nadat de Tweede Kamer hierover kritiek had geleverd, wijzigde de minister haar voorstel, zodat een wettelijke informatieplicht werd vastgesteld voor gevallen waarin een aanwijzing tot niet-vervolgen wordt gegeven.²⁵²

Kamerlid Rabbae diende een amendement in om de minister te verplichten tot het informeren van de Kamer bij een aanwijzing om wel te vervolgen. Hier ging minister Sorgdrager echter niet in mee. In die gevallen zou de rechter een controlerende taak kunnen uitoefenen. Wanneer ook de Tweede Kamer bij het geven van de aanwijzing geïnformeerd zou worden, zou de verleiding voor de Tweede Kamer groot worden om een standpunt in te nemen terwijl de zaak nog onder de rechter is. De minister zegde wel toe de kamer te informeren bij het behandelen van de Justitiebegroting. Bij periodieke inlichtingen zou de kans op doorkruising van het politieke proces en het strafproces kleiner zijn.²⁵³ Overigens mag worden aangenomen dat een bijzondere aanwijzing, nadat deze wordt toegevoegd aan de processtukken, vrijwel direct algemeen bekend zal worden via de media. Het formeel informeren van de Tweede Kamer gaf vooral een fout signaal af in verband met het *sub judice*-principe, dat in de volgende paragraaf besproken wordt.

Uitbreiding van de actieve inlichtingenplicht werd opnieuw voorgesteld in 2011. Kamerlid Dibi diende een motie in waarin de minister werd verzocht om het parlement te informeren bij “*alle gevallen waarin de opsporing en vervolging in individuele gevallen door of vanwege het ministerie van Justitie beïnvloed wordt*”.²⁵⁴ Minister Opstelten bleef bij het standpunt dat het parlement zo spoedig mogelijk geïnformeerd dient te worden bij een aanwijzing tot niet-vervolgen en periodiek geïnformeerd dient te worden bij aanwijzingen die strekken tot het starten van een vervolging of een onderzoek.²⁵⁵ De minister begreep dat de motieschrijvers de inlichtingenplicht wilden uitbreiden naar alle gevallen waarin sprake is van ministeriële betrokkenheid, ook als geen gebruik van de aanwijzingsbevoegdheid wordt gemaakt. Dit voorstel keurde de minister af met duidelijke taal: “*Gesprekken met het Openbaar Ministerie over strafzaken zijn noodzakelijk en volstrekt gebruikelijk. Het informeren van de Kamer over*

²⁴⁹ Hillebrink, *TvCR* 2016, p. 323.

²⁵⁰ Hillebrink, *TvCR* 2016, p. 324.

²⁵¹ Hillebrink, *TvCR* 2016, p. 330.

²⁵² *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 8.

²⁵³ *Handelingen II* 1997/98, nr. 65, p. 4826.

²⁵⁴ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32500-VI, nr. 38.

²⁵⁵ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32500-VI, nr. 64.

*deze contacten maakt de verhouding tussen minister en Openbaar Ministerie onwerkbaar en plaatst ook de beide Kamers der Staten-Generaal staatsrechtelijk in een onjuiste positie omdat dit zou leiden tot een rolverschuiving van controleur naar medebepaler van de uitvoering van het strafrechtelijk beleid.*²⁵⁶ De motie-Dibi werd verworpen door de Tweede Kamer. Bij de stemming speelde de PVV-fractie een beslissende rol door als gedoogpartner samen met de minderheidscoalitie tegen de motie te stemmen.²⁵⁷ Die rol is saillant te noemen, aangezien gesprekken tussen de minister en het OM in 2019 als maffiapraktijken werden bestempeld door fractievoorzitter Wilders. Hij deed deze uitlating nadat bekend was geworden dat minister Opstelten met het OM over zijn strafzaak had gesproken.²⁵⁸

4.1.4 Constitutionele conventies

Zoals in paragraaf 2.7 is besproken, wordt de volledige verantwoordelijkheid van de minister voor het OM in de parlementaire praktijk op een bijzonder manier ingevuld. Volgens de commissie-Donner is de verantwoordelijkheid van de minister omgeven door politieke ethiek, mores, ongeschreven regels en politieke redelijkheid. Het is de vraag hoe we deze vage termen van een staatsrechtelijke duiding kunnen voorzien. Ik zal in deze analyse gebruik maken van het concept *constitutionele conventie*. Dit concept is uitgebreid beschreven door Verhey.²⁵⁹ Verhey heeft voor de afbakening van het concept onder andere gebruik gemaakt van een test die is ontwikkeld door de Britse hoogleraar staatsrecht Jennings. Deze Jennings-test bestaat uit drie vragen.

1. Zijn er precedents op grond waarvan een conventie kan worden aangenomen?
2. Achten de betrokken actoren zich aan de regel gebonden?
3. Is er een goede reden voor de conventie?

Constitutionele conventies dienen niet verward te worden met ongeschreven staatsrechtelijke regels, zoals de vertrouwensregel. Volgens Verhey zijn constitutionele conventies niet verbindend in de strikt juridische zin van het woord, maar kan er ook niet vrijblijvend mee worden omgegaan.²⁶⁰ Constitutionele conventies hebben een sterke normatieve werking, wat wil zeggen dat degene die afwijkt van een conventie behoorlijk wat heeft uit te leggen. Volgens Kummeling moeten constitutionele conventies ook worden onderscheiden van interpretatieve maatstaven, die uitleg bieden aan reeds bestaande staatsrechtelijke regels. De consensus onder constitutionele actoren om een staatsrechtelijke regel op een bepaalde wijze te interpreteren is dus geen constitutionele conventie op zich. Een constitutionele conventie is een opzichzelfstaande gedragsregel, niet zijnde een rechtsregel.²⁶¹

Terughoudendheid van minister en parlement ten aanzien van de handelswijze van het OM in concrete strafzaken als mogelijke constitutionele conventie

Bij het toepassen van de Jennings-test op de norm van terughoudendheid bij concrete strafzaken, kan worden geconstateerd dat precedents bestaan op basis waarvan een constitutionele conventie kan worden aangenomen. Uit paragraaf 2.4.1 blijkt de minister van Justitie zich al sinds de eerste helft van de twintigste eeuw terughoudend opstelt tegenover het OM. Talloze ministers hebben aangegeven dat zij besluiten van het OM in concrete strafzaken slechts marginaal toetsen. Bij die toetsing is niet bepalend of de minister hetzelfde besluit genomen zou hebben, maar of de minister het besluit voor zijn verantwoording kan nemen.

²⁵⁶ *Kamerstukken II*, 2010/11, 32500-VI, nr. 64.

²⁵⁷ *Handelingen II* 2010/11, nr. 28, p. 27.

²⁵⁸ 'Bewijs voor bemoeienis proces-Wilders, PVV-leider overweegt stappen', *RTL Nieuws* 30 augustus 2019.

²⁵⁹ Verhey 2016, p. 147.

²⁶⁰ Verhey 2016, p. 155; anders: Geertjes, *AA* 2022, p. 315-325.

²⁶¹ Kummeling 2016, p. 75.

Uit de parlementaire behandeling van de Wet reorganisatie OM blijkt dat het parlement en de minister zich gebonden achtten aan deze norm. In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat een zorgvuldig evenwicht moet bestaan tussen de ministeriële verantwoordelijkheid en het feitelijk zelfstandig functioneren van het OM. De Staten-Generaal, de minister en het OM dienen rekenschap geven van elkaars staatsrechtelijke positie.²⁶² Het OM moet in de juiste gevallen en op de juiste ogenblikken de minister in staat stellen zijn politieke verantwoordelijkheid waar te maken. Tegelijkertijd is in bepaalde situaties een terughoudende opstelling van minister en Staten-Generaal vereist, zodat het OM zijn rol in het strafproces optimaal kan vervullen.²⁶³ De minister moet terughoudend zijn met het geven van bijzondere aanwijzingen.²⁶⁴ Kamerleden moeten terughoudendheid zijn met het stellen van vragen aan de minister over individuele strafzaken, zodat de ministeriële verantwoordelijkheid niet onnodig geactiveerd wordt. Tijdens het plenaire debat over het wetsvoorstel werd de norm van terughoudendheid breed onderschreven in de Tweede Kamer.²⁶⁵ Door een amendement van het Kamerlid Dittrich zou zelfs uitdrukkelijk in de Wet RO worden bepaald dat de minister grote terughoudendheid moet betrachten bij het geven van bijzondere aanwijzingen.²⁶⁶ Minister Sorgdrager onderschreef de achterliggende gedachte van het amendement, maar vond de wet niet de juiste plaats om vast te leggen met welke intensiteit van een bevoegdheid gebruik moet worden gemaakt. De minister benadrukte dat de gedragsnorm in alle parlementaire stukken was beschreven en dat dit genoeg moest zijn. Gelet op de argumentatie van de minister, trok Dittrich het amendement in.²⁶⁷

De goede reden voor de conventie is de breed gedragen opvatting dat politieke invloed in strafzaken vrijwel altijd onwenselijk is. Het is voor het functioneren van de rechtstaat van groot belang dat OM-ambtenaren de vereiste rechtstatelijke afwegingen kunnen maken.²⁶⁸ Rechters moeten kunnen vertrouwen op de objectiviteit van de staande magistratuur. De norm van terughoudendheid van de politiek ten aanzien van het OM is geen interpretatieve norm van de ministeriële verantwoordelijkheid, omdat buiten kijf staat dat de minister op basis van art. 42 Gw volledig verantwoordelijk is. Daarom vind ik dat hier sprake is van een constitutionele conventie zoals omschreven door Verhey.

Terughoudendheid van minister en parlement ten aanzien van zaken die onder de rechter zijn als mogelijke constitutionele conventie

Mogelijk is er nog een constitutionele conventie van invloed op de politieke verantwoordelijkheid voor het OM. Het gaat om de gewoonte dat Kamerleden en ministers zich onthouden van openlijk commentaar op aanhangige rechtszaken of rechterlijke uitspraken die nog niet onherroepelijk zijn. Deze gewoonte wordt gebaseerd op het beginsel van machtscheiding. Politieke ambtsdragers die behoren tot de wetgevende macht en uitvoerende macht zouden de onafhankelijke rechter niet moeten beïnvloeden door commentaar te leveren op een rechtszaak waarin nog geen onherroepelijke uitspraak is gedaan.²⁶⁹ Dit gebruik wordt vaak vergeleken of gelijkgesteld met de *sub judice*-regel die in sommige Angelsaksische landen bestaat. In die landen mogen politici geen commentaar leveren op lopende rechtszaken omdat dit, mede vanwege het jurystelsel, kan worden beschouwd als een poging om de uitkomst van de zaak te beïnvloeden. Het schenden van deze *sub judice*-regel kan worden bestraft als een vorm van *contempt of court*.²⁷⁰

²⁶² Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 30.

²⁶³ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 31.

²⁶⁴ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 6.

²⁶⁵ Handelingen II 1997/98, nr. 64.

²⁶⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 12.

²⁶⁷ Handelingen II 1997/98, nr. 64, p. 4823.

²⁶⁸ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3, p. 23.

²⁶⁹ Van den Eijnden 2011, p. 432.

²⁷⁰ Van den Eijnden 2011, p. 433.

