

# Domeinstrijd

## Roel Pieterman

Universitair docent rechtssociologie aan de Erasmus Universiteit. Adres: Vakgroep Sociale en Economische Wetenschappen, EUR, Postbus 1738, 3000 DR Rotterdam, 010 4081111.

### Samenvatting

De voorafgaande bijdragen van Cliteur en Boek zijn niet alleen typerend voor het actuele debat over de verhouding van het OM tot de minister van Justitie. Zij zijn ook typerend – zoals al blijkt uit vooral de bijdrage van Cliteur – voor het debat over die verhouding, dat sinds de vestiging van ons Koninkrijk wordt gevoerd. We kunnen zelfs nog verder gaan: het debat over de verhouding van het OM tot de minister van Justitie maakt onderdeel uit van het meer algemene vraagstuk van de verhouding van bestuur en rechtspraak. Dit meer algemene vraagstuk is reeds aan de orde vanaf het moment dat het proces van staatsvorming op gang komt. Door de discussie op deze manier te bezien, wordt duidelijk dat we te maken hebben met een vraagstuk dat nooit ‘opgelost’ kan worden. De kern van de zaak is er een van machtsverhouding; het gaat om een domeinstrijd. Het betreft dus een politiek en niet een juridisch vraagstuk. Wanneer iets de status krijgt van een juridisch vraagstuk wordt het getransformeerd van een politiek tot een technisch probleem. We zijn het dan – voor zolang het duurt – eens geworden over de prioriteit van bepaalde waarden – en daarmee van belangen – boven andere.

### 1. Inleiding

De vraag naar de – juiste – verhouding van bestuur en rechtspraak kan met recht klassiek genoemd worden. Volgens Unger heeft bestuurlijke regelgeving van aanvang af te maken met twee beperkende factoren, die uit traditie en godsdienst afkomstig waren.<sup>1</sup> Eeuwenoude gewoonten en heilige ge- en verboden zijn altijd een grondslag geweest om wetten en regels van de overheid te kritiseren. Vooral de door de godsdienst gestelde beperkingen zijn effectief, omdat de-

ze meestal een goed georganiseerde groep ‘verdedigers’ heeft: een priesterklasse met eigen – ook politieke – belangen.

In de eigen, vaderlandse geschiedenis werd de ‘eeuwigheid’ van het probleem reeds lang geleden onderkend. Zo merkt Hugo de Groot reeds op: ‘Dat de Collegien van Regiering ende Collegien van Judicature in dispuyte komen over de limiten van hare respective ampten, en is niet nieuw, maar ghenougsaam in alle tijden ende plaatsen gesien’.<sup>2</sup> Het gaat hier dus om de grenzen van het ene orgaan in relatie tot die van het andere. Waar sociologen een dergelijke grensstrijd als machtsstrijd opvatten, plegen juristen over soevereiniteit, jurisdictie, competentie of bevoegdheid te spreken. Wanneer een machtsstrijd effectief kan worden gevoerd in dergelijke juridische termen, betekent dat – het zei herhaald – dat er eigenlijk al geen sprake meer is van strijd. Het gaat dan nog slechts om de vraag wat geboden is, gegeven de regels en beginselen van het recht.

Hierin schuilt mijns inziens de belangrijkste waarde van het recht en van juristen: zij bevorderen de gepacificeerde oplossing van problemen. Dit geldt natuurlijk vooral voor de democratische rechtsstaat, omdat bij andere politieke regimes het officiële recht vaak een extra hulpmiddel is in de handen van een elite. Deze vergelijking maakt duidelijk dat de waarde van het recht altijd fragiel is. Aan het recht ligt immers altijd een prioriteitstelling ten aanzien van waarden en belangen ten grondslag. Waar dat niet het geval is – zoals in wetten met een duidelijk compromiskarakter – kan het recht zijn pacificerende werk ook niet goed doen. Bij toepassing en interpretatie blijkt de dubbelzinnige prioriteitstelling, met als gevolg dat die in de concreet voorliggende zaak alsnog voldoende duidelijk gemaakt moet worden.

Politieke voetangels en klemmen liggen dan weer overal op de loer.

Vanuit mijn sociaal-wetenschappelijk perspectief zie ik de vraag naar de verhouding van het OM en de minister van Justitie dus als onderdeel van een vraagstuk dat algemener en ouder is. Om dat vraagstuk goed te kunnen plaatsen, noem ik een 'strijd' waarin het gaat over een fundamentele prioriteitstelling een politieke strijd. Onder een juridische strijd versta ik een discussie waarin het gaat om de vraag wat geboden is op grond van regels die de uitkomst zijn van politieke strijd. Kijken we vanuit deze begripsopvatting naar het debat over het OM dan blijkt dat in hoge mate sprake is van een politieke strijd die gevoerd wordt *alsof* het een juridische strijd is.

