

Bijlagen

Gelijke monniken gelijke kappen,
maar is de overheid wel een gelijke?



Veerle Jongbloed

In opdracht van het gerechtshof 's-Hertogenbosch,
kenniscentrum Milieu en Gezondheid

Hedel, 9 januari 2017

Inhoudsopgave bijlagen

Bijlage I	1
Bijlage II.I originele vragen	4
Bijlage II.II uitgewerkt interview	6
Bijlage II.III uitgewerkt interview	15
Bijlage II.IV uitgewerkt interview	18
Bijlage II.V uitgewerkt interview	24

Ongeluk met monstertruck: de gemeente Haaksbergen ontspringt de dans

Medio april 2016 veroordeelde de rechtbank in Almelo de chauffeur van een monstertruck tot vijftien maanden cel en een ontzegging van zijn rijbevoegdheid voor een periode van vijf jaar. De chauffeur reed op 28 september 2014 tijdens het jaarlijkse evenement AutoMotorSportief in Haaksbergen op het publiek in. Door het ongeluk kwamen een bejaarde vrouw, een man en een 5-jarig jongetje om het leven. Ook raakten 28 mensen gewond. De organisator van het evenement de Stichting Sterevenementen kreeg een voorwaardelijke boete van 25.000 Euro opgelegd. Het is echter opvallend dat de gemeente Haaksbergen die de vergunning verleende voor het evenement met de noodlottige afloop in de strafzaak buiten schot blijft. Hoe is dit mogelijk?

De overheid voor het strafhekje?

Op 10 november 2015 verwierp de Eerste Kamer met een minieme meerderheid van één stem het initiatiefwetsvoorstel tot opheffing van de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers¹. Op grond van het initiatiefvoorstel zouden publiekrechtelijke rechtspersonen op gelijke voet met andere rechtspersonen vervolgbaar zijn. De initiatiefnemers wilden met hun voorstel het normbesef en de geloofwaardigheid van de overheid vergroten. Hieraan lag de gedachte ten grondslag dat de overheid, net als een bedrijf, een deelnemer is aan het maatschappelijke verkeer en dan ook gebonden moet zijn aan dezelfde regels, ook die van het strafrecht.

In zijn blog memoreerde Tijn Kortmann nogal wat kritiek op het initiatiefwetsvoorstel. Minister Van der Steur vond het voorstel onnodig, de gemeenten (VNG) vreesden met de Groningse hoogleraar Elzinga voor verkramping van het overheidsapparaat en de VU hoogleraar Van Sliedregt betoogde in een advies voor de Nederlandse Juristen Vereniging dat het inconsistent is als de Staat tegelijkertijd handhaver (OM) en voorwerp (verdachte) van het strafrecht is. Ook Kortmann zelf vroeg zich af of het initiatiefwetsvoorstel wel een oplossing zou bieden. Hij betoogde dat voor normbesef en geloofwaardigheid het vooral belangrijk is dat de personen binnen de overheid die verantwoordelijk zijn voor delicten van de overheidsrechtspersoon, daarop aangesproken kunnen worden, ook strafrechtelijk. Dat is nu niet mogelijk, maar dat kan volgens hem echter ook prima geregeld worden zonder bestraffing van de rechtspersoon zelf. Temeer omdat de toegevoegde waarde daarvan laag is: opgelegde boetes of de opbrengsten van ontnemingsmaatregelen vloeien terug in de overheidskas terwijl het reinigende effect van het 'strafblad' laag is. Burgers kunnen wel besluiten om geen Volkswagen meer te kopen, maar dat zij gaan verhuizen omdat zij niet in een strafrechtelijk veroordeelde gemeente willen wonen, lijkt onwaarschijnlijk, volgens Kortmann.

¹ Deze en de volgende paragraaf zijn gebaseerd op de bijdrage van Tijn Kortmann aan het Stibbeblog, het officiële blog van advocatenkantoor Stibbe op 27 oktober 2015. Tijn Kortmann is advocaat bij Stibbe.

Standpunt SMV

De verwerping van het initiatiefwetsvoorstel betekent dat de huidige situatie over de strafbaarheid van de overheid als rechtspersoon in stand blijft. De strafbaarstelling van rechtspersonen is geregeld in art. 51 van het Wetboek van Strafrecht (Sr), dat de strafbaarstelling van rechtspersonen en hun feitelijk leidinggevendend mogelijk maakt. Gedacht kan worden aan een dodelijk bedrijfsongeval, waarbij binnen het bedrijf onvoldoende voorzorgsmaatregelen waren genomen. In artikel 51 Sr is geen principieel onderscheid gemaakt tussen private en publieke rechtspersonen, maar de Hoge Raad der Nederlanden doet dat wel. Voor de Staat heeft de Hoge Raad in het Volkel-arrest een algemene vervolgings-uitsluitingsgrond aanvaard: de Staat is daardoor volledig immuun voor het strafrecht. Lagere overheden zijn op grond van de Pikmeer-arresten wel vervolgbaar, behalve wanneer het delict is gepleegd in het kader van de uitoefening van een exclusieve bestuurs taak.

Standpunt SMV

De strafzaak rond het noodlottige incident met de monstertruck in Haaksbergen zet de schijnwerper op de verstoorde balans van de verantwoordelijkheid voor veiligheid. Deze balans is niet langer in evenwicht sinds in de jaren tachtig en negentig van de vorige eeuw de veiligheidsfilosofie zich fundamenteel – zowel nationaal als internationaal – wijzigde. Toen werd de veiligheid een gedeelde verantwoordelijkheid. Hierbij bleef de veiligheid weliswaar een kerntaak van de overheid, maar burgers, ondernemingen en organisaties werden hiervoor nu uitdrukkelijk medeverantwoordelijk gesteld. Een ieder werd geacht zijn eigen verantwoordelijkheid voor veiligheid te nemen!

Deze fundamentele wijziging vindt de SMV op zich logisch en begrijpelijk, omdat een ieder met enige belangstelling voor dit vraagstuk zich realiseert dat de overheid *alleen* natuurlijk nooit de veiligheid kan garanderen of waarborgen.

Maar naar het oordeel van de SMV had de overheid bij deze fundamentele wijziging als veiligheidsregisseur duidelijk moeten maken:

- Waaruit bestaat die mede- of eigen verantwoordelijkheid voor veiligheid?
- Wat mag je van burgers, ondernemingen of organisaties op dit gebied verwachten?
- Is er sprake van een balans tussen de verantwoordelijkheid van de overheid voor veiligheid en die van (burgers en) ondernemingen en organisaties?

In de zaak van de monstertruck in Haaksbergen zijn de chauffeur van de monstertruck en de organisator van het evenement door de rechter verantwoordelijk en schuldig bevonden voor de gevolgen van het ongeluk. De rechter oordeelde dat zij zich anders dan men kan verwachten zeer onverantwoordelijk en onzorgvuldig – en in dit geval strafbaar – hebben gedragen. Maar de overheid, in casu de gemeente Haaksbergen, had ook een verantwoordelijkheid. De gemeente Haaksbergen verleende voor het achteraf rampzalige evenement een vergunning, terwijl deze gemeente zich geen enkele moeite heeft getroost zich te verdiepen in de risico's die aan het evenement waren verbonden. Je zou toch mogen verwachten dat er bij het bestuderen van de opzet van het evenement ergens bij de gemeente alarmbellen zouden gaan rinkelen. Maar niets van dit al. De gemeente Haaksbergen achtte het niet noodzakelijk om zich grondig in de risico's te verdiepen. De gemeente was van oordeel dat het evenement een positieve bijdrage zou

leveren aan de Haaksbergse economie en beriep zich op het feit dat er zich in het verleden geen ongelukken hadden voorgedaan.