In Nederland bestaat geen wettelijke sub judice-regel, maar zowel Kamerleden als ministers hebben in het verleden meermaals aangegeven het principe accepteren. Minister Hirsch Ballin zei bijvoorbeeld in 2009 dat bewindspersonen geen commentaar moeten leveren over rechtmatigheid en de strafbaarheid in zaken die nog onder de rechter zijn.²⁷¹ De voorzitter van de Tweede Kamer greep in het verleden meerdere keren in wanneer een Kamerlid een lopende rechtszaak ter sprake bracht.²⁷² De Tweede Kamercommissie Vernieuwing Wet op de Parlementaire Enquête benoemde de regel zelfs expliciet: *“Een uitwerking van de trias politica is onder meer de sub-judice-regel, inhoudende dat aangelegenheden die aanhangig zijn bij de rechter, in beginsel geen onderwerp mogen zijn van het parlementaire debat”*.²⁷³ Ook rechters hebben zich uitgesproken voor de regel. Volgens President van de Hoge Raad Davids brengt het overtreden van de sub judice-regel de onafhankelijkheid van de rechtspraak in gevaar.²⁷⁴ In de hoger beroepszaak tegen Volkert van der Graaf maakte het gerechtshof gebruik van de einduitspraak om minister Remkes, die in de media had gezegd dat de rechtbank te mild had gestraft, de les te lezen: *“De mededeling van Minister Remkes, voor zover deze de strekking had dat de door de rechtbank opgelegde straf te laag was en dat die strafoplegging de minister heeft verbaasd, was ongepast en riskant, omdat ze de indruk wekte van ministeriële onwetendheid of onverschilligheid aangaande de in het Nederlandse staatsrecht vastgelegde verhouding tussen de rechtspraak en de leden van de regering.”*²⁷⁵

Deze mogelijke constitutionele conventie zou niet alleen gevolgen hebben voor de relatie tussen de politiek en de rechtspraak, maar ook voor de positie van het OM. Als een Kamerlid bijvoorbeeld van de minister wil weten of het OM in een lopende zaak een te lage straf heeft geëist, zal de rechter daaruit kunnen afleiden dat het Kamerlid een zwaardere straf verlangt. De sub judice-regel zal daarom betrekking moeten hebben op de handelswijze van het OM in concrete zaken, zolang de rechter nog geen onherroepelijke uitspraak heeft gedaan. Het gevolg zou zijn dat de minister de handelswijze van het OM heimelijk kan beïnvloeden via de ministeriële betrokkenheid, maar dat Kamerleden pas in het openbaar kritiek kunnen leveren op de handelswijze van het OM vanaf het moment dat de zaak niet langer onder de rechter is.

De sub judice-regel voldoet echter niet aan het tweede criterium van de Jennings-test, omdat de regel in de politiek niet breed genoeg geaccepteerd is. Van den Eijnden schreef in 2011 dat de regel steeds vaker werd genegeerd door individuele politici en daarbij noemde ze meerdere voorbeelden.²⁷⁶ In 2020 schreef Kummeling dat in de Tweede Kamer nauwelijks meer sprake is van terughoudendheid bij het bespreken van zaken die nog onder de rechter zijn.²⁷⁷ Daarnaast is het nut van de regel, analoog aan het derde criterium van de Jennings-test, door meerdere auteurs in twijfel getrokken. Volgens Gommer is de rechtstaat gebaat bij politici die vrijuit kunnen spreken in de Tweede Kamer.²⁷⁸ Volgens Voermans zou een sub judice-regel ertoe kunnen leiden dat belangrijke discussies *on hold* worden gezet wanneer ze onder de rechter zijn. Het parlement zou monddood gemaakt kunnen worden door telkens rechtszaken aan te spannen over bepaalde kwesties.²⁷⁹ Alles overwegende, lijkt de sub judice-regel geen constitutionele conventie te zijn volgens de definitie van Verhey.

²⁷¹ *Handelingen II* 2009/10, nr. 38, p. 3747.

²⁷² Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 336.

²⁷³ *Kamerstukken I* 2006/07, 30415, nr. F, p. 2.

²⁷⁴ Davids, *NJB* 2006/1721, p. 2241.

²⁷⁵ Hof Amsterdam 18 juli 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AI0123.

²⁷⁶ Van den Eijnden, p. 433.

²⁷⁷ Kummeling 2020.

²⁷⁸ Gommer, *Trema* 2006, p. 483.

²⁷⁹ Voermans, *Volkskrant* 16 oktober 2010.

4.1.5 Kamermoties over de handelswijze van het OM

Omdat de minister bevoegd is tot het geven van aanwijzingen aan het OM, kan de Tweede Kamer moties aannemen waarmee de minister wordt opgeroepen om op een bepaalde wijze gebruik te maken van deze bevoegdheid. Dit gebeurde bijvoorbeeld in het conflict over de Bloemenhovekliniek, besproken in paragraaf 2.4.1. In het Nederlandse parlementaire stelsel is de minister niet verplicht Kamermoties uit te voeren. De Tweede Kamer kan wel dreigen met het activeren van de vertrouwensregel of met andere politieke consequenties om de medewerking van de minister af te dwingen.²⁸⁰ Voor zover mij bekend werd een minister nog nooit gedwongen af te treden omdat hij weigerde een opdracht aan het OM te verstrekken.

Het OM is geen verantwoording verschuldigd aan de Tweede Kamer. De minister is verantwoordelijk. De Tweede Kamer mag moties aannemen over de handelswijze van het OM, maar een concreet verzoek tot een bepaalde handelswijze dient, naar mijn mening, gericht te zijn tot de minister. Kamermoties met een rechtstreekse oproep aan het OM zijn staatsrechtelijk onzuiver, maar komen helaas wel voor. In 1998 kwam de Tweede Kamer, vanwege de IRT-affaire, tot de conclusie dat de bevoegdheid tot het inzetten van burgerinfiltranten niet moest worden gebruikt bij infiltranten die zelf crimineel zijn. Daarom werd de motie-Kalsbeek aangenomen, die de volgende zin bevatte: “*sprekt uit, [...] dat voor de politie en het Openbaar Ministerie een verbod geldt op het inzetten van criminele burgerinfiltranten*”.²⁸¹ De motie-Kalsbeek werd in 2014 vervangen door de motie-Recourt, die niet rechtstreeks tot het OM is gericht. In de motie-Recourt werd de regering verzocht, alleen onder strikte voorwaarden criminele burgerinfiltranten in te zetten en alleen met voorafgaande toestemming van de minister.²⁸²

De motie-Kalsbeek was niet alleen verkeerd geadresseerd, maar verondersteld bovendien, door te spreken over een ‘verbod’, dat Kamermoties rechtsgevolgen voor OM-ambtenaren tot stand kunnen brengen. Dat is een bizarre veronderstelling, aangezien zelfs de minister niet gehouden is Kamermoties uit te voeren. De motie-Recourt is eveneens eigenaardig, omdat het door de formulering lijkt alsof de regering bevoegd is tot het inzetten van burgerinfiltranten. Deze bevoegdheid is in art. 126w Sv toegekend aan de officier van justitie. Alhoewel de motie-Recourt een verzoek aan de regering bevat, lijkt het College te denken dat de motie rechtsgevolgen voor het OM creëert. In de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden schrijft het College dat *door de aanvaarding* van de motie-Recourt het algemeen verbod op de inzet van criminele infiltranten is komen te vervallen, maar dat *ingevolge deze motie* de toestemming van de minister vereist is voor de inzet deze infiltranten.²⁸³

In tegenstelling tot het parkethoofd, de minister en het College, beschikt de Tweede Kamer echter niet over een wettelijke aanwijzingsbevoegdheid. Zolang de minister geen schriftelijke aanwijzing geeft overeenkomstig de procedure van art. 128 RO, heeft het ontbreken van zijn toestemming voor het inzetten van criminele infiltranten geen rechtsgevolg. Het College mag de minister te kennen geven dat het OM vasthoudt aan het voornemen om criminele infiltranten in te zetten, zelfs als de minister hiervoor geen toestemming verleent. Indien de minister de motie-Recourt wil uitvoeren, zal hij in dat geval een schriftelijke aanwijzing moeten geven. De memorie van toelichting bij de reorganisatiewet omschrijft de betrokkenheid van de minister bij het doorlaten van drugstransporten als een vergelijkbare situatie.²⁸⁴ Een officier van justitie is wel gebonden aan de Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, aangezien dat een aanwijzing van het College is, op grond van art. 130 lid 6 RO.

²⁸⁰ Bovend'Eert & Kummeling 2017, p. 366.

²⁸¹ *Kamerstukken II* 1998/99, 25403, nr. 33.

²⁸² *Kamerstukken II* 2013/14, 29279, nr. 192.

²⁸³ Aanwijzing opsporingsbevoegdheden, *Stcrt* 2014, 24442, p. 19-20.

²⁸⁴ *Kamerstukken II* 1996/97, 25392, nr. 3, p. 42.

4.2 Publieke controle op ministeriële betrokkenheid via de Woo

In paragraaf 4.1.3 is besproken dat de Tweede Kamer niet actief wordt ingelicht over ministeriële betrokkenheid bij concrete strafzaken. Volgens de minister zou het openbaar maken van deze betrokkenheid leiden tot een onwerkbaar verhouding tussen de minister en het OM. Het is daarom voor zowel de parlementaire controle als de verhouding tussen de minister en het OM relevant, in hoeverre deze informatie wél openbaar moet worden gemaakt naar aanleiding van een verzoek op grond van de Wet open overheid. De Wet open overheid (Woo) is op 1 mei 2022 in werking getreden en vervangt de Wet openbaarheid van bestuur (Wob). Omdat de passieve openbaarheidsverplichtingen vrijwel onveranderd zijn gebleven, kunnen de bepalingen van de Woo worden toegelicht aan de hand van literatuur en rechtspraak over de Wob. Zowel bij de minister als bij het OM kunnen Woo-verzoeken worden ingediend met betrekking tot een concrete strafzaak. Beide bestuursorganen vallen onder de werkingssfeer van de Woo. De minister kan op grond van art. 4.1 lid 1 Woo een besluit nemen naar aanleiding van een Woo-verzoek dat bij het OM is ingediend.²⁸⁵

Bij documenten over de ministeriële betrokkenheid in concrete strafzaken, gaat het in eerste plaats om ambtsberichten van het College aan de minister. De ABRvS oordeelde in 2014 dat deze documenten persoonlijke beleidsopvattingen bevatten en zijn opgesteld ten behoeve van intern beraad. De ambtsberichten bevatten ook feitelijke informatie over een zaak, maar deze informatie is meestal verweven met persoonlijke beleidsopvattingen. Het College gebruikt de feiten immers om een voorgenomen handelswijze te motiveren. De minister mag openbaarmaking in dat geval weigeren op grond van art. 5.2 lid 1 Woo.²⁸⁶ Wanneer de feitelijke informatie in een ambtsbericht van het College niet is verweven met persoonlijke beleidsopvattingen, mag de minister openbaarmaking weigeren met een beroep op de i-grond van art. 5.1 lid 2 Woo. Op deze grond blijft openbaarmaking achterwege wanneer het belang van openbaarmaking niet opweegt tegen het belang van het goed functioneren van de Staat, andere publiekrechtelijke lichamen of bestuursorganen. Het belang van het functioneren van publiekrechtelijke lichamen werd voorheen beschermd door de g-grond van art. 10 lid 2 Wob.²⁸⁷ Volgens de ABRvS moet de minister in gevoelige zaken vertrouwelijk kunnen communiceren met het OM, zodat hij politieke verantwoordelijkheid kan dragen.²⁸⁸ De rechtbank Den Haag verwees in 2020 naar deze uitspraak en verduidelijkte dat: *“indien niet de mogelijkheid bestaat om dit overleg vertrouwelijk te kunnen voeren, de vrees [zal] bestaan dat in de berichtgeving over strafzaken er, bewust of onbewust, rekening mee wordt gehouden dat de verstrekte informatie achteraf openbaar kan worden gemaakt. Dit zal de informatievoorziening tussen de minister en het OM bemoeilijken.”*²⁸⁹

Een Woo-verzoek kan ook betrekking hebben op schriftelijke communicatie binnen het ministerie van Justitie. Het gaat dan bijvoorbeeld om nota's die door ambtenaren van het ministerie worden opgesteld naar aanleiding van ambtsberichten van het OM. Met deze nota's wordt de minister nader geïnformeerd en geadviseerd over lopende strafzaken. Voor zover de weigeringsgrond voor intern beraad niet van toepassing is, weigert de minister de openbaarmaking van deze documenten ook met beroep op de i-grond. Als het ambtsbericht zelf niet openbaar wordt, maar de nota over het ambtsbericht wel, dan zou de bescherming van de weigeringsgrond volgens de minister illusoir worden.²⁹⁰ De rechtbank Gelderland volgde deze redenering in 2019.²⁹¹

²⁸⁵ Daalder 2015, p. 135.

²⁸⁶ ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1153.

²⁸⁷ Daalder 2015, p. 448.

²⁸⁸ ABRvS 2 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1153.

²⁸⁹ Rb. Den Haag 21 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:570.

²⁹⁰ Besluit op Wob-verzoek OPL245-zaak, p. 5, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 26485, nr. 321.

