

## ARTIKELEN

# De ventielfunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

*Sophie Koning*

### 1. Inleiding

In 2018 besloot het Openbaar Ministerie de tabaksindustrie niet te vervolgen voor moord, doodslag of zware mishandeling met de dood tot gevolg.<sup>1</sup> Natuurlijk, roken is ongezond en verslavend, maar een strafrechtelijk aanknopingspunt ontbrak: de bedrijven waartegen aangifte werd gedaan, bleven netjes binnen de wet en roken blijft toch in de eerste plaats een eigen verantwoordelijkheid. Het leidde tot verontwaardiging bij de aanklagers – waaronder rokers, patiëntenorganisaties en KWF Kankerbestrijding – die vooral niet begrepen dat roken als ‘vrije keuze’ werd gezien. Pogingen om te stoppen waren maar weinig succesvol geweest en patiënten konden niet geloven dat het Openbaar Ministerie de ziekten die door het roken waren veroorzaakt als ‘eigen schuld’ afdeed. Omdat de overheid te weinig tegen roken zou doen, werd een artikel 12-procedure aangespannen om de zaak alsnog voor de strafrechter te brengen.<sup>2</sup> Juristen gaven de zaak weinig kans en de beschikingsrechter ging inderdaad mee in de argumentatie van het Openbaar Ministerie: een goede strijd, maar een verkeerd podium.<sup>3</sup>

De feitelijke verwachtingen die rechtszoekenden en de samenleving van het strafrecht hebben, staan vaak haaks op de normatieve grenzen die de rechter in acht dient te nemen. Toch hebben direct belanghebbenden altijd de mogelijkheid de belangenafweging van het Openbaar Ministerie via de artikel 12-procedure in vraag te stellen. De memorie van toelichting benadrukte dat deze procedure een belangrijke machtskritische functie heeft: het biedt de mogelijkheid controle uit te oefenen op het vervolgingsmonopolie van ons Openbaar Ministerie.<sup>4</sup> De memorie van antwoord stipte daarnaast het belang van individuele rechtsbescherming aan: voor slachtoffers van strafbare feiten is de beklagprocedure een laatste redmiddel.<sup>5</sup> De wetgever heeft aan de artikel 12-procedure daarom twee belangrijke functies toegedicht. Welke taak het recht te vervullen krijgt, zal echter altijd afhangen van de aanspraken op het recht die in de specifieke maatschappelijke en juridische context

1 Nieuwsbericht, ‘Geen verder onderzoek naar tabaksproducenten’, om.nl, 22 februari 2018.

2 E. Kreulen, ‘Hoop is nu gevestigd op gerechtshof’, *Trouw*, 23 februari 2018.

3 Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334.

4 *Kamerstukken II*, 1913/14, 286, nr. 3, 55.

5 *Kamerstukken II*, 1917/18, 77, nr. 1, 22.

De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

gedaan worden. In het geval van de tabakszaak leek behoefte te zijn aan een nieuwe machtskritische functie van de artikel 12-procedure: als ventiefunctie voor maatschappelijke onvrede die in de ogen van klagers onvoldoende uitweg vindt in de politiek. Hoewel aan klagers in de tabakszaak werd medegedeeld dat zij aan het verkeerde adres waren, illustreren de eerste Wilders-zaak en de onlangs toegekende klacht in de ING/Hamers-beschikking dat de strafrechter door de beschikkingsrechter gedwongen kan worden om een standpunt in te nemen in zaken waar een maatschappelijk conflict aan ten grondslag ligt.<sup>6</sup>

In dit artikel staat daarom de vraag centraal wat deze relatief nieuwe maatschappelijke aanspraak op de beklagprocedure betekent voor het karakter van het strafrecht en de legitimiteit van de strafrechtspleging. Hiertoe zal eerst de historische ontwikkeling van de artikel 12-procedure in drie hoofdstukken worden beschreven (par. 2-4). Deze drie historische hoofdstukken verwijzen naar: 1) een rechtsstatelijk hoofdstuk; 2) een hoofdstuk waarin de private belangen van klagers en slachtoffers centraal staan en; 3) een democratisch hoofdstuk. Waar het eerste hoofdstuk een rechtsstatelijk hoofdstuk betreft, vormen het tweede en derde hoofdstuk twee verschillende democratiseringsbewegingen in de historische ontwikkeling van de beklagprocedure. Aan de hand van deze drie hoofdstukken wordt een conceptueel kader ontwikkeld om de nieuwe maatschappelijke functie van de artikel 12-procedure te duiden. Waar de oorspronkelijke machtskritische functie ten gunste van het private belang van klagers leek te zijn verdwenen, lijkt deze nu, zij het in een andere vorm, toch weer voorzichtig op te duiken.<sup>7</sup> De ontwikkeling die de artikel 12-procedure in drie hoofdstukken heeft doorgemaakt, maakt ons bewust van het historische en dus veranderlijke karakter van de door het Openbaar Ministerie te handhaven rechtsorde. Die taak om de rechtsorde te handhaven krijgt immers invulling via het opportuniteitsbeginsel: niet alleen de juridische haalbaarheid volstaat om de vervolging te rechtvaardigen, ook moet de vervolging in het algemeen belang zijn. Afhankelijk van de juridische en maatschappelijke context dient de beschikkingsrechter steeds opnieuw na te denken over de strafrechtelijk te beschermen (algemene) belangen die in de democratische rechtsorde op evenwichtige wijze moeten worden afgewogen. De artikel 12-procedure en de aanspraken die hierop worden gemaakt, vormen daarom telkens een belangrijke les om naar het karakter van het strafrecht te kijken. Hoewel dit karakter van het strafrecht historisch bepaald is, brengen de maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken nieuwe legitimiteitsproblemen aan het licht die een antwoord behoeven. Kan het strafrecht wel ruimte bieden voor de institutionalisering van maatschappelijke onvrede? Zijn andere fora dan de strafrechter, met name het parlement, hiervoor niet

6 Respectievelijk Hof Amsterdam 21 januari 2009, NJ 2009/191, m.nt. Buruma; Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347.

7 Door verschillende auteurs is de toegenomen aandacht voor het private belang van klagers benadrukt. Zie bijvoorbeeld C.P.M. Cleiren, 'De procedure van beklag tegen niet-vervolgving op de schop', *Strafblad* 6 (2008): 540-541; J.B.J. van der Leij, 'Beklag over het niet-vervolgen van strafbare feiten, diverse aantekeningen bij artikel 12 Sv', in *Het Wetboek van Strafvordering*, red. A.L. Melai en M.S. Groenhuijsen (Deventer: Gouda Quint, 2008), aant. 3; G. Knigge, 'Het beklag over niet of niet verder vervolgen (Kanttekeningen bij wetsontwerp no. 15831)', *Delikt en Delinkwent* 3 (1980): 191.

Sophie Koning

meer geschikt? Na de historische verhandeling over het democratiseringsproces dat de artikel 12-procedure heeft doorgemaakt, zullen deze normatieve vragen naar de rol van de artikel 12-procedure in de democratische rechtsorde centraal staan (par. 5-6). De lijnen zullen worden samengenomen in een conclusie waarin ook aandacht besteed wordt aan mogelijkheden voor verder onderzoek (par. 7).

## 2. De beklagprocedure als correctiemechanisme op het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie

De beklagprocedure vindt zijn oorsprong in de Franse *Code d'Instruction Criminelle*, die vanwege de inlijving bij het Frankrijk van Napoleon vanaf 1811 ook in Nederland geldig was.<sup>8</sup> Artikel 1 van de *Code* benadrukte dat strafvervolgning een taak van de overheid was. Voor de daadwerkelijke vervolgning was telkens toestemming van de rechter nodig die via het criterium van het algemeen belang de vervolgingsbeslissing toetste, waarmee vooral werd bedoeld dat lichtvaardige vervolgingen moesten worden voorkomen.<sup>9</sup> Via de figuur van de *action directe* kon de benadeelde zich wel als civiele partij voegen. In het Wetboek van Strafvordering van 1838 werd deze civiele actie afgeschaft en de zogenaamde rechtsingangprocedure verwerkt in de wetgeving. Die procedure hield in dat de rechter-commissaris pas tot een instructie kon overgaan als de raadkamer van de rechtbank op vordering van de officier van justitie rechtsingang verleende. Ook hier diende het criterium van het algemeen belang de bescherming van de burger tegen machtsmisbruik door de overheid; in dit geval tegen een verkeerd gebruik van het opportuniteitsbeginsel. In het Wetboek van Strafvordering van 1926 kwam de verantwoordelijkheid voor de vervolging volledig in handen van het Openbaar Ministerie te liggen die via het opportuniteitsbeginsel de bevoegdheid kreeg om al dan niet voor een bepaalde rechtsgang of afdoening te kiezen op gronden aan het algemeen belang ontleend.<sup>10</sup> Volgens de memorie van toelichting was een vermeerdering van het aantal strafvervolgingen namelijk 'ongetwijfeld weinig gewenscht'.<sup>11</sup> Het opportuniteitsbeginsel gaf daarom uitdrukking aan de *ultimum remedium*-gedachte die van oorsprong in het strafrecht geldt: waar het om de toevoeging van leed gaat, is een beheerste en evenwichtige toepassing van het strafrecht aangewezen.<sup>12</sup>

Deze discretionaire bevoegdheid gaf het Openbaar Ministerie een grote machtspositie die het Nederlandse vervolgingssysteem vanuit rechtsvergelijkend oogpunt

8 Hierover G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid* (IJmuiden: Vermande Zonen Uitgevers, 1974), 7-8.

9 Cleiren, 'De procedure van beklag tegen niet-vervolgning op de schop', 536; A. de Lange, 'De beklagprocedure en criminele politiek', *Strafblad* 5 (2009): 480.