De opstelling van de gemeente Haaksbergen is in de ogen van de SMV in strijd met de verantwoordelijkheid van de overheid voor veiligheid als kerntaak van de overheid. Met het verlenen van een vergunning geeft de gemeente inhoud aan haar taak de veiligheid van haar burgers te waarborgen. De gemeente Haaksbergen kweet zich niet of nauwelijks van deze kerntaak. De vergunning voor het evenement werd achteloos verstrekt. Hier wreekt zich de strafrechtelijke immuniteit van de overheid, die tot stand is gekomen in een tijdperk dat veiligheid nog vooral werd gezien als een kerntaak van louter en alleen de overheid. In de huidige tijd is echter het accent duidelijk komen te liggen op een gedeelde verantwoordelijkheid. In dit nieuwe veiligheidsbestel is de overheid de regisseur die een balans moet bewerkstelligen tussen haar eigen verantwoordelijkheid en die van burgers, ondernemingen en organisaties. Volgens de SMV is de huidige – eenzijdige – strafrechtelijke immuniteit van de overheid achterhaald. Deze gedachte wordt overigens in brede kring gedeeld. Dat blijkt uit het gegeven dat de Tweede Kamer in meerderheid voor het initiatiefwetsvoorstel tot opheffing van strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevers stemde en de Eerste Kamer slechts met het minieme verschil van één stem dit initiatiefwetsvoorstel verwierp.

De SMV pleit voor een wettelijke regeling die het mogelijk maakt dat bij aanwijsbaar onverantwoord gedrag van de overheid (de Staat en lagere overheden) een strafrechtelijk onderzoek kan worden ingesteld naar de betrokken verantwoordelijken. Zeker als dat gedrag heeft geleid tot sterfgevallen of tot zwaar lichamelijk letsel is het ook met het oog op de zogenoemde positieve verplichtingen uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens onverteerbaar als verantwoordelijken niet worden vervolgd en bestraft.

Dit betekent dat de strafrechtelijke immuniteiten van publiekrechtelijke rechtspersonen in stand kunnen blijven, maar dat natuurlijke personen binnen de overheid die verantwoordelijk zijn voor delicten daarop kunnen worden aangesproken, ook in strafrechtelijke zin. Een nieuw initiatiefwetsvoorstel van de Tweede Kamer dat hieraan tegemoetkomt, zou de SMV dan ook toejuichen en willen bevorderen. Uit de wandelgangen van de Tweede Kamer heeft de SMV vernomen dat deze gedachte zeker niet onwelwillend wordt tegemoet getreden en op steun kan rekenen.

Prof. mr. Pieter van Vollenhoven

Voorzitter SMV

Bijlage II.I originele vragen

1. Bent u bekend met de huidige Nederlandse regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, zo ja, kunt u deze kort omschrijven?

Op grond van het Volkel-arrest en de Pikmeer jurisprudentie geniet de Staat volledige strafrechtelijke immuniteit en geniet de decentrale overheid strafrechtelijke immuniteit voor zover er sprake is van uitvoering van een exclusieve bestuurszaak.)

2. Wat is uw mening over de gedeeltelijke strafrechtelijke immuniteit van de decentrale overheid?
3. Wat is uw mening over de strafrechtelijke immuniteit van de Staat?
4. Vindt u dat er een verschil dient te zijn tussen de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en de strafrechtelijke immuniteit van decentrale overheden?
5. Wat zijn naar uw mening argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?
6. Wat zijn naar uw mening argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?

Jarenlang heeft er een wetsvoorstel gediend om de strafrechtelijke immuniteit van de overheid op te heffen. Dit wetsvoorstel is in november 2015 met één stem verschil verworpen in de eerste kamer.

7. Bent u bekend met dit wetsvoorstel, zo ja, wat vond u van dit wetsvoorstel?

Dhr. Van Vollenhoven heeft in een notitie van zijn stichting maatschappij en veiligheid (SMV) aangegeven toe te werken naar een nieuw wetsvoorstel waarbij publiekrechtelijke rechtspersonen hun immuniteit behouden, maar natuurlijke personen binnen de overheid strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor strafbare feiten waar zij verantwoordelijk voor zijn.

8. Wat vindt u van dit (ruwe) plan. Zou dit eventueel een goede 'middenweg zijn'.

Stel, er wordt via een art. 12 Sv procedure een klacht tegen de beslissing van een OvJ om de overheid niet strafrechtelijk te vervolgen wegens immuniteit.

9. Zou u dit beklag niet gegrond verklaren o.g.v. Volkel en Pikmeer II, of zou u wellicht in een bepaalde situatie toch oordelen dat de OvJ tot vervolging over moet gaan?
10. Zou u bij bovenstaande vraag nog onderscheid maken tussen de Staat en lagere overheden?

Het EHRM heeft in bepaalde arresten uitspraak gedaan over strafrechtelijke immuniteit van een overheid met betrekking tot natuurrampen/ milieuovertredingen. Het EHRM heeft bepaald dat een strafrechtelijke immuniteit van een overheid in bepaalde gevallen strijdig kan zijn met art. 2 EVRM.

11. Bent u bekend met deze jurisprudentie, zo ja, zou u kort kunnen uitleggen wat naar uw mening uit deze jurisprudentie voortvloeit?

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in de Eerste Kamer bracht een voorstander van het wetsvoorstel naar

voren dat tegenstanders van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, weinig acht lijken te slaan op de jurisprudentie van het EHRM.

12. Acht u deze jurisprudentie van het EHRM van belang voor de strafrechtelijke immuniteit van de overheid en waarom?
13. Bent u van mening dat de huidige Nederlandse regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid voldoet aan de eisen die het EHRM stelt?

Binnen het bestuursrecht kunnen er bestuurlijke boetes opgelegd worden aan de overheid, zelfs aan de Staat.

14. Wat vindt u van het feit dat binnen het bestuursrecht wel boetes opgelegd kunnen worden aan de overheid en binnen het strafrecht niet?

Zoals u wellicht wel weet, wordt een bestuurlijke boete door het EHRM aangemerkt als een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM.

15. Verandert dit uw antwoord op bovenstaande vraag?

Veelal wordt als argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid gebruikt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid de bestuurlijke verantwoordelijkheid zou kunnen doorkruisen.

16. Wat is uw mening hierover?

Bijlage II.II uitgewerkt interview

De cursief getypte tekst beslaat hetgeen de interviewer heeft gevraagd/gezegd. Het overige beslaat de antwoorden van de geïnterviewde.

Bent u bekend met de huidige Nederlandse regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, zo ja, kunt u deze kort omschrijven?

Strafrechtelijke immuniteit wordt vaak onder de noemer van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid gezien. Bij de strafrechtelijke aansprakelijkheid is het gegeven dat een rechtspersoon, ook een publiekrechtelijke rechtspersoon, strafrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld een mogelijkheid in de wet. Alleen die mogelijkheid wordt nu via jurisprudentie als het ware geblokkeerd en dat heet strafrechtelijke immuniteit. Hierdoor kan de strafrechtelijke aansprakelijkheid formeel niet vastgesteld kan worden in sommige gevallen. Dat betekent dat voor wat betreft de aansprakelijkheid van de overheid in het strafrecht het al dan niet vervolgen door het OM een blokkade kan opwerpen op basis van de jurisprudentie om de overheid aansprakelijk te stellen. Dat is een discussiepunt waar heel veel juristen over van mening verschillen of dat nou een goede zaak of juist geen goede zaak is. Dat heeft te maken met twee punten. De eerste is de wijze waarop we tegen het fenomeen straffen aankijken, want deze discussie speelt enkel en alleen in het strafrecht. Tweede punt is het fenomeen overheid en dan vooral de rijksoverheid, de Staat. Dat vindt men nog steeds een heikel punt om die zelfstandig strafrechtelijk aansprakelijk te stellen.

Wat is uw mening over de gedeeltelijke strafrechtelijke immuniteit van de decentrale overheid?

Ik vind het op zich een begrijpelijke redenering, alleen niet meer passend in deze tijd. Ik denk dat je de overheid niet immuun kan achten voor handelingen waar ernstige rechtsgevolgen aan vast zitten die ook strafrechtelijk relevant kunnen zijn. Als het gaat om een typische overheidstaak zou je uitgesloten zijn van enige strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit geldt niet zozeer voor de overheid, maar vooral voor de mensen die achter de overheid schuilgaan. Dat vind ik heel vreemd. Dat vind ik niet meer van deze tijd. Dat is gebaseerd op veronderstellingen en aannames waarvan ik zeg die kloppen niet.

Er zijn wel eens mensen die strafrechtelijke aansprakelijkheid van decentrale overheden nog wel acceptabel zouden vinden, maar strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat niet. Wat is uw mening over de strafrechtelijke immuniteit van de Staat?