²⁹¹ Rb. Gelderland 9 december 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5701.

Dit betekent niet dat een Woo-verzoek helemaal geen informatie over ministeriële betrokkenheid bij een strafzaak aan het licht kan brengen. Een Woo-verzoek kan leiden tot openbaarmaking van agenda's en uitnodigingen voor besprekingen. Uit deze documenten kan blijken dat de minister betrokken is geweest bij een bepaalde zaak. Dit was bijvoorbeeld het geval bij een Wob-besluit over het strafrechtelijke onderzoek naar vermeende corruptie van Shell in Nigeria. Uit de openbaargemaakte documenten kon worden opgemaakt dat de minister meerdere keren overleg had gevoerd over de zaak.²⁹² Deze openbaarmaking leidde tot Kamervragen.²⁹³ De Wob zorgde in dit geval dus voor meer parlementaire controle op de minister het OM. In de zaak-Wilders II was sprake van een vergelijkbare situatie. Uit openbaar gemaakte documenten bleek dat de minister met het OM had gesproken over de strafzaak. Omdat hierover Kamervragen werden gesteld, besloot de minister uiteindelijk tot het verstrekken van 475 documenten aan de Tweede Kamer op grond van art. 68 Gw. Sommige van deze documenten, zoals de ambtsberichten van het OM, zouden normaal gesproken nooit openbaar gemaakt worden op grond van de Wob/Woo.²⁹⁴

De Woo bevat ook een specifieke weigeringsgrond met betrekking tot de strafvordering. Op basis van de c-grond uit artikel 5.2 Woo blijft openbaarmaking achterwege, voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van de opsporing en vervolging van strafbare feiten.²⁹⁵ Deze weigeringsgrond is echter minder relevant voor ministeriële betrokkenheid in politiek gevoelige zaken. Zeker wanneer het openbare onderzoek ter rechtszitting is begonnen, zal transparantie over ministeriële betrokkenheid de vervolging niet snel frustreren. De zaak-Wilders II werd juist aangehouden door het gerechtshof, zodat kennis kon worden genomen van stukken met betrekking tot de betrokkenheid van de minister.²⁹⁶ Interne openbaarheid is, in samenhang met het principe van *equality of arms*, een van de uitgangspunten van het strafproces.²⁹⁷ Om deze openbaarheid te waarborgen, is in art. 149 lid 2 Sv bepaald dat in principe alle stukken die voor de rechter redelijkerwijs van belang kunnen zijn, aan het procesdossier worden toegevoegd. De verdachte en zijn raadsman hebben op grond van art. 30-33 Sv recht op inzage in het procesdossier. De officier van justitie is op grond van art. 30 lid 1 Sv bevoegd om stukken tijdelijk te onthouden aan de verdediging in het belang van het strafrechtelijke onderzoek. De c-grond uit art. 5.2 Woo is in die gevallen ook van toepassing. Van deze tijdelijke onthouding kan echter geen sprake zijn tijdens het onderzoek ter rechtszitting.²⁹⁸ Alleen vanwege zeer zwaarwegende redenen kan de officier van justitie op grond van art. 149b lid 1 Sv een relevant processtuk permanent buiten het procesdossier laten.²⁹⁹ Het is daarom onwaarschijnlijk dat de c-grond van toepassing is op informatie over ministeriële betrokkenheid bij zaken waarin het eindonderzoek is begonnen.

Geconcludeerd kan worden dat de minister op grond van de Woo niet verplicht is tot het verstrekken van schriftelijke communicatie over individuele strafzaken. De rechter is het met de minister eens dat het openbaar maken van deze communicatie de informatievoorziening tussen het OM en de minister zou belemmeren. Daardoor zou de minister geen verantwoordelijkheid kunnen nemen voor het handelen van het OM. Toch kan met een Woo-verzoek achterhaald worden dat sprake is geweest van ministeriële betrokkenheid. De Woo zorgt daardoor voor meer parlementaire controle.

²⁹² 'Minister wilde alles weten over mogelijke schikking Shell', *NRC* 30 januari 2020.

²⁹³ *Aanhangsel Handelingen II*, 2019/20, nr. 1901.

²⁹⁴ *Kamerstukken II* 2019/20, 35300 VI, nr. 106.

²⁹⁵ Daalder 2015, p. 391.

²⁹⁶ Rb. Den Haag 21 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:570.

²⁹⁷ Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 240.

²⁹⁸ Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 266.

²⁹⁹ Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 259.

4.3 De PGHR als toezichthouder

Zoals eerder besproken, maakt de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad (hierna PGHR) sinds de inwerkingtreding van de Wet reorganisatie OM, geen deel uit van het OM. Toch bestaat er in één opzicht nog wel een relatie tussen het OM en de PGHR. Op basis van art. 122 RO heeft de PGHR een toezicht houdende taak ten aanzien van het OM. Volgens art. 122 RO kan de PGHR een melding doen bij de minister van Justitie, indien het OM zich niet houdt aan wettelijke voorschriften of zijn taken niet naar behoren uitvoert. Om dit toezicht mogelijk te maken, is het College verplicht om op verzoek van de PGHR inlichtingen te verstrekken. De minister is op basis van art. 44 lid 9 Wet Rechtspositie Rechterlijke Ambtenaren (Wrra) verplicht om nevenfuncties van de procureurs-generaal van het College te melden aan de PGHR. Deze bepaling is met de reorganisatiewet toegevoegd aan de Wrra ten behoeve van de toezichtstaak.³⁰⁰ De Inspectie Justitie en Veiligheid (hierna: Inspectie JenV) lijkt de taakuitoefening van het OM niet als onderdeel van haar toezichtsdomein te zien. In 2017 schreef de Inspectie JenV in haar meerjarenprogramma dat de “rechtsprekende taken” van het OM en de rechtspraak niet worden onderzocht. Dit spreekt volgens de inspectie voor zich “vanwege de scheiding der machten”.³⁰¹

In de memorie van toelichting bij de reorganisatiewet is de toezichttaak van de PGHR met slechts 165 woorden omschreven.³⁰² De lezer komt te weten dat het toezicht wenselijk werd geacht, gelet op de algemene taak van de PGHR die is vastgelegd in art. 121 RO. Volgens dat artikel “waakt” de PGHR voor de voor de handhaving en uitvoering van wettelijke voorschriften bij de gerechten van de rechterlijke organisatie. Het toezicht van de PGHR op het OM heeft een “signaleringsfunctie uit een oogpunt van handhaving van het recht”. De memorie van toelichting vermeldt verder dat de PGHR een bemiddelende rol kan vervullen in situaties waarin de communicatie tussen een gerecht en het OM te wensen overlaat. Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer is het toezicht van de PGHR op het OM niet ter sprake gekomen. In de Eerste Kamer stelde alleen het Kamerlid Hirsch Ballin een vraag over de toezichtstaak. Hirsch Ballin vroeg zich af hoe het toezicht van de PGHR zich moest verhouden tot andere vormen van toezicht op het OM. Minister Korthals herhaalde gedeeltelijk hetgeen hierover in de memorie van toelichting geschreven was en voegde daaraan toe dat het toezicht van de PGHR veelal naar aanleiding van klachten zou plaatsvinden. De minister deed daarnaast de vrijblijvende suggestie dat de PGHR over bepaalde zaken kon rapporteren in het jaarverslag van de Hoge Raad. Voor het overige mocht de PGHR van de minister zelf invulling geven aan de toezichtstaak.³⁰³

Wie verwachtte dat de PGHR direct na de reorganisatie van het OM voortvarend aan de slag zou gaan als toezichthouder, werd teleurgesteld. Ik kan nergens uit opmaken dat de PGHR tussen 1999 en 2012 toezicht heeft gehouden op het OM. De PGHR geeft zelf toe dat de toezichttaak in die tijd “een slapend bestaan” heeft geleid.³⁰⁴ In 2019 vermeldde de PGHR tijdens een consultatieronde terloops dat de minister van Justitie zijn meldingsplicht op basis van art. 44 lid 9 Wrra ook niet was nagekomen.³⁰⁵ Toen de PGHR in 2012 overwoog om “de activering van de toezichtstaak behoedzaam op te pakken”, wilde minister Opstelten hier geen budget voor vrijmaken.³⁰⁶ Desondanks heeft de PGHR sindsdien meer invulling gegeven aan zijn toezichtstaak door het verrichten van “thematische onderzoeken”. Het gaat om probleemgerichte onderzoeken naar de juridische kwaliteit van het werk dat het OM levert

³⁰⁰ *Kamerstukken II 1996/97*, 25392, nr. 9, p. 5.

³⁰¹ *Meerjarenprogramma Inspectie JenV 2017*, p. 18.

³⁰² *Kamerstukken II 1996/97*, 25392, nr. 3, p. 38.

³⁰³ *Handelingen I 1998/99*, nr. 26, p. 1184.

³⁰⁴ Onderzoeksprotocol van 22 juni 2020, geraadpleegd via hogeraad.nl.

³⁰⁵ *Advies Hoge Raad der Nederlanden*, bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 36006, nr. 3. De PGHR maakte gebruik van een consultatieronde over een conceptwetsvoorstel dat verder niet gerelateerd is.

³⁰⁶ *Beschikt en Gewogen 2014*, p. 8.

op een bepaald terrein.³⁰⁷ Het eerste onderzoek richtte zich bijvoorbeeld op de naleving van de wet bij het uitvoeren van strafbeschikkingen. Inmiddels heeft de PGHR zes van dit soort onderzoeksrapporten gepubliceerd op de website van de Hoge Raad.

De toezichtstaak van de PGHR kreeg in 2019 een nieuwe impuls naar aanleiding van het vernietigende rapport van de Onderzoekscommissie Openbaar Ministerie. De commissie had onderzoek gedaan naar een integriteitschandaal waarbij hooggeplaatste OM-ambtenaren betrokken waren.³⁰⁸ Minister Grapperhaus liet de Tweede Kamer weten dat de Inspectie JenV op basis van art. 65 Politiewet 2012 onderzoek kan doen naar incidenten bij de politie waarbij het OM als ketenpartner betrokken is, maar de rapporten van de Inspectie JenV geen aanbevelingen of conclusies ten aanzien van de rol van het OM bij incidenten kunnen bevatten.³⁰⁹ De minister achtte de beoordeling van een toezichthouder bij incidenten echter wel wenselijk en heeft daarom de PGHR verzocht om deze taak op zich te nemen. De PGHR heeft vervolgens samen met het College een onderzoeksprotocol opgesteld op basis waarvan de PGHR incidenten bij het OM kan onderzoeken.³¹⁰ In dit protocol is onder meer vastgelegd dat onderzoeksrapporten van de PGHR zullen worden gepubliceerd op de website van de Hoge Raad. De PGHR heeft ook samen met de Inspectie JenV een afstemmingsprotocol vastgesteld op basis waarvan de toezichthouders kunnen samenwerken in onderzoeken naar incidenten waarbij zowel de politie als het OM betrokken zijn.³¹¹

Deze vorm van toezicht door de PGHR moet zich nog in de praktijk bewijzen. Ik denk dat de PGHR een nuttige bijdrage kan leveren aan het stelsel van checks and balances rondom het OM, waarbij het van belang is dat de toezichtrapporten openbaar zijn. De PGHR heeft dit voornemen vastgelegd in het onderzoeksprotocol, maar art. 122 RO vereist geen openbaarheid. In samenhang met het openbaarheidsregime van de Woo en de parlementaire inlichtingenplicht kan het toezicht van de PGHR de publieke en parlementaire controle op het OM versterken. De PGHR heeft opgemerkt dat ook de Nationale Ombudsman uit eigen beweging of op verzoek onderzoek kan doen naar gedragingen van het OM.³¹² Deze vorm van externe controle op het OM is beschreven door Geelhoed.³¹³

³⁰⁷ *Beschikt en Gewogen* 2014, p. 7.

³⁰⁸ *Rapport van de Onderzoekscommissie Openbaar Ministerie* 2019.

³⁰⁹ *Kamerstukken II* 2019/20, 28844, nr. 199, p. 2.

³¹⁰ Onderzoeksprotocol van 22 juni 2020, geraadpleegd via hogeraad.nl.

³¹¹ Afstemmingsprotocol van 18 juni 2020, geraadpleegd via hogeraad.nl.