10 H. de Doelder en M.E. de Meijer, 'Het openbaar ministerie als magistraat', in *Rechterlijke Macht; studies over rechtspraak en rechtshandhaving in Nederland*, ed. E.R. Muller en C.P.M. Cleiren (Deventer: Kluwer, 2006), 273.

11 *Kamerstukken II*, 1913/14, 286, nr. 3, 55.

12 Spek meent dan ook dat het opportuniteitsbeginsel het (onuitgesproken) sluitstuk is van de gedachte dat het strafrecht een *ultimum remedium* is. W.J.V. Spek, 'Het opportuniteitsbeginsel en de *ultimum remedium*-gedachte', *Strafblad* 3 (2010): 226.

De ventielfunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

uniek maakte.<sup>13</sup> Het opportuniteitsbeginsel verhoudt zich namelijk slecht met het orthodoxe beeld van de klassieke rechtsstaat waar het legaliteitsbeginsel de rechtszekerheid waarborgt. Tijdens de parlementaire behandelingen riep de codificatie van het beginsel in het Wetboek van Strafrecht van 1926 echter weinig weerstand op. Uit de memorie van toelichting blijkt dat reeds eerder 'de gewoonte recht geschapen had', waardoor 'aan de sinds lang geldende praktijk mocht worden aangesloten'.<sup>14</sup> In tegenstelling tot het Duitse legaliteitsbeginsel, waarbij de automatische en veelvuldige toepassing van de strafwet op steeds meer onvrede stuitte, had ons opportuniteitsbeginsel toch vooral 'tot zegenrijke gevolgen' geleid. Lichtvaardige vervolgingen waren voorkomen en de gevaren inherent aan het opportuniteitsbeginsel – willekeur en machtsmisbruik – hadden hoogstens enkele malen plaatsgevonden.<sup>15</sup> Het opportuniteitsbeginsel was er in eerste instantie dan ook vooral ter bescherming van de individuele burger. Het zou de 'scherpe kantjes' van het legaliteitsbeginsel afhalen, zodat voorkomen werd dat individuele gevallen waarvoor de wet niet bedoeld was, vervolgd zouden worden.<sup>16</sup>

Het hele systeem van discretionaire beslissingsmacht was daarom gebaseerd op de veronderstelling van het vertrouwen in de wijsheid en juridische behoorlijkheid van het Openbaar Ministerie.<sup>17</sup> Ondanks dat vertrouwen erkende de wetgever wel de waarde van de beklagprocedure. Het vormde toch een belangrijk correctief tegen de nadelen van misbruik en willekeur die uit het opportuniteitsbeginsel en het vervolgingsmonopolie zouden kunnen voortvloeien.<sup>18</sup> Uit de memorie van toelichting blijkt dat de rechter in de artikel 12-procedure misschien wel een ongebruikelijke taak krijgt, omdat hij als onpartijdig orgaan dient te oordelen over 'quaesties van beleid en opportuniteit', maar dat voorkomen moet worden dat het Openbaar Ministerie verdacht wordt 'van te handelen op een wenk van hooger hand'.<sup>19</sup> De machtskritische functie van de beklagprocedure was daarom vooral negatief: het was een begrenzing aan het optreden van het Openbaar Ministerie die zich niet door willekeurige of particuliere belangen mocht laten leiden.<sup>20</sup> De rechter was dan misschien niet meer zelf verantwoordelijk voor de vervolging, wel zou zijn veronderstelde 'onpartijdigheid' en 'onafhankelijkheid' een extra waarborg tegen mogelijke hogere politieke inmenging bieden.<sup>21</sup> Belanghebbenden werden via de beklag-

13 Gedoeld wordt bijvoorbeeld op de private vervolging in Engeland, de civiele actie in Frankrijk en het legaliteitsbeginsel die in Duitsland belangrijke beperkingen aan de machtspositie van de overheid stelt. Zie hierover onder andere: Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, 1; H.N. Brouwer, 'Met inachtneming van het opportuniteitsbeginsel: de politiek en de vrije beleidsruimte voor het Openbaar Ministerie', *Strafblad 3* (2010): 207; G.J.W. Van Oven, 'De politieke verantwoordelijkheid voor het vervolgingsbeleid', *Strafblad 3* (2010): 462.

14 *Kamerstukken II*, 1913/14, 286, nr. 3, 54.

15 *Kamerstukken II*, 1913/14, 286, nr. 3, 54.

16 Brouwer, 'Met inachtneming van het opportuniteitsbeginsel', 209.

17 G. Th. Kempe, 'De publieke opinie en de strafrechter in de laatste halve eeuw; enkele inleidende opmerkingen', in *Dilemma's in het hedendaagse strafrecht* (Utrecht: Ars Aequi 1975), 5-22.

18 *Kamerstukken II*, 1917/18, 77, nr. 1, 44.

19 *Kamerstukken II*, 1913/14, 286, nr. 3, 66.

20 *Handelingen* 1919/20, 1968; *Handelingen* 1920/21, 63.

21 *Kamerstukken II*, 1913/14, 286, nr. 3, 55.

Sophie Koning

procedure in staat gesteld de vervolgingsbeslissing bij het gerechtshof ten volle te laten toetsen, wat betekent dat zowel de haalbaarheid van de zaak als de opportuniteit van de vervolging door de rechter in overweging moest worden genomen.<sup>22</sup> De rechter toetst die beslissing daarom ook aan het algemeen belang, welk begrip, zoals we zagen, door de wetgever van 1926 vooral in de sleutel van de rechtsstaat werd geplaatst.

De artikel 12-procedure werd aanvankelijk maar weinig ingezet als kritisch rechtsstatelijk wapen. Een mogelijke oorzaak daarvan is dat de controle op de Nederlandse staatsmacht in het verleden nooit echt van grote betekenis was.<sup>23</sup> Op de Duitse bezetting na – toen de artikel 12-procedure overigens buiten werking werd gesteld<sup>24</sup> – bleef ons land gevrijwaard van totalitaire regimes. De negatieve, rechtsstatelijke interpretatie van het algemeen belang kwam pas in het gedrang met de democratiseringsbeweging die in de jaren zestig haar intrede deed. Het besef ontstond dat de tot dan toe gehanteerde negatieve interpretatie van opportuniteitsbeginsel ('vervolgen, tenzij') door het automatische karakter ervan op onvoldoende steun van de bevolking kon rekenen. Er ontstond een 'justitiële crisis', waardoor de autonome rechtsorde zich moest openen voor maatschappelijke krachten wilde zij deze crisis te boven komen. Waar het vertrouwen in de autoriteiten altijd had gezorgd dat van de beklagprocedure nooit echt gebruikgemaakt was, zorgden de roerige jaren zestig voor een piek.<sup>25</sup> De klachten waren doorgaans gericht op het politieoptreden naar aanleiding van de vele rellen die zich vooral in Amsterdam afspeelden. Een groot deel van de bevolking was het vertrouwen in justitie en politie kwijtgeraakt.<sup>26</sup> In het jaarverslag van 1970 kondigde het Openbaar Ministerie dan ook aan dat het opportuniteitsbeginsel voortaan op positieve wijze zou worden uitgelegd. Strafbaarheid werd een noodzakelijke, maar geen voldoende voorwaarde om tot strafvervolging over te gaan: de samenleving zou met de vervolging daadwerkelijk gediend moeten worden.<sup>27</sup> Nu doelmatigheidsargumenten een belangrijke rol gingen spelen, zouden die ook de sterk toegenomen instroom aan strafzaken kunnen beheersen.<sup>28</sup>

Zo werd het opportuniteitsbeginsel, om met Brouwer te spreken, 'van nooduitgang van het strafrecht een voorportaal van de strafrechtelijke handhaving'.<sup>29</sup> Het betekende ook dat het algemeen belang nu opeens een positieve invulling moest krijgen. Waar de negatieve interpretatie van het opportuniteitsbeginsel nog in de

22 Hierover M.J.A. Duker, 'De toetsingsruimte van het hof in beklagzaken ex artikel 12 Sv', *DD* 5 (2009): 428.

23 Hierover uitgebreid A.A.G. Peters, 'Gezag in de Nederlandse strafrechtspleging', in *Recht als kritische discussie* (Arnhem: Gouda Quint, 1993), 107-143.

24 Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, 70.

25 Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid*, 71.

26 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten*, (Gouda: Quint, 2001), 10-11.

27 J.M.A.V. Moons, 'Het opportuniteitsbeginsel. Enige notities over zijn inhoud en omvang', *NJB* 485 (1969): 490.

28 A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving, een verkenning*, (Arnhem: Gouda Quint, 1994), 117.

29 Brouwer, 'Met inachtneming van het opportuniteitsbeginsel', 210.

De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

grondgedachte van de klassieke rechtsstaat geplaatst kon worden, zorgde de positieve interpretatie ervoor dat de rechtsorde zich moest openen voor maatschappelijke tegengeluiden. De rechtsorde die het Openbaar Ministerie dient te handhaven, kan dan ook niet meer zomaar vereenzelvigd worden met het klassieke beeld van de rechtsstaat, waarbij het gaat om het voorkomen van machtsmisbruik en willekeur. Naast de oorspronkelijke negatieve begrenzing van zijn discretionaire bevoegdheid wordt het Openbaar Ministerie immers gedwongen beleid te voeren, waarbij de verschillende belangen op evenwichtige wijze dienen te worden afgewogen, wil dat beleid draagvlak hebben. Die meer positieve invulling van de rechtsorde blijkt ingewikkelder te zijn dan de negatieve afbakening ervan. Wat de rechtsorde niet is, daar bestaat wel overeenstemming over: 'een rechtsorde is geen beleidsstaat, economiestaat, milieustaat of een staat waar alles draait om veilig voedsel', aldus 't Hart.<sup>30</sup> Maar vooral is de heersende opvatting dat recht geen politiek is.<sup>31</sup> In het kader van de artikel 12-procedure wees de Lange op het probleem dat het algemeen belang 'content' dient te krijgen, maar in onze complexe moderne samenleving hooguit een 'afgewogen abstractie' is van verschillende feitelijke deelbelangen.<sup>32</sup> Te midden van deze verschillende belangen dient het Openbaar Ministerie als zelfstandig orgaan op evenwichtige wijze keuzes te maken omtrent de vervolging.