Het is misschien wat vreemd dat de Staat vervolgd wordt door de Staat. Het OM en de rechterlijke macht behoren tot de rijksoverheid. Die worden uit dezelfde zak betaald. Dus ga je de rijksoverheid dadelijk beboeten en dat geld komt van de rijksoverheid en gaat naar de rijksoverheid dus dat is een soort vestzak-broekzak discussie. Dat zijn allemaal op het eerste gezicht plausibele argumenten, maar die bij nader inzicht naar mijn idee eigenlijk geen hout snijden in dit tijdsgewricht omdat de overheid is niet meer een entiteit op zich die enkel en alleen de belangen van de burger behartigt maar ook een eigenstandig belang creëert.

De Staat bestaat tegenwoordig uit zoveel onderdelen tegenwoordig die eigenlijk allemaal hun eigen portemonnee hebben dus als een onderdeel van de Staat strafrechtelijk aansprakelijk gesteld wordt, is het niet zo dat daarmee de hele Staat geraakt wordt toch?

Klopt, het zijn allemaal kleine onderdeeljes die hun eigen broek moeten ophouden en dus ook gefinancierd worden. Steeds moet er gekeken worden hoe de eigen begroting rond gekregen kan worden en hoe alles bekostigd moet worden. Hierdoor wordt een eigen belang gecreëerd om alles zo goedkoop mogelijk te doen.

Terugkomend op de vorige vraag. Het is een paar keer voorgekomen dat de Staat hele nare feiten heeft gepleegd en hiervoor niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kon worden. Dat is natuurlijk niet te verkroppen en tevens niet uit te leggen aan de burger. Dat is namelijk een ongelijkheid. Het gelijkheidsbeginsel speelt hier dan ook een grote rol. De overheid is er voor ons, wij zijn er niet voor de overheid. Naar mijn mening is de Staat nog steeds onterecht immuun, ik ben er van overtuigd dat het een goede zaak zou zijn om de Staat strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Het past ook binnen het huidige idee over aansprakelijkheid van overheden, ook binnen het strafrecht. Strafrechtelijke aansprakelijkheid zal ook geen extra werk of ingewikkelde zaken opleveren. Het levert enkel en alleen de slag op dat mensen die namens de overheid op onjuiste wijze hebben geopereerd wel degelijk aangesproken kunnen worden op hun handelen. Het feit dat ze dit nu niet kunnen, is eigenlijk een situatie die niet te tolereren is.

Daarop voortbordurend heb ik een vraag. Dhr. Van Vollenhoven heeft in een notitie van zijn stichting maatschappij en veiligheid (SMV) aangegeven toe te werken naar een nieuw wetsvoorstel waarbij publiekrechtelijke rechtspersonen hun immuniteit behouden, maar natuurlijke personen binnen de overheid strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor strafbare feiten waar zij verantwoordelijk voor zijn. Wat vindt u van dit (ruwe) plan. Zou dit eventueel een goede 'middenweg zijn'.

Ik vind ook dat de feitelijk leidinggevers moeten kunnen worden aangesproken, maar ik zie niet in waarom onderdelen van de Staat zelf niet ook aangesproken kunnen worden. Waarom zou de Rijksgebouwendienst niet aangesproken kunnen worden op het feit dat namens de Rijksgebouwendienst er mensen illegaal tewerk gesteld worden of uitgeput worden of dat er in strijd met de regels geschriften vals worden ingevuld en dat er sluikhandel plaatsvindt enzovoort. Daarvoor moet zo'n onderdeel afgerekend worden. Dat het een fictie is in die zin dat alles wat ze tekortkomen aan het einde van het jaar weer bijgevuld moet worden uit de pot algemene middelen dat begrijp ik, maar het heeft wel een soort gelijkheidseffect zodat de burger ziet dat ook die onderdelen simpelweg bestraft kunnen worden. Het gaat niet vaak voorkomen, maar als het voorkomt, moet het wel kunnen. Daarbij komt dat ook degenen, de mensen van vlees en bloed, die achter de schermen de beslissing hebben genomen, die in strijd is met de wet, aangepakt kunnen worden op hun eigen handelen.

Ik heb ook gelezen, en kan het me ook goed voorstellen, dat burgers eerder geneigd zijn om de regels na te leven als de overheid dit ook doet en gestraft wordt wanneer hij dat niet doet.

Ja, gelijke monniken gelijke kappen. Ik zie in geen enkel argument dat de overheid niet gelijk is valideit. Dat de overheid niet gelijk zou zijn, is geen hard argument want de overheid is er voor ons en die wordt bestierd door mensen zoals jij en ik en die moeten zich aan de regels houden. Als zij zich niet aan de regels houden, omdat ze namens de rijksoverheid bijvoorbeeld opereren of omdat ze namens een gedecentraliseerde overheid exclusieve bestuurstaken uitoefenen, dat is niet meer van deze tijd dat is niet meer te verkopen. Daar zijn simpelweg geen goede argumenten voor te verzinnen.

Wat zijn naar uw mening argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?

Het enige wat je naar voren kunt brengen, is dat het een hoog fictie gehalte heeft, omdat de overheid niks is. De overheid is een fictie. Als je een fictie bestraft dan ga je ervan uit dat de straf er toe zal leiden dat de overheid die niet kan denken en geen handjes en voeten heeft zich voortaan wel beter aan de regels zal houden omdat hij gestraft is. Dit terwijl het juist gaat om de mensen die achter de overheid zitten. En dan zou je kunnen zeggen dan hoef je de overheid niet te straffen dan kun je simpelweg die mensen straffen.

Een dergelijke regeling is ook waar dhr. Van Vollenhoven voor pleit in zijn notitie.

Ja. Dat heeft natuurlijk te maken met het feit dat in eerste instantie dat gevoel nog steeds leeft dat die overheid toch een bijzondere entiteit is. Alleen vind ik niet dat je daar concessies aan hoeft te doen. Ik zie niet in waarom daar een uitzondering voor gemaakt moet worden als een dergelijke uitzonderingen bij andere rechtsgebieden ook niet gemaakt wordt. Bij het civiele recht en het bestuursrecht wordt er geen uitzondering gemaakt en in het strafrecht niet.

Ik kan geen argument verzinnen anders dan het heeft een hoog fictiegehalte en het is lood om oud ijzer om de overheid te beboeten terwijl ze alles wat ze tekort komen, omdat ze die boete betaald hebben, er later weer bij krijgen, dat geloof ik wel maar daar gaat wel een louterende werking vanuit. Althans naar de mensen die namens de overheid of dat deel van de overheid die handelingen hebben gepleegd dat ze voortaan beter op hun tellen passen om die overheid niet in diskrediet te brengen, omdat ze daar op afgerekend worden. Persoonlijk, maar ook de overheid zelf. Dat vind ik geen slechte zaak. Ik vind juist dat dat heel goed zou kunnen werken. Dus een gemeente een boete opleggen van € 10.000,- omdat een duiker is vast komen te zitten tijdens een oefening en de brandweer dus niet goed zijn zorgplicht in het kader van de arbeidswetgeving heeft nageleefd. Daarvan kan je van alles vinden, kan je zeggen wat een onzin want, die overheid gaat er niet beter van functioneren. Nee, maar het geeft wel weer wat je er van vindt. Het geeft weer dat jij afkeurt wat er heeft plaatsgevonden en dat jij het handelen van dat onderdeel van de overheid afkeurt. Anders kom je, voor wat betreft het aanspreken van de feitelijk leidinggever, nu in de problemen. Daarvan zeg ik ook dat moet je loskoppelen. In de private sfeer is het zo dat als een rechtspersoon niet aangesproken kan worden, of wel aangesproken kan worden, maar niet aangesproken wordt, dat het niet betekent dat de feitelijk leidinggever niet aangesproken kan worden. Dat geldt daarentegen wel voor wat betreft de jurisprudentie van het strafrecht t.a.v. de overheid, want daar maakt men die koppeling wel en zegt men van ja, maar omdat het zo nauw en eng verbonden is met elkaar is dat niet los te koppelen van elkaar. Dat is een standpunt waarvan ik denk dat het niet houdbaar is. Dat wijkt af van de reguliere situatie in het strafrecht. Dat onderscheid is niet te verklaren is niet met rationele en valide argumenten te schragen als zijnde van dit moeten we standhouden. Ik denk dat daar ook een verandering in moet worden aangebracht. Wat is er dan nog makkelijker dan te zeggen van de overheid is op alle onderdelen aan te spreken. Geen enkel probleem zie ik daar in, geen enkele belemmering.