³¹² *Beschikt en Gewogen* 2014, p. 7.

³¹³ Geelhoed 2013, p. 231.

4.4 Conclusie hoofdstuk 4

De constitutionele conventie van terughoudendheid ten opzichte van het OM, is van grote invloed op de gezagsverhouding tussen de minister en het OM. Ministeriële beïnvloeding van individuele strafzaken leidt snel tot het beeld van oneigenlijke politieke bemoeienis in het strafproces. Als beïnvloeding openbaar wordt zal het parlement zich kritisch opstellen. De informatiepositie van het parlement is bepalend voor de parlementaire controle en daarmee bepalend voor de speelruimte van de minister. De minister moet het parlement inlichten over bijzondere aanwijzingen. Wanneer de aanwijzing leidt tot een negatieve vervolgingsbeslissing, moet het parlement zo spoedig mogelijk worden ingelicht op grond van art. 128 RO. Over andere bijzondere aanwijzingen wordt het parlement op grond van de actieve inlichtingenplicht geïnformeerd bij de behandeling van de Justitiebegroting. Omdat deze aanwijzingen niet geheim kunnen blijven, zal de minister, gezien de politieke risico's, zich wel tweemaal bedenken voordat hij een aanwijzing geeft. Het is niet verwonderlijk dat een bijzondere aanwijzing op grond van art. 127 RO nog nooit gegeven is. De actieve inlichtingenplicht en art. 128 RO zijn echter niet van toepassing op informele ministeriële betrokkenheid bij individuele strafzaken. Bovendien kan de minister zijn passieve inlichtingenplicht ontduiken door te stellen dat de zaak sub judice is.

Toch heeft de minister geen vrij spel bij deze vorm van beïnvloeding van individuele strafzaken. De informatiepositie van het parlement wordt versterkt door het openbaarheidsregime van de Woo. De correspondentie tussen de minister en het OM hoeft op grond van de Woo niet openbaar gemaakt te worden, maar journalisten kunnen wel achterhalen in welke zaken sprake is geweest van ministeriële betrokkenheid. Als de betrokkenheid openbaar wordt, kan dit leiden tot Kamervragen op basis van art. 68 Gw. De PGHR kan als toezichthouder mistanden aan de kaak stellen in openbare rapporten. Hij kan de daarvoor benodigde informatie vorderen op basis van art. 122 RO. Op deze wijze versterken de verschillende openbaarheidsregimes de informatiepositie van het parlement en daarmee de invloed van parlementaire controle op de verhouding tussen het OM en de minister. De minister weet dat achteraf bekend kan worden dat hij bij een zaak betrokken is geweest. Om het beeld van politieke invloed op het strafproces te vermijden zal hij zich terughoudend moeten opstellen.

De constitutionele conventie van terughoudendheid is ook van invloed op de ministeriële betrokkenheid zonder aanwijzing. Zoals besproken in het vorige hoofdstuk, kan het College tegemoetkomen aan het standpunt van de minister als het een aanwijzing wil vermijden. Tegelijkertijd weet het College dat de minister niet snel een aanwijzing zal geven vanwege het politieke risico. De minister kan het College daarom niet gemakkelijk onder druk zetten door te dreigen met een aanwijzing. Deze dynamiek is duidelijk zichtbaar in de totstandkoming van de vervolgingsbeslissing in de eerste zaak-Wilders over Fitna. Het College had geen behoefte aan een strafzaak tegen een politicus en vond dat geen sprake was van een strafbaar feit. Minister Ballin vond dat wel sprake was van een strafbaar feit en vond dat Wilders vervolgd moest worden. De minister besprak de zaak met procureur-generaal Brouwer, de voorzitter van het College, maar dit gesprek leidde niet tot overeenstemming. Brouwer deelde daarom mee dat de minister een aanwijzing kon geven en dat het OM deze loyaal zou uitvoeren.³¹⁴ Brouwer wist dat de minister geen aanwijzing zou geven vanwege de constitutionele conventie en maakte daar gebruik van. Zo zorgt de parlementaire controle op de minister voor een zelfstandige positie van het OM ten opzichte van de minister.

³¹⁴ 'Het proces Wilders. Aflevering 2: Ingreep van hogerehand', *HUMAN*, 12 december 2011. Deze uitzending kan worden bekeken op 2DOC.nl.

5. Rechterlijke controle op minister en OM

De rechterlijke controle op de minister en het OM vormt het sluitstuk in het stelsel van checks and balances. Het is niet mogelijk om het gehele strafprocesrecht ten aanzien van de verhouding tussen het OM en de rechter te beschrijven. Daarom wordt in dit hoofdstuk alleen de rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing besproken. Er zijn drie factoren relevant voor het bepalen van de invloed van de rechter op de vervolgingsbeslissing. Het betreft ten eerste de normen waaraan de vervolgingsbeslissing kan worden getoetst, ten tweede de procedures waarin de rechter de vervolgingsbeslissing kan toetsen en ten derde de toetsingsintensiteit die door de rechter wordt gehanteerd.

In paragraaf 5.1 worden in het kort enkele belangrijke normen met betrekking tot de vervolgingsbeslissing besproken. In paragraaf 5.2 wordt de controle door de strafrechter tijdens het strafproces beschreven. De strafrechter toetst alleen de handelswijze van het OM. Als het OM handelt op aanwijzing van de minister wordt de rechtmatigheid van deze aanwijzing indirect getoetst. In paragraaf 5.3 wordt de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de minister behandeld. Het gaat dan om de bijzondere situatie, waarin de minister zélf een misdrijf pleegt door een bepaalde aanwijzing te geven. In paragraaf 5.4 wordt de controle door de ambtenarenrechter beschreven. De ambtenarenrechter kan in sommige gevallen rechtstreeks toetsen of de minister een aanwijzing rechtmatig heeft gegeven.

5.1 Normen ten aanzien van de vervolgingsbeslissing

Het OM mag op basis van het opportuniteitsbeginsel beslissen wie wordt vervolgd en wie niet. Zoals besproken in paragraaf 3.2.2, mag de vervolgingsbeslissing van het OM niet in strijd zijn met de wet, verdragen of algemene rechtsbeginselen. Deze normen bepalen indirect de reikwijdte van de aanwijzingsbevoegdheid van de minister. Het is niet mogelijk om alle normen die van toepassing zijn op de vervolgingsbeslissing te bespreken. Om een globaal beeld van de rechterlijke controle te krijgen kunnen wel per rechtsbron een paar belangrijke voorbeelden genoemd worden.

Bij wettelijke normen kan bijvoorbeeld worden gedacht aan art. 167 Sv en art. 242 Sv, waarin is geregeld dat het OM van vervolging mag afzien “op gronden aan het algemeen belang ontleend”. Particuliere belangen kunnen worden meegewogen in de vervolgingsbeslissing, maar wanneer deze belangen in strijd zijn met het algemene belang, moet het algemene belang veel gewicht toekomen.³¹⁵ De minister mag het OM niet opdragen de vervolging van een corrupte politieke bondgenoot staken omdat, dit hem goed uitkomt. Volgens Melai en Corstens mag het OM ook geen vervolging starten, terwijl het weet dat een veroordeling niet haalbaar is. Dit standpunt is echter omstreden en lijkt ook in de praktijk niet te worden gevolgd.³¹⁶ In de zaak-Drenth vonden de minister, de officier van justitie en de parketleiding allemaal dat de huisarts niet veroordeeld kon worden vanwege een rechtvaardigingsgrond. Toch werd de onhaalbaarheid van een veroordeling door geen van allen gezien als een beletsel tegen een positieve vervolgingsbeslissing.

Art. 6 EVRM is al ter sprake gekomen als een verdragsrechtelijke norm die van invloed kan zijn op de vervolgingsbeslissing. In een moordzaak kan een negatieve vervolgingsbeslissing in strijd met art. 2 EVRM zijn, als sprake is van een positieve verplichting van de staat om het recht op leven te beschermen.³¹⁷ Verder moet bij het toepassen van het opportuniteitsbeginsel steeds vaker rekening gehouden worden met de vereisten die het Hof van Justitie van de EU stelt aan de effectieve handhaving van het

³¹⁵ Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 629.

³¹⁶ Geelhoed 2013, p. 195.

³¹⁷ Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 629.

Unierecht door de lidstaten. Op grond van het beginsel van Unietrouw dienen bijvoorbeeld bedrijven die frauderen met Europese subsidies op doeltreffende en afschrikkende wijze gestraft te worden.³¹⁸

Het meest omvangrijke toetsingskader voor de vervolgingsbeslissing wordt echter gevormd door de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging. Deze beginselen zijn door de Hoge Raad ontleend aan de beginselen van behoorlijk bestuur.³¹⁹ Corstens beschrijft het vertrouwensbeginsel, het verbod op *détournement de pouvoir*, het gelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur. Het Mentenarrest is een bijzondere zaak met betrekking tot het vertrouwensbeginsel.³²⁰ De Hoge Raad aanvaardde dat de minister van Justitie het gerechtvaardigde vertrouwen kan opwekken dat het OM een verdachte niet zal vervolgen. Als dit gerechtvaardigde vertrouwen is opgewekt, zal een positieve vervolgingsbeslissing van het OM in strijd zijn met de beginselen van een goede procesorde, tenzij de vervolging door zwaarwegende belangen wordt vereist. Het verbod op willekeur vereist dat bij het nemen van de vervolgingsbeslissing een redelijke belangenafweging is gemaakt.³²¹

5.2 Controle door de strafrechter

5.2.1 Bezwaarschrift tegen dagvaarding

Wanneer het OM besluit tot verdere vervolging van de verdachte, kan de verdachte op grond van art. 262 Sv een bezwaarschrift indienen tegen de dagvaarding. Uiteraard kan de rechter de vervolgingsbeslissing ook ter rechtszitting toetsen in het kader van de ontvankelijkheidsvraag. De openbare rechtszitting kan de verdachte echter emotioneel belasten of reputatieschade opleveren, ook wanneer het proces uiteindelijk niet tot een schuldigverklaring leidt.³²² Een bezwaarschrift tegen de dagvaarding wordt in een niet openbare zitting door de raadkamer van de rechtbank behandeld. De verdachte kan zo voorkomen dat hij in het openbaar terecht moet staan. Volgens de Hoge Raad draagt het onderzoek in de raadkamer naar aanleiding van het bezwaarschrift een summier karakter.³²³ Rechtspraak dient zoveel mogelijk in het openbaar plaats te vinden en daarvoor is het van belang dat de raadkamer geen fundamentele kwesties in het geheim afhandelt.³²⁴

De raadkamer dient de haalbaarheid van een veroordeling op terughoudende wijze te beoordelen. De procedure is bedoeld om een bij voorbaat kansloze vervolging te stoppen. Een veroordeling kan bijvoorbeeld onhaalbaar zijn omdat er te weinig aanwijzingen van schuld zijn, of omdat het OM niet-ontvankelijk zal worden verklaard. De procedure is niet bedoeld voor het beoordelen van de opportuniteit van de vervolging.³²⁵ Toch is het in theorie mogelijk dat de raadkamer, al zij het op indirecte en summiere wijze, beoordeelt of het OM een redelijke belangenafweging heeft gemaakt bij het nemen van de vervolgingsbeslissing. Indien de vervolgingsbeslissing van het OM onbegrijpelijk is, kan sprake zijn van een schending van het verbod op willekeur. De raadkamer kan de vervolgingsbeslissing toetsen aan deze norm, omdat een schending van de algemene beginselen van behoorlijke strafrechtspleging kan leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM.³²⁶ Opportuniteit en haalbaarheid zijn in dit scenario twee kanten van dezelfde medaille. Het opportuniteitsbeginsel moet worden toegepast binnen de grenzen van het recht om een haalbare vervolging te starten.

³¹⁸ Geelhoed 2013, p. 3.

³¹⁹ Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 58-70.

³²⁰ HR 22 mei 1979, ECLI:NL:PHR:1979:AC6587, NJ 1979/301, m.nt. G.E. Mulder.

³²¹ Geelhoed 2013, p. 229.

³²² Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 654.

³²³ HR 30 augustus 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9509, NJ 1987/486, m.nt. G.J.M. Corstens.

³²⁴ Corstens/Borgers & Kooijmans 2021, p. 657.