Enige democratisering van die te maken keuzes omtrent de strafrechtelijk te beschermen belangen is daarom onvermijdelijk. De wet heeft een aantal voorwaarden voor deze democratische controle geschapen. De Minister van Justitie is politiek verantwoordelijk voor de vervolgingstaak van het OM en heeft hiertoe de bevoegdheid gekregen 'algemene en bijzondere aanwijzingen [te] geven betreffende de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie'.<sup>33</sup> Iedere voorgenomen beleidsregel wordt aan de minister voorgelegd en alle aanwijzingen worden gepubliceerd, zodat de beleidsmatige toepassing van het opportuniteitsbeginsel ook aan parlementaire controle is onderworpen. Hiermee is natuurlijk niet gezegd dat het beleid zodanig is uitgekristalliseerd dat de vervolgingsbeslissing volledig voorspelbaar en te controleren is. Daarnaast blijken zowel de Minister van Justitie als de Tweede Kamer de beleidsvrijheid en eigenstandige positie van het Openbaar Ministerie te respecteren.<sup>34</sup> Via de beklagprocedure is echter ook de burger op meer directe wijze in staat de concrete belangenafwegingen van het Openbaar Ministerie ter discussie te stellen en daarmee op indirecte wijze de te maken keuzes binnen de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Via het hierna te bespreken tweede en derde hoofdstuk in de ontwikkeling van de

30 A.C. 't Hart, 'Algemeen belang en opportuniteit als rechtsoordelen', in *De inhoud van het gezag, Openbaar Ministerie*, OM publicatierreeks, (Den Haag, 1996), 94.

31 Zie over het feit dat 'juridische studenten worden grootgebracht met de gedachte dat het recht "gestolde politiek is"', J. Fermon & T. Prakken, *Politieke verdediging. Een analyse van historische en actuele politieke strafzaken en de strategie van de verdediging* (Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2010), 19.

32 De Lange, 'De beklagprocedure en criminele politiek', 478.

33 Zie artikel 127 Wet RO.

34 Anders wordt al snel de schijn gewekt van politieke inmenging. Hierover Brouwer, 'Met inachtneming van het opportuniteitsbeginsel'.

Sophie Koning

beklagprocedure zal dan ook betoogd worden dat deze democratiseringsbeweging in het strafrecht verschillende kanten op kan gaan. Burgers kunnen immers verschillende verwachtingen van het strafrecht hebben, met het gevolg dat ze verschillende aanspraken op de beklagprocedure te gelde proberen te maken.

### 3. De beklagprocedure in dienst van het private belang van klagers

Waar het vertrouwen in het Openbaar Ministerie aanvankelijk weinig aanleiding gaf tot gebruikmaking van de machtskritische functie van de artikel 12-procedure, lieten de roerige jaren zestig zien dat dat vertrouwen zeker niet vanzelfsprekend was. Zoals gezegd is de vraag naar de strafrechtelijk te beschermen belangen een doorlopende discussie, nu hierbij rekening moet worden gehouden met de feitelijke verwachtingen vanuit een steeds veranderende samenleving. Het is dan ook niet zo vreemd dat toen de legitimiteitscrisis in hevigheid afnam, ook de aanspraak van burgers op de rechtsorde veranderde. In plaats van het ter discussie stellen van het gezag van de wet en de onkritische wijze van handhaving zoals dat in de jaren zestig gebeurde, draaide de maatschappelijke en politieke discussie vanaf de jaren tachtig om handhavingstekorten en om de vraag of een minimumniveau van handhaving niet minstens net zo belangrijk was. Het oorspronkelijke ideaal van een terughoudend strafrecht sloot niet meer aan bij de toenemende criminaliteit en de hiermee gepaard gaande roep om veiligheid en bescherming vanuit de samenleving. Anders gezegd, de zorgen met betrekking tot bescherming tegen een overmatig optredende overheid werden vervangen door zorgen over een tekortschietende overheid.<sup>35</sup> In 2002 vreesde Groenhuijsen dan ook dat het opportuniteitsbeginsel onder druk kwam te staan: ‘Het wordt vereenzelvigd met gemakzucht, of erger: het wordt gezien als capitulatie voor normloosheid of gebrek aan normbesef.’<sup>36</sup>

Nu de politiek-maatschappelijke ontwikkelingen hun weerslag vonden in de aanspraken van de burger op de rechtsorde, waren deze ontwikkelingen ook van invloed op het beroep dat op de beklagprocedure werd gedaan. Niet alleen leek de machtskritische houding door de toenemende roep om veiligheid te zijn verdwenen, ook leidde de maatschappelijke en politieke constellatie ertoe dat slachtoffers steeds meer belangstelling genoten.<sup>37</sup> Die toegenomen aandacht voor het slachtoffer was een belangrijke achtergrond om de beklagregeling te voorzien van meer waarborgen voor de klager.<sup>38</sup> Uit het onderzoeksrapport *Klachten tegen niet-vervolgging (artikel 12 Sv-procedure)* bleek dat van de artikel 12-procedure steeds meer gebruik wordt gemaakt door klagers die ‘hun zaak’ alsnog voor de rechter proberen te

35 Y. Buruma, ‘Een mentaliteitsgeschiedenis van slachtofferemancipatie’, *NTS* 1 (2020): 6.

36 M.S. Groenhuijsen, ‘De dreigende verdachtmaking van het opportuniteitsbeginsel in het Nederlandse strafprocesrecht’, *DD* 32(5) (2002): 437-445.

37 Cleiren, ‘De procedure van beklag tegen niet-vervolgging op de schop’, 539.

38 In dit verband is met name de wetswijziging van 1985 (Wet van 8 november 1984 tot herziening van de bepalingen van het Wetboek van Strafvordering omtrent het beklag over het niet of niet verder vervolgen van stafbare feiten, *Stb.* 1984, 551, i.w.tr. 1 januari 1985) van belang.

De ventielfunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

brengen.<sup>39</sup> Het gaat hier veelal om slachtoffers die gezien en erkend wensen te worden.<sup>40</sup> Onderzoek richtte zich daarom vooral op verbetering van de doorlooptijden en het vergroten van het gevoel van procedurele rechtvaardigheid bij slachtoffers die 'sterk het gevoel hebben dat hun verhaal en hun belang in het voortraject te weinig wordt meegenomen, en dat zij niet of nauwelijks de gelegenheid krijgen hun verhaal te doen'.<sup>41</sup>

De toenemende aandacht voor het slachtoffer had zijn intrede gedaan in de jaren zestig, maar had toen nog een sterk machtskritische lading: het was een gemeenschappelijk kenmerk van emanciperende groepen die zich slachtoffer voelden van achterstelling en onrecht.<sup>42</sup> Het ideaal van procedurele rechtvaardigheid kwam voort vanuit het vraagstuk hoe de juridische garanties te scheppen om deze emancipatie mogelijk te maken. Het zou niet zozeer van belang zijn welke beslissing werd genomen, maar hoe deze tot stand kwam.<sup>43</sup> Met de toenemende aandacht voor veiligheid veranderde ook het slachtofferbegrip: omdat iedereen in potentie slachtoffer kon zijn, leek men de mening te zijn toegedaan dat er een individueel recht op bescherming was tegen al het potentiële gevaar dat vanuit de samenleving kwam.<sup>44</sup> Deze geluiden vanuit de samenleving vonden hun politieke vertaling in de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde die repressiever werd. Hoewel hiermee inderdaad het gevaar van een 'emotiestrafrecht' ontstaat, moet niet vergeten worden dat het ook hier een legitimiteitskwesitie betrof waaraan moest worden tegemoetgekomen. De vermaatschappelijking van de rechtsorde leidde ertoe dat het strafrecht 'een zaak van het volk werd'.<sup>45</sup> Aangejaagd door de mediabelangstelling voor criminaliteit en strafzaken, wordt het optreden van het justitiële apparaat nauwlettend in de gaten gehouden door het publiek. De democratisering van de rechtsorde had tot gevolg dat het Openbaar Ministerie zich meer dan ooit bewust dient te zijn van zijn nieuwe maatschappelijke positie. Het vroeg daarom om een cultuuromslag van het systeem van beslissingsmacht dat van oorsprong wantrouwend tegen het slachtoffer met zijn 'wraakgevoelens' aankeek, teneinde de verdachte te beschermen. Waar artikel 4 RO (oud) ooit vermeldde dat 'de handhaving der wetten' de kerntaak van het OM betrof, is dit sinds de inwerkingtreding van de vernieuwde Wet op de rechterlijke organisatie 'de strafrechtelijke handha-

39 L. van Lent, M. Boone en K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolgving (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid* (Den Haag: WODC, 2016), 94. Te raadplegen via [www.wodc.nl](http://www.wodc.nl).

40 L. van Lent, M. Boone en K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolgving (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid* (Den Haag: WODC, 2016), 12. Te raadplegen via [www.wodc.nl](http://www.wodc.nl).

41 L. van Lent, M. Boone en K. van den Bos, *Klachten tegen niet-vervolgving (artikel 12 Sv-procedure). Doorlooptijden, instroom, verwachtingen van klagers en het belang van procedurele rechtvaardigheid* (Den Haag: WODC, 2016), 9. Te raadplegen via [www.wodc.nl](http://www.wodc.nl).

42 Buruma 'Een mentaliteitsgeschiedenis van slachtofferemancipatie', 6.

43 Vgl. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren* (Darmstadt: Luchterhand, 1978).

44 Buruma, 'Een mentaliteitsgeschiedenis van slachtofferemancipatie', 6.

45 J.C.J. Boutellier, 'Uitdijend strafrecht', in *De taak van de strafrechtwetenschap*, ed. J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij en G.K. Schoep (Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2005), 112.