U ziet er geen belemmering voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Kunt u eens benoemen wat voor u argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid zijn?

Het meest voor de hand liggende argument is het gelijkheidsargument. Je kunt geen onderscheid maken tussen de burger en de overheid wat dat betreft. Als je onderscheid maakt dat de overheid zich niet aan de regels hoeft te houden, omdat het de overheid is niet gestraft mag worden, dan zijn we verkeerd bezig en dan schets je een beeld welke voor de burger denk ik niet te verkroppen is. Vandaar ook dat er tien jaar lang een

wetsvoorstel heeft rondgezongen waarbij men als uitgangspunt had dat vanuit het gelijkheidsidee het niet zo mag zijn dat de overheid en de mensen die namens de overheid optreden een bepaalde immuniteit hebben. Dat zou verholpen moeten worden door een andere situatie te creëren in de jurisprudentie.

Vindt u dat er een verschil dient te zijn tussen de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en de strafrechtelijke immuniteit van decentrale overheden?

Nee.

Als ik u zo hoor, was u voor het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke immuniteit van de overheid?

Ja, absoluut.

Het EHRM heeft in bepaalde arresten uitspraak gedaan over strafrechtelijke immuniteit van een overheid met betrekking tot natuurrampen/ milieuovertredingen. Het EHRM heeft bepaald dat een strafrechtelijke immuniteit van een overheid in bepaalde gevallen strijdig kan zijn met art. 2 EVRM. Er zit echter een groot verschil in wat mensen lezen in deze jurisprudentie. Kunt u mij vertellen wat u uit deze jurisprudentie lees?

Het gaat bij het EVRM om mensenrechten. Die mensenrechten gelden ook voor rechtspersonen. Of dat een op een ook voor de Staat geldt, daar wil ik nog over nadenken. Dat het gaat om mensenrechten wil zeggen dat die bepalingen de fundamentele van de grondrechten van de burger proberen vast te leggen. De jurisprudentie van het EHRM geeft daar invulling aan. Uit de uitspraak van Önerildiz/Turkije lezen veel mensen een soort rechtsplicht aan de overheid om ervoor te zorgen dat het recht op leven ook strafrechtelijk gegarandeerd wordt door de lidstaten. Ik weet niet of er zo'n rechtsplicht in te lezen valt. Daar heb ik mijn twijfels over. Wat er wel uit naar voren komt, denk ik, is dat de overheid zich wel degelijk bewust moet zijn van de omstandigheid dat het recht op leven sowieso gegarandeerd moet worden met een soort generaal preventieve bepaling in het strafrecht. Dat die ook voor de overheid geldt, dat beredeneer ik op argumenten die ook los staan van deze jurisprudentie.

De mensenrechten zijn opgericht ter bescherming van de burger tegen de overheid die faalt. Het is niet zo dat je daarmee ook meteen omgekeerd een verplichting aan de overheid hebt dat zij ook aangesproken moeten kunnen worden op basis van die mensenrechten. Zover reikt volgens mij die lezing niet, maar ik denk wel dat je op andere argumenten die ik net al heb gezegd de overheid zou moeten kunnen aanspreken. Nogmaals, achter die overheid gaan mensen schuil die handelen namens de overheid en het mag nooit zo zijn dat zij strafrechtelijk niet aan te spreken zijn voor de daden die zij hebben verricht namens de overheid, ook al was dat in het belang van de overheid die handelt namens ons. Dat is een situatie waarbij er een ongelijkheid op het speelveld ontstaat tussen de gewone burger en de mensen die handelen namens de overheid en dat is iets wat, denk ik, rechtsstatelijk niet te verkopen is.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in de Eerste Kamer bracht een voorstander van het wetsvoorstel naar voren dat tegenstanders van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, weinig acht lijken te slaan op de jurisprudentie van het EHRM. Ik hoor u zeggen dat u iets anders uit de jurisprudentie leest dan misschien andere mensen, maar vind u over het algemeen die jurisprudentie wel van belang?

Natuurlijk. Die jurisprudentie is zeker van belang omdat die het recht op leven en andere mensenrechten garanderen van de gewone burger tegen de handelende overheid. Om

daar omgekeerd uit af te leiden dat de overheid zelf strafrechtelijk aansprakelijk zou kunnen worden geacht bij het schenden van een mensenrecht, dat weet ik niet. Dan moet je heel veel inlezen in zo'n bepaling. Ik ben er van overtuigd dat bij het vaststellen van die bepalingen helemaal niet is gedacht aan deze situaties. Alles wat je er dan inleest, is simpelweg interpreteren en zover reikt mijn interpretatie niet. Ik denk dat er andere argumenten zijn die, los van die jurisprudentie, gelden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. De jurisprudentie geldt wel ter ondersteuning van die argumenten, want het kan niet zijn dat het recht op leven geschonden wordt door de overheid. Dat er straf opstaat als het recht op leven wordt geschonden, dat lees ik er ook wel in, maar dat het een op een voor elke overheid geldt op basis van die bepaling dat weet ik niet, maar ik kan mij wel andere argumenten voor de geest halen voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.

Bent u van mening dat de huidige Nederlandse regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid voldoet aan de eisen die het EHRM stelt?

Ik denk dat het feit dat de overheid in Nederland nog steeds immuniteit geniet op zich niet in strijd is met het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM op dat punt, want zover reikt die interpretatie volgens mij gewoon simpelweg niet.

Veelal wordt als argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid gebruikt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid de bestuurlijke verantwoordelijkheid zou kunnen doorkruisen. Wat is uw mening hierover?

Met bestuurlijke verantwoording wordt bedoeld dat het via het politieke bestuurlijke systeem opgelost wordt. Ik zie dat niet als een doorkruising. Deze systeemgedachte was wel de beredenering voor het Volkel-arrest. Dat arrest is twintig jaar oud. Nu wordt er nog steeds onderbouwd wordt met systeem argumenten. Dan wordt er gezegd dat de bestuurlijke en politieke aanpak beter op hun plaats zijn om de Staat tot orde te roepen dan via de juridische kant van het strafrecht. Dat zijn argumenten die de afgelopen twintig jaar eigenlijk over de kop zijn gegaan. Dat zie je in de jurisprudentie voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de decentrale overheid natuurlijk terug bij de Pikmeer jurisprudentie waar die systeemargumenten geen rol meer spelen of althans worden genuanceerd. Die systeemargumenten worden eigenlijk weggeschreven als zijnde dat was toen en dit is nu. Bij de Pikmeer jurisprudentie gaat het om de nuance dat bij hele specifieke bestuurstaken een uitzondering gemaakt zou worden. Die systeemargumenten zijn niet meer van toepassing, want het gaat niet meer over het feit dat er bestuurlijk en politiek een situatie kan worden gecreëerd waarbij je de overheid tot de orde roept waardoor de strafrechtelijke aansprakelijkheid niet meer aan de orde zou zijn.

Wat u nu beschrijft, wordt wel aangehaald in de Eerste en Tweede kamer als zijnde argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid.

Ja, terwijl die argumenten eigenlijk van twintig jaar geleden zijn. Die argumenten gelden niet meer bij de Pikmeer jurisprudentie. In Pikmeer heeft de Hoge Raad nadrukkelijk gezegd van het gaat hier niet om systeemargumenten. Het politieke systeem dat is prima, maar het gaat vooral om het feit dat het hier om een specifieke bestuurstak gaat die enkel en alleen door de overheid kan worden verricht en in dat geval zien wij toch nog een belemmering.

Het feit dat je die politieke bestuurlijke afdoening niet meer als een belemmering ziet om toch tot strafrechtelijke handhaving over te gaan, omdat er ook door derden soort gelijke handelingen kunnen worden verricht als door de overheid, dat vind ik al een winstpunt,

omdat je daarmee dat systeemargument van de rijksoverheid bij Volkel eigenlijk nuanceert tot iets wat geen waarde meer heeft in deze discussie. Het feit dat een gemeente bestuur valt omdat ze zich niet aan de regels houden, prima, maar dat staat los van dat ze individueel ook aangesproken moeten kunnen worden. Dat bijt elkaar niet. Natuurlijk wordt er rekening mee gehouden, maar dat gaat allemaal over de band van proportionaliteit, subsidiariteit en evenredigheid. Er wordt simpelweg rekening mee gehouden dat iemand zijn baan is kwijtgeraakt. Vergis je niet in het politieke spel. Als jij wethouder bent geweest van milieu en jij hebt of de overheid heeft steken laten vallen en jij moet je post opgeven, dan kan jij bij de volgende ronde, wat ook vaak is voorgekomen, gewoon weer wethouder worden als jouw partij wint. Alleen de kans dat je dan weer op milieu komt te zitten is erg klein. Dan ga je gewoon wat anders doen.

