

OPENBAAR MINISTERIE

College van procureurs-generaal

Postbus 20305, 2500 EH Den Haag

D66-fractie Tweede Kamer
t.a.v. de heer J. Sneller
Postbus 20018
2500 EA 's-Gravenhage

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag

www.om.nl

Datum 4 mei 2022
Onderdeel WBOM
Ons kenmerk WBOM/129
Uw kenmerk Kamerstukken II 35768
Onderwerp Initiatiefwetsvoorstel verval bijz. aanwijzingsbevoegdheid

Bij beantwoording de datum en
ons kenmerk vermelden.

IN AFSCHRIFT AAN: de minister van Justitie en Veiligheid

Geachte heer Sneller,

[1] Inleiding

Op 16 maart 2021 is door uw voormalige collega Groothuizen een initiatiefwetsvoorstel ingediend tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met het laten vervallen van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheden van de minister met betrekking tot de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie en enkele daarmee verband houdende wijzigingen (Wet verval bijzondere aanwijzingsbevoegdheden openbaar ministerie).¹

In de fase van de internetconsultatie hebben de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (hierna: NVvR) en de Nederlandse Orde van Advocaten (hierna: NOVA) gebruik gemaakt van de mogelijkheid om over een concept van het voorstel te adviseren. Het College heeft van deze adviezen kennisgenomen.

¹ Kamerstukken II 2020/21, 35768, nr. 2.

Op 31 juni 2021 heeft de Raad van State een advies inzake het wetsvoorstel vastgesteld. Met de inhoud van dit advies is het College op dit moment nog niet bekend.

Omdat het College niet uitsluit dat het wetsvoorstel binnen afzienbare tijd verder in behandeling zal worden genomen, meent het dat het tijd is dat ook de stem van het openbaar ministerie zelf klinkt. Het wetsvoorstel heeft immers betrekking op een wettelijke bevoegdheid – de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid – die van grote invloed is op de verhouding tussen enerzijds de minister van Justitie en Veiligheid en anderzijds het openbaar ministerie en die daardoor mede bepalend is voor de positie die het openbaar ministerie inneemt binnen de rechtsstaat. Het wetsvoorstel strekt ertoe dat deze bijzondere aanwijzingsbevoegdheid wordt afgeschaft.

In het onderhavige advies zal het College tot uitdrukking brengen dát en waarom het van deze afschaffing geen voorstander is. Wat het College betreft komt het wetsvoorstel in de kern hierop neer dat het de politieke verantwoordelijkheid van de minister van Justitie en Veiligheid voor het openbaar ministerie drastisch reduceert, terwijl niet kan worden overzien tot welke consequenties die reductie zal leiden. Vanuit een democratisch en rechtsstatelijk oogpunt vindt het College dit te riskant. Hierna (op p. 15) zal het College in dit verband spreken van een onverantwoorde stap in het duister.

Het Collegestandpunt is in samengevatte vorm weergegeven in paragraaf 11 (p. 20-21).

[2] Het wetsvoorstel in een notendop

Het wetsvoorstel bepleit het verval van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid. Deze bevoegdheid is thans geregeld in artikel 127 van de Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: RO), luidend: "Onze Minister kan algemene en bijzondere aanwijzingen geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie." De bijzondere aanwijzingsbevoegdheid is nader uitgewerkt en van vormvoorschriften voorzien in artikel 128 RO. Van belang is voorts de inlichtingenplicht van het College jegens de minister, geregeld in artikel 129 lid 1 RO.

Het huidige artikel 127 RO geeft aan de minister de bevoegdheid algemene en bijzondere aanwijzingen te geven. De heer Groothuizen (hierna: de initiatiefnemer) neemt – terecht – aan dat de bijzondere aanwijzingen kunnen

worden gegeven op alle taakgebieden van het openbaar ministerie, dus niet alleen op dat van de hoofdtaak ("de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde"), maar ook op het gebied van de bijkomende taken (de "andere bij de wet vastgestelde taken").² De initiatiefnemer wil om diverse redenen de bevoegdheid tot het geven van bijzondere aanwijzingen laten vervallen. Dit betekent dat in artikel 127 RO de woorden "en bijzondere" worden geschrapt. Omdat artikel 128 RO nadere voorschriften omtrent de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid bevat kan ook deze bepaling komen te vervallen. Aan dit artikel geeft de initiatiefnemer een geheel nieuwe inhoud, namelijk:

- "1. De uitoefening van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie in een concreet geval geschiedt zonder ondergeschiktheid aan Onze Minister.
2. Onze Minister onthoudt zich van overleg met het Openbaar Ministerie over individuele zaken."

De toevoeging van het tweede lid aan dit nieuwe artikel 128 – het 'overlegverbod' – betreft een door de initiatiefnemer overgenomen suggestie van de NOvA.³

Ten slotte wordt er aan het eerste lid van artikel 129 RO een zin toegevoegd waarin uitsluitend voor individuele zaken de inlichtingenplicht wordt opgeheven. Het gehele artikel komt hierdoor als volgt te luiden:

- "1. Het College verstrekt Onze Minister de inlichtingen die deze nodig heeft. De inlichtingen zien niet op een concreet geval.
2. De leden van het openbaar ministerie verstrekken het College de inlichtingen die het College nodig heeft."

In de memorie van toelichting vat de initiatiefnemer de wijzigingen als volgt samen:

"Door deze aanpassingen komt de betekenis van de ministeriële verantwoordelijkheid uitsluitend tot uitdrukking ten aanzien van het beleid dat het OM voert. Daarom houdt de Minister zijn bevoegdheid tot (...) [het geven van algemene (beleids)aanwijzingen].⁴ Op deze wijze kan de Kamer de Minister wel controleren, bevragen en verantwoordelijk houden ten aanzien van het beleid van het OM. De Minister is niet langer verantwoording schuldig aan het parlement over individuele zaken, nu daarvoor geen *corresponderende bevoegdheden* meer bestaan." ^{5/6}

² De taken van het openbaar ministerie zijn omschreven in artikel 124 RO.

³ *Kamerstukken II 2020/21, 35768, nr. 3 (MvT), p. 13.*

⁴ [Voetnoot College.] In de tekst staat letterlijk: "een algemene (beleids-) aanwijzingen geven".

⁵ *Kamerstukken II 2020/21, 35768, nr. 3 (MvT), p. 3.*

[3] De beweegredenen van de initiatiefnemer

Blijkens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel neemt de initiatiefnemer in het huidige systeem (van de artikelen 127, 128 en 129 RO) enkele problemen waar die hij met het wetsvoorstel beoogt op te lossen op de zojuist beschreven wijze. De problemen die hij signaleert hebben een nationale en een internationale component.⁷ Het College realiseert zich dat die twee componenten met elkaar verweven zijn, maar zal ze hieronder toch gescheiden bespreken.