Sophie Koning

ving van de rechtsorde en andere bij de wet vastgestelde taken'.<sup>46</sup> Dit betekent dat het Openbaar Ministerie zich moet richten op alle betrokken belangen die rechtens te respecteren zijn. Vandaag de dag heeft ook het slachtoffer zijn plaats gekregen in het strafproces, waardoor ook diens belangen door het Openbaar Ministerie moeten worden meegenomen.

#### 4. De beklagprocedure als ventiefunctie voor maatschappelijk ongenoegen

De wetgever van 1926 had met de in de vorige paragraaf beschreven democratiseringsbeweging geen rekening gehouden, waardoor het algemeen belang op rechtsstatelijke wijze slechts negatief werd afgebakend. Individuele belangen mochten hoogstens van invloed zijn op de vervolgingsbeslissing, wanneer zij met het algemeen belang samen zouden vallen.<sup>47</sup> Uiteraard geldt ook vandaag de dag nog dat voor zwaardere delicten het algemeen belang in de praktijk vrijwel altijd blijkt mee te brengen dat vervolging moet worden ingesteld. Bij delicten die het rechtsgevoel het meest schokken, kan het evenwicht tussen het belang van de gemeenschap en het individuele belang van de leden van die gemeenschap op brede consensus rekenen. De veiligheidsagenda van 2019-2022 vermeldt bijvoorbeeld de thema's georganiseerde misdaad, de bestrijding van mensenhandel, cybercrime en online seksueel misbruik.<sup>48</sup> Hoewel het beleid uitzonderingen toelaat en niet uitputtend is, betekent het wel dat de strafzaken die aan de strafrechter worden voorgelegd in de praktijk betrekking hebben op een beperkt gedeelte van het brede spectrum van mogelijke strafbare feiten.<sup>49</sup>

De beklagprocedure vormt een mogelijke correctie op deze criminele politiek van het Openbaar Ministerie. Het gaat hier dus meestal om zaken waar een duidelijk slachtoffer is aan te wijzen, waarbij de private belangen van klagers centraal staan. Collectieve rechtsgoederen – te denken valt bijvoorbeeld aan het milieu of de integriteit van financiële merken – zijn daarentegen kwetsbaarder. Vaak is er geen concreet slachtoffer of is er, in het geval van rechtspersonen, geen duidelijke verantwoordelijke aan te wijzen. Toch blijft het Openbaar Ministerie met zijn discretionaire beslissingsbevoegdheid verantwoordelijk voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, waarbij de leden van die samenleving telkens de vraag naar de strafrechtelijk te beschermen belangen kunnen opwerpen. Of deze vraag voorwerp van discussie in de beklagprocedure wordt, hangt samen met de vraag of er sprake is van een directe belanghebbende bij de beslissing tot niet-vervolgen. In ieder geval valt hier het slachtoffer met zijn private belang tot rechtsbescherming onder. Voor de beklagprocedure betekent dit vaak dat de rechter het algemeen belang bij toewijzing van het beklag kan reduceren tot het private belang van het slachtoffer, welke vervolgens met het gemeenschapsbelang van veiligheid

46 *Stb.* 1999, 194.

47 *Handelingen I*, 1920/21, 63.

48 Veiligheidsagenda 2019-2022, 3 e.v.

49 A. de Lange, 'De strategische terugtocht van een monopolist. In het belang van een beheerste en evenwichtige toepassing van het strafrecht', *Strafblad* 3 (2010): 180.

De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

kan samenvallen. Het begrip belanghebbende is echter breder en strekt tot een ieder 'die door het achterwege blijven van een strafvervolging is getroffen in een belang dat hem bepaaldelijk aangaat'.<sup>50</sup> Zo kunnen op grond van artikel 12 lid 2 Sv bijvoorbeeld ook non-gouvernementele organisaties ontvankelijk worden verklaard in een artikel 12-procedure, wanneer hun belang tot vervolging te rijmen is met de algemene en collectieve belangen die zij krachtens hun doelstellingen en blijkens hun feitelijke werkzaamheden in het bijzonder behartigen.

De democratiseringsbeweging kan daarom ook een andere vorm aannemen, omdat het vandaag de dag niet alleen het private belang van het slachtoffer (en 'het volk' dat zich ermee identificeert) is waar het Openbaar Ministerie steeds meer rekening mee dient te houden, maar ook kritische burgers die, vaak verenigd in belangengroepen, in hun roep om strafrechtelijke vervolging menen de (algemene) belangen van de samenleving waar te nemen. In deze bijzondere categorie beklagzaken proberen klagers een maatschappelijk conflict te transformeren tot een strafrechtelijk conflict. Naast de tabakszaak, waarmee klagers een 'rookvrije generatie' hoopten te creëren, kan ook gedacht worden aan de klacht tegen niet-vervolging van de pedofielenvereniging Martijn en de kritiek van klagers op de schikkingenpraktijk en (het gebrek aan) bestuurdersaansprakelijkheid naar aanleiding van het LIBOR-schandaal.<sup>51</sup> Dit probleem van bestuurdersaansprakelijkheid werd onlangs succesvol aangekaart in de ING/Hamers-zaak, terwijl de vraag of de drie agenten die betrokken waren bij de dood van Mitch Henriquez net als de andere twee voor de strafrechter zouden moeten verschijnen, de discussie over de verantwoordelijkheden van politieagenten bij geweldsuitoefening op scherp zette.<sup>52</sup> Misschien kan het eerste Wilders-proces wel gezien worden als de meest spraakmakende artikel 12-zaak, waarbij de wenselijkheid van de vervolging van politici omwille van hun uitlatingen ter discussie stond.<sup>53</sup>

Waar de eerste twee hoofdstukken van de artikel 12-procedure respectievelijk draaiden om het voorkomen van willekeur en het toekomen aan private belangen van klagers/slachtoffers via de procedure, kan daar een derde hoofdstuk aan toegevoegd worden. Vanwege het onderliggende maatschappelijk conflict verschijnt in dit derde hoofdstuk naast het klassieke begrippenpaar staat-verdachte, en later het slachtoffer, ook het volk als conflictueuze samenleving op het strafrechtelijke toneel. Nu in deze maatschappelijk gevoelige zaken conflicterende belangen in het geding zijn, zullen andere leden van de samenleving de door klagers beoogde transformatie proberen tegen te houden. In deze maatschappelijk gevoelige zaken is het voor het Openbaar Ministerie niet makkelijk om op democratische wijze een keuze te maken te midden van alle conflicterende belangen. Uiteraard is het vertrouwen

50 Hoge Raad 7 maart 1972, *NJ* 1973, 35.

51 Zie respectievelijk Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3334, Hof Leeuwarden 21 november 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU4940; Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204.

52 Zie respectievelijk Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347, Hof Den Haag 30 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:840.

53 Hof Amsterdam 21 januari 2009, *NJ* 2009/191, m.nt. Buruma.

Sophie Koning

in het Openbaar Ministerie afhankelijk van een brede consensus ten aanzien van zijn vervolgingstaak. Uit de eerste Wilders-zaak bleek al dat het Openbaar Ministerie daarom niet altijd staat te springen om het voortouw in dergelijke controversiële zaken te nemen.<sup>54</sup> Houdt het Openbaar Ministerie zich echter doelbewust afzijdig – al dan niet met een beroep op het primaat van de politiek – dan kunnen de maatschappelijk gevoelige zaken via de artikel 12-procedure op het bord van de rechter komen. Volgens de wetgever van 1926 dient deze dan als ‘onpartijdig en onafhankelijk orgaan’ de controversiële beslissing tot niet-vervolgving te toetsen aan het algemeen belang, waarvan we vandaag de dag inzien dat het hooguit een afgewogen abstractie is van verschillende deelbelangen die niet alleen met elkaar concurreren, maar ook politiek geladen kunnen zijn.

De vraag welke belangen strafrechtelijk dienen te worden beschermd, kan daarom niet zomaar op een ‘neutrale’ wijze beantwoord worden. Wanneer aan het haalbaarheidsvereiste is voldaan, vormt namelijk ook het besluit tot niet-vervolgving een politieke beslissing die raakt aan de vraag naar de collectieve inrichting van de samenleving. In die zin vormt de artikel 12-procedure een belangrijke les om naar het karakter van het strafrecht te kijken. Uit het eerste en tweede hoofdstuk blijkt dat ons strafrecht aanvankelijk vooral werd gekarakteriseerd door het klassiek liberale idee van terughoudendheid en het beschermen van de individuele vrijheid. Het toekomen aan private belangen via de procedure vormde vervolgens een bescheiden antwoord op de legitimiteitsproblemen die ons ‘ondemocratisch’ strafrecht met zich mee had gebracht. Het derde hoofdstuk verschilt echter op belangrijke punten van de vorige twee. Klagers verwachten in deze maatschappelijk gevoelige zaken geen terughoudende, maar een positieve, maatschappelijke bijdrage van het strafrecht. Het gaat deze klagers dus niet alleen om het gezien en erkend worden als slachtoffer, maar vooral menen zij te spreken namens de samenleving die belang zou hebben bij de strafrechtelijke bescherming van bijvoorbeeld ‘het maatschappelijk klimaat’ (Wilders) of ‘de rechtsorde en voor de financiële markt en alle deelnemers zo noodzakelijke rust en vertrouwen’ (Libor).<sup>55</sup> Ook de ouders van een misbruikt kind in de zaak-Martijn meenden op te komen voor boven-individuele belangen: ‘Zo’n vereniging mag én kan niet bestaan. We deden het voor onze dochter en alle andere kinderen die we voor misbruik willen behoeden.’<sup>56</sup>

Klagers lijken zichzelf in de zaken die het derde hoofdstuk karakteriseren daarom niet in de eerste plaats als hulpbehoevend slachtoffer te zien, maar als kritische burgers die anders dan het Openbaar Ministerie menen dat ‘de samenleving’ wél gediend is bij strafrechtelijke vervolging. Het blijkt voor klagers echter niet makkelijk te zijn om aan het strafrecht een positieve en meer maatschappelijke functie toe te kennen, omdat het eerste en tweede hoofdstuk nog altijd het karakter van het strafrecht bepalen. Waar de bovenindividuele belangen in de zaak-Martijn geen

54 T.M. Schalken, ‘Naar een modern strafprocesrecht: minder bestraffing, meer publieke verantwoording’, *Strafblad* 5 (2009): 494.