Dan zit daar totaal geen bestraffende werking in toch?

Dat heeft helemaal geen bestraffende werking, tenzij je bijvoorbeeld uit de partij wordt gezet, omdat je faliekant de boel hebt belazerd. Dat er rekening mee wordt met het feit dat iemand een publiek figuur is en publiekelijk ten schande gezet is, kan verdisconteerd worden in de strafmaat, maar dat doet niks af aan het feit dat er wel degelijk een strafrechtelijk traject zou moeten kunnen worden gestart en doorlopen worden als iemand zich niet aan de regels houdt.

Ik heb ook ergens gelezen dat de strafrechtelijke immuniteit deel weggelaten kan worden, want het is altijd aan de rechter om te beoordelen. Als iemand iets fout heeft gedaan dat is één ding maar of dat er straf opgelegd moet worden dat is nog een ander ding.

Dat is natuurlijk ook de achtergrond van het wetsvoorstel geweest. A was het gelijkheid en b ging ook vooral om het systeem. Intra systematisch bekeken is het het OM dat niet tot vervolging over gaat, omdat dat geen nut heeft gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad. Het lijkt mij een veel plausibelere afweging als een rechter inhoudelijk kan beoordelen of iemand wel of niet aangesproken kan worden dan dat een afhankelijke instantie die afweging maakt. Het OM is, hoe je het ook went of keert, een vertegenwoordiging van de overheid. Dan zou een onderdeel van de overheid stellen wij gaan niet tot vervolging van de overheid over. Dat moet je eigenlijk overlaten aan het onderdeel wat wel onderdeel van de overheid is, maar met een rechtsprekende taak is belast. Die staat er verder vanaf en heeft een grotere onafhankelijkheid en onpartijdigheid dan het OM. Het OM behartigt wel het algemene en individuele belang, maar daar zit natuurlijk toch een spanningsveld. Een onafhankelijke instantie moet kunnen zeggen wat hij er van vindt, los van eventuele taken of andere argumenten om te zeggen dat de overheid per definitie niet aangesproken kan worden. Ik zie geen enkel valide argument waarom de overheid en vooral ook de feitelijk leidinggevers niet aangesproken kunnen worden. Wat van Vollenhoven voorschrijft, is alleen feitelijk leidinggever. Ik zie geen argumenten om dat te handhaven in vergelijking met de aanpak binnen het bestuursrecht en het civiele recht.

Binnen het bestuursrecht kunnen er bestuurlijke boetes opgelegd worden aan de overheid, zelfs aan de Staat. Wat vindt u van dit feit?

Dat is een hele vreemde situatie. Er wordt in het strafrecht niet anders gestraft dan binnen het bestuursrecht. Het is een financiële sanctie. Je kunt de overheid niet bestraffen met een gevangenisstraf, daar leent het zich niet voor. Het wordt altijd een financiële sanctie. Waarom zou dat nou binnen het ene systeem wel kunnen en binnen het andere systeem niet. Dat is niet te verklaren.

Er wordt best wel vaak naar voren gebracht dat het bestuursrecht toch een andere functie heeft dan het strafrecht, een ander doel. Volgens het EHRM is een bestuurlijke boete echter ook een criminal charge. Verandert dit uw antwoord op bovenstaande vraag?

Nee. Dat onderscheid geeft nog een keer aan dat zij, die zeggen van er moet een mate van immuniteit in het strafrecht zijn voor overheden geconfronteerd met die bestuurlijke boete, eigenlijk geen argument naar voren kunnen brengen wat nog enige validiteit met zich mee kan brengen. Wat is de grondslag dan waar die immuniteit op stoelt? Ik kan hem niet opschrijven. Binnen het publiekrecht bestaan ik weet niet hoeveel regelingen waarin boetes kunnen worden opgelegd van astronomische grootte aan de overheid. Dat wordt ook gedaan en daar wordt ook helemaal niet moeilijk over gedaan. Niemand vindt dat vreemd. Waarom vindt men het dan wel vreemd om via het strafrecht op te treden. Dat vindt men vreemd omdat het dan geen orderingsdelicten zijn. Omdat de overtredingen die in het bestuursrecht beboetbaar zijn in zeker mate orderingsdelicten zijn. Ik vind het juist een voorwaarde dat de overheid zich ook schuldig kan maken aan commune delicten. Dat gebeurt ook aan de lopende band. Er wordt valsheid in geschriften gepleegd door de rijksoverheid en de decentrale overheid. Er vallen doden tijdens werkzaamheden van de overheid. Mag de overheid daar niet voor aangesproken worden? Natuurlijk wel. Mag dat dan ook terwijl ze een taak uitoefenen die enkel en alleen door de overheid uitgevoerd kan worden? Ja, waarom niet? Wat is inhoudelijk het argument dat een belemmering oplevert om strafrechtelijk aansprakelijk gesteld te worden. Ik kan het niet verzinnen, er geen valide invulling aan geven. Ik heb de argumenten gelezen en ben van geen enkele overtuigd dat het enigszins steekhoudend is.

U heeft nogal een uitgesproken mening. Nu ga ik een lastige vraag stellen. Stel, er wordt via een art. 12 Sv procedure een klacht tegen de beslissing van een OvJ om de overheid niet strafrechtelijk te vervolgen wegens immuniteit. Zou u dit beklag niet gegrond verklaren o.g.v. Volkel en Pikmeer II, of zou u wellicht in een bepaalde situatie toch oordelen dat de OvJ tot vervolging over moet gaan? Ik snap dat het lastig is omdat u altijd met meerdere raadsheren rechtspreekt natuurlijk, maar stel u zou alleen zitten zou u het dan aandurven?

Als de zaak zich daar voor leent en daar voor in aanmerking komt dan zou ik daar wel anders over oordelen.

Er zijn denk ik veel rechters die dat niet willen toegeven

Dan zou ik mezelf verloochenen dit is mijn mening en die is gebaseerd op de punten die ik naar voren breng en dan zou ik nu ineens ten aanzien van de uitvoering van mijn professie een andere mening moeten huldigen. Dat vind ik gek.

Zou u bij bovenstaande vraag nog onderscheid maken tussen de Staat en lagere overheden?

Nee. Waarom wordt de Staat wel bestraft als ze een illegaal tewerkgestelde vreemdeling laten kant knippen, via het bestuursrecht. Waarom zou dat niet als het ernstig genoeg is en de zaak zich er voor leent, tot strafrechtelijke vervolging van die overheid kunnen leiden. Wat daar uitrolt, daarvan zeggen de tegenstanders wat heeft dat voor zin. Ja, maar wat heeft het voor zin om hem wel een bestuurlijke boete op te leggen dan. Ja dan houdt men zich toch beter aan de regels. Zou dat dan niet ook voor levensdelicten gelden? Of voor valsheid in geschriften. Ik denk het wel.

In het bestuursrecht is eigenlijk hetzelfde argument. Dat wordt ook uit de staatspot betaald en wordt uiteindelijk ook door de burgers betaald.

Alle argumenten die voor het strafrecht gelden, gelden ook voor het bestuursrecht. Waarom doet men daar dan in het bestuursrecht niet moeilijk over en in het strafrecht wel.

Dat ze er in het bestuursrecht niet moeilijk over doen is voor jou een reden om te zeggen doe er in het strafrecht ook niet moeilijk over?

