

23 De Staat onfeilbaar? De toekomst onpeilbaar

MR. M.M. KUYP

Op 11 juni 2013 heeft de Tweede Kamer ingestemd met het initiatiefvoorstel tot opheffen van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers (30 538). Aan de goedkeuring van dit voorstel is een uitvoerig debat voorafgegaan omtrent de vraag of de Staat al dan niet strafrechtelijk vervolgd moet kunnen worden. In onderhavig artikel wordt een overzicht gegeven van de verschillende argumenten die in dit debat zijn aangevoerd. Vervolgens wordt de vraag opgeworpen of de indieners van het voorstel voldoende rekening hebben gehouden met enkele praktische (on)mogelijkheden die de uitvoering van de wet met zich mee kan brengen.

Inleiding

Wat gij niet wilt dat u geschiedt, doet dat ook een ander niet. Het vervolgingsmonopolie berust sinds mensenheugenis bij de overheid. Zij kan met geheven vinger de burger en – sinds invoering van artikel 51 Wetboek van Strafrecht (Sr) – ook rechtspersonen vervolgen en straffen executeren. Ofschoon de letter van de wet vervolging van de overheid toestaat, blijft zij echter veelal verschoond van vervolging en daarmee van bestraffing, daargelaten mogelijke politieke consequenties van laakbaar handelen door gezagsdragers. Op 11 juni jl. heeft de Tweede Kamer ingestemd met het initiatiefvoorstel van de Kamerleden Recourt, Oskam, en Segers¹ tot opheffen van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers². De twee voornaamste wijzigingen zijn te vinden in de artikelen 42 en 51 Sr. Aan artikel 51 wordt een nieuw derde lid toegevoegd dat luidt: ‘Publiekrechtelijke rechtspersonen zijn op gelijke voet met andere rechtspersonen vervolgbaar.’ En in artikel 42 wordt een nieuwe strafuitsluitingsgrond geïntroduceerd: ‘Niet strafbaar is de ambtenaar of de publiekrechtelijke rechtspersoon die een feit begaat dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van een publieke taak bij wettelijk voorschrift opgedragen.’ De totstandkoming van de wijziging heeft de nodige voeten in aarde gehad. In deze bijdrage geef ik een kort overzicht van de verschillen van inzicht in het langlopende debat rondom het opheffen van de immuniteit, waarna ik besluit met een aantal nog onbeantwoorde vragen van praktische aard.

Immunititeit

De kernwaarde van immuniteit behelst dat de betrokkene gevrijwaard blijft van machtsuitoefening door de overheid. De oorspronkelijke idee van immuniteit is even eenvoudig als voor de hand liggend: *the king can do no wrong*. In de loop der tijd heeft dit zich uitgekristalliseerd. Van Sliedregt beschrijft in haar preadvies³ het onderscheid tussen immuniteit in de vorm van onschendbaarheid en immuniteit van jurisdictie. De onschendbaarheid ziet op personen, gebouwen en documenten en brengt vrijwaring van concrete uitoefening van staatsmacht mee, zoals aanhouding of inbeslagneming. Verschoningsgerechtigden kunnen een beroep doen op deze vorm van immuniteit. Immuniteit van jurisdictie beschermt tegen elke gerechtelijke procedure. Met een geslaagd beroep op deze vervolgingsuitsluitingsgrond komt de rechter niet toe aan de vraag omtrent de strafbaarheid van de gedraging. Hoewel het onderscheid niet strikt wetenschappelijk is, zal ik er in deze bijdrage niet nader op ingaan, dan te duiden dat de immuniteit zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld tot twee buitenwettelijke vervolgingsuitsluitingsgronden: de partiële immuniteit voor openbare lichamen en de ongeclausuleerde immuniteit voor de Staat.

Hoe het was

De Hoge Raad oordeelde in het *Volkel*-arrest⁴ dat de Staat strafrechtelijke immuniteit toekomt. In het tweede *Pikmeer*-arrest⁵ wordt het tot dan toe tamelijke algemene

1 Het voorstel van wet is eerst door Kamerlid Wolfsen ingediend op 27 april 2006.

2 *Kamerstukken II*, 30 538.