55 Respectievelijk ‘Grote frustratie bij benadeelden in zaak Wilders’, *de Volkskrant*, 19 oktober 2010; Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204, onder 10.5.

56 ‘Pedoclub hielp onze dochter te misbruiken’, *Algemeen Dagblad*, 28 juni 2012.

De ventielfunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

uitweg in het strafrecht konden vinden, omdat de zaak simpelweg niet haalbaar zou zijn, wordt het ingewikkelder wanneer de vraag naar het algemeen belang van de vervolging in het geding is. Zo lukte het klagers in de Libor-zaak niet om de beschikkingsrechter te overtuigen van het standpunt dat strafrechtelijke vervolging in het belang van de samenleving zou zijn. In principe was deze zaak inderdaad geschikt voor het strafrecht, zo overwoog het gerechtshof, maar een strafzaak zou geen toegevoegde waarde meer hebben: wat betreft de rechtspersoon zou de strafrechter ook niet veel meer kunnen doen dan het opleggen van een boete. Bovendien werd ten aanzien van de vervolging van de medewerkers overwogen dat het niet meer goed mogelijk leek om na een intern onderzoek waar volledige medewerking was vereist, opnieuw een strafrechtelijk onderzoek op te zetten waar wél alle strafrechtelijke waarborgen in acht zouden worden genomen.<sup>57</sup> Het gerechtshof ging daarom mee met de argumentatie van het Openbaar Ministerie die betoogde dat ‘de samenleving’ gebaat zou zijn bij deze ‘meest effectieve en passende afdoening’.<sup>58</sup>

In de Libor-zaak werd het strafrecht duidelijk als *ultimum remedium* gekarakteriseerd. Ook in de eerste Wilders-zaak, die door een artikel 12-procedure aan het rollen was gebracht, werd klagers tegengeworpen dat het strafrecht maar een bescheiden rol zou moeten hebben in het maatschappelijk gebeuren. In deze zaak betoogden klagers dat het hen vooral ging om de normbevestiging inzake aanzetten tot haat en de bescherming van ‘het maatschappelijk klimaat’ dat door Wilders verpest zou zijn.<sup>59</sup> De beschikkingsrechter rechtvaardigde de vervolging aan de hand van de rechtspraak van het EHRM en het algemene belang van de rechtszekerheid.<sup>60</sup> Hoewel over haatzaaien nog weinig jurisprudentie bestond en het EHRM ruimte liet voor vervolging, werd door het OM en het merendeel van de samenleving betoogd dat het strafrecht een *ultimum remedium* is en dat Wilders via het maatschappelijk debat bestreden moest worden.<sup>61</sup> De zaak werd een krachtmeting tussen recht en politiek. Ook de verwachtingen van het strafrecht die het tweede hoofdstuk karakteriseren bleken de door klagers beoogde transformatie van een maatschappelijk naar een strafrechtelijk conflict te delegitimeren – ze zouden immers slechts ‘beledigd’ zijn – zodat hen geen strafrechtelijke bescherming zou moeten toekomen.<sup>62</sup> Bovendien was de overmatige aandacht voor de procedure geenszins in het belang van de klagers (later benadeelden). Sterker nog, tijdens de behandeling van de zaak ten gronde leidden processuele schermutselingen ertoe dat eigenlijk helemaal niet meer aan de vaststelling van de norm werd toegekomen.

Hoewel de machtskritische functie van de artikel 12-procedure door klagers opnieuw wordt aangewend, lijkt deze moeilijk verenigbaar te zijn met de oorspronke-

57 Hof Den Haag 19 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1204, onder 10.5.

58 ‘70 miljoen een passende afdoening’, *Opportuun*, 21-2 (2015): 20.

59 ‘Grote frustratie bij benadeelden in zaak Wilders’, *de Volkskrant*, 19 oktober 2010.

60 Hof Amsterdam 21 januari 2009, NJ 2009/191, m.nt. Buruma, onder 13.2.

61 Hierover R. Lawson, ‘Wild, wilders wildst. Over de ruimte die het EVRM laat voor de vervolging van kwetsende politici’, *NJCM-bulletin* (2008): 469-484.

62 ‘Recht om te beledigen’, *NRC*, 1 juli 2008.

Sophie Koning

lijke negatieve variant waarin juist de afzijdigheid van de overheid centraal stond. Niet het voorkomen van willekeur en machtsmisbruik lijkt voor belanghebbenden in het derde hoofdstuk voorop te staan, maar het bovenindividuele karakter van de procedure die (deels) gevoerd lijkt te worden met het doel een maatschappelijke of politieke verandering teweeg te brengen. De vragen die gesteld worden raken aan de collectieve inrichting van de samenleving, waar klagers een andere voorstelling van de (algemene) belangen van deze samenleving geven dan het Openbaar Ministerie, die ook de samenleving meent te vertegenwoordigen. In deze bijzondere categorie artikel 12-zaken verschijnt de vraag naar het algemeen belang van de vervolging daarom weer voorzichtig aan de oppervlakte – niet in negatieve zin en ook niet als verkapt individueel belang, maar in de omstrede positieve zin. Het algemeen belang is namelijk het belang van de gemeenschap als gemeenschap. Die gemeenschap kan ons niet zelf vertellen waarin dat algemeen belang bestaat, maar zal altijd aangewezen zijn op particuliere sprekers die menen namens de gemeenschap het woord te doen. Hoogstwaarschijnlijk had de wetgever van 1926 niet voorzien dat de vraag naar de strafrechtelijk te beschermen belangen zo complex zou worden. Naast het slachtoffer met zijn veronderstelde wraakgevoelens, wilde de wetgever namelijk ook aan verenigingen met een duidelijk omschreven maatschappelijk doel geen vervolgingsinitiatief toekennen: de eenzijdige gedachte waardoor deze verenigingen geleid werden, zou het evenwichtige beleid van het Openbaar Ministerie doorkruisen dat op het algemene belang gericht moest zijn.<sup>63</sup> Anders dan in het tweede hoofdstuk kan aan de roep om democratisering in het derde hoofdstuk niet worden toegekomen door rekening te houden met ‘dé gevoelens’ van ‘hét volk’ waarin elk individu in potentie slachtoffer is. De ingewikkelde vraag naar het algemeen belang kan niet altijd gereduceerd worden tot ‘het veiligheidsbelang van allen’.<sup>64</sup> De vraag of de vervolging in het algemeen belang is, staat in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken juist ter discussie, zodat bij de positieve invulling van het algemeen belang rechtspolitieke keuzes moeten worden gemaakt die democratisch gelegitimeerd dienen te worden.

## 5. Nieuwe democratische legitimatieproblemen

De democratische rechtsorde als mensenwerk, en de rechtspolitieke keuzes die hierin worden gemaakt, betekent dat de legitimiteit van die keuzes telkens geproblematiseerd kan worden. De drie besproken hoofdstukken zijn dan wel chronologisch in de tijd te plaatsen, maar ze dienen toch vooral gezien te worden als conceptueel kader waarmee in kaart kan worden gebracht hoe verschillende maatschappelijke verwachtingen van het strafrecht zich tot elkaar verhouden en wat dat betekent voor het karakter van het strafrecht en de legitimiteit van de strafrechtspleging. De karakterisering van het strafrecht in het derde hoofdstuk verschilt namelijk op belangrijke punten van de twee ervoor en brengt nieuwe democratische legitimiteitsproblemen aan het licht. Hoewel toegepast op het

63 *Kamerstukken II*, 1913/14, 286, nr. 3, 55.

64 Hierover, A. Braeckman, ‘Over het verbleken van het algemeen belang en de opmars van het belang allen’, *Christen Democratische Verkenningen*, winter (2012): 119-125.

De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

bestuursrecht, waar zich een vergelijkbare tendens voordoet in de vorm van algemeen belang-acties, schreef Jurgen de Poorter dat wat betreft de toenemende rechtsvormende taak van de rechter een dubbel democratisch legitimatieprobleem wordt geconstateerd.<sup>65</sup> Enerzijds heeft deze betrekking op de democratische legitimatie van de belangenorganisaties die met een beroep op het algemeen belang de verantwoordelijkheden van de overheid waarnemen, terwijl een formele democratische legitimatie ontbreekt. Anderzijds dreigt het gevaar van een politisering van de rechtspraak. Het is echter de vraag of dit klassieke juridische kader, waar het parlement het exclusieve domein van de democratie is en de democratische legitimiteit van de rechter slechts op indirecte wijze van de wetgever is afgeleid, wel een voldoende antwoord biedt op de nieuwe democratische verwachtingen die de samenleving en rechtszoekenden van het strafrecht hebben.