³²⁵ Geelhoed 2013, p. 227.

³²⁶ HR 22 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:89, NJ 2019/176, m.nt. J.M. Reijntjes

5.2.2 Klacht tegen niet-vervolgen

Wanneer het OM besluit om niet (verder) te vervolgen kan een rechtstreeks belanghebbende beklag doen bij het gerechtshof op grond van art. 12 Sv. Indien de klager ontvankelijk is en het gerechtshof van oordeel is dat vervolging plaats had moeten hebben, beveelt het gerechtshof op grond van art. 12i Sv dat een vervolging zal worden ingesteld.

Volgens de Hoge Raad is een rechtstreeks belanghebbende iemand, “die door het achterwege blijven van een strafvervolging getroffen is in een belang, dat hem bepaaldelijk aangaat”.³²⁷ Het begrip ‘belanghebbende’ is ruimer dan ‘benadeelde’, maar enger dan ‘belangstellende’. Het enkele feit dat een burger belang heeft bij een OM dat juiste beslissingen neemt, maakt de burger geen belanghebbende. De reikwijdte van het belanghebbende-begrip is belangrijk voor het stelsel van checks and balances. De minister kan vervolging verhinderen in zaken waarin grote maatschappelijke belangen spelen, maar waarin geen specifieke personen benadeeld zijn. Denk bijvoorbeeld aan de vervolging van een bankbestuurder wegens het niet-naleven van witwasregels of de vervolging van een ambtenaar wegens het plegen van fraude met gemeenschapsgeld. De beklagzaak in het eerste Wildersproces laat zien dat er rek zit in het belanghebbende-begrip. Wilders werd verdacht van groepsbelediging van moslims en aanzetten tot haat tegen moslims. Toch waren ook klagers die niet behoorde tot de moslimgemeenschap rechtstreeks belanghebbenden volgens het hof. Zij hadden een concreet belang bij het afwenden van “een gevaarlijke verstoring van het maatschappelijk leven en het publieke debat”.³²⁸

Op wethistorische gronden gaat de Hoge Raad uit van een toetsing in volle omvang.³²⁹ Het gerechtshof dient de vervolgingsbeslissing te nemen die aanvankelijk door de officier van justitie had moeten worden genomen. Het gerechtshof beoordeelt of een veroordeling haalbaar is en of de vervolging opportuun is. De wetgever lijkt in 1926 en bij latere wetwijzigingen bewust gekozen te hebben voor een volle toetsing van de opportuniteitscomponent door de rechter. Over deze toetsingsomvang bestaat echter veel discussie. Tegenstanders van een volle toetsing vinden het ongewenst dat de rechter een sterke invloed kan uitoefenen op het vervolgingsbeleid, omdat OM-beleid tegenwoordig wordt genormeerd door aanwijzingen en richtlijnen. De rechter zou de beleidskeuzes van het OM in beginsel moeten respecteren. De Raad voor de Rechtspraak bevestigde in 2015 dat hierover zelfs binnen de beklagkamers van de gerechtshoven verschillend werd gedacht.³³⁰

Een recent voorbeeld van marginale toetsing van de opportuniteit, vond plaats in de beklagprocedure tegen het niet-vervolgen van de activist Akwasi. De activist had op een plein geroepen dat hij Zwarte Piet op zijn bek ging trappen. Het OM was van oordeel dat Akwasi een strafbaar feit had gepleegd, maar besloot de zaak te seponeren onder de voorwaarde dat Akwasi publiekelijk afstand nam van zijn uitspraak. Over het voorwaardelijke sepot was al uitgebreid gedebatteerd in de Tweede Kamer voordat het gerechtshof uitspraak kon doen.³³¹ Het gerechtshof gaf geen bevel tot vervolging. Volgens het gerechtshof was een veroordeling voor opruiing haalbaar, maar de vervolgingsbeslissing van het OM was begrijpelijk en niet onredelijk.³³²

³²⁷ Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 621.

³²⁸ Hof Amsterdam 21 januari 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BH0496, NJ 2009/191, m.nt. Y. Buruma.

³²⁹ Geelhoed 2020, p. 50.

³³⁰ Geelhoed 2020, p. 50.

³³¹ *Kamerstukken II* 2020/21, 29279, nr. 617; *Handelingen II* 2020/21, nr. 2.

³³² Hof Amsterdam 16 april 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:1051.

5.3 Strafrechtelijke verantwoordelijkheid minister

5.3.1 Ambtsmisdrijf

Bij het opsommen van waarborgen tegen misbruik de bevelsbevoegdheid, noemde de minister Godefroi in 1866 ook de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de minister. Volgens Godefroi zou de minister een ambtsmisdrijf plegen wanneer hij het staken van een vervolging beveelt, terwijl hij weet dat een vervolging diende plaats te vinden.³³³ Volgens art. 3 van de toenmalige Wet ministeriële verantwoordelijkheid van 1855 was de minister strafbaar, als hij opzettelijk naliet de wet uit te voeren of dit grovelijk verzuimde. Dit ambtsmisdrijf is momenteel in aangepaste vorm opgenomen in art. 355 Sr en art. 356 Sr. Art. 355 lid 5 Sr maakt de minister strafbaar, wanneer hij beschikkingen neemt of bevelen geeft wetende dat daarmee de Grondwet, formele wetten of AMvB's worden geschonden. De minister is strafbaar op grond van art. 355 lid 4 Sr, wanneer hij het opzettelijk nalaat uitvoering te geven aan de Grondwet, formele wetten of AMvB's. Art. 356 maakt de minister strafbaar wanneer het niet-uitvoeren van deze voorschriften aan zijn grove schuld te wijten is.

Volgens Godefroi laat een minister opzettelijk na de wet uit te voeren wanneer hij het staken van een vervolging beveelt, terwijl hij weet dat een vervolging hoort plaats te vinden. Het is echter de vraag hoe deze rechtsopvatting zich verhoudt tot het opportuniteitsbeginsel. In de tijd van Godefroi was het opportuniteitsbeginsel nog niet gecodificeerd, maar in de literatuur werd breed geaccepteerd dat het OM nooit onvoorwaardelijk verplicht, maar steeds bevoegd was om te vervolgen.³³⁴ Bij deze interpretatie van het opportuniteitsbeginsel kan het nalaten van een vervolging moeilijk worden beschouwd als het nalaten uitvoering te geven aan een wettelijke bepaling. Tegenwoordig staat echter in art. 167 Sv en art. 242 Sv dat van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend. Zoals besproken in paragraaf 3.7.2, biedt deze formulering wel een aanknopingspunt. Van vervolging kan *niet* worden afgezien op gronden die *niet* aan het algemeen belang zijn ontleend. Wanneer de minister het OM opdraagt om de vervolging van een corrupte politieke bondgenoot te staken, wordt de juiste toepassing van art. 242 Sv nagelaten. Deze gedraging zou onder de delictomschrijving van art. 355-356 Sr kunnen vallen.

Volgens PGHR Silvis staan deze strafbepalingen op gespannen voet met het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, dat is vastgelegd in onder andere art. 7 EVRM. Hij kwam tot deze conclusie bij het uitvoeren van een oriënterend onderzoek naar het mogelijk strafbare handelen van bewindspersonen die betrokken waren bij de toeslagenaffaire. De PGHR verwijst naar een resolutie van de Parlementaire Vergadering van de Raad van Europa, waarin is vastgelegd dat politici effectief beschermd dienen te worden tegen strafrechtelijke vervolging gebaseerd op politieke overwegingen. Strafbepalingen zoals art. 355-356 Sr moeten in het licht van het legaliteitsbeginsel restrictief worden geïnterpreteerd. Het moet volgens de PGHR overduidelijk zijn dat een bepaalde handelswijze onwettig was en de bewindspersoon hier weet van had.³³⁵ De norm 'gronden aan het algemeen belang ontleend' is in het licht van het legaliteitsbeginsel uitermate vaag. Het is daarom zeer de vraag in welke gevallen een veroordeling, wegens het nalaten van het uitvoeren van art. 167 Sv of art. 242 Sv haalbaar is.

Toch zijn er ook gevallen denkbaar waarin wel duidelijk sprake is van een ambtsmisdrijf. Gedacht kan worden aan de situatie waarin het gerechtshof op grond van art. 12 Sv een vervolging heeft bevolen. Als de minister in dat geval een aanwijzing geeft tot het staken van de vervolging, zal een veroordeling op grond van art. 355 lid 5 Sr zeker haalbaar zijn. Het staat immers buiten kijf dat de minister in dat geval een beschikking neemt, wetende dat daarmee art. 243 Sv wordt geschonden.

³³³ *Handelingen II* 1860/1861. p. 172-2.

³³⁴ Geelhoed 2013, p. 82.

³³⁵ Oriënterend onderzoek procureur-generaal 'Toeslagenaffaire' 2021.

5.3.2 Forum privilegiatum

Het vervolgen van de minister wegens een strafbare aanwijzing is ook om procedurele redenen lastig. Voor de vervolging van bewindspersonen en Kamerleden wegens ambtsdelicten bestaat een speciale procedure, op basis van art. 119 Gw en de *Wet ministeriële verantwoordelijkheid en ambtsdelicten leden Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen*. De beslissing tot het vervolgen van een minister wegens een ambtsmisdrijf kan alleen worden genomen door de regering of door de Tweede Kamer. Na een positieve vervolgingsbeslissing staat de minister terecht bij de Hoge Raad. De PGHR is belast met de vervolging. Volgens sommigen is deze procedure zo ingewikkeld dat bewindspersonen in feite strafrechtelijke immuniteit genieten voor ambtsmisdrijven. Een vervolging van een minister voor een ambtsmisdrijf heeft nog nooit plaatsgevonden.³³⁶

Er worden echter pogingen ondernomen om de wet weer bij de tijd te brengen. In 2018 vond al een bescheiden modernisering van de wet plaats met voornamelijk redactionele wijzigingen. In 2021 publiceerde de commissie-Fokkens haar rapport *Niet boven maar in de wet*, waarin ze meer ingrijpende wijzigingen van wet en Grondwet voorstelde. De commissie geeft de voorkeur aan het schrappen van art. 119 Gw, zodat het OM ambtsmisdrijven kan vervolgen. De opdracht voor het starten van een vervolging moet worden gegeven door de PGHR.³³⁷ Als alternatief voor een grondwetswijziging stelt de commissie voor om de PGHR een zo groot mogelijke rol te geven. De PGHR zou bevoegd moeten zijn om ambtshalve een opsporingsonderzoek naar ambtsdelicten te starten. Zonder een grondwetswijziging zal de vervolgingsbeslissing echter blijven liggen bij de Tweede Kamer of de regering.³³⁸ De commissie stelt verder voor om de aanwijzingsbevoegdheid van de minister te laten vervallen, wanneer de verdachte een Kamerlid of bewindspersoon is. In de huidige situatie is de minister niet verantwoordelijk voor het vervolgen van Kamerleden bij ambtsdelicten, maar wel bij normale delicten. De aanwijzingsbevoegdheid zou in beide gevallen moeten toekomen aan de PGHR.³³⁹

De commissie-Fokkens ging ook in op de kritiek van PGHR Silvis op de artikelen 355-356 Sr en stelde voor om deze artikelen te schrappen. De artikelen zouden onvoldoende houvast bieden voor een strafrechtelijk oordeel dat niet tevens een politiek oordeel inhoudt. De politieke ministeriële verantwoordelijkheid laat volgens de commissie geen plaats bestaan voor deze vorm van klassieke strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid.³⁴⁰

³³⁶ Sikkema, *TBSH* 2021/03.

³³⁷ *Niet boven maar in de wet* 2021, p. 108.

³³⁸ *Niet boven maar in de wet* 2021, p. 99.

³³⁹ *Niet boven maar in de wet* 2021, p. 108.

³⁴⁰ *Niet boven maar in de wet* 2021, p. 111.