In de navolgende tekst ga ik eerst kort in op de periode na de vestiging van ons Koninkrijk. Daarin komt de Wet op de rechterlijke organisatie tot stand – in 1827 – met daarin reeds het omstrede artikel 5 RO.<sup>3</sup> Bijna alle participanten verwijzen naar deze ontstaansgeschiedenis en ik wil dit element uit het debat in een wat breder en meer politiek getint kader zetten. Vervolgens ga ik in op het politieke karakter van het debat. Daarbij komt de vraag aan de orde of het wel een debat is. Bovendien wil ik aannemelijk maken dat aan de strafrechtelijk georiënteerde participanten eigenlijk een fundamentele vraag gesteld wordt. Tenslotte wil ik ingaan op de wijze waarop dit soort 'debatten' gevoerd worden.

## 2. Rechter en politiek van 1813 tot 1848

Participanten van beide zijden verwijzen naar deze periode en ik vraag me af of dat verstandig is. Als de minister in haar brief van 26 juni 1996 tot twee keer toe haar voorganger Van Maanen opvoert (TK 1995-1996; 24034, nr. 13, p. 4 en p. 7), maakt ze zich zeer kwetsbaar voor tegenstanders die haar tegenwerpen dat deze minister de trouwste medewerker was van een koning met duidelijke absolutistische neigingen.<sup>4</sup> Dat blijkt duidelijk uit de woorden waarmee Van Maanen zijn verdediging van het wetsontwerp begint: 'Ik maak een aanvang mijner verdediging van het ontwerp van wet, door de behandeling van een groot beginsel, dat men met kracht heeft aangevallen, met de verdediging van het *grondwettelijk Koninklijk gezag*'. Neemt de minister deze uitspraak ook voor haar rekening? En wat te denken van Van

Maanens beperking van de leer van Montesquieu, tot de stelling 'dat een Koning *nimmer regter behoort te zijn, en te vonnissen in strafzaken waarin zijne onderdanen betrokken zijn*'.<sup>5</sup>

De conclusie moet zijn dat zinnige vergelijkingen niet opgaan. Daarvoor is het politieke bestel te zeer veranderd: van een monarchaal bestel in een democratische rechtsstaat. Om het verschil in opstelling van de kant van het bestuur tegenover de rechterlijke macht duidelijk te maken, kan ik het best iets zeggen over het zogenaamde Conflictenbesluit uit 1822.<sup>6</sup> Dat besluit gaf de provinciale gouverneurs de bevoegdheid om in bepaalde civiele rechtszaken tussenbeide te komen. Dat kon wanneer hij van mening was dat het eigenlijk een kwestie betrof die door het bestuur zelf afgedaan moest worden. Dus: als een burger zich met een klacht tegen een overheidsorgaan of -functionaris tot de rechter wendde, liep hij de kans dat de gouverneur daartegen bezwaar had. De verdere procedure zag er als volgt uit: De rechter zond het dossier naar de Raad van State, die de Koning adviseerde over de vraag of het een juridische of een bestuurlijke aangelegenheid was. De Koning besliste vervolgens, waarop de zaak ofwel alsnog naar de rechter terugging, ofwel voor afdoening werd gezonden aan het bevoegd geachte bestuurlijke orgaan.

Gezegd moet worden dat er niet veel Conflicten zijn geweest; het gaat om enkele tientallen in een periode van ruim twintig jaar. Wel zorgde ieder besluit op zich voor opschudding in juridisch Nederland. Waar het mij hier om gaat, is de houding van de Koning tegenover de door hem onafhankelijk genoemde rechterlijke macht. Die rechter liet hij – in deze kwesties – niet zelf beslissen over de eigen competentie. Deze houding kon op veel weerstand rekenen. De critici achtten het Conflictenbesluit in strijd met de grondwet; een mening die onder juristen (veel) later gemeengoed is geworden. Toen het ontwerp voor de Wet RO in 1827 aanhangig werd gemaakt, bevatte het een drietal artikelen die het Conflictenbesluit een wettelijke status moesten geven. Aan de critici kwam het voorstel in zoverre tegemoet dat niet de Raad van State, maar de Hoge Raad de Koning mocht gaan adviseren. Desondanks liepen veel kamerleden tegen deze artikelen te hoop, waarop de Koning ze tijdens de beraadslagingen uit het ontwerp terugtrok.<sup>7</sup>

Het einde van het Conflictenbesluit is veelzeggend voor de visie van de Koning – inmiddels Willem II – op de rechter én op het OM. Nog in 1842 had Van Maanen geprobeerd het besluit in de vorm van een wet aanvaard te krijgen. Dit mislukte jammerlijk en toen Van Hall tot minister van Justitie werd benoemd, was een opdracht aan de gouverneurs om tot nader order geen Conflicten meer op te werpen een van z'n eerste daden.<sup>8</sup> Echter, vrijwel tegelijk met deze intrekking stuurt Van Hall een circulaire aan het OM, die door het *Weekblad van het regt* (21 april 1842, nr. 279) gepubliceerd werd. Het volgende, uitvoerige citaat geeft een uitstekend inzicht in wat de regering toen onder een onafhankelijke rechterlijke macht verstond.

‘De regtsbedeeling in ons land is opgedragen aan onafhankelijke regters. Van den aanvang zijner regering, heeft de Koning zich tot regel gesteld, om alles te vermijden wat den schijn zelfs kon hebben, die onafhankelijkheid in het allerminst te kwetsen. ... Het is dan ook de ernstige wil des Konings, dat aan de regterlijke autoriteiten die onafhankelijkheid verzekerd blijve, op welker genot zij aanspraak kunnen maken. (...)