Ja, maar vooral ook omdat ik inhoudelijk geen argumenten zie die de strafrechtelijke immuniteit van de overheid nog steeds recht overeind houden. En ten tweede kijk wat er bij het bestuursrecht en het civiele recht gebeurt. Daar wordt zwaarder en omvangrijker gestraft dan binnen het strafrecht zelf. Daar vindt men die hele discussie over art. 51Sr geen enkel probleem, geen enkele belemmering om zowel gedecentraliseerde overheden als de Staat te beboeten. Alle argumenten die dan naar voren worden gebracht van dat zijn orderingsfeiten, die gaan niet op. De vraag kan dan worden gesteld a wat zijn orderingsfeiten en b waarom zou het niet voor commune feiten gelden. Omdat het andere feiten zijn, waar ligt het onderscheid? Dat is een vloeiende lijn, is geen onderscheid in te maken. Er is wel een verschil, maar dat zegt niks over of je er wel of niet voor gestraft kan worden. Je wordt bij beide mogelijkheden op dezelfde manier gestraft. Dat doet niks af aan de ernst van het feit of het soort feit. Er zijn geen harde argumenten om de strafrechtelijke immuniteit nog steeds staande te houden. Binnen het publiekrecht functioneert een groot deel simpelweg op dezelfde wijze als in het strafrecht en daar wordt zonder blikken of blozen de overheid wel gestraft. Dan is het extra vreemd om de immuniteitsdiscussie nog steeds overeind te houden.

Als ik u zo hoor, dan hecht u meer waarde aan het feit dat in het bestuursrecht wel bestraffing van de overheid plaatsvindt, dan aan de uitspraken van het EHRM?

Ja, zeker. Ik vind het een sterk argument om te ondersteunen datgeen wat ik bepleit en dat is dat de immuniteit opgeheven moet worden. Ik zie geen negatieve consequenties daarvan. Het zal geen stortvloed aan zaken opleveren.

Dat wordt er dus wel gezegd.

Dat is onzin. Dat is een kwestie van vervolgingsbeleid. Daar kan het OM op anticiperen door prioriteiten te stellen. Zo heel vaak komt het ook niet voor, maar als het voorkomt is het vaak wel heel ernstig. Als er doden vallen, waarom zou de overheid daarvoor niet aangesproken kunnen worden. Denk aan de vuurwerkramp Enschede en de schipholbrand. Er zijn legio voorbeelden die aanleiding geven om te kijken of er mensen zijn die niet hebben gefunctioneerd. In het strafrecht doen rechtspersonen het vaak buitengerechtelijk af via een hoge transactie, maar wie komt er voor de rechter. Zij die als mensen van vlees en bloed daar achter zitten, de feitelijk leidinggevers. Ja, maar die kan je ook vervolgen als gewone plegers wordt er gezegd. Dat hang er maar net van af. Waarom zou iemand niet vervolgd worden voor het volstorten van het Pikmeer met vervuild slib, omdat ze bij de overheid werken en dan kan het niet. Ik begrijp dat niet.

Alleen omdat je bij de overheid werkt kan het niet. Dat is het met Pikmeer ook. Daar was ook een feitelijk leidinggever van Grondmij N.V. die wel aangesproken is via het strafrecht als medepleger en de feitelijk leidinggever van de gemeente niet.

Ja dat is een enorme ongelijkheid. Dat heeft ook de discussie gegenereerd. De argumenten zijn gewoon niet voldoende om die ongelijkheid in stand te laten.

Sommige onderdelen van de Staat hebben wel rechtspersoonlijkheid en sommige niet die hetzelfde takenpakket hebben. De een kan wel aansprakelijk worden gesteld en de andere niet. Wat u dus zegt is dat het allemaal in strijd is met het gelijkheidsbeginsel?

Hoe meer je regelt, hoe meer belemmeringen je opwerpt. Eigenlijk regel je niks, want je creëert alleen maar chaos. Je moet geen onderscheid maken tussen de overheid en de burger. De overheid is niks, dat zijn wij. De overheid is er voor de burger, maar is ook de burger. De overheid werkt voor en wordt betaald door de burger. Het kan niet zijn dat het een dekmantel is waaronder iemand strafbare feiten kan plegen omdat hij de overheid is. Ik geloof gewoon niet in die immuniteit, althans niet in de argumenten daarvoor.

Bijlage II.III uitgewerkt interview

De cursief getypte tekst beslaat hetgeen de interviewer heeft gevraagd/gezegd. Het overige beslaat de antwoorden van de geïnterviewde.

Bent u bekend met de huidige Nederlandse regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, zo ja, kunt u deze kort omschrijven?

Ik zit zelf niet in het strafrecht. Strafrechtelijke immuniteit is na de Pikmeer-arresten geen vanzelfsprekendheid. De overheid kan strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld voor overheidshandelen dat mogelijk strafbaar is. Er zit een blokkade, maar ik weet niet precies hoe.

Op grond van het Volkel-arrest en de Pikmeer jurisprudentie geniet de Staat volledige strafrechtelijke immuniteit en geniet de decentrale overheid strafrechtelijke immuniteit voor zover er sprake is van uitvoering van een exclusieve bestuurszaak.

Ja dat was het.

Wat is uw mening over de gedeeltelijke strafrechtelijke immuniteit van de decentrale overheid?

Ik vraag mij af of in het strafrecht daar een taak is weggelegd. Lagere overheden kenmerken zich doordat er toezicht wordt gehouden door hogere overheden. Dat toezicht kan zowel preventief als repressief zijn en is bestuursrechtelijk van aard. Daarnaast nog civiele mogelijkheid voor de burger. Vraag mij af of de taak voor de Staat is weggelegd om lagere overheden aan te spreken. Dit zou anders zijn wanneer het toezicht echt onvoldoende is. Dat toezicht is onvoldoende vind ik, maar dat wil niet zeggen dat het strafrecht automatisch in die leemte moet gaan springen. Je zou ook kunnen denken aan het versterken van de toezicht.

Wat is uw mening over de strafrechtelijke immuniteit van de Staat?

De Staat heeft geen toezicht. De Staat is het hoogste overheidsorgaan. Idealiter zou het toezicht op het handelen van de Staat gebeuren vanuit het parlement, maar de Staat verricht zoveel handelingen dat het parlement dat nooit kan controleren. Er is ook geen hoger toezichthoudend orgaan. Voor Europa is het ook niet te doen. Voor de Staat zou misschien wel behoefte kunnen zijn aan strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Voor lagere overheden is er meer toezicht gelegen in de hogere overheid. Bij de Staat heb je dat excuus niet. Dan is er altijd wel een keer behoefte aan een onafhankelijke instantie die daar iets van vindt en een eventuele strafrechtelijke vervolging.

Vindt u dat er een verschil dient te zijn tussen de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en de strafrechtelijke immuniteit van decentrale overheden?

Ik kijk vanuit de noodzaak. Bij lagere overheden minder aanwezig omdat toezicht moet worden uitgeoefend door hogere overheden.

Wat zijn naar uw mening argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?

Het is maar de vraag of hogere overheden de capaciteit hebben om toezicht uit te oefenen. Daarnaast is het onderscheid tussen lagere en hogere overheden helemaal niet zo scherp. Vaak werken zij samen met bestuursovereenkomsten. Bijvoorbeeld provincie

en gemeente die samen een strafbaar feit plegen. Regionale omgevingsdiensten voeren taken voor gemeente en provincie uit. Kan altijd behoefte aan repressief optreden door middel van het strafrecht.

U zei net al dat u zich afvraagt of er in het strafrecht een taak is weggelegd op de controle van overheden. Wat zijn naar uw mening argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?

Overheden worden ook door de bestuursrechter beoordeeld. Is alleen beperkt tot besluiten. Er is ook een civielrechtelijke mogelijkheid. Dat kost alleen veel geld. Is ook maar de vraag of de staat in die leemte moet springen. De vraag is of het voldoende helpt.

Jarenlang heeft er een wetsvoorstel gediend om de strafrechtelijke immuniteit van de overheid op te heffen. Dit wetsvoorstel is in december 2015 met één stem verschil verworpen in de eerste kamer. Bent u bekend met dit wetsvoorstel, zo ja, wat vond u van dit wetsvoorstel?

Ik geloof niet zo heel erg in strafrechtelijk optreden tegen lagere overheden, maar ik zie wel het nut van strafrechtelijk optreden tegen de Staat dus dan geloof ik wel in het wetsvoorstel.

Dhr. Van Vollenhoven heeft in een notitie van zijn stichting maatschappij en veiligheid (SMV) aangegeven toe te werken naar een nieuw wetsvoorstel waarbij publiekrechtelijke rechtspersonen hun immuniteit behouden, maar natuurlijke personen binnen de overheid strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor strafbare feiten waar zij verantwoordelijk voor zijn. Wat vindt u van dit (ruwe) plan. Zou dit eventueel een goede 'middenweg zijn'?