[4] De internationale component

Dat het bestaan van de aanwijzingsbevoegdheid op enig moment een bijzondere relevantie heeft gekregen in het internationale – in het bijzonder het Europeesrechtelijke – kader komt door een kleine reeks van uitspraken van het Hof van Justitie van de EU, waarin uitleg is gegeven aan het begrip *judicial authority*, oftewel rechterlijke autoriteit. Sommige bevoegdheden in het Europese rechtshulpverkeer kunnen, ingevolge rechtsinstrumenten zoals EU-Kaderbesluiten, uitsluitend worden uitgeoefend door zo'n rechterlijke autoriteit. De bewuste uitspraken, door het EU-Hof gedaan in 2019 en nadien, hebben ervoor gezorgd dat het Nederlandse openbaar ministerie, nadat het jarenlang (namelijk sinds 2004) als rechterlijke autoriteit was opgetreden, niet meer als zodanig kon gelden. Door het Hof werd namelijk uitgemaakt dat 'rechterlijke autoriteiten' niet konden zijn

“de openbare ministeries van een lidstaat die het risico lopen dat zij *in een individueel geval rechtstreeks* of indirect worden aangestuurd door of instructies ontvangen van de uitvoerende macht, zoals een *minister van Justitie*, in het kader van de vaststelling van een besluit over de uitvaardiging van een Europees aanhoudingsbevel”.⁸

In het bijzonder twee bevoegdheden zijn daardoor van de officier van justitie naar de rechter-commissaris overgeheveld, namelijk, eerst, de bevoegdheid om

⁶ De cursivering in het citaat van de woorden 'corresponderende bevoegdheden' is van het College. Het College komt verderop in dit advies nog uitgebreid over deze woorden te spreken.

⁷ Zie voor illustraties van de nationale component de onderdelen 3.2.1 en 3.2.2 van de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2020/21*, 35768, nr. 3) en voor de internationale component onderdeel 3.2.3.

⁸ HvJ EU 27 mei 2019, gevoegde zaken C-508/18 en C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456. Cursivering toegevoegd door het College.

(uitgaande) Europese aanhoudingsbevelen uit te vaardigen en, later, de bevoegdheid om inkomende EAB's uit te voeren.

In zijn spoedconsultatie d.d. 3 juni 2019 met betrekking tot het wetsvoorstel dat uiteindelijk heeft geleid tot een wijziging van artikel 44 van de Overleveringswet⁹ heeft het College een partiële afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid (voor uitsluitend het internationale domein) bespreekbaar geacht. Een citaat:

"Mocht er dus in de nabije toekomst (...) een ontwikkeling intreden die neerkomt op voortgaand terreinverlies van het Nederlandse openbaar ministerie op het gebied van het Europese en het overige internationale strafrecht, dan leert de Litouwse zaak dat uitsluitend een heroverweging van de aanwijzingsbevoegdheid structureel een rem op zo'n ontwikkeling zou kunnen zetten.

Omdat de ernst van de situatie noopt tot een zeer snelle reparatie is het vanzelfsprekend allerminst de bedoeling van het College om in het kader van de onderhavige consultatie op enigerlei wijze obstructief te zijn. Het College zal dus niet hier en nu de discussie volledig openen en bepleiten dat de voor deze spoedwet gekozen oplossingsrichting had moeten worden gevonden in de zojuist bedoelde heroverweging. Daarvoor is bovendien de aanwijzingsbevoegdheid een te delicaat instrument in de institutionele ordening van de strafrechtspleging. Niettemin vindt het College het van belang dat – om te beginnen – het departement en het openbaar ministerie zich in de nabije toekomst gezamenlijk op die heroverweging oriënteren. Daarbij is de voorlopige inzet van het College dat een relevante partiële afschaffing van de aanwijzingsbevoegdheid bespreekbaar zou moeten zijn. Het spreekt vanzelf dat door middel van zo'n partiële afschaffing vooral de (internationaalrechtelijke) terreinen zouden moeten worden bestreken waarop de aanwijzingsbevoegdheid (potentieel) een effect heeft dat soortgelijk is aan of vergelijkbaar met het effect dat zich thans heeft gemanifesteerd."¹⁰

Van deze 'gezamenlijke oriëntatie' is het daarna echter niet gekomen.

De bedoeling achter (de eventuele aanvaardbaarheid van) zo'n partiële afschaffing was om, op het internationale gebied, verder verlies van bevoegdheden voor het openbaar ministerie tegen te gaan en om op termijn, voor

⁹ Wet van 10 juli 2019 tot wijziging van de Overleveringswet in verband met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de gevoegde zaken C-508/18 OG en C-82/19 PPU PI (Stb. 2019/259). Hierdoor verhuisde de uitvaardigingsbevoegdheid van de officier van justitie naar de rechter-commissaris.

¹⁰ Bijlage (Advies OM) bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35224, nr. 3, p. 5/6.

zover dat mogelijk zou zijn, misschien zelfs verloren bevoegdheden te herwinnen. In december 2020 vatte het College een en ander als volgt samen:

"[V]an zo'n partiële afschaffing [hoeft] geen precedentwerking (...) uit te gaan als het gaat om de toekomst van de aanwijzingsbevoegdheid op het nationale niveau. (...) Het College vindt namelijk dat die twee componenten (nationaal en internationaal) scheidbaar zijn. Het is het College er nu in de eerste plaats om te doen dat de positie van het Nederlandse openbaar ministerie in internationaal – en in het bijzonder Europees – verband niet verder erodeert."¹¹

De vraag is echter of een partiële afschaffing – beperkt tot het internationale domein – juridisch tot de mogelijkheden behoort. De auteurs van het WODC-rapport over *De rol en positie van het OM als bevoegde justitiële autoriteit in het Europees strafrecht*¹² hebben zich hierover uitgelaten. Zij schrijven (cursivering toegevoegd):

"Een gedeeltelijke afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid – voor ofwel beslissingen in het kader van de grensoverschrijdende samenwerking ofwel bepaalde strafvorderlijke beslissingen in (...) internationale zaken – is *moeilijk te bewerkstelligen*. In strafzaken staan beslissingen bijna nooit op zichzelf. Bovendien: hoe te bepalen welke handelingen wel en welke handelingen niet aan een bijzondere aanwijzing kunnen worden onderworpen?"¹³

Het College aanvaardt deze kwalificatie ('moeilijk te bewerkstelligen') voorlopig als de huidige status quo. Met andere woorden: het ziet er niet naar uit dat een partiële afschaffing – louter voor het internationale domein – op dit moment reëel is.¹⁴ Bovendien zal de officier van justitie nooit kunnen terugkeren in precies zijn

¹¹ Bijlage (Advies OM) bij *Kamerstukken II* 2020/21, 35535, nr. 7, p. 5/6.

¹² J.W. Ouwerkerk et al., *De rol en positie van het openbaar ministerie als justitiële autoriteit in Europees strafrecht. Een verkennende studie naar een toekomstbestendige vormgeving van de rol en de positie van het openbaar ministerie in de EU-brede justitiële samenwerking in strafzaken*, s.l.: WODC 2021. Dit rapport is gedateerd op 30 september 2021, maar is pas op 16 november 2021 gepubliceerd. Het rapport is in opdracht van het WODC vervaardigd door medewerkers van het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Universiteit Leiden (te weten J.W. Ouwerkerk, J.H. Crijns, J.M. ten Voorde en K.M. Pitcher) en van de Vaksectie Strafrecht en Criminologie van de Radboud Universiteit Nijmegen (te weten S.M.A. Lestrade).