Zij kennen hunne pligten te wel, om immer de grenzen van hunne magt te buiten te gaan, om zich eenige bemoeijingen met, of uitspraak over administratieve handelingen, te veroorloven; om den loop der administratie, waarvan het beheer hen vreemd is en moet blijven, te belemmeren; om zelfs eenige oordeelvellingen uit te spreken over onderwerpen, waaromtrent zij niet bevoegd zijn te beslissen. (...)

Het is de *pligt van het Op. Min. om toe te zien, dat de regterlijke magt voortdurend binnen de haar aangewezen grenzen blijve*, en ik moet U Edel Gr. Achtb. uitnoodigen, om te zorgen, dat, zoodra er eene poging mocht worden aangewend, om eenig regterlijk collegie de grenzen, bij de Grondwet aan de regterlijke magt voorgeschreven, te doen overschrijden, mij daarvan onverwijld kennis gegeven worde, opdat er alsdan *wettige maatregelen* genomen zouden kunnen worden, waardoor de regter oplettend gemaakt wordt op het misbruik, dat men hem van zijne magt zoude wenschen te doen maken. (...)

Het was noodig dit aan U Edel Gr. Achtb. te herinneren, omdat aan de heeren gouverneurs der verschillende provincien last is gegeven, om voorlopig geene zoogenaamde conflicten van at-

tributie op te werpen, zonder de zaak vooraf ter kennisse van de Regering gebragt, en hare bevelen gevraagd te hebben, omtrent hetgeen hun te doen stond.’ (cursivering R.P.)

Of deze circulaire ooit is ingetrokken is mij niet bekend, maar een onafhankelijke rechter was toen toch duidelijk iets anders dan nu.

Van een onafhankelijk OM was al helemaal geen sprake, ondanks dat de hogere ambtenaren van het OM krachtens de Grondwet van 1815 evenals de rechters voor het leven benoemd waren. De verklaring, die de minister van Justitie in dit verband voor de in 1827 gekozen redactie van artikel 5 RO geeft in haar brief, komt mij aannemelijk voor.<sup>9</sup> De aanwijzingsbevoegdheid van de Koning stond buiten kijf, maar de verplichting van voor het leven benoemde ambtenaren om de gegeven bevelen op te volgen, kon beter expliciet wettelijk geregeld worden. Dezelfde wet bevatte in dit opzicht overigens ook een bepaling, die de Koning de bevoegdheid gaf omgehoord de Hoge Raad – de voor het leven benoemde leden van het OM toch te ontslaan. Op de kritiek dat deze bepaling in strijd was met grondwettelijke garanties, antwoordde de regering:

‘(...), het zoude ook waarlijk tegen alle welgevoegelijkheid strijden dat, in gevalle van ergerlijk of onzedelijk gedrag van een lid van het Openbaar Ministerie, of van verregaande nalatigheid, van wege den Koning in regte zoude worden geprocèdeerd tegen een ambtenaar, wiens directe aanstelling de Grondwet bij de art. 176 en 182 aan den Koning heeft opgedragen; die de zaakgelastigde des Konings is, die de eer heeft hem te vertegenwoordigen en onder de gens du Roi geteld wordt’ (Bijlagen TK 1826-1827, p. 448).

De levenslange benoeming kwam ook bij de grondwetswijziging van 1848 aan de orde. Thorbecke – consequent voorstander van een onafhankelijk OM – slaagde erin om de grondwetscommissie ervan te overtuigen dat ‘de hoofden van het Openbaar Ministerie’ bij de Hoge Raad, de hoven en de rechtbanken van eerste aanleg voor het leven aangesteld moesten worden. In zijn *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet* zegt hij: ‘Men gevoelde aanstonds, dat zij, als regters, enkel dienaren der wet behooren te zijn; en dat zelfs art. 5 der wet op de regterlijke organisatie

geene andere gehoorzaamheid kan willen, dan aan bevelen, met de wet overeenkomstig'.<sup>10</sup> Tegen het voorstel van de commissie in wil de regering slechts de procureur-generaal bij de Hoge Raad voor het leven aanstellen.

Thorbecke is van mening dat op de beslissing omtrent het instellen van de strafvervolging invloed van buiten de kring van de rechterlijke macht niet toelaatbaar is: 'niets dan regterlijke ernst, niets dan regtvaardigheid' mag hierbij een rol spelen. Anders wordt de strafvervolging 'een zwaard in de hand van het politisch of administratief bestuur, naar de inzichten van het bestuur gezwaaid of in de schede gehouden'. Beslissend is voor hem dat aan de burger niet slechts door het vonnis maar ook door de vervolging zelf 'een groot, soms onherstelbaar kwaad wordt toegevoegd'. Vervolging dient volgens Thorbecke voort te komen uit de 'eigen overtuiging des handelenden ambtenaars van het gebod der wet' en niet uit 'de politieke willekeur van het Staatsbewind' (idem, pp. 95-6). Zijn standpunt krijgt echter nauwelijks steun, zodat het voorstel van de regering op dit punt – neergelegd in artikel 163 GW 1848 – zonder probleem wordt aangenomen.<sup>11</sup>

Dergelijke kritiek horen we op dit moment ook. Men vreest voor (partij)politieke invloed op de strafvervolging of constateert dat een proces van politisering van het strafrecht reeds in gang gezet is.<sup>12</sup> Gezien de steun die de minister tot op heden vrijwel kamerbreed voor haar zienswijze heeft gekregen, ziet het er naar uit dat de ondergeschiktheid van het OM ten opzichte van de politiek opnieuw bevestigd zal worden.