3 E. van Sliedregt, *Immunititeit van de Staat: de houdbaarheid voorbij?*, Preadviezen NVJ 2013, Deventer.

4 HR 25 januari 1994, 598 m.nt. Corstens.

5 HR 6 januari 1998, *NJ* 1998, 367, m.nt. De Hullu.

criterium met betrekking tot de strafrechtelijke immuniteit van de overheid sterk aangescherpt, waardoor vervolging van lagere overheden mogelijk wordt:

'(...) Enerzijds dient de immuniteit van een openbaar lichaam als bedoeld in hoofdstuk 7 Gw slechts dan te worden aangenomen als de desbetreffende gedragingen naar haar aard en gelet op het wettelijk systeem rechtens niet anders dan door bestuursfunctionarissen kunnen worden verricht in het kader van de uitvoering van de aan het openbaar lichaam opgedragen bestuurstaak, zodat uitgesloten is dat derden in zoverre op gelijke voet als het openbaar lichaam aan het maatschappelijk verkeer deelnemen. In andere gevallen is er wegens de hier te betrachten gelijkheid geen aanleiding immuniteit aan het openbaar lichaam te verlenen en geldt deze evenmin voor de in artikel 51, tweede lid onder 2°, Sr bedoelde personen. Anderzijds dient aansluiting te worden gezocht bij het in het strafrecht ontwikkelde stelsel van rechtvaardigingsgronden.' (r.o. 5.7.) In de jurisprudentie is vervolgens ook met name de positie van de lagere overheden aan de orde gekomen.

Publiek debat – de tegenstanders

Sinds de invoering van het huidige artikel 51 Sr klinken geluiden om ook de Staat strafrechtelijk aansprakelijk te laten zijn voor zijn optreden. Niet lang na het tweede *Pikmeer*-arrest is de minister van Justitie verzocht de wet aan te passen en strafrechtelijke vervolging van overheid mogelijk te maken.⁶ Als uitgangspunt dient te worden genomen dat de Staat zich evenals zijn burgers, ondernemingen en lagere overheden (verder: onderdanen) dient te houden aan de wet en dat immuniteit hierin ongelijkheid brengt. Toenmalig minister Korthals wil hiervan niet horen en stelt dat het (gedeeltelijk) opheffen van immuniteit voor de Staat onwenselijk is, omdat de Staat niet gelijk is aan zijn onderdanen. Korthals meent dat de Staat vooral gelijk is aan andere Staten. Nu juist de ons direct omringende Staten niet strafrechtelijk kunnen worden vervolgd, is juist hierin een argument te vinden om niet over te gaan tot het wijzigen van de wet, zo meent hij. Daarnaast is het kabinet in 2000 van oordeel dat strafrechtelijke sanctionering geen redelijk na te streven doel biedt. Vrijheidsbenemende straffen, maatregelen en dienstverlening komen niet in aanmerking en een op te leggen geldboete zou door een vestzak-broekzak-constructie uit dezelfde middelen voldaan moeten worden als waar de opbrengst terecht komt. De Staat kan evenmin worden ontzet uit de rechten als bedoeld in artikel 28 Sr. Normbevestiging kan een doel zijn, maar zonder effectieve sanctie heeft dit snel een averechts effect: een veroordeling van de Staat zonder effectieve sanctie suggereert dat de bevestigde norm voor de veroordeelde een loze norm is.

Ook procedureel ziet het kabinet de nodige beren op de weg. De minister van Veiligheid en Justitie komt immers, als het OM belast zou worden met de strafvervolging van de Staat, in de onmogelijke positie terecht waarin hij enerzijds verantwoordelijk is voor de vervolging en anderzijds – als lid van de regering – de procespositie van de Staat als verdachte moet bepalen.⁷ Het kabinet zou in dat geval zowel het vervolgingsbeleid als ook de te voeren verdediging kunnen bepalen. De Wet ministeriële verantwoordelijkheid kan mogelijk uitkomst bieden. De procureur-generaal bij de Hoge Raad is op grond van deze wet belast met de vervolging van ministers en zou in die hoedanigheid ook zorg kunnen dragen voor vervolging van de Staat. Het kabinet vreest in dit verband echter voor een mogelijke en dreigende loyaliteitscrisis. Een ander argument voor behoud van de immuniteit is te vinden in het bestaande publiek en politiek verantwoordingsmechanisme.⁸ Deze vormen naar oordeel van het kabinet in een democratische rechtsstaat en tegen de achtergrond van de scheiding der machten de ruggengraat van het staatkundig systeem.