Nee dat schuift alleen maar problemen af. Tactiek om een zondebok te krijgen. Als een feitelijk leidinggevende een fout heeft begaan dan geloof ik niet dat je dat strafrechtelijk moet oppakken. Ik geloof niet dat daar een taak voor het strafrecht is weggelegd.

Het EHRM heeft in bepaalde arresten uitspraak gedaan over strafrechtelijke immuniteit van een overheid met betrekking tot natuurrampen/ milieuovertredingen. Het EHRM heeft bepaald dat een strafrechtelijke immuniteit van een overheid in bepaalde gevallen strijdig kan zijn met art. 2 EVRM. Bent u bekend met deze jurisprudentie, zo ja, zou u kort kunnen uitleggen wat naar uw mening uit deze jurisprudentie voortvloeit?

Nee.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in de Eerste Kamer bracht een voorstander van het wetsvoorstel naar voren dat tegenstanders van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, weinig acht lijken te slaan op de jurisprudentie van het EHRM. Acht u deze jurisprudentie van het EHRM van belang voor de strafrechtelijke immuniteit van de overheid en waarom?

Uiteraard, je kunt wetten maken, maar EVRM staat boven de Nederlandse wet in formele zin. Als zo'n arrest uitwijst dat onze wetgeving onjuist is dan zal je daar iets mee moeten.

Binnen het bestuursrecht kunnen er bestuurlijke boetes opgelegd worden aan de overheid, zelfs aan de Staat. Wat vindt u van het feit dat binnen het bestuursrecht wel boetes opgelegd kunnen worden aan de overheid en binnen het strafrecht niet?

Uiteindelijk is dat de keuze van de Awb wetgever om dat niet te doen. Weet niet of ze daar erg lang over nagedacht hebben.

Ik heb de MvT gelezen bij inwerkingtreding 4^e tranche Awb. Zouden eigenlijk de strafrechtelijke regeling moeten volgen, maar in 2010 drie uitspraken geweest dat de Staat geen uitzondering geniet.

Het is inderdaad vreemd, maar wel een keuze van de wetgever. Bestuurlijke boete is niet super breed ingevoerd in de Awb. Dat de Wav geldt voor iedereen dat snap ik. Geen enkele reden waarom de Rijksgebouwendienst wel immigranten zonder vergunning kan aannemen.

Zoals u wellicht wel weet, wordt een bestuurlijke boete door het EHRM aangemerkt als een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM. Verandert dit uw antwoord op bovenstaande vraag?

Nee. Het is een criminal charge, maar zit een ander element is. Strafzaak wordt aanhangelijk gemaakt door een onafhankelijke instantie, het OM. En de bestuurlijke boete wordt opgelegd door een bestuursorgaan zelf. Dat betekent ook dat bij de bestuurlijke boete constant de afweging wordt gemaakt of die ingezet moet worden. Daar wordt terughoudender mee omgegaan.

Veelal wordt als argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid gebruikt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid de politieke verantwoordelijkheid zou kunnen doorkruisen. Wat is uw mening hierover?

Ik denk dat die politieke verantwoording, maar ook het toezicht binnen overheden dat daar de voorkeur naar uitgaat. Anders kan het leiden tot ongewenst verslappen van het toezicht. Strafrechtelijk optreden is alleruiterste restcategorie. Denk dat het OM en de rechtelijke macht is er niet op uitgerust is om dit aan te pakken. Strafrecht moet zich niet te veel op de hals halen. Terughoudend mee omgaan.

Bijlage II.IV uitgewerkt interview

De cursief getypte tekst beslaat hetgeen de interviewer heeft gevraagd/gezegd. Het overige beslaat de antwoorden van de geïnterviewde.

Bent u bekend met de huidige Nederlandse regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, zo ja, kunt u deze kort omschrijven?

Het komt erop neer dat er een onderscheid gemaakt moet worden tussen de centrale overheid en decentrale overheden waarbij de centrale overheid algehele strafrechtelijke immuniteit geniet. Voor wat de decentrale overheden betreft, wordt er een onderscheid gemaakt tussen of de verboden gedraging is uitgevoerd bij de uitvoering van een exclusieve overheidstaak of dat het gaat over een taak die ook uitbesteed had kunnen worden, bijvoorbeeld het zuiveren van water. In dat laatste geval bestaat er geen immuniteit.

Ik hoorde u voorafgaand aan het interview vertellen dat u niet echt een uitgesproken mening heeft over dit onderwerp. Zou u toch kunnen proberen een mening te vormen over de gedeeltelijke strafrechtelijke immuniteit van de decentrale overheid?

Ik vind het een lastig onderwerp, omdat het vaak al lastig is om strikt onderscheid te maken tussen de vraag of er nou sprake is van een publieke taak of niet. Een ander probleem is dat ik niet altijd goed kan inzien waarom dat onderscheid zou moeten gelden. Bij een publieke taak kunnen net zo goed fouten gemaakt worden. In andere gevallen zouden die dan strafrechtelijke aansprakelijkheid met zich meebrengen. Als het gaat om specifieke taken dan zou het ineens anders zijn. Daar liggen natuurlijk de argumenten contra aan ten grondslag. Dat geldt voor de decentrale overheid ook in die zin. Daar kan je over van mening verschillen.

U zegt net dat u niet zo goed inziet waarom er een onderscheid gemaakt moet worden tussen exclusieve overheidstaken of niet. Vindt u dan dat in beide gevallen wel of niet immuniteit moet zijn?

Ja, dat vind ik een lastig punt. Ik kan zowel de argumenten pro als contra de immuniteit wel begrijpen. Ik vind dat eigenlijk een politieke kwestie waar ik als rechter geen opvatting over heb. Ik vind dat echt een punt waar de politiek een knoop moet doorhakken. Ik heb geen principiële bezwaren tegen doorbreking van die immuniteit. Als die keuze gemaakt is dan heb je een situatie waarin je als rechter een oordeel kan vellen over iets wat wettelijk geregeld is.

Als ik u hoor zeggen dat het iets is wat aan de politiek overgelaten moet worden, dan heeft u denk ik dezelfde mening over de strafrechtelijke immuniteit van de Staat?

Ja.

Dat het niet aan de rechter is om het te bepalen?

Ja, dat het door de wetgever moet worden geregeld.

Maar het is eigenlijk al eerder door de rechter bepaald.

Daar kan je natuurlijk je kanttekeningen bij plaatsen. De hele ontwikkeling in de jurisprudentie van Pikmeer is inderdaad rechtersrecht. De wet is daar niet duidelijk over. In de jurisprudentie is het onderscheid tussen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke

rechtspersonen gemaakt. Je kan je afvragen of dat niet eigenlijk iets is wat wettelijk geregeld moet worden.

Dus ongeacht welke kant het op gaat?

Ja.

Vindt u dat er een verschil dient te zijn tussen de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en de strafrechtelijke immuniteit van decentrale overheden?

Hier spelen twee argumenten door elkaar. Het eerste probleem is een praktisch probleem. De vraag die gesteld kan worden is, wat is de overheid? Volgens mij was ook een van de punten van het wetsvoorstel om bepaalde entiteiten binnen de overheid strafrechtelijke positie te geven. Dat zie ik wel. Wanneer het gaat om de centrale overheid zelf, het ministerie van justitie maakt deel uit van de overheid en kan het OM bevelen om wel of niet te vervolgen. Het OM is wel zelfstandig, maar de minister kan aanwijzingen geven. Dat is het probleem wat betreft de centrale overheid. Het is een beetje gek dat de vervolgende instantie in feite ook onderdeel van de vervolgende instantie is. Dat is een praktisch en principiële probleem. Maar goed, daar zou je iets voor kunnen verzinnen om dat probleem weg te nemen.

Wat zijn naar uw mening argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?

Het vestzak-broekzak verhaal. Wat heb je eraan om aan jezelf een sanctie op te leggen. Je kan alleen denken aan het opleggen van boetes. Je kan de overheid geen taakstraf geven. Het is eigenlijk niet veel meer dan een symbolisch iets.

In het bestuursrecht krijgt de overheid ook bestuurlijke boetes opgelegd. Daar zouden toch dezelfde argumenten gelden dan? Daar kan het wel.

Ja, maar daar kan je natuurlijk ook een soort herstelsanctie opleggen. Hetgeen wat misgegaan is, herstellen. Dat vind ik zinvol. Bestaat in het strafrecht ook met betrekking tot het milieustrafrecht. Op zo'n manier zou je ook met de overheid om kunnen gaan, zeggen van probeer het maar te herstellen. Het opleggen van een geldboete lijkt niet erg zinvol. Dan schuift het ene departement het andere departement geld toe, maar dat is maar een kant van het verhaal.