### 3. Het politieke karakter van het debat

Ik heb het huidige debat een domeinstrijd genoemd om daarmee het politieke karakter ervan tot uitdrukking te laten komen. Onder sociale wetenschappers is zo'n karakterisering zeker niet nieuw. Zo gaf Van den Berg zijn rede voor de NVvR in 1995 als ondertitel mee: 'Grensschermsutelingen tussen wetgevende en rechterlijke macht in Nederland' *Trema* 1996/3, pp. 50-4). Hij is van mening dat wetgever, bestuur en rechterlijke macht alle drie aan rechtsvorming doen. Daarbij ziet hij geen principieel verschil. Twee zaken 'hinderen' hem in de opstelling van diegenen die zo'n verschil nu juist beklemtonen. Dat is,

ten eerste, 'de vurige en bijna verbeterden ontkenning dat de rechter aan politiek doet' en, ten tweede, 'de bijna religieuze oriëntatie op de grondrechten' (idem, p. 51). Hij brengt daarop naar voren dat, wanneer we politiek opvatten als de gezaghebbende toedeling van waarden in een samenleving, het optreden van de rechter eveneens onder deze definitie valt. De grondrechtenideologie ziet hij dan ook als 'een politieke ideologie met liberale trekken' (idem, p. 54). Het onderscheid noemt hij 'een kwestie van schaal':

'De wetgever is zich veelal bewust dat zijn macro-interventies soms vergaande consequenties hebben voor individuele burgers of instellingen en dat houdt hem ook sterk bezig. De rechter is zich er vaak van bewust dat individuele beslissingen vergaande gevolgen kunnen hebben voor het macroniveau van de politiek en dat houdt hem – zo blijkt – evenzeer sterk bezig' (idem, p. 52).

Verwarrend aan het debat is mijns inziens dat het grotendeels wordt gevoerd *alsof* het een juridisch debat is. Uit het feit dat de discussianten elkaar over en weer in twee 'kampen' indelen, blijkt echter dat men toch wel inziet met de discussie niet veel verder te komen. Het lijkt daarom geen discussie te zijn; veel meer dan het herhalen van dezelfde argumenten over en weer, gebeurt er eigenlijk niet. Wederzijds stelt men daarbij het eigen gelijk tegenover het ongelijk van de ander. De bijdragen van Cliteur en Boek laten dat ook mooi zien. Cliteur laat er geen enkel misverstand over bestaan dat de strafrechtelijke visie onhoudbaar is, terwijl Boek wel 'zo arrogant [is] te denken [dat hij] wél de wijsheid in pacht heeft'. De situatie doet denken aan die, welke Sypkens met veel gevoel voor politieke realiteit in 1827 onder woorden toen hij zijn standpunt aangaande het wetsontwerp RO naar voren bracht:

'Ik wil met een enkel woord rekenschap geven van de slotsom mijner overtuiging op dit aangelegen onderwerp, zonder de eerezucht te hebben van te gelooven, dat mijne wijze van zien van eenen beslissenden invloed zij op die van eenige mijner ambtgenooten. Men mag veronderstellen, dat, vóór de intrede in deze raadzaal, op dit aangelegen stuk zich gevestigd hebbe eene vaste overtuiging bij ieder van U Edel Mogenden' (Handelingen TK 1826-1827, p. 337).

Wat zijn nu de hete hangijzers in het debat? Dat is er bij nauwkeurige bestudering maar één! Strekt de bevoegdheid van de minister zover dat hij in concrete zaken aan de officier van justitie die deze zaak behandelt, kan opdragen om de zaak op een specifieke manier aan te pakken? Dat is de concrete vraag waarover de strijd gaat. De strijd gaat niet over de vraag of het OM – geheel – onafhankelijk moet zijn. De strijd gaat ook niet over de vraag of de minister zich mag mengen in de vaststelling van het algemene vervolgingsbeleid van het OM. Dat de minister van Justitie bij die vaststelling een prominente plaats inneemt en over het beleid op hoofdlijnen ook verantwoording aflegt aan de Tweede Kamer is algemeen geaccepteerd.

De stelling dat de minister zich niet met concrete zaken mag bemoeien – en dat ook niet zou moeten willen – wordt verdedigd vanuit de opvatting dat strafvervolgning – met name op dat concrete niveau – een activiteit is die primair ‘magistraal’ van aard is. Overwegingen van juridische aard horen dan de doorslag te geven; overwegingen van politieke aard zijn op dit niveau wezensvreemd. Controle door de minister kan hooguit achteraf plaatsvinden en dan eventueel leiden tot bijstelling van beleid. Deze opvatting gaat uit van de tegenstelling tussen de zekerheid van het recht en de wisselvalligheid van de politiek.