5.4 Controle door de ambtenarenrechter

Tegen ministeriële aanwijzingen in concrete strafzaken is geen bezwaar en beroep mogelijk op grond van de Awb. Dat is niet vanzelfsprekend, aangezien een bijzondere aanwijzing in de zin van art. 127 RO voldoet aan het besluitbegrip van de Awb. De minister is een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 Awb. Een bijzondere aanwijzing is een schriftelijke beslissing inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling. Daarom is het een besluit in de zin van art. 1:3 Awb. Art. 1:6 Awb bepaalt echter dat het bestuursrecht, enkele kleine uitzonderingen daargelaten, niet van toepassing is op de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Door deze bepaling zijn beslissingen van de minister in concrete strafzaken, evenals beslissingen van de officier van justitie, niet vatbaar voor bezwaar en evenmin vatbaar voor beroep bij de bestuursrechter.³⁴¹ De wetgever heeft met art. 1:6 Awb vermenging van rechtssferen willen voorkomen. Het strafprocesrecht zou voldoende rechtsbescherming aan burgers moeten bieden en is uitputtend bedoeld.³⁴²

Minister Sorgdrager schreef in de memorie van toelichting bij de reorganisatiewet, dat het in beginsel onjuist is de bestuursrechter te belasten met de beoordeling van ministeriële aanwijzingen in concrete strafzaken. Toch kon ze een sporadische rol voor de bestuursrechter niet uitsluiten.³⁴³ De minister omschreef de situatie waarin een ambtenaar van het OM in strijd met een aanwijzing handelt. De minister kan in dat geval op grond van art. 34a Besluit rechtspositie rechterlijke ambtenaren (Brra) een disciplinaire maatregel opleggen wegens plichtsverzuim. Deze disciplinaire maatregel is een besluit waartegen op grond van art. 8:6 Awb beroep openstaat bij de CRvB als hoogste ambtenarenrechter. Volgens minister Sorgdrager zou de CRvB bij de beoordeling van de disciplinaire maatregel indirect kunnen toetsen of de minister “de aanwijzing rechtmatig heeft gegeven”.

Deze situatie komt sterk overeen met de zaak-Drenth, die in paragraaf 3.2.3 besproken is. Bedacht moet worden, dat het wetsvoorstel met memorie van toelichting op 24 juni 1997 werd ingediend bij de Tweede Kamer. De CRvB deed pas zestien dagen later uitspraak in de zaak-Drenth. De minister was dus niet bekend met het oordeel van de ambtenarenrechter en moest enige voorzichtigheid betrachten. Het is daarom gissen wat deze vorm van toetsing nu precies inhoudt. Drenth vorderde zijn eigen niet-ontvankelijkheid omdat hij de vervolging in strijd met het EVRM achtte. Volgens Witteveen handelde hij daarmee in de geest van De Bosch Kemper, die vond dat in de ogen van de officier onrechtmatige bevelen niet opgevolgd dienen te worden.³⁴⁴ De CRvB besteedde hier in haar uitspraak echter geen aandacht aan. De CRvB stelde simpelweg vast dat de minister op basis van de Wet RO bevoegd is tot het geven van aanwijzingen en controleerde vervolgens of Drenth de aanwijzing had uitgevoerd. In de uitspraak staat wel vermeld dat Drenth tijdens de rechtszitting zijn “grievan van formele aard” tegen de schriftelijke berisping heeft ingetrokken.³⁴⁵ Het zou kunnen dat de CRvB daardoor niet is toegekomen aan een rechtmatigheidstoets.

De vraag is nu of de CRvB anders had geoordeeld wanneer de vervolging daadwerkelijk in strijd met het EVRM was geweest. De wetgever lijkt dit niet te beogen. Ik maak dit op uit de behandeling van de reorganisatiewet in de Eerste Kamer, die een jaar na de uitspraak van de CRvB van start ging. Leden van de VVD-fractie vroegen de minister om concrete voorbeelden waarin een bijzondere aanwijzing gegeven dient te worden na de aanvang van het onderzoek ter rechtszitting. Minister Korthals, die inmiddels minister Sorgdrager was opgevolgd, gaf onder andere het volgende voorbeeld:

³⁴¹ *Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 28.*

³⁴² De Poorter, *T&C Algemene wet bestuursrecht*, commentaar op art. 1:6 Awb.

³⁴³ *Kamerstukken II 1988/89, 21221, nr. 3, p. 28.*

³⁴⁴ Witteveen, *Delikt en Delinkwent* 1998, afl. 5, p. 451.

³⁴⁵ CRvB 10 juli 1997, ECLI:NL:CRVB:1997:ZB7072, TAR 1997/141, m.nt. H.R.B.M. Kummeling & R. Viering.

Een tweede, hypothetisch voorbeeld zou het geval kunnen betreffen waarin tijdens het onderzoek ter terechtzitting in een belangrijke euthanasiezaak een arrest van het EHRM verschijnt op basis waarvan ernstige twijfels rijzen omtrent de verenigbaarheid van de euthanasiemeldingsprocedure met het nemo tenetur-beginsel, zoals besloten in artikel 6 EVRM. [...] De handelend officier van justitie acht de gerezen twijfels van een zodanig gewicht dat hij er de voorkeur aan zou geven in de voorliggende zaak niet-ontvankelijkheid van het OM te eisen. Uit het daarop volgende overleg met de minister blijkt echter dat deze minder overtuigd is van de gerezen bezwaren. Hoe dan ook hecht hij eraan om een duidelijke uitspraak van de rechter in hoogste instantie te verkrijgen omtrent de precieze gevolgen van het Straatsburgse arrest voor de specifieke Nederlandse situatie, met name met het oog op de eventuele noodzaak tot wetswijziging. In een zodanig geval acht ik het evenmin ondenkbaar dat de minister uiteindelijk een aanwijzing geeft om te requireren op een wijze die het door de minister gewenste resultaat dichterbij brengt.³⁴⁶

De minister benadrukte dat het slechts een fictief voorbeeld betrof, maar het moge duidelijk zijn waar Abraham de mosterd haalt. Drenth moest de aanwijzing opvolgen, zelfs als de rechter achteraf zou oordelen dat het OM niet-ontvankelijkheid is wegens schending van het EVRM. Ik blijf daarom bij het principe dat ik in paragraaf 3.2.2 heb verdedigd. Het rechtmatigheidsoordeel van de minister is bepalend voor de geldigheid van de aanwijzing. Het is echter de vraag hoe dit standpunt te rijmen valt met de rol van de ambtenarenrechter die in de memorie van toelichting beschreven is. Witteveen omschrijft de memorie van toelichting treffend als een compromis van onverenigbare posities.³⁴⁷ Als de CRvB, net als in de zaak-Drenth, uit het enkele bestaan van een aanwijzingsbevoegdheid afleidt dat de aanwijzing rechtmatig is gegeven, dan is deze vorm van rechterlijke controle een wassen neus.

Dat kan dus niet de bedoeling zijn geweest. Het zou ook onwenselijk zijn wanneer het adagium bevelis-bevel in elke situatie onbeperkt van kracht is. Dan zouden OM-ambtenaren als willoze werktuigen misbruikt kunnen worden voor het schenden van fundamentele rechten. Adams bepleit een recht op verzet voor ambtenaren die beleid moeten uitvoeren waarmee de beginselen van de democratische rechtsstaat worden geschonden.³⁴⁸ Een recht op verzet lijkt mij aan de orde in gevallen waarin rechterlijke toetsing te laat komt. Denk bijvoorbeeld aan een minister die het OM kort voor de verkiezingen opdraagt om een oriënterend feitenonderzoek te verrichten naar de gedragingen van een politieke rivaal, zodat de minister dit direct voor politieke doeleinden kan lekken naar de pers. Dit is het soort machtsmisbruik dat volgens Thorbecke kan plaatsvinden in partijzieke tijden waarbij het OM onherstelbare schade kan toebrengen, nog voordat de rechter kan ingrijpen.

Als OM-ambtenaren zich in de toekomst verzetten tegen de minister, is het aan de CRvB om te bepalen hoever een rechtmatigheidstoets mag gaan. In situaties als de zaak-Drenth verdient het de voorkeur dat een OM-ambtenaar die een ministeriële aanwijzing onrechtmatig acht, eerst vraagt of de aanwijzing kan worden uitgevoerd door een collega. Indien de minister en het College te goeder trouw van mening verschillen over een juridische kwestie, zullen er immers ook OM-ambtenaren zijn die zich wel kunnen verenigen met het standpunt van de minister. Indien het toch komt tot een gang naar de ambtenarenrechter, zal deze moeten beoordelen wanneer sprake is van plichtsverzuim in de zin van art. 34a Brra. De CRvB zal dan rechtsvormend te werk moeten gaan. Gelet op het betoog van Adams, zou de CRvB zou zich, kunnen laten inspireren door de eed of belofte die OM-ambtenaren afleggen. Op grond van art. 5g Wvra verklaren zij bij hun benoeming onder meer:

³⁴⁶ *Kamerstukken I 1998/99, 25392, nr. 46c, p. 2.*

³⁴⁷ Witteveen, *Delikt en Delinkwent* 1998, afl. 5, p. 452.

³⁴⁸ Adams, *NJB* 2019/919, p. 1228.

“Ik zweer/beloof dat ik trouw zal zijn aan de Koning, en dat ik de Grondwet en alle overige wetten zal onderhouden en nakomen. [...] Ik zweer/beloof dat ik mijn ambt met eerlijkheid, nauwgezetheid en onzijdigheid, zonder aanzien van personen, zal uitoefenen en mij in deze uitoefening zal gedragen zoals een goed rechterlijk ambtenaar betaamt.”

Het onderhouden van de Grondwet vereist dat een OM-ambtenaar de botsende rechtstatelijke beginselen die daaraan ten grondslag liggen zo goed als dat kan respecteert. Hij dient de minister in staat te stellen zijn verantwoordelijkheid te nemen, maar hij dient ook de fundamentele rechten van burgers te beschermen.³⁴⁹ Als de OM-ambtenaar daarin een goede afweging maakt, kan de CRvB naar mijn mening oordelen dat geen sprake is van plichtsverzuim.

5.5 Conclusie hoofdstuk 5

Het OM beschikt vanwege het opportuniteitsbeginsel over veel beleidsvrijheid bij het nemen van een vervolgingsbeslissing. Deze beleidsvrijheid kan door de minister worden ingevuld met zijn aanwijzingsbevoegdheid. Tegelijkertijd bestaan er een groot aantal normen waaraan de vervolgingsbeslissing dient te voldoen. Het belangrijkste toetsingskader wordt gevormd door de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging, maar ook verdragsrechtelijke normen zoals art. 6 EVRM kunnen relevant zijn. Bij het toetsen van de vervolgingsbeslissing zal de strafrechter op indirecte wijze ook een ministeriële aanwijzing ten aanzien van die vervolgingsbeslissing toetsen.

De strafrechter heeft binnen het strafproces meerdere mogelijkheden om de vervolgingsbeslissing te controleren. Tijdens het eindproces kan de rechter de vervolgingsbeslissing toetsen in het kader van de ontvankelijkheidsvraag. Indien het OM besluit om niet te vervolgen, kan de rechter deze beslissing toetsen nadat een belanghebbende een klacht heeft ingediend op grond van art. 12 Sv. Uit de jurisprudentie blijkt dat het begrip belanghebbende daarbij ruim mag worden geïnterpreteerd. Op grond van art. 242 Sv bestaat zelfs de mogelijkheid om een positieve vervolgingsbeslissing te laten toetsen voordat het eindproces is begonnen. Naar aanleiding van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding kan de rechter een kansloze vervolging stoppen.

Deze rechterlijke controle laat de beleidsvrijheid van het OM echter grotendeels in stand. Tijdens de beklagprocedure mag de rechter formeel gezien zowel de haalbaarheid als de opportuniteit van de vervolging beoordelen, maar in de praktijk wordt de opportuniteitscomponent van de vervolgingsbeslissing vaak slechts marginaal getoetst. Bij het toetsen van de vervolgingsbeslissing naar aanleiding van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding wordt de opportuniteitscomponent in het geheel niet getoetst. Hetzelfde geldt voor de toetsing van de vervolgingsbeslissing tijdens het eindonderzoek in het kader van de ontvankelijkheidsvraag. De rechter kan wel in alle gevallen controleren of het OM zich heeft gehouden aan de beginselen van behoorlijke strafrechtspleging, omdat een schending van deze beginselen de rechtmatigheid van de vervolgingsbeslissing aantast.