¹³ J.W. Ouwerkerk et al., a.w. (zie voetnoot 12), p. 116. In het hoofdstuk met de conclusies wordt deze passage herhaald (p. 133).

¹⁴ Nochtans wordt in Duitsland wel degelijk nagedacht over een partiële afschaffing. Zie in dit verband het wetsontwerp (*Referentenentwurf*) tot wijziging van het *Gerichtsverfassungsgesetz*. Zie

«https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Unabhaengigkeit_St

oude rol. Een aanvullende rechterlijke toetsing zal immers niet kunnen ontbreken.¹⁵ Dit betekent dus dat de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid alleen maar integraal kan worden afgeschaft, of integraal kan worden behouden. In dit verband is relevant dat de auteurs van het WODC-rapport opmerken dat de internationale component *op zichzelf* een te smalle basis vormt voor een integrale afschaffing:

“Afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid zou wel een forse staatsrechtelijke ingreep zijn. Het gaat erg ver om naar aanleiding van rechtspraak die in een heel specifieke context is gewezen (justitiële samenwerking in strafzaken) een zo ingrijpende wijziging tot stand te brengen (...)”¹⁶

Hoe dan ook herhaalt en benadrukt het College dat het met zijn uitlatingen over een partiële afschaffing op geen enkele wijze een begin heeft gemaakt met het innemen van een standpunt vóór integrale afschaffing. (Zie hierboven de woorden ‘geen precedentwerking’.)

[5] De nationale component; leeswijzer

Het College komt dan nu toe aan de bespreking van de nationale component, en daarmee aan de kern van het wetsvoorstel. Ten eerste zal het College enkele inleidende opmerkingen maken over de constitutionele positionering van het openbaar ministerie (paragraaf 6). Het College doet dit om voorop te stellen dat er in elk geval geen strikt juridische noodzaak is tot het afschaffen van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid.

Vervolgens besteedt het College, in de paragrafen 7 tot en met 9, ruime aandacht aan de verhouding tussen de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid en de ministeriële verantwoordelijkheid. Dit gedeelte vormt het belangrijkste onderdeel van dit advies, omdat hierin de voornaamste bezwaren van het College tegen het wetsvoorstel uitgebreid aan de orde komen.

aatsanwaltschaften.pdf?__blob=publicationFile&v=1» en zoek in de memorie van toelichting (*Begründung*) op (verbogen vormen van) *Sektorale Freistellung*. Over dit wetsontwerp heeft in de Bondsdag op 6 mei 2020 een hoorzitting met deskundigen plaatsgevonden. Zie voor het verslag van die hoorzitting (hierna: Verslag hoorzitting Bondsdag):

«<https://www.bundestag.de/resource/blob/703710/9cae37e337edf4024c3d6bd03a0c64be/wortprotokoll-data.pdf>».

¹⁵ Zie J.W. Ouwerkerk et al., *a.w.* (zie voetnoot 12), p. 90, onderaan.

¹⁶ J.W. Ouwerkerk et al., *a.w.* (zie voetnoot 12), p. 115. In het hoofdstuk met de conclusies wordt deze passage herhaald (p. 132).

Het gedeelte over de nationale component wordt afgesloten met een min of meer losstaande paragraaf over de betwistbaarheid van het argument dat het afschaffen van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid te vergelijken valt met het afschaffen van een dode letter (paragraaf 10).

[6] De huidige juridische situatie bevat geen fouten die herstel behoeven

De eerdergenoemde bepalingen – de artikelen 127, 128 en 129 RO – geven vorm aan datgene waarom het in dit wetsvoorstel draait: de verhouding tussen enerzijds de minister van Justitie en Veiligheid en anderzijds het openbaar ministerie.

Wanneer deze verhouding wordt gezien vanuit het oogpunt van de traditionele trias politica, dan is het evident dat de minister zich – vanouds, en nog steeds – aan de zijde van de uitvoerende macht bevindt. In vroeger tijden kon van het openbaar ministerie met grote zekerheid worden gezegd dat het zich, met de minister, aan dezelfde zijde bevond. In de tegenstelling tussen enerzijds *les gens de la loi* en anderzijds *les gens du roi* golden de leden van het openbaar ministerie lange tijd als behorend tot de laatste categorie.¹⁷ Deze positie werd belichaamd in artikel 5 van de – pas in 1838 in werking getreden – Wet van 18 april 1827 op de zamenstelling van de Regterlijke magt en het beleid der Justitie (*Stb.* 1827/20), luidend: “De ambtenaren bij het openbaar ministerie zijn verplicht de bevelen na te komen, welke hun in hun dienstbetrekking door de daartoe bevoegde macht vanwege de Koning zullen worden gegeven.”¹⁸ De genoemde wet is later de Wet op de rechterlijke organisatie geworden. Het genoemde artikel 5 is tot 1999 ongewijzigd blijven bestaan.

Met de introductie in 1848 van de staatsrechtelijke figuur van de ‘ministeriële verantwoordelijkheid’ kwam er ook een ander facet van de verhouding tot ontwikkeling, namelijk de – volledige – ministeriële verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het openbaar ministerie. In de volgende paragraaf zal het College uitgebreid ingaan op de ministeriële verantwoordelijkheid.

¹⁷ A.G. Bosch, ‘Het Openbaar Ministerie in de periode van 1811-1838. De eerste schreden van het Openbaar Ministerie in Nederland. Eén en ondeelbaar’, p. 22, in: A.G. Bosch et al. (red.), *Twee eeuwen Openbaar Ministerie. 1811-2011*, Den Haag: Sdu Uitgevers / Openbaar Ministerie 2011, p. 1-31.

¹⁸ De spelling is die van het latere art. 5 (oud) RO.

Met een ingrijpende wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie kreeg het openbaar ministerie in 1999 de structuur die het nu kent.¹⁹ Bij gelegenheid van die wetswijziging kregen ook de drie hierboven al vaker genoemde bepalingen (de artikelen 127, 128 en 129 RO) hun huidige inhoud.

De nieuwe situatie van 1999 en alle ontwikkelingen nadien hebben het openbaar ministerie gemaakt tot een organisatie die een bijzondere plaats binnen de rechtsstaat inneemt. Het openbaar ministerie maakt *in de Grondwet* deel uit van de rechterlijke macht.²⁰ Het heeft (mede daardoor) een verregaande zelfstandigheid²¹ die nodig is voor de uitvoering van zeer bijzondere deeltaken, zoals het strafrechtelijk vervolgen van politici (voor zover deze andere strafbare feiten dan ambtsdelicten hebben begaan) en van lagere overheden. Maar daarmee komt het openbaar ministerie *in de trias* niet volledig aan de kant van de rechterlijke macht te staan. Dáárvoor is een onafhankelijkheid nodig die verder reikt dan een 'verregaande zelfstandigheid'. Van een dergelijke onafhankelijkheid – die niet afwijkt van die van de rechter – is geen sprake²² en op een dergelijke onafhankelijkheid maakt het openbaar ministerie ook geen aanspraak.