Wanneer we ons beperken tot de beslissing of in een bepaalde zaak al dan niet vervolging moet worden ingesteld, dan kunnen we het volgende opmerken. Deze beslissing moet passen in de wet én in het beleid van het OM. Een beslissing die daar – duidelijk – niet in past, heeft onmiddellijk – tenminste – de schijn van partijdigheid tegen zich. Zo’n beslissing kan mijns inziens het best genomen worden op het hoogste niveau. De procedure die de minister nu voorstelt voor het geval zij een concrete aanwijzing wil geven<sup>13</sup>, lijkt geschikt om zowel juridische controle, politieke controle als ‘controle’ door de publieke opinie mogelijk te maken. De minister stelt immers voor om het voorgenomen besluit schriftelijk aan het College van Procureurs-Generaal voor te leggen. Van dit College mag een juridische toetsing worden verwacht. Indien er sprake is van een – onoplosbaar – verschil van mening<sup>14</sup>, mogen we aannemen dat de zaak niet aan de aandacht van de Tweede Kamer zal ontsnappen. Zou het standpunt van de

minister ondanks de juridische bezwaren van het College van Procureurs-Generaal de instemming van de Tweede Kamer krijgen, dan meen ik dat het OM in de huidige verhoudingen niets anders rest dan ernaar te handelen.

Een dergelijk verschil van mening tussen OM en minister kan heel goed over een rechtsvraag gaan. Het antwoord op zo’n vraag moet op grond van het recht beantwoord worden. Een juridisch-technische benadering is dan vereist. Zo’n benadering kan problematisch zijn. Dat is met name het geval indien er ruimte is voor oprecht verschil van mening tussen deskundigen. Op methodologisch niveau is de aloude legistische stelling – rechtsregel + casus = rechtsoordeel – allang losgelaten. Interpretatie is principieel onvermijdelijk en in de praktijk soms noodzakelijk. Dat is zeker het geval wanneer rechtsbeginselen een rol spelen. Terwijl omgaan met regels in de praktijk vaak nog wel als ‘toepassing’ gezien kan worden, geldt juist voor beginselen dat zij afwegingen vereisen. Oprechte meningsverschillen zijn dan niet te vermijden. En dan geldt: waar de logica geen uitsluitsel kan geven, zijn waarderingen beslissend.

Dus juist in de magistratelijke rol van de officier van justitie – waar het gaat om waarderende afwegingen –, stellen strafrechtsgeleerden dat de minister van Justitie niet bevoegd is tot inmenging. Toch is deze kwestie er een van schaal. Het OM is immers ingericht als een hiërarchisch apparaat, waarin de procureur-generaal boven de hoofdofficier staat en deze boven de officier. De hogere ambtenaar kan de lagere opdrachten geven en zou, wanneer hij of zij dat nodig acht, zelfs een zaak van een lagere ambtenaar over kunnen nemen. Op formeel niveau wordt dit niet bestreden, maar het professionele ethos van het OM vereist toch een uiterste terughoudendheid. Tegenover de hiërarchische bevoegdheden van zijn of haar superieuren stelt de officier van justitie de claim van professionele autonomie.

Het is die claim, die het OM op tafel legt wanneer hij de minister vraagt zich niet met individuele gevallen te bemoeien. Dit professionele ethos is niet iets unieks voor juristen, maar juist een algemeen kenmerk van alle professionele kringen. Samen met religieuze en medische professionals behoren zij echter wel tot de historisch meest gelegitimeerden. Wanneer er dan ook nog een zeer oude en zelfstandige organisatie is en op de professionele autonomie

nauwelijks enige inbreuk wordt gemaakt, dan wordt het zeer moeilijk om die claim van de hand te wijzen.

Waarom is de bevoegdheid tot inmenging binnen het OM niet bestreden en stelt men zich daar tevreden met de afspraak van terughoudendheid, terwijl men eenzelfde regeling met de minister niet wenst? Dat de minister die terughoudendheid als norm stelt voor de wijze waarop gebruik gemaakt moet worden van de – geclaimde – bevoegdheid tot inmenging, blijkt duidelijk uit haar redevoering voor de RAIO's (*Staatscourant* 68, 4 april 1996, pp. 6-7), haar eerder genoemde brief aan de Tweede Kamer en uit de procedure die zij in het concept wetsontwerp voorstelt. Sociologisch gezien ligt het antwoord in het professionele ethos. Juridisch gezien – vanuit het standpunt van het strafrecht – ligt het antwoord in het feit dat de minister een politiek en bestuurlijk functionaris is en niet, zoals de officier van justitie, een juridisch functionaris.

Wanneer we deze argumentatie accepteren, doet er toch nog een probleem op. Vooral in de bijdrage van Boek is dat probleem duidelijk aanwezig. Ook hij stelt dat de minister niet *volledig* bevoegd is en dat de grens ligt bij de behandeling van concrete zaken. Bezien we nu echter welke bezwaren hij tegen de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid naar voren brengt, dan verraden alleen de titels van zijn paragrafen al dat het om iets heel anders gaat. Hij heeft het over (consequenties van) criminele politiek. Als ik zijn betoog in één zin – wellicht enigszins gechargeerd – samenvat, dan gaat het Boek erom dat het strafrecht van *ultimum remedium* sinds de jaren zeventig is omgebouwd tot een beleidsinstrument in handen van de politiek.