Naast het voorkomen van willekeur (de oorspronkelijke machtskritische functie) en de bescherming van private belangen (de beklagprocedure als 'laatste redmiddel' voor slachtoffers) is het nu namelijk ook de rechtszaal als maatschappelijke arena waar burgers aanspraak op maken om het strafrecht zijn kritische functie tegenover de feitelijke machtsrelaties te laten vervullen. Het derde, democratische hoofdstuk van de beklagprocedure laat de problematiek van het hierboven beschreven juridische kader duidelijker zien dan het tweede hoofdstuk waarin de private belangen van klagers centraal stonden. Daar is namelijk weinig reden om dit kritische anti-totalitaire vocabulaire van de jurist, waarin gewaakt wordt voor een integrale politisering van het individuele leven, toe te passen. Wanneer slechts op procedurele wijze toegekomen wordt aan het private belang van klagers worden controversiële vragen over de collectieve vormgeving van de samenleving niet gesteld. Dat is wel het geval wanneer bijvoorbeeld de vervolging van politici om hun uitlatingen in het geding is. Het empirische concept van procedurele rechtvaardigheid schiet daarom tekort om het legitimiteitsvraagstuk in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken te benaderen.<sup>66</sup> Legitimiteit is in deze zaken ook altijd een politiek vraagstuk: het is de wijze van institutionalisering van een maatschappelijk conflict waarover onenigheid bestaat. Nu is het strafrecht onderdeel van het grote instituut van de democratische rechtsstaat waar het recht gekenmerkt wordt door een gedepoliteerde conflictbeslechting door onafhankelijke en onpartijdige rechters, terwijl politiek ruimte biedt voor partijdigheid. In die zin zijn recht en (partij)politiek onafhankelijke domeinen en kunnen we ons inderdaad afvragen of het strafrecht wel ruimte zou moeten bieden voor de institutionalisering van maatschappelijke conflicten.

Vandaag de dag halen critici dit apolitieke ideaal van het recht echter niet aan tegen de achtergrond van de rechtsstaat en de individuele vrijheid, maar met een beroep op de democratie. Vanuit verschillende hoeken klinkt het verwijt dat niet politiek

65 J.C.A. de Poorter, 'Is Nederland verworden tot een dikastocratie? Over rechterlijke rechtsvorming en strategisch procederende belangenorganisaties', *NTB* 49 (2020): 107.

66 Het politieke karakter van legitimiteit wordt daarom steeds meer benadrukt. Zie o.a. T. Fossen, 'Taking stances, contesting commitments: political legitimacy and the pragmatic turn', *Journal of Political Philosophy* 21 (2013): 426-450.

Sophie Koning

machtsmisbruik het gevaar zou vormen, maar de rechterlijke macht.<sup>67</sup> Deze toenevende rechtsvormende taak van de rechter wordt vervolgens met een beroep op de trias politica en het primaat van de wetgever als ondemocratisch afgedaan. Ook de in de vorige paragraaf besproken maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken zijn vatbaar voor dit verwijt. Het zijn namelijk vaak groepen individuen, veelal in de vorm van belangenorganisaties, die menen op te komen voor het algemeen belang. Niet het Openbaar Ministerie, maar de rechter zou volgens deze tegenstanders de te beteugelen macht zijn. Als het recht volgens het klassieke juridische kader alleen lijnrecht tegenover de democratie wordt geplaatst – welk kritisch kader van het recht nu in naam van de democratie geëkaapt wordt door de critici van de huidige rechtspleging – dan kan de rechtspraak zich maar moeilijk wapenen tegenover deze geluiden waarvan in verschillende Europese landen blijkt dat ze de onafhankelijkheid van het rechterlijke instituut bedreigen.<sup>68</sup> Daarnaast wordt ook de strafrechter nu eenmaal geconfronteerd met zaken die een bovenindividueel karakter hebben. Deze ontwikkeling kan niet zomaar genegeerd worden, wil het strafrecht de aansluiting bij de samenleving niet verliezen. De nieuwe maatschappelijke verwachtingen zoals die tot uitdrukking komen in het derde, democratische hoofdstuk van de artikel 12-procedure vereisen daarom een ander kritisch vocabulaire die nog niet helemaal lijkt te zijn uitgekristalliseerd. In ieder geval moeten recht en democratie hierbij in hun onderlinge verband kunnen worden bestudeerd. De nieuwe aanspraken op de beklagprocedure wijzen namelijk ook op een ander democratisch legitimiteitsprobleem: binnen de geëigende democratische kanalen lijken de maatschappelijke conflicten geen uitweg te kunnen vinden.

Is er een alternatief democratisch vocabulaire mogelijk, zodat de beschikkingsrechter de maatschappelijke onvrede op democratisch geëigende wijze kan institutionaliseren? Het eerste democratische legitimatieprobleem dat het hierboven beschreven juridische kader opleverde, betrof die van de klagers die met hun deelbelangen het algemeen belang zouden waarnemen, terwijl formele democratische legitimatie ontbreekt. In tegenstelling tot deze klassieke democratie-opvatting heeft de Franse historicus Pierre Rosanvallon een bredere opvatting van democratische vertegenwoordiging beschreven, die hij ‘tegedemocratie’ (*contre-démocratie*) heeft genoemd.<sup>69</sup> In plaats van de opvatting dat democratie exclusief als parlementaire democratie moet worden gezien, stelt Rosanvallon dat democratie een andere vorm aanneemt onder druk van de grote maatschappelijke verdeeldheid en het vermeende disfunctioneren van het parlement. Deze tegendemocratie vindt zijn oorsprong in de samenleving die zich steeds meer organiseert

67 Zie bijvoorbeeld Baudet en Cliteur, ‘Baudet en Cliteur: wat is er mis met onze oproep tot bezinning over de staatsmachten?’, *de Volkskrant*, 8 maart 2020.

68 Een tekenend voorbeeld is de tuchtkamer die Poolse rechters disciplineert en bestraft omdat ze, aldus het Ministerie van Justitie in Warschau, ‘een kaste vormen die losstaat van de samenleving’. Zie E. Overbeek, ‘Europees Hof tikt Polen hard op de vingers vanwege de rechtsstaat’, *Trouw*, 8 april 2020, [trouw.nl](https://trouw.nl).

69 P. Rosanvallon, *Counter-Democracy. Politics in an Age of Distrust*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2008).

De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

als een vorm van georganiseerd wantrouwen.<sup>70</sup> Rosanvallon beschrijft hoe het democratische zelfbeschikkingsrecht van het volk is veranderd: 'People effectively assert their sovereignty not by proposing coherent projects, but by periodically rejecting those in power. It is not about the future direction of society, but voters are nay-sayers, increasingly exercise veto power of social regulation.'<sup>71</sup> De soevereiniteit van het volk manifesteert zich vandaag de dag vaak als hindermacht; als de tegenstem die zich vooral richt op deelbelangen en daarom partijdig is. Volgens Rosanvallon reikt het democratisch leven dus veel verder dan alleen de verkiezingen en het parlementaire debat. Gedacht kan worden aan actiegroepen, media als *GeenStijl*, maar ook de juridisering van maatschappelijke vraagstukken. De tegendemocratie kan daarbij leiden tot politiek relevante agendasetting, waarbij het volk als waakhond een verdergaande verantwoordingsplicht van politici eist.<sup>72</sup> Hoewel klagers in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken volgens Rosanvallon daarom ook deel zouden kunnen zijn van de democratische representatie, moet deze onvrede nog wel geïnstitutionaliseerd worden. Rosanvallon's bredere begrip van democratische representatie, gebaseerd op feitelijke ontwikkelingen, hoeft namelijk op zichzelf nog niet tot optimisme over de staat van de democratie te leiden. Er wordt vooral maatschappelijke onvrede geuit in plaats van dat deze kritiek gericht is op een gezamenlijk gedragen politiek project. Problemen in de democratie ontstaan dan ook vooral wanneer deze maatschappelijke onvrede onvoldoende wordt gekanaliseerd en geïnstitutionaliseerd in het politieke debat. Dan zullen burgers proberen hun onvrede over het gebrek aan verantwoording via een andere weg tot uitdrukking te brengen, zoals we dat recentelijk zagen bij de klacht die gedupeerde ouders naar aanleiding van de toeslagenaffaire hebben ingediend bij het gerechtshof. Vasco Groeneveld, advocaat van de gedupeerde ouders, stelde in *de Volkskrant* dat het 'niet zo kan zijn dat het OM ook nog eens de deur dichtdoet voor deze mensen'.<sup>73</sup> Het OM had namelijk besloten de Belastingdienst en de betrokken ambtenaren niet te vervolgen wegens knevelarij en etnische profilering: 'Het correctiemechanisme voor beleid dat achteraf als "verkeerd" is beoordeeld, ligt in deze zaak niet in het strafrecht.'<sup>74</sup>

Vanuit Rosanvallon's bredere opvatting van democratische representatie zouden we de 'ventiefunctie' van de artikel 12-procedure daarom kunnen begrijpen als een symptoom van het gebrek aan institutionalisering van de tegendemocratie. De machtskritische functie die door klagers in het derde hoofdstuk van de beklagprocedure wordt aangewend, is in die zin dus niet alleen een controle op het Openbaar Ministerie, maar ook op (het gebrek aan) politieke besluitvorming. Met de institutionalisering van het maatschappelijke conflict via de artikel 12-procedure stuiten we echter op het tweede democratische legitimatieprobleem: het gevaar van de

70 Rosanvallon, *Counter-Democracy*, 9.

71 Rosanvallon, *Counter-Democracy*, 122-123.

72 Rosanvallon, *Counter-Democracy*, 40, 118.

73 M. Misérus, 'Ouders naar rechter om vervolging in toeslagenaffaire kinderopvang', *de Volkskrant*, 8 januari 2021.

74 Nieuwsbericht, 'Geen strafrechtelijk onderzoek naar Belastingdienst', 7 januari 2021, om.nl (ge raadpleegd 28 mei 2021).