Deze situatie betekent dat de triaspositie van het openbaar ministerie op twee manieren bekeken kan worden. Wie strikt is zegt dat het openbaar ministerie onverminderd en uitsluitend tot de uitvoerende macht behoort. Wie minder strikt is komt uit bij een hybride positie. Hoe dan ook is de positie van het openbaar ministerie binnen de trias niet van dien aard – lees: wordt zij niet gekenmerkt door een zodanige onafhankelijkheid – dat het bestaan van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid daarmee onverenigbaar is. De afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid kan dus niet gelden als een noodzakelijk gebleken reparatie van een aan het licht getreden systeemfout. Ook de

¹⁹ Wet van 19 april 1999 tot wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie, het Wetboek van Strafvordering, de Politiewet 1993 en andere wetten (reorganisatie openbaar ministerie en instelling landelijk parket), *Stb.* 1999/194, in werking getreden op 1 juni 1999, *Stb.* 1999/198, nadien meermalen gewijzigd.

²⁰ Zie voor de benodigde nuance P.P.T. Bovend'Eert et al. (red.), *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut*, aant. 2 op art. 116 Grondwet (Bovend'Eert), digitaal geraadpleegd (actueel t/m 1 juli 2018).

²¹ "Het OM is (...) geen onderdeel van het Ministerie van Justitie, en ten opzichte van de minister zelfstandig", aldus H.N. Brouwer, 'Met inachtneming van het opportuniteitsbeginsel; de politiek en de vrije beleidsruimte van het Openbaar Ministerie', *Strafblad*, 2010, nr. 3 (themanummer 'Het opportuniteitsbeginsel'), p. 207-216 (citaat ontleend aan p. 214).

²² Reeds omdat de leden van het openbaar ministerie (anders dan de leden van de rechterlijke macht die met rechtspraak zijn belast) niet voor het leven worden benoemd. Dat is in een verleden (met name onder de vigeur van de Grondwet van 1815) overigens wel anders geweest. Toen werd er met de benoeming voor het leven royaal omgegaan, aldus A.G. Bosch, *a.w.*, p. 18.

initiatiefnemer zelf gaat niet van deze situatie uit. Desalniettemin hecht het College eraan uitdrukkelijk voorop te stellen dat er geen juridisch-technische noodzaak is die tot het wetsvoorstel noopt.

Ook overigens leggen de door de initiatiefnemer gesignaleerde – en hierboven in paragraaf 3 bedoelde – problemen, wat het College betreft, niet een heuse weeffout in de structuur van de checks-and-balances bloot. Niet vergeten mag worden dat het openbaar ministerie een zeer grote – soms aan onafhankelijkheid grenzende – zelfstandigheid heeft die reeds ten volle werd onderkend bij de totstandkoming van de wet van 1999.²³ Als de zojuist bedoelde weeffout kan dus ook zeker niet gelden een te geringe zelfstandigheid van het openbaar ministerie. Voor zover het wetsvoorstel een verdergaande vergroting (of een nadere erkenning) van de zelfstandigheid van het openbaar ministerie beoogt – door het partieel doen wegvallen van de ministeriële verantwoordelijkheid – bestaat daartoe geen noodzaak, althans niet wat het College betreft.²⁴

[7] De verbinding tussen de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid en de ministeriële verantwoordelijkheid; enkele algemene opmerkingen

Zoals gezegd omvatte de wetswijziging van 1999 een uitgebreide reorganisatie van het openbaar ministerie. Belangrijk was dat de procureurs-generaal niet langer verbonden waren aan de tweedelijnsparquetten, maar dat zij, verenigd in één College, de hoogste leiding over het openbaar ministerie gingen vormen. De tweedelijnsparquetten werden nevensgeschikt aan de eerstelijnsparquetten. Gezamenlijk kwamen die parketten op dezelfde hoogte onder het College te staan. Deze nieuwe structuur vergde ook een nieuwe beschrijving van de verhouding tot de minister.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel dat uiteindelijk leidde tot de wet van 1999²⁵ zijn voor die verhouding twee elementen cruciaal geweest. Het eerste element is de voortduring van – in de zin van: het niet aanbrengen van een wijziging in – de volledige ministeriële verantwoordelijkheid van de minister van Justitie voor het openbaar ministerie. Het tweede element is het plaatsen van de

²³ Zie hierna – in het citaat waaraan voetnoot 26 is gekoppeld – de woorden “een aanzienlijke beleidsvrijheid van het OM”.

²⁴ Met dien verstande dat, binnen de kaders van de internationale component, een terugkeer naar de situatie van voor de uitspraken van het Hof van Justitie van de EU niet zou worden betreurd. (Het is evenwel reëel om ervan uit te gaan dat zo’n terugkeer vooralsnog niet tot de mogelijkheden behoort. Zie daarover p. 6-7, hoofdstuk behorend bij de voetnoten 14 en 15.)

²⁵ Zie voetnoot 19.

bijzondere aanwijzingsbevoegdheid in de sleutel van de zogenoemde 'corresponderende bevoegdheden'. Het College licht beide elementen toe.

Illustratief voor het eerste element is de volgende passage uit de memorie van toelichting:

"De (...) genoemde factoren – de betrokkenheid van fundamentele rechtsgoederen gekoppeld aan een aanzienlijke beleidsvrijheid van het OM – acht ik doorslaggevend om ook in de toekomst te blijven uitgaan van volledige politieke verantwoordelijkheid. Het OM staat derhalve onder verantwoordelijkheid van de minister van Justitie. Op dit punt zal sprake zijn van continuering van geldend recht."²⁶

Het tweede element licht het College graag toe aan de hand van enkele citaten, te beginnen bij een (wat ruimer) citaat uit een Kamerbrief uit 1996, eveneens geschreven in het kader van de zojuist bedoelde parlementaire behandeling:

"De ministeriële verantwoordelijkheid voor het OM vindt haar grondslag in een van de kernregels van onze staatsinrichting. Deze houdt in dat in beginsel voor elke gedraging (handelen of nalaten) van een bestuursorgaan op het niveau van de rijksoverheid de minister wiens beleidsterrein het betreft jegens de Staten-Generaal verantwoordelijk is. (...) Deze kernregel, die is belichaamd in artikel 42, tweede lid, van de Grondwet, bewerkstelligt dat in beginsel ten aanzien van elk bestuurlijk handelen op het niveau van de rijksoverheid controle kan worden uitgeoefend door de Staten-Generaal. Daarmee wordt het bestuurlijk handelen op het niveau van de rijksoverheid democratisch gelegitimeerd. De ministeriële verantwoordelijkheid is in beginsel onbeperkt. Zoals hierna aan de orde komt, kan de Grondwet of de wet daarop echter beperkingen aanbrengen.