Zijn kritiek richt zich dus niet op gevallen van concrete inmenging. Zulke gevallen zijn er ook nauwelijks, ondanks dat het OM in 1995 uit 2040 fte rechtsgeleerd personeel bestond en het aantal afgedane zaken dat jaar 779.100 bedroeg. Als de 'zaak-Drenth' in 1996 inderdaad het enige voorval van concrete inmenging is en de gegevens over 1995 voor 1996 ongeveer opgaan, dan mag uiterste terughoudendheid inderdaad uiterste terughoudendheid heten.<sup>15</sup> Aan de hand van gevallen van feitelijke inmenging is het verkeerde daarvan dus niet goed aantoonbaar.

Wie dat inziet, moet zich tot een principieel standpunt beperken. Kritiek leveren op de politisering van

het strafrecht is op zich natuurlijk zonder meer mogelijk, maar *niet erg toepasselijk* als het erom gaat aan te tonen dat de minister niet in concrete gevallen in mag grijpen. Zo'n kritiek kan juist leiden tot het ter discussie stellen van het recht van de minister om over het vervolgingsbeleid (mee) te beslissen. In bedekte termen lijkt dat ook wel Boeks conclusie te zijn, wanneer hij tot slot stelt dat 'de minister van Justitie zich verre dient te houden van het Openbaar Ministerie en niet volledig bevoegd zou moeten zijn'.

De kritiek van Boek en anderen op de politisering van de strafvervolging leidt – in relatie tot de discussie over de bevoegdheden van de minister – tot een volgend probleem. Aan die politisering heeft het OM geen weerstand kunnen bieden. Waar het eigenaardige, magistratelijke in het functioneren van het OM voorop wordt gezet, rijst op grond van de geleverde kritiek de vraag of het OM wel het orgaan is waarvoor het gehouden wordt. Kennelijk zijn de procureurs-generaal op centraal niveau, de hoofdofficieren op decentraal niveau en de officieren op het niveau van de concrete zaken er niet in geslaagd om de overwoekering van de rechtstatelijke waarden door politiek-bestuurlijke waarden een halt toe te roepen. Sterker nog, Boek stelt dat 'door het OM steeds enthousiast medewerking verleend' is.

Die medewerking heeft er bij de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit mede toe geleid dat een oude taak, die nieuwe betekenis kreeg – namelijk de juridische controle op de opsporingsmethoden van de politie – zeer verwaarloosd werd. Natuurlijk is het waar dat de politiek op dit punt nalatig is geweest in het stellen van duidelijke (grens)normen. Maar dat neemt niet weg dat het OM – in de onderhavige discussie beschouwd als de hoeder van rechtstatelijke waarden tegen de politieke verdrukking in – een zelfstandige plicht heeft om zelfstandig normerend op te treden. Dat is, zoals blijkt uit het onderzoek van de Commissie Van Traa, niet gebeurd.

Het doel van de strafrechtsgeleerden – een op het niveau van de concrete vervolging zoveel mogelijk volgens rechtsnormen opererend OM – vereist mijns inziens een veel bredere discussie dan nu gevoerd wordt. Twee thema's moeten daarbij aan de orde worden gesteld. Ten eerste: welke beperkingen moet de politiek zichzelf stellen bij de vaststelling van het algemene vervolgingsbeleid, dat het OM ter uitvoer-

ring van strafrechtelijke wet- en regelgeving ontwikkelt? En, ten tweede: welke maatregelen zijn nodig om binnen het OM tot een zodanige cultuuromslag te komen dat de primaire oriëntatie (weer?) die op rechtstatelijke waarden is? Een discussie over dergelijke vragen kan niet worden 'afgedaan' met historische verwijzingen of argumenten ontleend aan het geldende recht. Het is immers dát recht dat ter discussie wordt gesteld.

Stel dat de strafrechtelijke interventie zou slagen – de kans daarop lijkt mij even groot als de kans dat de politiek zou instemmen met constitutionele toetsing door de rechter – wat zouden dan de gevolgen voor de burger zijn? Binnen de huidige constellatie en de huidige werkwijze meen ik dat er weinig waarneembare verschillen zullen zijn. Maar zou het OM óók beleidsmatig onafhankelijk worden én zich nadrukkelijk juridisch oriënteren, dan leidt dat natuurlijk tot een sterk afnemende invloed van de politieke 'waan van de dag'. Dat betekent naar het publiek toe onder andere dat het OM zich veel minder responsief kan opstellen.