Sophie Koning

politisering van de rechtspraak. Nu de strafrechter steeds meer bovenindividuele zaken behandelt, is het van belang om in plaats van de eenzijdige aandacht voor het verschil tussen recht en (partij)politiek ook juist de mogelijkheid tot een positieve bijdrage van de strafrechter aan de democratie als gezamenlijk politiek project te onderzoeken. Hoewel Rosanvallon het proces van juridisering van maatschappelijke conflicten vanuit het perspectief van de veranderde samenleving en het disfunctioneren van het parlement verklaarde, geeft ons dat nog geen antwoord op de vraag of en in welke gevallen nu juist het strafrecht ruimte zou moeten bieden voor de institutionalisering van maatschappelijke onvrede. Het strafrecht is immers als instituut niet alleen deel van het grotere normatieve systeem van de democratische rechtsstaat, maar heeft hierin ook zijn eigen plaats en rationaliteit. Niet geheel verrassend heeft Rosanvallon zich niet in het specifiek over het karakter van ons strafrecht en de legitimiteit van de strafrechtspleging uitgelaten. Wel werpt hij in zijn werk over democratische legitimiteit een interessante these op die ook in deze context van belang zou kunnen zijn. Volgens Rosanvallon zijn er verschillende fora die oorspronkelijk niet als ‘democratisch’ zijn gedacht, maar die wel een belangrijk democratisch potentieel zouden kunnen hebben.<sup>75</sup> Net als zijn mentor Lefort begrijpt Rosanvallon de democratie als het regime waar de samenleving zichzelf institutionaliseert. Maar waar Lefort toch vooral de parlementaire democratie verdedigde tegenover totalitaire systemen, wil Rosanvallon de democratie buiten het (niet-functionerende) parlement denken: ‘there are multiple ways of acting or speaking on “behalf of the society” and of being representative’.<sup>76</sup> Rosanvallon betoogt daarom dat er dat er meerdere instituties dan het parlement zijn waar de samenleving gesymboliseerd wordt en de politieke gemeenschap vorm krijgt. Het is daarom de vraag of de maatschappelijk gevoelige beklagzaken niet alleen een symptoom zijn voor het gebrek aan institutionalisering van de tegendemocratie, maar ook een van de mogelijke oplossingen zouden kunnen vormen voor het democratisch tekort waar ‘de plaats van de macht’ niet slechts symbolisch, maar daadwerkelijk leeg aan de samenleving lijkt te verschijnen, omdat het primaat van de politiek niet lijkt te worden waargemaakt.

## 6. De plaats van de beklagprocedure in de democratische rechtsorde

Rosanvallon benadrukt het belang van het zichtbaar maken van maatschappelijke conflicten en de ‘mediërende instituties’ waar deze conflicten op democratische wijze een uitweg zouden kunnen vinden. Ons strafrecht is echter van oudsher maar weinig democratisch en de ‘participatie’ van het slachtoffer heeft daar weinig verandering in gebracht. Aan private belangen lijken we nog wel te willen toekomen, maar slachtoffers worden toch vooral gezien als emotioneel en hulpbehoevend in plaats van als kritische burgers die zich mogen uitlaten over de collectieve vormgeving van de samenleving. Hoe zou zo’n ‘democratisch’ strafrecht eruit kun-

75 P. Rosanvallon, ‘The Metamorphosis of Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity and Proximity’, *Constellations* 18-2 (2011): 119-121.

76 Rosanvallon, ‘The Metamorphosis of Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity and Proximity’, 119.

De ventielfunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

nen zien? Het werk van strafrechtgeleerde A.A.G. Peters zou ons handvatten kunnen bieden om ons op kritische, maar constructieve wijze te bezinnen over de vraag wat de rol van het strafrecht zou kunnen zijn bij de institutionalisering van maatschappelijke conflicten. Tegenover de opvatting van het recht als maatschappelijke controle, waarbij toegekomen wordt aan de menselijke hang naar zekerheid en regelmaat, plaatst Peters het recht als kritische discussie.<sup>77</sup> In deze tweede opvatting van recht komt het open karakter van de rechtsorde naar voren, waarbij controverses over vorm en inhoud van het recht maatschappijkritiek mogelijk maken. Concrete politieke en juridische instellingen dienen dit 'ter discussie stellen' mogelijk te maken en te beschermen. Dit open karakter maakt een rechtsorde emancipatoir, maar draagt ook het risico in zich dat deze als dikastocratie kan worden weggezet.<sup>78</sup> Het is volgens Peters echter verkeerd te denken dat de kritische discussie zich alleen op parlementaire wijze zou moeten voltrekken: 'Als het heersende discours de parlementaire omgangsvorm heeft gemonopoliseerd en als deze vorm belangrijke vragen niet toelaat, dan kan echte discussie alleen elders en op andere wijze worden gevoerd.'<sup>79</sup>

Nu ziet Peters in het recht een bijzondere eigenschap: 'Het recht ontwortelt, voordat het verstevigt, maakt los voordat het vastmaakt.'<sup>80</sup> Juridisering verandert in zekere zin de maatschappelijke werkelijkheid. Aan de feitelijke, verdeelde werkelijkheid wordt in het proces van juridisering een 'kritisch-reflectieve, normatieve dimensie' toegevoegd.<sup>81</sup> Keuzes die hierbij worden gemaakt, zullen kritiek oproepen en moeten daarom gerechtvaardigd worden. Er kunnen bij deze keuzes belangtegenstellingen aan het licht komen, waar tot dan toe nog maar weinig aandacht voor was. De belangenafweging is dan ook altijd een politieke keuze, iets wat ook in de beklagprocedure duidelijk kan worden. Soms is er in maatschappelijk gevoelige artikel 12-zaken inderdaad geen enkel strafrechtelijk aanknopingspunt om te vervolgen. In die gevallen kan de beklagprocedure slechts maatschappelijke conflicten aan het licht brengen die vervolgens elders een uitweg zullen moeten vinden. De tabakszaak en de zaak over de pedofielenvereniging Martijn zijn hier voorbeelden van. Dergelijke zaken kunnen met juridische argumentaties worden afgedaan. De machtskritische functie die in de artikel 12-procedure besloten ligt, en de hierop volgende discussie over de juridische haalbaarheid en het algemeen belang, kan echter ook laten zien dat er nog speelruimte is, zodat de beslissing van het Openbaar Ministerie op legitieme gronden bevraagd kan worden. Zo is het bijvoorbeeld niet vanzelfsprekend dat schikkingen worden getroffen na beschuldigingen van financiële malversaties of dat betrokken bestuurders zich door het 'mee-schikken' altijd achter grote organisaties kunnen verschuilen in plaats van dat zij zich via een openbare terechtzitting dienen te verantwoorden. Zowel het

77 Peters, *Recht als kritische discussie*, 209-238.

78 Bekend is natuurlijk de strategie van de verdediging tijdens de Wilders-processen, waarbij het juridische debat naar de grenzen van de vrijheid van meningsuiting omgevormd werd tot een politiek proces waarin de rechters Wilders als oppositie de mond proberen te snoeren.

79 Peters, *Recht als kritische discussie*, 223.

80 Peters, *Recht als kritische discussie*, 213.

81 Peters, *Recht als kritische discussie*, 214.

Sophie Koning

Openbaar Ministerie als de beschikkingsrechter maakt in deze zaken een politieke keuze die op democratische wijze gerechtvaardigd dient te worden. Met Peters kunnen we daarom stellen dat het van belang is dat de kritische discussie over de haalbaarheid en het algemeen belang van de vervolging geïnstitutionaliseerd wordt, waarbij de rechtszaal als forum kan dienen. In deze publieke ruimte kunnen vragen omtrent de machtsuitoefening los van feitelijke machtsaanspraken en wetten van de economische noodzaak bij een onafhankelijke en onpartijdige rechter aan de orde worden gesteld. Hier zal het keuzeaspect niet ontkend kunnen worden, omdat nu net deze keuze – in ons geval om niet te vervolgen – voorwerp van discussie is. Conflicten over de legitimiteit van deze beslissing kunnen in de rechtszaal dan ook niet zomaar op technische wijze worden gladgestreken met het beroep op een efficiënt beleid (Libor) of op basis van dogmatische juridische principes als de trias politica (Wilders) bij voorbaat de kop in worden gedrukt. De normatieve, maar niet strikt afgebakende, grenzen van de juridische haalbaarheid en het algemeen belang maken het conflict via de artikel 12-procedure daarom mogelijk in die gevallen waar het elders geen uitweg lijkt te vinden.

Waar de machtskritische functie van de beklagprocedure het conflict mogelijk maakt, heeft deze procedure ook een belangrijke symbolische functie die kan bijdragen aan de hanteerbaarheid ervan en daarmee aan de stabiliteit van de democratische rechtsorde. Wanneer aan het haalbaarheidsvereiste is voldaan, zal het algemeen belang hoe dan ook een positieve invulling moeten krijgen, waarover de beschikkingsrechter zich via een procedure op tegenspraak misschien wel beter dan het Openbaar Ministerie kan laten informeren. Op basis van de gedeelde taal die het recht kenmerkt, leiden de verschillende perspectieven omtrent de legitimatievraag ertoe dat de samenleving in al haar belangentegenstellingen voor zichzelf zichtbaar wordt.<sup>82</sup> In de rechtszaal als publieke ruimte ontstaat zo een nieuw bewustzijn van de maatschappelijke werkelijkheid die tot dan toe nog niet bestond en die ingekaderd moet worden in het gezamenlijke normatieve project van de democratische rechtsorde. Geïnformeerd door deze verschillende perspectieven over de strafrechtelijk te beschermen belangen dient de beschikkingsrechter vervolgens een finale beslissing te nemen over het met de vervolging te dienen algemeen belang.