Een andere kernregel van onze staatsinrichting is dat in beginsel geen sprake kan zijn van verantwoordelijkheid voor gedragingen van anderen zonder daarmee *corresponderende bevoegdheden*; wie verantwoordelijk is, moet ook beschikken over instrumenten om die verantwoordelijkheid te kunnen waarmaken. Waar geldt dat een minister in beginsel verantwoordelijk is voor elke gedraging van ambtenaren of (andere) bestuursorganen op het niveau van de rijksoverheid op zijn beleidsterrein, vloeit daaruit noodzakelijk de volledige bevoegdheid ten aanzien van – dat wil zeggen: de volledige zeggenschap over – die ambtenaren en die bestuursorganen. Wel geldt ook hier dat de Grondwet of de wet daarop beperkingen kan aanbrengen. Indien de Grondwet of de wet een beperking aanbrengt op de ministeriële bevoegdheid, wordt de ministeriële verantwoordelijkheid voor het optreden van de desbetreffende ambtenaar of het

²⁶ Kamerstukken II 1996/97, 25392, nr. 3 (MvT), p. 21.

desbetreffende bestuursorgaan in gelijke mate beperkt. Anders gezegd: waar geen sprake is van bevoegdheid, is in zoverre ook geen sprake van verantwoordelijkheid. Aldus zijn de eerste en de tweede kernregel onverbrekkelijk met elkaar verbonden.”²⁷

Wat in de Kamerbrief de ‘tweede’ of ‘andere kernregel’ is, is een regel die door de Raad van State later nog eens uitdrukkelijk onder de aandacht wordt gebracht in een ongevraagd advies. Dit advies, uit juni 2020, waarnaar ook de initiatiefnemer verwijst,²⁸ heeft betrekking op de ministeriële verantwoordelijkheid en houdt onder meer het volgende in:

“Bij de grondwetsherziening van 1983 sprak de regering in verband met de reikwijdte van de ministeriële verantwoordelijkheid over "een grondregel van het hedendaagse staatsrecht ... dat verantwoording alleen daar kan worden gevraagd, waar *corresponderende bevoegdheden* bestaan.”²⁹ (...) Deze regel is na 1983 opnieuw bevestigd (...) en moet tot op heden beschouwd worden als geldend staatsrecht. (...) Algemeen wordt daarom aangenomen dat een minister alleen verantwoordelijk kan worden gehouden als hij ook de bevoegdheden heeft om die verantwoordelijkheid waar te kunnen maken: zonder bevoegdheid geen verantwoordelijkheid. (...)”.³⁰

Het plaatsen van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid in de sleutel van de ‘corresponderende bevoegdheden’ betekent derhalve dat de afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid een gat slaat in de ministeriële verantwoordelijkheid. Bij de afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid houdt datgene waarmee die bevoegdheid ‘correspondeert’, te weten de politieke verantwoordelijkheid van de minister voor de afhandeling door het openbaar ministerie van individuele strafzaken, op te bestaan.

De initiatiefnemer denkt hier net iets anders over. Hij meent dat er nog een aanvullende handeling nodig is om ook de ministeriële verantwoordelijkheid uit te schakelen. Die aanvullende handeling is de introductie van het nieuwe artikel 128 lid 1 RO:

²⁷ *Kamerstukken II* 1995/96, 24034, nr. 13 (Kamerbrief d.d. 28 juni 1996), p. 2. Cursivering toegevoegd door het College.

²⁸ *Kamerstukken II* 2020/21, 35768, nr. 3 (MvT), p. 3 (voetnoot 11).

²⁹ [Voetnoot College.] De door de Raad van State geciteerde zinsnede is ontleend aan *Kamerstukken II* 1980/81, 16035, nr. 8 (MvA), p. 2.

³⁰ *Ongevraagd advies over de ministeriële verantwoordelijkheid*, Raad van State, 15 juni 2020, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 78, p. 13. Cursivering toegevoegd door het College.

"Ook als de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid in art. 27 [lees: 127] RO aldus wordt geschrapt, blijft de ministeriële verantwoordelijkheid voor beslissingen van het OM in concrete gevallen bestaan. Dat is echter niet wenselijk, gelet op het staatsrechtelijk uitgangspunt dat er geen verantwoordelijkheid moet zijn zonder bevoegdheid. Daarom is het nieuwe art. 128 noodzakelijk."³¹

Hoe dan ook is duidelijk dat de initiatiefnemer zich de onderlinge verbondenheid van de aanwijzingsbevoegdheid en de ministeriële verantwoordelijkheid terdege realiseert en dat hij het partieel verdwijnen van de ministeriële verantwoordelijkheid zeer bewust bewerkstelligt.

Hierboven werd reeds uit de memorie van toelichting de passage geciteerd die eindigt met de zin: "De Minister is niet langer verantwoording schuldig aan het parlement over individuele zaken, nu daarvoor geen corresponderende bevoegdheden meer bestaan."³² De achter deze zin liggende gedachte is op zichzelf juist: waar bevoegdheden komen te ontbreken, kan de verantwoordelijkheid niet goed worden waargemaakt. Zie de hoofdtekst bij voetnoot 30. De formulering is echter dat de minister, omdat hem bevoegdheden zijn komen te ontvallen, het afleggen van verantwoording niet langer *verschuldigd* is.³³ Die formulering is aanvechtbaar, omdat de volgorde aanvechtbaar is. De voor de hand liggende volgorde is immers dat eerst in het politieke domein dient te worden gezien wat de omvang dient te zijn van de ministeriële verantwoordelijkheid. Als gevonden wordt dat die omvang zonder bezwaar kan afnemen, dan is het daarna logisch om corresponderende bevoegdheden uit te schakelen. Maar éerst bevoegdheden uitschakelen en daarna concluderen dat er kennelijk behoefte heeft bestaan aan het verminderen van de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid doet de discussie over het wezen van de ministeriële verantwoordelijkheid tekort.

[8] Voor het uitgeschakelde gedeelte van de ministeriële verantwoordelijkheid komt niets anders dan een vacuüm in de plaats

Vervolgens is de vraag hoe de situatie er volgens de initiatiefnemer dient uit te zien na de vermindering van de omvang van de ministeriële verantwoordelijkheid.

³¹ *Kamerstukken II 2020/21*, 35768, nr. 3 (MvT), p. 13.

³² Zie hierboven p. 3 van deze brief, (hoofdtekst behorend bij) voetnoot 6.

³³ Op p. 12 van de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2020/21*, 35768, nr. 3) wordt de formulering herhaald: "De Minister is dus geen verantwoording meer schuldig aan het parlement. Het ontbreekt hem immers aan bevoegdheden in individuele zaken."