Publiek debat – de voorstanders

Voorstanders van het opheffen van de immuniteit treffen elkaar onder meer in de argumenten dat op grond van het gelijkheidsbeginsel de Staat strafrechtelijk aansprakelijk dient te zijn, maar ook dat strafrechtelijke aansprakelijkheid de geloofwaardigheid en de legitimiteit van het overheidsoptreden ten goede komt. De door de minister Korthals ingestelde commissie-Roelvink beschrijft de kern van het argument als volgt, namelijk dat: *'een overheid die regels stelt aan het maatschappelijk verkeer, haar geloofwaardigheid verliest wanneer die regels niet op haarzelf van toepassing zijn en publiekrechtelijke rechtspersonen die regels ongestraft kunnen overtreden'*. Het advies van deze commissie strekt echter niet verder dan de strafrechtelijke aansprakelijkheid te aanvaarden voor orderingsdelicten⁹. De indieners van het huidige voorstel gaat dit niet ver genoeg. Voorstanders van het afschaffen van immuniteit lijken met Straatsburgse wind in de rug te fietsen. Als ijkpunt¹⁰ voor overheidsaansprakelijkheid wordt veelvuldig verwezen naar de methaanexplosie op een Turkse vuilnisbelt in 1993 waarbij 39 mensen het leven lieten.¹¹ In deze zaak wordt vastgesteld dat het recht op leven was geschonden door – kort gezegd – gebrekkige regelgeving en krakkemikkig toezicht. Volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) heeft klager recht op

7 *Kamerstukken II* 2000-2001, 25 295, nr. 12.

8 *Kamerstukken II* 1996-1997, 25 294, nr. 2.

9 Hoewel niet uitdrukkelijk beschreven, beoogt de commissie m.i. met orderingsdelicten, de categorie delicten die de algemene belangen schaden en waarvoor – bij gebrek aan particulier belang – de overheid actief zal moeten opsporen.

10 Voorafgegaan in de opzettelijke variant door Osman tegen het Verenigd Koninkrijk, EHRM 28 oktober 1998, appl. 23452/94.

11 Öneriyildiz tegen Turkije, EHRM 30 november 2004, NJ 2005, 210, m.nt. Alkema.

6 *Kamerstukken II* 2000-2001, 25 294, nrs. 12 en 13.

effectieve vervolging van de betrokkenen: *'the national courts should not under any circumstances be prepared to allow life-endangering offences to go unpunished.'* (§96.) Waar het tweede *Pikmeer*-arrest geen mogelijkheid laat voor vervolging voor gedragingen die naar hun aard en gelet op het wettelijk systeem niet door een ander dan door een bestuursfunctionaris kunnen worden gedaan, doorkruist het arrest van het EHRM dit pad en laat – zo stelt Alkema – de nationale rechter geen andere keuze dan de tot dan toe veronderstelde immuniteit op te heffen. Kritische noten kunnen in dit verband gekraakt worden over het casuïstisch karakter van het arrest: dient immuniteit ook te wijken voor falen dat niet leidt tot een (dreigend flagrante) schending van artikel 2 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)? Ook nuanceert het EHRM zijn oordeel in die zin dat het spreekt van 'full accountability of State officials or authorities': de Staat kan immuun blijven, zolang de overheidsfunctionarissen maar worden aangesproken, concludeert Van Sliedregt op dit onderdeel.

En maakt de Staat zich niet schuldig aan oplichting van alle caravan en aanhanger minnende gebruikers van de A2?

De voorstanders hebben de slag gewonnen. De Staat kan in de toekomst vervolgd worden en de criteria uit het tweede *Pikmeer*-arrest zijn verankerd in een strafuitsluitingsgrond. De officier van justitie bij het functioneel parket wordt belast met de vervolging van de Staat (artikel 9 lid 3 (nieuw) Wetboek van Strafvordering). De keuze lijkt voornamelijk te zijn gemaakt uit praktische overwegingen. Bij het functioneel parket bestaat bredere kennis ter zake vervolging van milieu- en fraudedelicten dan bij arrondissementsparketten. Daarnaast staat het functioneel parket in de regel op grotere afstand van een zaak dan wanneer deze op lokaal niveau zou worden behandeld. De schoen zou wringen wanneer de betrokken hoofdofficier de plaatselijke korpschef en burgemeester goed kent, in de woorden van Oskam, een van de indieners.