#### 4. Discussienormen

De discussie, die over de verhouding tussen het OM en de minister van Justitie gevoerd wordt, is in wezen geen discussie. Er zijn twee 'kampen' die zich in een eigen redeneerwijze hebben ingegraven en van daaruit de stelling van de anderen onder vuur nemen. In zijn bespreking van 'Het juridisch tekort in het strafrecht' geeft Groenhuijsen aan dat dit een probleem is dat zich vaker voordoet. Hij relateert daar – mijns inziens op overtuigende wijze – de eeuwigheidswaarde van het recht zoals die vaak tegenover het ad hoc karakter van de politiek wordt gesteld:

'Wijzigingen – ingrijpende hervorming daaronder begrepen – zijn inherent aan het strafrecht: "De uitkomst van deze afwegingen en de veronderstelde evenwichtigheid van het resultaat hebben geen absolute geldigheid; de inhoud van het recht is het resultaat van rechtspolitieke strijd en die strijd is in een politiek bestel als het onze (...) in beginsel zonder einde".'<sup>16</sup>

Hij stelt vervolgens dat deze politieke strijd 'op wetenschappelijk niveau [wordt] voorbereid door argu-

menten te fourneren'. Daarbij ontstaat zijns inziens nogal eens het probleem 'dat er vaak geen ruimte blijft voor een repliek van de ander die met dit argument [n.b. dat van het hellend vlak] wordt aangevalen'. Dat betekent dan het einde van het debat. Dat einde wordt bovendien vaak dichterbij gebracht door 'te sterk te hechten aan de inhoud van een bepaalde term': 'Het monopoliseren van een vaste betekenis van een rechtsbegrip krijgt dan de functie van een tegen kritiek immuniserende strategie'. Hij besluit:

'Een open-debatcultuur bevordert de ruimte voor het toelaten van nieuwe "verhalen" in het strafrecht. Dogmatische haarkloverij zou zoveel mogelijk plaats moeten maken voor een inhoudelijke discussie over een aanvaardbaar niveau van justitiële interventies' (idem, p. 1537).

Deze oproep zou ik zonder meer van toepassing willen verklaren op de vraag naar het aanvaardbare niveau van politieke interventies in het strafrecht.

Discussies moeten zuiver gehouden worden; dat geldt niet alleen voor wetenschappelijke, maar ook voor politieke discussies. Dat kan alleen indien de deelnemers bereid zijn hun eigen standpunt ter discussie te stellen. Dat vereist dat men serieus op de kritische argumenten van anderen reageert. Het vereist ook dat die anderen hun kritische argumenten richten op wat hun opponenten werkelijk (voor)stellen en dat zij niet een schijngevecht beginnen met een vijand die zich onderaan het hellend vlak bevindt.

Een voorbeeld van wat ik bedoel, is te vinden in het boven aangehaalde betoog van Van den Berg. Nadat hij zijn irritatie heeft toegelicht zegt hij: 'Het zal allemaal ook wel mijn lichte rancune zijn als een wetgever die in de modder staat te ploeteren jegens de keurig in grondrechten geklede criticus op de oever' (1996, p. 54). Op eenzelfde manier kan ik over deze bijdrage zeggen, dat die geschreven is vanuit het standpunt van de buitenstaander. Vanuit die positie kan ik beide standpunten met een afstandelijk oog bekijken. Zo kan het lijken alsof ik geen partij kies, maar uiteindelijk is dat onvermijdelijk toch het geval. De vraag of democratische boven juridische controle gaat, wordt door mij – impliciet – positief beantwoord.

Voor juristen is een open-debatcultuur om twee

redenen – een cultuurhistorische en een institutionele – een zware opgave. Cultuurhistorisch gesproken liggen belangrijke wortels van het recht in de Verlichting. De strijd, die vanaf toen gevoerd is om de zelfstandigheid van het recht tegenover politieke usurpatie te bevechten, heeft nog steeds tot gevolg dat het recht in veel gevallen als op zichzelf staand fenomeen wordt beschouwd. Politiek en recht worden dan als twee gescheiden en aan elkaar wezensvreemde verschijnselen gezien. Een benadering als hierboven werd aangehaald bij Van den Berg, waarin geen sprake is van een scheiding maar van een graadueel onderscheid, is met die klassieke opvatting eigenlijk niet te verenigen.

Een andere belangrijke reden ligt op institutioneel niveau. In het algemeen is het wetenschappelijk bedrijf zo ingericht dat het debat altijd door kan gaan en nooit als geëindigd beschouwd behoeft te worden. Voor de rechtswetenschap, maar vooral voor de rechtspraak ligt dat anders. Voor rechtspraak is het beslissen in concrete gevallen de cruciale activiteit. Dat beslissen is zo ingericht, dat het mogelijk is een finaal oordeel te krijgen. Het recht zit institutioneel zo in elkaar dat iedereen die het niet eens is met een uitspraak, kan proberen bij een hogere instantie een ander oordeel te krijgen. Maar, binnen Nederland is de Hoge Raad de hoogste instantie en binnen de EG is dat het Europese Hof. Heeft dat Hof gesproken dan is voor die zaak een finaal oordeel gegeven. Zo verschaft rechtspraak een zekerheid die in de wetenschap niet bestaat.

De opvatting dat het recht zekerheid biedt en dat die zekerheid in hoogste instantie ook definitief te verkrijgen is, maakt het moeilijk om in debatten anders dan in termen van zekere standpunten te spreken. Indien juristen de rol willen vervullen die Groenhuijsen ze toedicht – het fourneren van argumenten voor rechtspolitieke strijd – dan zullen ze moeten werken vanuit het inzicht dat recht en politiek wel onderscheiden maar niet gescheiden kunnen worden én dat ook de zekerheid van het recht tijdelijk is.