Ziet het College het goed, dan luidt het antwoord van de initiatiefnemer op deze vraag dat wat hem betreft de scope van de ministeriële verantwoordelijkheid groot genoeg is wanneer het parlement de minister uitsluitend verantwoordelijk kan houden voor het beleid van het openbaar ministerie.³⁴ De initiatiefnemer wil dus niet een deel van de ministeriële verantwoordelijkheid uitschakelen en daarvoor *iets anders* in de plaats laten komen. Nee, hij wil een deel van de ministeriële verantwoordelijkheid uitschakelen en daarvoor *niets* in de plaats laten komen. Daarbij lijkt hij te menen dat die parlementaire leegte er op dit moment eigenlijk al is, aangezien het als regel aan de minister wordt toegestaan om vragen over individuele zaken te ontwijken:

“Zo antwoordde de Minister op Kamervragen over de hierboven genoemde zaak tegen Shell: *«Zoals bij u bekend, kan ik geen inhoudelijke mededelingen doen over individuele strafzaken waarin het strafrechtelijk onderzoek loopt. Wel kan ik u mededelen dat ik – zoals te doen gebruikelijk in gevoelige strafzaken – door het OM ben geïnformeerd over de stand van zaken in het lopende onderzoek. (...)»* Ook als zaken onder de rechter zijn, placht [kennelijk is bedoeld: pleegt] de Minister zich – overigens terecht – te onthouden van een oordeel. In de praktijk is dus de vraag of de democratische controle door het parlement goed valt in te vullen. De Minister deelt immers geen informatie over lopende strafrechtelijke onderzoeken. Dat is terecht, maar zo is over een concrete lopende strafzaak aldus geen debat met de Minister te voeren.”³⁵

In dit citaat vraagt de initiatiefnemer zich af of de democratische controle door het parlement wel goed in te vullen valt. Hij beantwoordt die vraag (impliciet) ontkennend. Het College zou daar tegenover willen stellen dat de vaststelling dat er over een concrete *lopende* strafzaak geen debat met de minister te voeren is, toch niet wil zeggen dat dat debat uiteindelijk helemaal niet te voeren valt? Als opsporingsonderzoeken nog lopen of strafzaken zich onder de rechter bevinden, zijn dat inderdaad allerminst geschikte momenten voor parlementaire controle en het is goed dat de Kamer zelf op dit punt meestal terughoudendheid betracht. Maar dat laat onverlet dat parlementaire controle (naar aanleiding van en/of) over een individuele zaak wel degelijk mogelijk is op het moment dat de stand van die zaak dat toelaat. Diverse voorbeelden bewijzen dat. Zie onder meer het Kamerdebat over de Schiedammer parkmoord.³⁶

De situatie die de initiatiefnemer met het wetsvoorstel beoogt, stuit op de volgende bezwaren van het College. Vanuit een oogpunt van democratische controle en democratische legitimatie is een volledige politieke

³⁴ Zie hierboven het citaat behorend bij voetnoot 5.

³⁵ *Kamerstukken II 2020/21*, 35768, nr. 3 (MvT), p. 12.

³⁶ *Handelingen II 2004/05*, nr. 107, p. 6431-6491.

verantwoordelijkheid van de minister voor het openbaar ministerie de meest solide situatie. Het uitschakelen van dát gedeelte van de ministeriële verantwoordelijkheid dat 'correspondeert' met de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid vindt het College geen goed idee, omdat die partiële uitschakeling – die *theoretisch* overigens niet ondenkbaar is³⁷ – onvermijdelijk een vermindering van de soliditeit tot gevolg heeft omdat, na de partiële uitschakeling, de volledige ministeriële verantwoordelijkheid wordt geconverteerd naar de optelsom van de resterende ministeriële verantwoordelijkheid plus een vacuüm. Dit zou nog anders kunnen zijn als er wél sprake zou zijn van een door de initiatiefnemer voorgesteld alternatief (dat dan voor het vacuüm in de plaats zou komen). Maar zoals gezegd ontbreekt dat. Eerlijk gezegd kan het College zich bij zo'n alternatief ook nauwelijks iets indenken.

De situatie van het vacuüm naast het resterende gedeelte van de ministeriële verantwoordelijkheid is ongewenst. Hoe moet, in de nieuwe situatie, het beleid worden getoetst, juist als eventuele problemen rond het beleid aan de oppervlakte zijn gekomen dankzij een of meer tot de verbeelding sprekende individuele gevallen? Hoe verhouden in dat geval de resterende ministeriële verantwoordelijkheid (voor het beleid) en de uitgeschakelde ministeriële verantwoordelijkheid (voor de individuele gevallen) zich tot elkaar? Neemt de Kamer dan – in zekere zin oneigenlijk – haar toevlucht tot de resterende ministeriële verantwoordelijkheid? Maar ook andere uitwegen dan het oneigenlijke gebruik van de resterende ministeriële verantwoordelijkheid zijn denkbaar: vacuüms lijken nu eenmaal de neiging te hebben om op allerlei manieren alsnog gevuld te raken, vaak door ongecontroleerde processen.

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.

Over de manieren waarop het vacuüm eventueel weer gevuld zou kunnen raken is overigens al wel (speculerend) nagedacht. In zijn bijdrage aan het liber amicorum voor prof. M.S. Groenhuijsen wijst Hirsch Ballin erop dat toetsing van beleid niet zelden eerst aan de orde komt op het moment dat in concrete gevallen van dat beleid is afgeweken. Dat geldt bijvoorbeeld ook voor sepots en transacties. "Zou de verantwoordingsplicht van de Minister worden beperkt tot algemene aanwijzingen, dan zou het 'opportuniteitsbeginsel' aan politiek[e] verantwoording worden onttrokken", aldus Hirsch Ballin.³⁸ Hij meent – in tegenstelling tot de

³⁷ Zie bijvoorbeeld paragraaf 4.4 van J.W. Ouwerkerk et al., *a.w.* (zie hierboven voetnoot 12).

³⁸ E.M.H. Hirsch Ballin, 'Het Openbaar Ministerie in het krachtenveld van democratie en rechtsstaat: deel I', in: T. Kooijmans et al. (red.), *Op zoek naar evenwicht. Liber amicorum Marc*

initiatiefnemer – dat “de verantwoordelijkheid voor algemene (beleids)regels niet volstaat”³⁹ en wijst erop dat het gevolg van de afschaffing zou kunnen zijn dat er andere mechanismen in werking treden wanneer de minister niet meer over de concrete gevallen bevraagd zou kunnen worden. Volgens Hirsch Ballin zou de Kamer die, bij afwezigheid van een rechtstreekse confrontatie met de minister, reageert op de manier waarop het openbaar ministerie concrete gevallen behandelt, wel eens direct naar het wetgevingsinstrument kunnen grijpen en op die manier kunnen uitkomen bij “mandatoire sancties of minimumstraffen”.⁴⁰ En mochten de concrete gevallen betrekking hebben op het gezag van het OM over de opsporing en zou men de

“politieke verantwoordelijkheid beperken tot een abstract niveau, dan zal de tendens (verder) worden versterkt om het politiebeleid in andere kaders politiek te laten aansturen, bijvoorbeeld door politiek geprofileerde burgemeesters of door een met de openbare veiligheid belaste minister. Een versterking van de democratische rechtsstaat kan daarin niet worden gezien.”⁴¹

Aldus Hirsch Ballin, met wie het College het in grote lijnen eens is. Belangrijk in diens observaties vindt het College met name de opmerking over de toepassing door het openbaar ministerie van het opportuniteitsbeginsel. Juist die toepassing mag, ook volgens het College, niet in een politiek vacuüm terechtkomen.