Wat brengt het afschaffen van de immuniteit mogelijk verder mee?

De vuurwerkramp in Enschede, de cafébrand in Volendam en meer recent de mogelijke misstanden bij Odfjell zijn voorbeelden van zaken die tot de schrijnende verbeelding spreken in het debat rondom opheffing van immuniteit. Het zijn met name dergelijke zaken die de afgelopen jaren de roep om opheffing van immuniteit indringender hebben doen worden. Ik vraag mij af of met deze principiële geste – zonder daarmee enigszins te kort te willen doen aan het voorstel – niet de doos van Pandora wordt geopend voor relatief kleinburgerlijk zeer.

Ik geef enkele voorbeelden van in mijn ogen strafbare gedragingen van de overheid. Cipers zijn eens vergeten een van mijn cliënten op 29 april in vrijheid te stellen: op 1 mei ging de poort pas voor hem open, omdat op 30 april niemand

de telefoon opnam of naast de fax zat. Ook de aanhouding van de activiste Joanna van der Hoek tijdens de abdicatie roept vragen op. Beide gevallen leveren in mijn optiek opzettelijke vrijheidsberoving op. Of hoe te denken over (het opstellen van een aanwijzing, of toestemming geven voor) het creëren van een fileuik op een drukke snelweg?¹² En maakt de Staat zich niet schuldig aan oplichting van alle caravan en aanhanger minnende gebruikers van de A2, daar waar de minister recentelijk liet weten dat bekend is dat een klein percentage van de bekeuringen ten onrechte aan deze bestuurders wordt uitgeschreven maar men dit niet corrigeert; de burger moet maar bezwaar maken?¹³ Naar mijn smaak wel. De Staat weet dat de gebruikte meetapparatuur niet deugt en dat het directe gevolg daarvan is dat brave burgers een bekeuring ontvangen. Kortom: een listige kunstgreep als bedoeld in artikel 326 Sr. De reactie van minister Opstelten van Veiligheid en Justitie aan de Kamer is als volgt: *'Het OM heeft in diverse media een oproep gedaan aan alle weggebruikers die twijfelen over de juistheid van een overtreding geconstateerd door een trajectcontrolesysteem om zich te melden. Iedere weggebruiker, die meent dat hij bij een trajectcontrole onterecht bekeurd is, kan in eerste instantie contact opnemen met de politie. Op de beschikking staat het telefoonnummer vermeld van de betreffende politiedienst.'*¹⁴ Samengevat: wanneer u denkt door de Staat te zijn opgelicht, belt u ons gerust. Korthals zat er niet zover naast, waar hij schreef dat moeten worden gewaakt voor de suggestie van gebrek aan normbesef door het ontbreken van een effectieve sanctie. Het ontbreken van enige vorm van normbevestiging steekt in dit debat mijns inziens giftiger.

Indien een cliënt zich bij mij meldt met een bekeuring, wat adviseer ik hem dan? 'Belt u vooral met de politie, maakt u bezwaar, let u wel op de termijn, zorgt u voor een ontvangstbevestiging en in voorkomende gevallen: vergeet u geen zekerheid te stellen in verband met de ontvankelijkheid bij de kantonrechter?' Welnee: 'Doet u maar aangifte tegen de Staat van oplichting en vergeet u zich daarbij niet als slachtoffer te voegen in het strafproces. Goedemiddag.' Ben ik te ironisch? Ik vrees van niet. De Rechtbank Den Haag oordeelde op 28 april 2010 dat geen leges mogen worden berekend voor zogenaamde WOB-verzoeken (Wet openbaarheid van bestuur).¹⁵ Uit de Rapportage burgerbrieven 2011¹⁶ volgt dat het aantal WOB-verzoeken

12 Op 22 oktober 2011 komt een man om het leven nadat een voortvluchtige benzinedief op hoge snelheid op zijn auto was ingereden. Het slachtoffer bevond zich als laatste in een door de politie opgezette fileuik (ECLI:NL:RBUTR:2012:BX9556). Het gebruik van een fileuik is door de werkgroep Roadblok in de jaren negentig afgeraden. De Raad van Hoofdd commissarissen heeft dit advies naast zich neergelegd (L. Boon, 'Gebruik fileuik in de jaren negentig afgeraden', *NRC Handelsblad* 25 oktober 2011).