Naast de reguliere controle van de strafrechter op het OM, waarbij ministeriële aanwijzingen op indirecte wijze worden getoetst, bestaat er nog een bijzondere vorm van strafrechtelijke controle op ministeriële aanwijzingen. De minister kan zich op grond van art. 355 Sr schuldig maken aan een misdrijf wanneer hij een aanwijzing geeft, terwijl hij weet dat daarmee de wet wordt overtreden. Deze strafbepaling moet echter restrictief worden toegepast in het licht van het legaliteitsbeginsel. Ook om procedurele redenen is het vervolgen van een minister voor het plegen van een ambtsmisdrijf lastig. De vervolgingsbeslissing kan alleen worden genomen door de regering de Tweede Kamer. Bij een duidelijke schending van de wet zal een strafrechtelijk veroordeling wel haalbaar zijn.

³⁴⁹ Zie ook: Witteveen, *Delikt en Delinkwent* 1998, afl. 5, p. 476.

De laatste vorm van rechterlijke controle op ministeriële aanwijzingen, betreft de controle door de ambtenarenrechter. Wanneer een OM-ambtenaar een aanwijzing niet opvolgt en de minister hiervoor een disciplinaire sanctie oplegt, kan de CRvB beoordelen of sprake is van plichtsverzuim. Daarbij kan de CRvB indirect toetsen of de minister de aanwijzing rechtmatig heeft gegeven. Wat deze vorm van toetsing inhoudt is niet duidelijk. Ook aanwijzingen die resulteren in de niet-ontvankelijkheid van het OM moeten worden opgevolgd. De CRvB zal de aanwijzing daarom op terughoudende wijze toetsen.

6. Eindconclusie

Ik heb dit onderzoek verricht om de volgende vraag beantwoorden: op welke wijze is het principe van machtsverdeling geregeld in het staatsrecht ten aanzien van de positie van het OM?

De staatsrechtelijke positie van het OM is belangrijk, omdat het Nederlandse strafproces uitgaat van het vervolgingsmonopolie en het opportuniteitsbeginsel. De vraag tot welke staatsmacht het OM behoort in de leer van de trias politica, lijkt daarom in het eerste opzicht zeer relevant, maar is dat bij nader inzien niet echt. De wetgever heeft een stelsel van checks and balances rondom het OM gecreëerd. Het OM beschikt in dit stelsel over aanzienlijke macht, maar de minister en de rechter kunnen het OM controleren. Het parlement kan op zijn beurt de minister controleren. Daardoor is sprake van een machtsverevenwicht tussen het OM, de minister, het parlement en de rechter.

Tijdens het rechtshistorische gedeelte van het onderzoek is gebleken dat al sinds de totstandkoming van ons Koninkrijk discussie bestaat over de staatsrechtelijke positie van het OM. Volgens voorstanders van een onafhankelijk OM, hoorden OM-ambtenaren net als rechters dienaren van de wet te zijn. Voorstanders van een OM onder de controle van de regering, benadrukten het verschil tussen OM-ambtenaren en rechters. Rechters hoorden op onafhankelijke wijze de wet toe te passen, maar OM-ambtenaren hoorden het belang van de maatschappij te vertegenwoordigen bij de rechter. Daarom hoorden OM-ambtenaren geen dienaren van de wet te zijn, maar dienaren van de Koning. Die laatste visie won. OM-ambtenaren werden verplicht bevelen van de Koning en zijn minister op te volgen. De rechter vormde tot 1848 het enige tegenwicht. De rechter kon tot 1926 grote controle uitoefenen op het vooronderzoek en de vervolgingsbeslissing. Na 1848 kon het parlement de minister controleren en daarmee ook controle uitoefenen op het OM. In 1926 werd de rol van de rechter lijdelijker. De controle van de rechter over het vooronderzoek en de vervolgingsbeslissing nam af. De officier van justitie kon vanaf dat moment in alle gevallen zelf de vervolgingsbeslissing nemen.

In 1999 werd het OM gereorganiseerd. Sindsdien staat het OM onder leiding van het College van Procureurs-Generaal. Het OM is door de formele wetgever ondergebracht bij de rechterlijke organisatie. Tegelijkertijd is het OM een bestuursorgaan onder de verantwoordelijkheid van de minister van Veiligheid & Justitie. De minister kan op basis van art. 127 RO algemene en bijzondere aanwijzingen geven, met betrekking tot de uitoefening van alle taken en bevoegdheden van het OM. Een bijzondere aanwijzing is een aanwijzing in een concrete strafzaak, die bijvoorbeeld betrekking kan hebben op de vervolgingsbeslissing, de inhoud van het requisitoir of de strafeis. Een aanwijzing is geen suggestie of vriendelijk verzoek. OM-ambtenaren zijn verplicht aanwijzingen op te volgen. Zij zijn hiertoe zelfs verplicht wanneer zij met de minister twisten over de rechtmatigheid van de opgedragen handelwijze. De minister heeft echter sinds de invoering van de Wet reorganisatie OM nog nooit een bijzondere aanwijzing gegeven. Dat wil niet zeggen dat de minister geen invloed uitoefent in concrete strafzaken. De minister kan gevoelige zaken met het College bespreken. De wetgever noemt dit ministeriële betrokkenheid. Tijdens het overleg mag de minister zijn mening kenbaar maken zonder dat sprake is van een bijzondere aanwijzing. Pas als het overleg niet tot overeenstemming leidt en de minister de voorgenomen handelwijze van het OM niet voor zijn verantwoording kan nemen, dient de minister gebruik te maken van zijn aanwijzingsbevoegdheid.

De minister is terughoudend met het geven van aanwijzingen aan het OM op basis van een constitutionele conventie. Deze conventie schrijft voor dat de minister besluiten van het OM slechts marginaal hoeft te toetsen om zijn politieke verantwoordelijkheid te nemen. Het parlement is op basis van dezelfde conventie terughoudend met het ter verantwoording roepen van de minister voor de handelwijze van het OM. Deze constitutionele conventie bestaat omdat zowel de minister als het parlement politieke beïnvloeding van het strafproces in beginsel onwenselijk achten.

Om de schijn van politieke inmenging te vermijden zal de minister zich ook in het overleg met het OM over concrete strafzaken terughoudend opstellen. Daarvoor is het wel belangrijk dat de minister een risico loopt dat het parlement weet krijgt van de beïnvloeding. Wanneer de minister een aanwijzing geeft tot het staken van een vervolging of het afzien van vervolging, moet hij het parlement hierover inlichten op grond van art. 128 RO. Bij andere bijzondere aanwijzingen moet hij het parlement inlichten bij de jaarlijkse behandeling van de Justitiebegroting op grond van actieve inlichtingenplicht, die voortvloeit uit art. 42 Gw. De minister hoeft het parlement echter niet in te lichten over ministeriële betrokkenheid zonder aanwijzing. Bij Kamervragen over lopende strafzaken weigert de minister vaak inlichtingen te verstrekken met een beroep op het sub *judice*-principe. De informatiepositie van het parlement wordt echter versterkt door de Wet open overheid. Door deze wet kan openbaar worden dat de minister betrokken is geweest bij een strafzaak. De PGHR kan als toezichthouder van het OM mistanden aan de kaak stellen, waarna de minister het parlement ter verantwoording kan roepen.

De minister mag het OM niet opdragen tot een handelswijze in strijd met het recht. De vervolgingsbeslissing mag bijvoorbeeld niet in strijd zijn met de beginselen van behoorlijke strafrechtpleging. De strafrechter kan de vervolgingsbeslissing van het OM toetsen naar aanleiding van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding op grond van art. 242 Sv, naar aanleiding van een klacht tegen het niet-vervolgen op grond van art. 12 Sv of in het kader van de ontvankelijkheidsvraag tijdens het eindonderzoek. De rechter toetst de opportuniteit van de vervolging echter in de meeste gevallen slechts marginaal. Bij het beoordelen van een klacht tegen het niet-vervolgen kan rechter de vervolgingsbeslissing vol toetsen, maar dat is in de praktijk niet de regel. Rechterlijke controle op de minister kan ook plaatsvinden op basis van de strafrechtelijke ministeriële verantwoordelijkheid. De minister kan zich door het geven van een onrechtmatige aanwijzing schuldig maken aan de ambtsmisdrijven beschreven in art. 355-356 Sr. Een veroordeling zal echter niet snel haalbaar zijn vanwege de problematisch ruime delictsomrijvingen en de bijzondere strafrechtelijke procedure. Tot slot kan de CRvB in sommige gevallen toetsen of de minister een aanwijzing rechtmatig heeft gegeven. Wat deze vorm van toetsing precies inhoudt is onduidelijk, omdat ook aanwijzingen die resulteren in de niet-ontvankelijkheid van het OM, moeten worden opgevolgd. De CRvB zal de aanwijzing daarom op terughoudende wijze toetsen.

Al met al wordt de staatsrechtelijke positie van het OM gekenmerkt door een groot aantal controlemechanismen. Gecontroleerd worden is niet altijd even prettig. Wie echter denkt dat het OM het liefst zo zelfstandig mogelijk wil zijn, zal zich verbazen over het wetgevingsadvies van het College van Procureurs-Generaal inzake het initiatiefvoorstel *Wet verval bijzondere aanwijzingsbevoegdheden openbaar ministerie*.³⁵⁰ Dit advies werd pas openbaar nadat het concept van deze scriptie was afgerond, maar ik wil het de lezer niet onthouden. Het College levert felle kritiek op het wetsvoorstel. De volledige politieke verantwoordelijkheid van de minister voor het OM is volgens het College: *“vanuit het oogpunt van democratische controle en democratische legitimatie, de meest solide situatie”*. Als de ministeriële verantwoordelijkheid zou wegvallen dan zou dat volgens het College leiden tot een ‘vacuüm’. Over dit vacuüm schrijft het College:

“Of en hoe dit vacuüm gevuld zal raken is een buitengewoon onzekere factor. Reeds die ongewisheid zorgt ervoor dat een eventuele aanvaarding van het wetsvoorstel een (wat het College betreft: onverantwoorde) stap in het duister zou zijn.”

Kennelijk blijft één vraag in het staatsrecht altijd relevant.

Quis custodiet ipsos custodes?

³⁵⁰ Wetgevingsadvies van het College van Procureurs-Generaal van 4 mei 2022 inzake het initiatiefwetsvoorstel verval bijz. aanwijzingsbevoegdheid. Geraadpleegd via om.nl.

Literatuur

Adams, *NJB* 2019/919

M. Adams, 'Verzet van ambtenaren en de rechtspolitieke gevolgen van de Wnra', *NJB* 2019/919, p. 1228-1238.

Afdeling advisering Raad van State 2020

Ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid (Kenmerk W04.20.0135), van 15 juni 2020. Geraadpleegd via raadvanstate.nl.

Beschikt en Gewogen 2014

Beschikt en Gewogen. Over de naleving van de wet door het openbaar ministerie bij het uitvaardigen van strafbeschikkingen (Rapport van de PGHR), Den Haag: 2014.

Biemond & Zilver 2019

H.J.T. Biemond & R. Zilver, 'Commentaar op art. 262 Sv', in: *Sdu Commentaar Strafvordering*, Den Haag: Sdu 2019 (online in OpMaat).

Blekendaal, *Historisch Nieuwsblad* 2006, afl. 6

M. Blekendaal, 'De arrestatie van Mohammed Hatta', *Historisch Nieuwsblad* 2006, afl. 6.

Bosch 2011

A.G. Bosch, *De ontwikkeling van het strafrecht in Nederland van 1795 tot heden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

Boogaard 2021, *Commentaar op artikel 116 van de Grondwet*

G. Boogaard, 'Commentaar op artikel 116 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2021.

Boogaard 2021, *Commentaar op artikel 117 van de Grondwet*

G. Boogaard, 'Commentaar op artikel 117 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2021.

Boot 1885

W. Boot, *De afhankelijkheid van het openbaar ministerie ten opzichte van het instellen der strafvordering*, Amsterdam: M.J. Portielje 1885.

Brommet 2002

E.C. Brommet, *Van rechterlijke macht naar rechterlijke organisatie. kroniek van achttien jaar verandering*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2002.

Bovend'Eert, *NJB* 2021/654

P.P.T. Bovend'Eert, 'Wat mag het parlement wel en niet weten?', *NJB* 2021/654, p. 690-695.