Langs een geheel andere lijn dan Hirsch Ballin redeneert de NVvR. Haar Wetenschappelijke Commissie heeft in het genoemde advies⁴² het standpunt ingenomen dat er inmiddels tal van interne kwaliteitsinstrumenten binnen het OM tot wasdom zijn gekomen. Waar de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid oorspronkelijk wellicht was bedoeld om te kunnen ingrijpen in de gevallen waarin de interne OM-toetsing te wensen overliet, is die lacune nu aangevuld, en daarmee is de aanwijzingsbevoegdheid overbodig geworden. Aldus de NVvR. Het College is het op zichzelf ermee eens dat binnen het openbaar ministerie de

Groenhuysen, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 307-321, citaat ontleend aan p. 317. Hirsch Ballin vindt hier de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR tegenover zich. In het op de website van de NVvR te vinden advies van deze Commissie d.d. 3 juni 2021 wordt op p. 7 namelijk betoogd dat de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid een “inbreuk (...) [maakt] op het rechtsstatelijke uitgangspunt dat het OM het vervolgingsmonopolie bezit”. Daartegen valt op zijn minst in te brengen dat het geen ‘inbreuk’ is, maar een *wettelijke uitzondering*, terwijl het zelfs dát niet is wanneer we ‘het OM’ vervangen door ‘de overheid’ (ter onderscheiding van civiele partijen).

³⁹ E.M.H. Hirsch Ballin, *a.w.*, p. 317.

⁴⁰ E.M.H. Hirsch Ballin, *a.w.*, p. 317.

⁴¹ E.M.H. Hirsch Ballin, *a.w.*, p. 318.

⁴² Zie voetnoot 38.

interne kwaliteitsontwikkeling en -toetsing in de voorbije jaren stevig ter hand zijn genomen. Maar het gaat er – in het verband van dit wetsvoorstel – uiteindelijk niet om dat, intern, binnen het OM, er voorzieningen zijn die bevorderen dat de besluitvorming in individuele zaken afgewogen en kwalitatief goed plaatsvindt. Het gaat erom dat er in de politiek, mocht dat om welke reden dan ook nodig zijn, over die individuele zaken een discussie gevoerd kan worden. Dat moet (en kan) dan geen rechtstreeks debat tussen het parlement en het College worden. Dus blijft de positie van de minister als degene die de politieke verantwoordelijkheid draagt onontbeerlijk.⁴³

Die onontbeerlijkheid blijkt wanneer men zich afvraagt wat er gebeurt als – na inwerkingtreding van de voorgestelde wet – het verloop van een bepaalde individuele strafzaak tot vragen bij de Tweede Kamer leidt. Zonder de situatie te willen ridiculiseren vraagt het College zich af of de minister dan tegen de Kamer kan zeggen: "Ik weet er niets van af (zie artikel 128 lid 2 RO en de tweede volzin van artikel 129 lid 1 RO) en bovendien ga ik er niet over (zie artikel 128 lid 1 RO)", om vervolgens terug te wandelen naar het departement. Want zelfs als dit inderdaad de nieuwe staatsrechtelijke situatie zou zijn, dan nog rijst de zeer belangrijke vraag: en hoe gaat het daarna verder? Wie gaat er dan wel over? In dit verband wijst het College erop dat sommige respondenten de WODC-onderzoekers erop hebben gewezen dat het afschaffen van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid vermoedelijk niet zorgt voor verdwijning van iedere politieke bemoeienis, zelfs niet die van de minister.⁴⁴

Wat het College betreft verlangen de eisen die aan een democratische rechtsstaat gesteld worden in dit geval dat er sprake is van een adequate ministeriële verantwoordelijkheid. *Die* moet voorop staan. En *die* brengt mee dat er sprake dient te zijn van een corresponderende bevoegdheid, zoals de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid. Op haar beurt brengt die bevoegdheid voor het College een inlichtingenplicht mee. Uitgangspunt is daarom dat communicatie tussen het openbaar ministerie en de minister normaal is. De wet mag dit niet zodanig

⁴³ Tijdens de in voetnoot 14 bedoelde hoorzitting bracht een van de deskundigen, dr. George Andoor, een vergelijkbaar standpunt als volgt onder woorden: "Allem voran kann nicht hinreichend betont werden, dass das ministerielle Weisungsrecht bei der Exekutive nichts Negatives ist. Es sichert die politische Verantwortlichkeit der Exekutive gegenüber dem Parlament. Nur, wenn ein Minister auf die Beamten seines Ressorts unmittelbar Einfluss nehmen kann, ist er auch dem Parlament gegenüber für das Fehlverhalten seiner Beamten Rechenschaft schuldig. Dieser Aspekt ist in einer rechtsstaatlichen Demokratie elementar und eigentlich unverzichtbar. Gerade die Staatsanwaltschaft von dieser Form der Kontrolle freizustellen, ist meines Erachtens nicht angezeigt. (...) [Sie ist] eine sehr mächtige Behörde, die der externen Kontrolle durchaus bedarf." (Verslag hoorzitting Bondsdag, p. 8).

⁴⁴ Zie J.W. Ouwerkerk, a.w. (zie voetnoot 12), p. 55, 62 en 130.

veranderen dat deze communicatie (voor een deel) niet normaal, maar suspect is. Dit zou de normale verhoudingen ernstig compliceren.

[9] Middel erger dan de kwaal

Het College wil niet verhelen dat op het gebied van de nationale component het bestaan van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid in individuele zaken tot (soms grote) ongemakken kan leiden. Vanzelfsprekend zou ook het openbaar ministerie deze en soortgelijke ongemakken liever niet ondervinden. Dat de initiatiefnemer op zoek gaat naar een methode om die ongemakken te vermijden is op zichzelf dan ook begrijpelijk en te prijzen. Het College meent echter dat afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid niet de aangewezen oplossing is.

De reden hiervan is, kort gezegd, dat het middel erger is dan de kwaal.

Als het College eerst naar 'de kwaal' kijkt, dan moet worden vooropgesteld dat de ongemakken waarover zojuist werd gesproken zich vooral afspelen in concrete zaken. Die krijgen er een aparte dimensie bij en gaan zich behalve in de zittingszaal voor een deel ook daarbuiten afspelen. Dit is op zichzelf vervelend genoeg (vertraging!), maar wie deze zaken op de keper beschouwt zal zien dat ze niet worden gekenmerkt door problemen in de verhouding tussen het College en de minister (het kerngebied van de aanwijzingsbevoegdheid). De aanwijzingsbevoegdheid speelt in die zaken dus eigenlijk geen hoofdrol, maar veeleer een rol op de achtergrond. Met andere woorden: er is lang niet altijd reden om direct naar de medicijnkast te grijpen.