13 Zie in dit verband de brief van minister Opstelten aan de Kamer van 3 juli 2013, 404345.

14 *Kamerstukken II*, 29 398, nr. 374.

15 ECLI:NL:RBSGR:2010:BM4074.

16 Zie <http://www.rijksoverheid.nl/bestanden/documenten-en-publicaties/rapporten/2012/05/15/rapportage-burgerbrieven-2011/rapportage-burgerbrieven-2011.pdf>.

dat jaar is toegenomen met 44,3%. Ik vermoed dat het aantal aangiften tegen de Staat nog vele malen explosiever zal stijgen. Niet op de laatste plaats omdat het doen van aangifte laagdrempeliger is dan het indienen van een WOB-verzoek.

Is voorts rekening gehouden met de schare aan notoire querulanten die Nederland rijk is? Vandaag de dag melden zij zich nog bij allerhande loketten, omdat de politie hun nul op het rekest geeft, omdat aangifte tegen de Staat 'niet mogelijk' is. Dit zal moeten veranderen. Recourt wijst bovendien uitdrukkelijk bij behandeling van het voorstel in de vaste Kamercommissie op de mogelijkheid om juist ook de Staat aansprakelijk te stellen voor (relatief) kleine vergrijpen. In dit verband legt hij de link met privaatrechtelijke rechtspersonen, die kunnen worden vervolgd voor een vergrijp in een enkel filiaal. Shell kan als privaatrechtelijke organisatie, als concern, voor een relatief klein milieudelict worden veroordeeld.¹⁷ Niet valt in te zien, waarom dat ten opzichte van de Staat anders zou moeten zijn.

Ook minder lichtvoetige zijden van het wetsvoorstel verdienen een overdenking. Hoe verhoudt het non-incrimatiebeginsel zich tot een feitelijk leidinggever van een publiekrechtelijke rechtspersoon, in gevallen als de Schipholbrand? Uiteraard kunnen de Staat en zijn functionarissen zich dan in stilzwijgen hullen, ook indien er doden en gewonden te betreuren zijn. Onder bepaalde omstandigheden zou ik daartoe zelfs adviseren. Of het maatschappelijk belang daarmee zonder meer gediend is, is dan vraag twee. Of de kiezer een dergelijke procespositie kan waarderen, laat zich raden.

De strijders van het gelijkheidsbeginsel hebben de slag om de immuniteit gewonnen. Of de invoering ook praktisch een succes zal worden, zal de toekomst uitwijzen. Onduidelijk is ook wat de kosten zullen zijn van uitvoering van de wet. Dat laat mij ten slotte denken aan de wijze waarop de Staat zich zal voorzien van rechtsbijstand. Ik vermoed dat hiervoor de Landsadvocaat zal worden ingeschakeld. Datzelfde gelijkheidsbeginsel behoort mee te brengen dat waar wordt bezuinigd op de gefinancierde rechtsbijstand, de Staat – van gemeenschapsgeld – zichzelf niet zal voorzien van prijziger bijstand dan waartoe zij de onvermogenen van onze samenleving veroordeelt. De toren van de Landsadvocaat zal dan binnenkort dienen te worden gestookt van maximaal € 70 per uur.¹⁸ De herfst zal fris zijn.

Over de auteur

Mr. M.M. Kuyp is advocaat bij Jebbink Soeteman advocaten te Amsterdam.

¹⁷ Kamerstukken II, 30 583, nr. 14.

¹⁸ Brief van 12 juli 2013, waarin de staatssecretaris aankondigt het tarief in bewerkelijke zaken van € 106,99 per uur met een derde te bekorten.

Sdu Commentaar Strafrecht en Strafvordering

Unieke combinatie van online databank + boek

Alle voordelen op een rij

- Praktisch, diepgaand en actueel
- Artikelsgewijs, snel doorzoekbaar
- Handige overzichten wetgeving, commentaren jurisprudentie en literatuur
- Multimediale combinatie van online naslagwerk en boek(en)

Commentaren op het Wetboek van Strafrecht, de Opiumwet, de Wet op de economische delicten, de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden en aanverwante regelingen.



+



meer informatie
en bestellen

Wetboek van Strafvordering en artikelsgewijze commentaren op de Wet op de economische delicten en aanverwante regelingen.



+



meer informatie
en bestellen

Meer informatie:
www.scherpinstrafrecht.nl

Sdu UITGEVERS