Bovend'Eert & Kummeling 2017

P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, *Het Nederlandse parlement*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Bovend'Eert, Kummeling, Munneke & Voermans 2020

P.P.T. Bovend'Eert, H.R.B.M. Kummeling, S.A.J. Munneke & W.J.M. Voermans, *De reikwijdte van artikel 68 Grondwet, Factsheet voor de vaste Kamercommissie voor Financiën*, Den Haag: 2020.

But & Boogaard 2021, Commentaar op artikel 122 van de Grondwet

J.J. But & G. Boogaard, 'Commentaar op artikel 122 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2021.

Castaldo 1999

A. Castaldo, *Introduction historique au droit*, Parijs: Dalloz 1999.

Cleiren, Strafolad 2008, p. 534-546

C.P.M. Cleiren, 'De procedure van het beklag tegen niet-vervolging op de schop', *Strafolad* 2008, afl. 5, p. 534-546.

Cliteur, BenM 1997

P.B. Cliteur, 'De bevoegdheidsverhouding tussen minister en Openbaar Ministerie', *Beleid en Maatschappij*, afl. 3, p. 117-133.

Cliteur 1998

P.B. Cliteur, 'Indien verantwoordelijk dan bevoegd? De constitutionele positie van het Openbaar Ministerie', In: M.C. Burkens e.a. (red.), *Gelet op de grondwet*, Deventer: Kluwer 1998.

Colenbrander 1908

H.T. Colenbrander, *Ontstaan der grondwet. Bronnenverzameling* (deel 1), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1908.

Colenbrander 1909

H.T. Colenbrander, *Ontstaan der grondwet. Bronnenverzameling* (deel 2), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1909.

Colenbrander 1916

H.T. Colenbrander, *Gedenkstukken der Algemeene Geschiedenis van Nederland van 1795 tot 1840* (deel 9), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1916.

Corstens, NRC Handelsblad, 10 september 2019

G.J.M. Corstens, 'Versterk de zelfstandige positie van het Openbaar Ministerie' *NRC Handelsblad*, 10 september 2019.

Corstens/Borgers & Kooijmans 2021

G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers en T. Kooijmans, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Daalder, Trema 1991, p. 88-92

E.J. Daalder, 'Het Openbaar Ministerie: magistraat of bestuursambtenaar?', *Trema* 1991, p. 88-92.

Daalder 2015

E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Dangel, Yale Law Journal 1990, p. 1069-1088

S.A.J. Dangel, 'Is Prosecution a Core Executive Function? Morrison v. Olson and the Framers' Intent', *The Yale Law Journal* 1990, afl. 5, p. 1069-1088.

Davids, NJB 2006/1721

W.J.M. Davids, 'Communicatie tussen wetgevende en rechterlijke macht', *NJB* 2006/1721.

Delbecke 2012

B. Delbecke, *De lange schaduw van de grondwetgever. Perswettengeving en persmisdrijven in België 1831-1914*, Gent: Academia Press 2012.

Van Dullemen 1958

A.A.L.F. van Dullemen, *Preadvies over positie en taak van het Openbaar Ministerie in Nederland*, Zwolle: Tjeenk Willink, 1958.

Van den Eijnden 2011

P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief*, Deventer: Kluwer 2011.

Geelhoed 2013

W. Geelhoed, *Het opportuniteitsbeginsel en het recht van de Europese Unie. Een onderzoek naar de betekenis van strafvorderlijke beleidsvrijheid*, Deventer: Kluwer 2014.

Geelhoed, TMSv 2020, p. 49-59

W. Geelhoed, 'De eeuwige discussie over de toetsingsomvang bij beklag tegen niet-vervolgving', *Tijdschrift Modernisering Strafvordering* 2020, afl. 1, p. 49-59.

Geertjes, AA 2022, p. 315-325.

G.J.A. Geertjes, 'Machtsverdeling, Grondwet en conventie', *AA* 2022, p. 315-325.

Gommer, Trema 2006, p. 482-485

H. Gommer, 'Geen extern opgelegde gedragscode voor politici', *Trema* 2006, afl. 10, p. 482-485.

Hillebrink, TvCR 2016, p. 322-334

S. Hillebrink, 'Het parlementaire inlichtingenrecht', *TvCR* 2016, afl. 4, p. 322-334.

Hugenholtz 2008

W.R. Hugenholtz, *Het geheim van Paleis Kneuterdijk. de wekelijkse gesprekken van koning Willem II met zijn minister J.C. Baud over het koloniale beleid en de herziening van de grondwet 1841-1848*, Leiden: KITLV Uitgeverij, 2008.

Janse de Jonge 2021, Commentaar op artikel 68 van de Grondwet

E.J. Janse de Jonge, 'Commentaar op artikel 68 van de Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2021.

Kerssies, AA 2020, p. 464-474

S. Kerssies, 'Hoge transacties en de politieke verantwoordelijkheid voor het Openbaar Ministerie', in *AA* 2020, p. 464-474.

Kjellefold Hoegge 2011

L.A. Kjellefold Hoegge, *Rechtsbescherming tegen bestuurshandelen in Nederland, Noorwegen en Zweden*, Deventer: Kluwer 2011.

Kortmann 2021

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Kummeling 2016

H.R.B.M. Kummeling, 'Conventies: cruciale constitutionele curiosa', in: L.F.M. Verhey en G.J.A. Geertjes (red.), *De constitutionele conventie: kwal op het strand of baken in zee?*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Kummeling 2020

H.R.B.M. Kummeling, 'Evenwicht vereist tegenwicht: Enkele opmerkingen naar aanleiding van de Beschouwing van de Raad van State over evenwicht in de rechtsstaat in het jaarverslag 2019', In: *In gesprek. Bijdragen aan de dialoog over de rechtsstaat*, Den Haag: Raad van State.

Lichtenauer, Spiegel Historial 1980, p. 153-161

W.F. Lichtenauer, 'Een zonderlinge Noordnederlander in het opstandige Brussel van 1830', *Spiegel historiael: maandblad voor geschiedenis en archeologie* 1980, p. 153-161.

Lindeman 2017

J. Lindeman, *Officieren van justitie in de 21e eeuw. Een verslag van participerend observatieonderzoek naar de taakopvatting en taakinfilling van officieren van justitie*, Den Haag: Boom Juridisch 2017.

Lindeman & Sikkema, NJB 2021/656

J.M.W. Lindeman & E. Sikkema, 'De aanwijzingsbevoegdheid (niet) ter discussie?' *NJB* 2021/656.

Van Maanen 1860

C.F.Th. Van Maanen, *Het openbaar ministerie in Nederland*, 's-Gravenhage: M.J. Visser 1860.

Marguery 2008

T.P. Marguery, *Unity and diversity of the public prosecution services in Europe. A study of the Czech, Dutch, French and Polish systems* (diss. Groningen), s.n. 2008.

Meerjarenprogramma Inspectie JenV 2017

Meerjarenprogramma 2018-2020. Toezicht dat ertoe doet, bijlage bij *Kamerstukken II* 2017/18, 34775-VI, nr. 21.

De Meijer, NBSTRAF 2019/07

M.E. de Mijer, 'Veenbranden in de rechtstaat', *Nieuwsbrief strafrecht* 2019/07, p. 574-578.

De Meijer 2020

M.E. de Mijer, 'Het Openbaar Ministerie', in: E.R. Muller, H.R.B.M. Kummeling & R. Nehmelman (red.), *Instituten van de staat*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Mik, NJLP 2021, p. 70-90

A. Mik, 'Het classicistische politieke denken van Van Hogendorp', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2021, afl. 1, p. 70-90.

Pieterman 1990

R. Pieterman, *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920. Politiek-juridische ideeënstrijd over de scheiding van machten in de staat*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

Postma 1999

J.G. Postma, *Behandeling door de raadkamer. Haar functie in het Nederlandse strafproces*, Amsterdam: Thela/Thesis 1999.

Van der Pot/Elzinga, Hoogers & De Lange 2014

D.J. Elzinga, G. Hoogers & R. de Lange, Van der Pot. *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Rapport commissie partiële herziening strafvordering 1979

Rapport van de commissie, ingesteld bij besluit van de Minister van Justitie, d.d. 24 november 1964, Stafafdeling Wetgeving Publiekrecht, Nr. 436/664 (commissie partiële herziening strafvordering), bijlage bij Kamerstukken II, 1979/80, 15831, 4.

Rapport Commissie Donner 1994

Commissie Openbaar Ministerie, *Het functioneren van het Openbaar Ministerie binnen de rechtshandhaving*, 's-Gravenhage 1994.

Rapport Commissie Dossier J.A. Poch 2021

Rapport Commissie Dossier J.A. Poch 2021, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/2021*, 35570-VI, nr. 97.

Rapport van de Onderzoekscommissie Openbaar Ministerie 2019

Rapport van de Onderzoekscommissie Openbaar Ministerie 2019, bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 28844, nr. 178;

Reijntjes 2017

J.M. Reijntjes, *Minkenhof's Nederlandse strafvordering*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

De Secondat (1748) 1758

C.L. De Secondat, baron van Montesquieu, *The Spirit of Laws*, Londen: Nourse & Vaillant 1758 (*De l'esprit des lois* 1748, vertaald door T. Nugent).

Sikkema, TBSH 2021/03

E. Sikkema, De aangifte tegen (oud-)bewindslieden in de toeslagenaffaire, *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2021/03.

Taekema, LaM 2018

S. Taekema, 'Theoretical and Normative Frameworks for Legal Research: Putting Theory into Practice', *Law and Method* februari 2018.

Thorbecke 1848

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der grondwet*, Leiden: P.H. van den Heuvell 1848.

Verburg 2004

M.E. Verburg, *De minister de baas. Minister van Justitie en Openbaar Ministerie. grepen uit de historie van de aanwijzingsbevoegdheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004.

Verhey 2016

L.F.M. Verhey, 'De constitutionele conventie: kwal op het strand of baken in zee?', in: L.F.M. Verhey en G.J.A. Geertjes (red.), *De constitutionele conventie: kwal op het strand of baken in zee?*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

Verrest 2011

P.A.M. Verrest, *Raison d'être. een onderzoek naar de rol van de rechter-commissaris in ons strafproces*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011.

Viering & Kummeling, *NJB* 1996, p. 592-596

M.L.W.M. Viering & H.R.B.M. Kummeling, 'La plume est servie, la parole est un petit peu libre. De staatsrechtelijke verhouding tussen de minister en het openbaar ministerie', *NJB* 1996, p. 592-596.

Voermans, *Volkskrant* 16 oktober 2010

W. Voermans, 'Kamer, spreek gerust over zaken die onder de rechter zijn', *Volkskrant* 16 oktober 2010.

De Vries 1955

K. de Vries, *Bijdrage tot de kennis van het strafprocesrecht in de Nederlandse steden benoorden Maas en Schelde vóór de vestiging van het Bourgondisch gezag*, Groningen: Noordhoff Uitgevers 1955.

Van Vugt 2021

E.Y. van Vugt, *De Staten-Generaal vertegenwoordigen het geheele Nederlandsche volk*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

Walgemoed & van Hoek, *Militair strafrecht (SSR nr. 8)* 2013

G.F. Walgemoed & J.J.M. van Hoek, *Militair strafrecht* (Studiepockets Strafrecht, nr. 8), Deventer: Kluwer 2013.

Witteveen 1991

W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Witteveen *Delikt en Delinkwent*, afl. 5, p. 448-450.

W.J. Witteveen, 'De minister en de officier: botsende rechtsstatelijke idealen', *Delikt en Delinkwent*, afl. 5, p. 448-450.

Witteveen & Van Klink 2002

W.J. Witteveen & B.M.J. van Klink, *De sociale rechtsstaat voorbij. Twee ontwerpen voor het huis van de rechtsstaat*, Den Haag: SDU uitgevers 2002.

Wolting, *GROM* 2001/18, p. 155.

V. Wolting, 'De ontwikkeling van de wettelijke inrichting van het openbaar ministerie van 1838 tot heden', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen* 2001/18, p. 155-221.

Zijlstra 2019

S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk Organisatierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Zijlstra, *NTB* 2019/6

S.E. Zijlstra, 'Onafhankelijke ondergeschikten', *NTB* 2019/6, p. 39-47.