Kijkt het College vervolgens naar 'het middel' dan ziet het dat door de afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid en de vernieuwde invulling van artikel 128 RO – zoals hierboven reeds werd geconstateerd – een groot deel van de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister van Justitie en Veiligheid voor het openbaar ministerie verdwijnt, namelijk de ministeriële verantwoordelijkheid voor de individuele zaken. Dit is de uitdrukkelijke bedoeling van de initiatiefnemer.⁴⁵

Aldus wordt een stevige bres geslagen in de democratische controle op het handelen van het openbaar ministerie en daarmee op de democratische en rechtsstatelijke legitimatie van dat handelen. Naar het oordeel van het College betekent dit niet minder dan dat het systeem van checks-and-balances op losse schroeven komt te staan en dat de controle op het openbaar ministerie in elk geval deels wordt overgeleverd aan het vrije spel der krachten. Het College

⁴⁵ Zie hierboven de hoofdtekst behorend bij voetnoot 31.

verwijst in dit verband naar hetgeen hierboven reeds werd opgemerkt over het vacuüm en de manieren waarop dat eventueel opgevuld zou kunnen worden. Dat is het 'ergere' van het middel.

Dat 'ergere' steekt verder nog in het voorgestelde tweede lid van artikel 128 RO. In de memorie van toelichting laat de initiatiefnemer blijken dat hij op de loer liggend wantrouwen graag zou willen minimaliseren.⁴⁶ Het in deze bepaling neergelegde overlegverbod biedt aan dat wantrouwen juist weer een voedingsbodem, omdat dit overlegverbod de deur opent naar eindeloze zoektochten naar (veronderstelde) overtredingen ervan. Het laat zich raden dat dergelijke zoektochten strafzaken kunnen ontwrichten. Daarbij speelt een belangrijke rol dat – ook in de visie van de initiatiefnemer – frequent overleg tussen het departement en het openbaar ministerie hoe dan ook zal overblijven, namelijk over het algemene beleid van het OM (en over de dienaangaande eventueel te geven algemene aanwijzingen). Dat resterende overleg zou dan de hooiberg zijn waarin de verboden naald zou moeten worden gevonden.

[10] Onbruik als bewijs van onnodigheid

Niet door de initiatiefnemer zelf, maar door de Wetenschappelijke Commissie van de NVvR is het volgende standpunt ingenomen:

“Sinds de invoering van de bijzondere aanwijzingsbevoegd zoals die nu is geformuleerd in art. 127 RO heeft de minister er nooit gebruik van gemaakt. De WeCo concludeert op dit punt dan ook dat de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid zoals geformuleerd in art. 127 RO in de praktijk een dode letter is. Nu het nut en de noodzaak ervan niet zijn aangetoond, kan het artikel komen te vervallen.”⁴⁷

Tegen dit standpunt kan worden ingebracht dat iedere keer dat de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid niet wordt gebruikt, haar bestaan toch effect sorteert. Zeker wanneer tussen College en minister het al dan niet geven van de aanwijzing expliciet ter sprake is gekomen creëert het bestaan van de aanwijzingsbevoegdheid helderheid. Een niet gegeven aanwijzing vormt dan een even duidelijk signaal als een wel gegeven aanwijzing. De niet gegeven aanwijzing geeft in dat geval de zekerheid dat de minister de door het openbaar ministerie voorgestane handelwijze voor zijn rekening neemt. Meer in het algemeen geldt dan ook dat aan het feit dat in een bepaalde zaak toepassing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid achterwege is gebleven, het openbaar

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2020/21, 35768, nr. 3 (MvT), p. 11 (hoofdtypekst behorend bij voetnoot 59).

⁴⁷ Zie het in voetnoot 30 bedoelde advies (p. 4, paragraaf 3.3). Zie ook J.W. Ouwkerk et al., a.w. (zie voetnoot 12), p. 52, 55, 61, 115, 129 en 132.

ministerie, in beginsel, de verwachting mag ontleen dat de minister bereid is de desbetreffende kwestie politiek voor zijn verantwoording te nemen. (Zou hij die bereidheid niet hebben, dan had hij immers wel een aanwijzing gegeven.) Voor het openbaar ministerie is de aldus verkregen wetenschap omtrent de positie van de minister veelal niet zonder waarde.

[11] Samenvatting

De internationale component

- Het College betreurt het dat het bestaan van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid heeft geleid tot een verschraving van de taken en bevoegdheden van het openbaar ministerie op in het bijzonder het terrein van de Europese strafrechtelijke samenwerking. Om die reden heeft het College in 2019 en 2020 een partiële – louter tot het internationale domein beperkte – afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid bespreekbaar genoemd. Daarmee heeft het College toen niets gezegd en ook niet willen zeggen over de afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid in (ook) het nationale domein. Inmiddels aanvaardt het College de Europeesrechtelijke status quo en gaat het ervan uit dat, in elk geval op dit moment, een partiële afschaffing geen reële optie is.

De nationale component

- Het College heeft begrip voor het feit dat de initiatiefnemer op zoek is gegaan naar een methode om ongemakken die met de bijzonder aanwijzingsbevoegdheid samenhangen voor de toekomst te vermijden.
- Het College stelt voorop dat er in de huidige juridische situatie geen fouten zitten die zouden moeten worden hersteld door het afschaffen van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid. In het bijzonder kan niet worden gezegd dat de positie die het openbaar ministerie in het staatsbestel inneemt (inclusief de bij die positie behorende mate van zelfstandigheid/onafhankelijkheid) zich niet verdraagt met het bestaan van een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid van de minister jegens het openbaar ministerie.
- Het College meent dat de verbondenheid tussen enerzijds de ministeriële verantwoordelijkheid en anderzijds de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid meebrengt dat het vertrekpunt van redeneringen steeds de ministeriële verantwoordelijkheid dient te zijn. Niet de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid zelf.
- Het College is het niet met de initiatiefnemer eens dat – ter voorkoming van de gesignaleerde problemen en ongemakken – de afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid het meest geëigende middel is. Integendeel: het middel is erger dan de kwaal.

- o De afschaffing van de bijzondere aanwijzingsbevoegdheid leidt tot de uitschakeling van een daarmee 'corresponderend' gedeelte van de ministeriële verantwoordelijkheid. Dit is een drastische reductie van de ministeriële verantwoordelijkheid die een vacuüm doet ontstaan.
 - Die uitschakeling is in zichzelf problematisch, omdat de ministeriële verantwoordelijkheid een solide constructie is voor de democratische controle op het handelen van het openbaar ministerie.
 - Die uitschakeling is voorts problematisch omdat niet uitgesloten mag worden dat er ongecontroleerde processen op gang komen door middel waarvan het ontstane vacuüm wordt ingevuld. In wezen kunnen de consequenties van de uitschakeling niet worden overzien. Hierdoor wordt veel onzekerheid gecreëerd.
 - Bij elkaar betekenen de twee vorige punten dat het systeem van checks-and-balances op losse schroeven komt te staan.
- Daarnaast is de uitwerking van de afschaffing problematisch. In het bijzonder het verbod voor de minister en het openbaar ministerie om met elkaar overleg te voeren over individuele strafzaken zal leiden tot ontwijking van strafzaken, omdat er zoektochten zullen komen naar (veronderstelde) overtredingen van dit verbod.

Hoogachtend

het College van procureurs-generaal,

G.W. van der Burg,
voorzitter