## Noten

1. Unger, R.M., 1976, *Law in Modern Society*. New York: The Free Press; pp. 51-2.

2. Geciteerd als motto door J. Drion in diens dissertatie

over hetzelfde onderwerp: *Administratie contra Rechter; tot de intrekking van het Conflictbesluit* ('s-Gravenhage: Martinus Nijhoff, 1950).

3. Dit artikel luidt: 'De ambtenaren bij het Openbaar Ministerie zijn verplicht de bevelen na te komen, welke hun in hun ambtsbetrekking door de daartoe bevoegde macht, vanwege de Koning, zullen worden gegeven.'

4. Ook Cliteur haalt in zijn bijdrage (zie noot 50) sprekers uit 1827 aan: Beelaerts van Blokland en Sypkens. Ook hij wijst erop dat de wetgever toen koos voor een afhankelijk OM. Dat hij er tegelijk op wijst dat het politiek bestel veranderd is, leidt tot de vraag of hij zijn historisch argument zelf wel zo krachtig vindt.

5. Zie de rede van Van Maanen op 10 april 1827, Handelingen TK 1826-1827, p. 362; cursivering in origineel.

6. De dissertatie van Drion – zie noot 2 – is op dit punt nog steeds hét juridische standaardwerk.

7. In mijn proefschrift – *De plaats van de rechter in Nederland 1813-1920* (Arnhem: Gouda Quint, 1990, pp. 46-7) – geef ik overigens aan van mening te zijn dat het ontwerp ook mét deze artikelen zou zijn aangenomen.

8. In 1844 werd het Conflictbesluit ingetrokken. De instelling van de Hoge Raad in 1838 en de verbeterde regelingen omtrent enkele bestuurlijke organen werden daarvoor als redenen opgegeven. Dat laatste betrof met name de waterschappen, omdat juist zij vaak in Conflicten betrokken waren.

9. Zie de boven aangehaalde brief van 26 juni 1996 op pagina 4-5.

10. 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff, 1907, pp. 93-4.

11. Thorbecke blijft zijn standpunt steeds trouw, zoals blijkt uit zijn opstelling in 1861 bij de behandeling van een wetsontwerp tot herziening van de Wet RO. Tijdens die behandeling merkt de minister van Justitie Godefrói onder andere het volgende op: 'Het stelsel van den ondergetekenden is dat de ambtenaren van het Openbaar Ministerie moeten zijn organen der Regering. Zij moeten het zijn, omdat, bij algehele afhankelijkheid der regters, de Regering bij het regterlijk collegie, een ambtenaar moet hebben, wien zij in het belang der maatschappij of der openbare orde bevelen kan geven' (Bijlagen bij de Handelingen TK 1859-1860, p. 748). Tevens stelt hij dat '[a]lleen in de tijden van revolutie, die Frankrijk in het laatst van de vorige eeuw beleefd heeft, toen alle banden van orde en wet waren losgeraakt, was er een tijdperk waarin het Openbaar Ministerie onafhankelijk was' (Handelingen TK 1860-1861, p. 141).

12. Zie de bijdrage van Boek. Vergelijk eveneens 't Hart, A.C., 'Politisering van strafrechtspleging' (*Delikt en Delinquent* 27/3 (1997), pp. 207-12. Vergelijk ook de uitspraken die Cliteur aanhaalt over Italiaanse of Belgische 'toestanden'.

13. Dit voorstel is op 5 februari jl. voor advies voorgelegd aan de NVvR, de Nederlandse Orde van Advocaten en het College van Procureurs-Generaal. Het wordt in het *NJB* (14 februari 1997, pp. 317-9) op hoofdlijnen beschreven. Omtrent het bepaalde in artikel 5 RO wordt de volgende formulering voorgesteld: 'Onze minister van Justitie kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie'.

14. Is het voorstelbaar dat zo'n verschil van mening op-



treedt, buiten het geval dat de aanwijzing van de minister naar het oordeel van het College *niet* past in wet en beleid? Mogelijk lijkt mij een situatie dat nieuwe jurisprudentie door minister en College verschillend beoordeeld wordt. Maar dan rijst een vraag van algemeen beleid: volgen we de jurisprudentie of niet? Voor zo'n algemene vraag acht iedereen de minister bevoegd tot (mee)beslissen.

15. De 'zaak-Drenth' betreft een zaak tegen een arts die het leven had beëindigd van een pasgeboren kind. Ondanks dat de minister aan officier Drenth opdroeg om tot vervolging over te

gaan, vroeg hij ontslag van rechtsvervolging. Zie hierover kort Elzinga, D.J., 'Openbaar Ministerie raakt in Gordiaanse knoop; naar aanleiding van de zaak-Drenth, de Domburg-brief en de rapportages-Ficq en -Ten Kate' (*NJB* 1996/40, pp. 1659-62).

16. Groenhuijsen, M.S., 1996, 'Het juridisch tekort in het strafrecht'. In *NJB*, 37:1536-7. Groenhuijsen citeert hier Melai, A.L., uit diens *Polariteit en tegenspraak. Een selectie uit het werk van A.L. Melai* (Arnhem: Gouda Quint, 1992; p. 50).