Deze beslissing raakt het partijgeschil, maar heeft ook betrekking op zowel de inrichting als de afgrenzing van het publieke domein waar het algemeen belang een positieve invulling krijgt. Zo overwoog het gerechtshof in de eerste Wilders-zaak dat het algemeen belang van de rechtszekerheid een strafrechtelijke vervolging rechtvaardigde en dat ook het strafrechtelijk forum als onderdeel van het maatschappelijk debat valt aan te merken.<sup>83</sup> Zowel juristen als de samenleving interpreteerden deze frase echter als een oproep tot het bedrijven van (partij)politiek in de rechtszaal.<sup>84</sup> Dat de strafrechter, naast het parlement, als belangrijk forum kan dienen om vragen te stellen over de collectieve vormgeving van de samenleving

82 Peters, *Recht als kritische discussie*, 212.

83 Hof Amsterdam 21 januari 2009, NJ 2009/191, m.nt. Buruma, onder 13.2.

84 Zie bijvoorbeeld 'Heel, héél erg dom', *Trouw*, 2 januari 2010.

De ventielfunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

werd door het hof onlangs echter weer benadrukt in de ING/Hamers-beschikking. Klagers betoogden in deze zaak dat de top van ING op de hoogte was geweest van de tekortkomingen van het ING compliance beleid, waardoor Ralph Hamers, als voormalig voorzitter van de raad van bestuur van de ING, alsnog vervolgd zou moeten worden. Het hof sloot de beschikking af met de volgende woorden: ‘Het hof is zich ervan bewust dat de berechting van deze beklagde tijdrovend zal zijn en een aanzienlijke belasting zal opleveren voor de rechterlijke macht. Toch mag dit niet doorslaggevend zijn. Berechting heeft ook normbevestiging tot doel. Dat staat weer in verband met samenleven, met maatschappelijke solidariteit, met laten zien wat van belang is in onze samenleving en met wat wij niet willen als samenleving.’<sup>85</sup>

In deze ING/Hamers-beschikking brengt het gerechtshof duidelijk tot uiting dat het strafrecht, meer dan andere rechtsgebieden, een belangrijke morele en communicatieve functie heeft. Ook in de literatuur wordt het strafrecht niet alleen negatief gewaardeerd, omdat het een inbreuk zou maken op de individuele vrijheid, of slechts als een noodzakelijk kwaad gezien teneinde eigenrichting te voorkomen. Het strafrecht is inderdaad zowel een machtsmiddel als een gegeven, maar vervult ook een belangrijke positieve, maatschappelijke functie in een politieke gemeenschap. Zo is de Hullu van mening dat strafbaarstelling vanuit het oogpunt van normdemonstratie ook juist gewenst kan zijn, vooral wanneer andere rechtsgebieden geen bescherming bieden.<sup>86</sup> Ook Antony Duff heeft het strafrecht als ‘communicative enterprise’ gekarakteriseerd: wanneer het strafrecht bepaald gedrag als ‘criminal’ definieert, definieert het ‘public wrongs’, zodat het strafrecht meent te spreken in naam van de politieke gemeenschap.<sup>87</sup> De strafrechter houdt de overtreders van deze normen die deze gemeenschap definiëren via een openbare terechtzitting verantwoordelijk, maar geeft daarmee ook een belangrijk signaal af naar de samenleving. Volgens Duff heeft het strafrecht daarmee niet slechts een instrumentele, maar vooral een constitutieve functie: worden deze strafrechtelijke normen niet gehandhaafd, dan ondermijnt deze gemeenschap zijn eigen identiteit.<sup>88</sup> Niet alleen kunnen maatschappelijk gevoelige beklagzaken vanwege het gebrek aan duidelijke schade vaak geen uitweg vinden bij de civiele rechter, misschien kan juist de strafrechter wel het aangewezen forum zijn in die gevallen waar in de samenleving onduidelijkheid heerst over toelaatbaar en ontoelaatbaar gedrag, terwijl het primaat van de politiek niet wordt waargemaakt. Want wanneer de maatschappelijke conflicten geen enkele uitweg vinden binnen de instituties die het algemeen belang behartigen, dan ontstaat het gevaar dat burgers zich tegen deze instituties als geheel keren.

85 Hof Den Haag 9 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2347, par. 8.2.

86 J. De Hullu, *Materieel Strafrecht: over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, (Deventer: Wolters Kluwer, 2015), 19-20.

87 R.A. Duff., *The Realm of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 2018), 109-110.

88 Duff, *The Realm of Criminal Law*, 182.

## 7. Conclusie

Waar het eerste en tweede hoofdstuk van de artikel 12-procedure respectievelijk toekwamen aan de bescherming tegen willekeurige vervolgingsbeslissingen van het Openbaar Ministerie en de private belangen van klagers, illustreert het derde hoofdstuk de behoefte van groepen individuen aan een publieke ruimte waarin plaats is voor een kritische discussie omtrent de strafrechtelijk te beschermen belangen. Hoewel de machtskritische functie van de artikel 12-procedure lange tijd op de achtergrond was geraakt, zodat de procedure vooral private belangen van klagers/slachtoffers diende, treedt deze machtskritische functie nu op andere wijze opnieuw op de voorgrond. Daarbij lijkt de procedure niet alleen een kritiek op de machtspositie van het Openbaar Ministerie te zijn, maar ook meer in het algemeen gezien te worden als een ventiel voor maatschappelijke onvrede die onvoldoende uitweg vindt via de politiek. De drie hoofdstukken illustreren dat de aanspraken die op de artikel 12-procedure worden gemaakt, telkens een belangrijke les vormen om naar het karakter van het strafrecht te kijken. Waar de *ultimum remedium*-gedachte tot uitdrukking bracht dat toch vooral terughoudend met het strafrecht moest worden omgegaan en slachtoffers vervolgens hoogstens via de procedure ‘gezien en erkend’ werden, verwachten kritische burgers nu een positieve, maatschappelijke bijdrage van de strafrechter. Hoewel betoogd kan worden dat het strafrecht inderdaad een belangrijke maatschappelijke functie heeft, staat de beschikkingsrechter hierbij voor een lastige opdracht, omdat ook het eerste en tweede hoofdstuk nog het karakter van het strafrecht bepalen.

Het derde hoofdstuk van de beklagprocedure roept dan ook nieuwe democratische legitimatieproblemen op, omdat van de beschikkingsrechter wordt verwacht dat deze spreekt in naam van de samenleving die in feite conflicterende verwachtingen van het strafrecht heeft. Het kritische vocabulaire van de jurist, waarbij recht en democratie tegenover elkaar staan, schiet echter tekort wanneer we de normatieve implicaties van deze ontwikkeling op kritische wijze willen evalueren. Het biedt onvoldoende weerwoord tegenover de dikastocratie-aantijgingen, maar ontkent ook dat de samenleving allerlei nieuwe verwachtingen van het strafrecht heeft waar de rechter, omwille van diens legitimiteit, op dient te reageren. Waar de normatieve grens van de juridische haalbaarheid nog met juridische argumenten kan worden afgedaan, is dat niet zo bij de vraag naar het algemeen belang. In de artikel 12-procedure moet de positieve inhoud van dit begrip op andere wijze democratisch gelegitimeerd worden. In paragraaf 5 en 6 is daarom een eerste aanzet gegeven tot een alternatief democratisch vocabulaire in reactie op het dubbele democratische legitimatieprobleem: de klagers die met hun deelbelangen het algemeen belang zouden waarnemen en de rechtspraak die steeds meer gepolitiseerd zou raken. Aan de hand van de bredere democratieconceptie van Rosanvallon zouden we kunnen stellen dat ook de klagers in het derde hoofdstuk deel uitmaken van de democratische representatie en dat er meerdere fora zijn dan het parlement waar ‘de samenleving’ geïnstitutionaliseerd wordt. Het derde hoofdstuk illustreert dat ook de beklagprocedure in die zin een belangrijk democratisch potentieel heeft, vooral in die gevallen waarin het primaat van de politiek niet wordt waargemaakt.

De ventiefunctie van de artikel 12 Sv-procedure: van georganiseerd wantrouwen naar gezamenlijk politiek project?

In een nieuwe bovenindividuele variant kan de machtskritische functie van de beklagprocedure namelijk niet alleen tot nu toe onzichtbare, of genegeerde, conflicten zichtbaar maken; ook zou de procedure een belangrijke constructieve bijdrage kunnen leveren aan de democratie als gezamenlijk politiek project. Juist het strafrecht heeft een belangrijke morele en communicatieve functie welke het gerechtshof duidelijk tot uiting bracht in de ING/Hamers-beschikking: door de bevestiging of demonstratie van gemeenschappelijke normen wordt de identiteit van de politieke gemeenschap (opnieuw) geconstitueerd.

Hoewel de artikel 12-procedure in theorie misschien een democratisch potentieel heeft, is het maar de vraag of de procedure deze belofte in de praktijk ook kan waarmaken. Dat is een belangrijke vraag. De laatste jaren beoogt de rechtspraak steeds meer toe te komen aan de feitelijke belangen van rechtszoekenden en de samenleving, zodat de waargenomen legitimiteit vergroot wordt.<sup>89</sup> Die feitelijke verwachtingen van rechtszoekenden en de samenleving ten aanzien van het strafrecht zijn in bovenstaande analyse slechts in algemene termen geschetst. Toch biedt de analyse een bruikbaar kader voor verder onderzoek naar de wisselwerking tussen normatieve en empirische vragen betreffende de legitimiteit van de rechtspraak in het geval van klachten tegen niet-vervolgving in maatschappelijk gevoelige zaken. Want, wat zijn precies die verwachtingen van zowel klagers als het grote publiek in artikel 12-procedures? En hoe zijn die verwachtingen te verenigen met de normatieve vraag naar de plaats van het strafrecht in de democratische rechtsorde? Die plaats is misschien telkens aan verandering onderhevig, maar kan nooit volledig met de feitelijke verwachtingen van de samenleving samenvallen. Verder empirisch en normatief onderzoek zou dat samenspel, in het licht van een meer dynamische en bredere democratieconceptie, verhelderen.

89 Hierover bijvoorbeeld R. Hartendorp, 'Maatschappelijk effectieve rechtspraak: een synthese', *Recht der Werkelijkheid* 2 (2020): 61-66.