Wat zijn naar uw mening argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?

Het voor een hoop mensen moeilijk uit te leggen dat zij wel voor de rechter komen te staan als zij iets verkeerd doen en de overheid niet wanneer er daar iets misgaat. Dat is een kwestie van gelijkheid. Gelijke behandeling van burgers en overheid. Ander argument is wellicht dat het sommige mensen of instanties binnen de overheid wat scherp houdt. Generale en speciale preventie zoals we die in het hele strafrecht kennen kan natuurlijk ook voor overheden gelden.

Over de boete. Ik snap best het argument van de staat betaalt een boete aan zichzelf, maar de Staat bestaat uit heel veel kleine onderdelen en die moeten aan het eind van het jaar allemaal hun begroting rond krijgen. Het raakt iemand wel.

Ja, maar wie raakt het? Als een bepaald onderdeel van de overheid tekort heeft, omdat hij een boete heeft moeten betalen. Wie betaalt die boete dan uiteindelijk? De burger.

Dat snap ik, maar dat is ook binnen het bestuursrecht.

In zoverre heb je denk ik geen helder principiële verschil.

Jarenlang heeft er een wetsvoorstel gediend om de strafrechtelijke immuniteit van de overheid op te heffen. Dit wetsvoorstel is in december 2015 met één stem verschil verworpen in de eerste kamer. Bent u bekend met dit wetsvoorstel, zo ja, wat vond u van dit wetsvoorstel?

Ik ben er globaal mee bekend. Ik vond het wel een goed doordacht ontwerp. Het heeft ook een vrij lange weg gehad. Uiteindelijk heeft men geprobeerd op een redelijke manier de kwestie van de immuniteit te regelen, maar daarbij zijn voor zover ik weet vooral in de eerste kamer alle argumenten voor en tegen de revue gepasseerd. Voor mij heeft het er schijn van dat het toevallig is geweest dat het is afgewezen. Het was een stem verschil van de aanwezigen partijen. Als er net eentje meer was van een partij die voor het wetsvoorstel was dan had het anders kunnen zijn. Het geeft wel aan dat het een kwestie is waar je vanuit verschillende invalshoeken heel verschillend tegenaan kan kijken. Wat ik het goede van het wetsvoorstel vond, is dat ze de bestaande stand van de jurisprudentie in de wet wilden verwerken. Sommige kwesties die de overheid niet goed uitkomt, worden op het bordje van de rechter gelegd die eigenlijk bij de politiek thuishoren. Daar zijn in de geschiedenis natuurlijk veel voorbeelden van. Dat geldt ook voor deze kwestie denk ik. In zoverre ben ik een voorstander om het wettelijk te regelen.

Het wetsvoorstel was er wel echt op gericht om alle immuniteit weg te nemen.

Nou alle weet ik niet.

Ja wel

Jij bent beter op de hoogte. Goed, daar heb ik geen pasklaar antwoord op. Dan zou ik moeten kijken naar de specifieke bepalingen die voorgesteld werden. Staat me niet voor de geest op wat voor manier ze dat wilden doen. Op dat detail niveau moet ik even verstek laten gaan. Op zichzelf genomen, ben ik voorstander van een wettelijke regeling. Zelfs eentje die niet alle immuniteit zou doorbreken, maar gewoon zou aangeven in welke gevallen juist niet tot strafrechtelijke vervolging over zou kunnen worden gegaan. Dat schept gewoon duidelijkheid. Als gezegd, als een zaak aan de rechter wordt voorgelegd, dan moet je spreken anders is het rechtsweigeren. Dan moet je binnen de rechtspraak grenzen aanleggen waar binnen de politiek anders over wordt gedacht. Dat vind ik altijd een moeizame kwestie. Als ik als rechter zeg maar op basis van de wet kan rechtspreken dan kan men in de politiek daar anders over denken, maar dan moeten ze de wet maar wijzigen. Als er geen goede wettelijke regeling is en ik moet mij er toch over uitspreken dan ben ik als rechter bang dat ik op het terrein van de politiek kom. Daar voel ik mij niet prettig bij. Je moet het wel doen als het van je gevraagd wordt, rechtsweigeren kan niet. De Hoge Raad doet ook geen natte vingerwerk, maar ik vind dat er in de politiek uitgekomen moet worden.

Stel, er wordt via een art. 12 Sv procedure een klacht tegen de beslissing van een OvJ om de overheid niet strafrechtelijk te vervolgen wegens immuniteit. Moeilijk om te bepalen omdat je niet alleen rechtsprekt. Zou u dit beklag niet gegrond verklaren o.g.v. Volkel en Pikmeer II, of zou u wellicht in een bepaalde situatie toch oordelen dat de OvJ tot vervolging over moet gaan?

In een art. 21 Sv procedure wordt aan het Hof gevraagd om op de stoel van het OM te gaan zitten. Het OM heeft besloten om de zaak niet te vervolgen en daar komt een klacht over binnen. In feite moet je dus de opportuniteit van de klacht gaan beoordelen. Daar

gelden eigenlijk twee hoofdcriteria voor. Eerste plaats moet je kijken of er in de zaak überhaupt wettig en overtuigend bewijs is dat tot een veroordeling kan leiden. Als dat niet is, dan verklaart de artikel 12 kamer de klacht ongegrond. Een andere kwestie is, gesteld dat er voldoende bewijs is, vervolgens is de vraag of het opportuun is om te vervolgen. Daar gelden ook allerlei criteria voor. Een gering feit kan een sepotgrond zijn, of een recente bestraffing. Wanneer het gaat om zo'n kwestie als strafrechtelijke immuniteit van de overheid moet je eigenlijk volgens datzelfde schema gaan denken. Eerst nagaan of er sprake is van een strafbaar feit, is er wel bewijs. Een van de criteria daarbij is de vraag of een vervolging überhaupt kans maakt. Als je kijkt naar de bestendige jurisprudentie maakt de vervolging geen kans, dan zou je zeggen klacht ongegrond. Het kan natuurlijk ook zo zijn, en dan wordt het lastig, dat het maar de vraag is of de vervolging kansloos is gezien bepaalde ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan in de maatschappij of in de politiek. Dan zou dat wellicht een argument kunnen zijn om te zeggen eigenlijk is het OM kort door de bocht gegaan, want zo kansloos is het niet. Misschien als je kijkt naar de jurisprudentie zoals die 10 jaar geleden gold, maar er zit wel een bepaalde ontwikkeling in en deze zaak die zit op het randje, maar kansloos is het niet. Dan is het misschien juist wel een reden, in het kader van het maatschappelijk debat, om te zeggen dan wijzen we de klacht toe. Dat is een vrij genuanceerd verhaal. ik denk dat in verreweg van de meeste gevallen wordt gekeken naar de bestaande jurisprudentie.

Zou u bij bovenstaande vraag nog onderscheid maken tussen de Staat en lagere overheden?

Ik denk dat het bij de Staat nog lastiger ligt.

Dhr. Van Vollenhoven heeft in een notitie van zijn stichting maatschappij en veiligheid (SMV) aangegeven toe te werken naar een nieuw wetsvoorstel waarbij publiekrechtelijke rechtspersonen hun immuniteit behouden, maar natuurlijke personen binnen de overheid strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor strafbare feiten waar zij verantwoordelijk voor zijn. Wat vindt u van dit (ruwe) plan. Zou dit eventueel een goede 'middenweg' zijn?

Ja dat vind ik lastig. Als je kijkt naar de situatie dat het niet gaat om overheden, dan zit er achter het feitelijk leidinggever altijd een rechtspersoon. Die rechtspersoon is dan ook altijd aansprakelijk, want je geeft feitelijk leiding aan een verboden gedraging die door een rechtspersoon wordt gepleegd. Ik vind het lastig om dat uit elkaar te halen op het eerste gezicht. Waar heb je feitelijk leiding aan gegeven als de organisatie waarbinnen dat feit gepleegd is daarvoor niet vervolgd kan worden?

Bijvoorbeeld met Pikmeer was het zo dat iemand feitelijk leiding gegeven heeft, maar er was ook een particulier bedrijf bij betrokken met een feitelijk leidinggever. Die is wel strafrechtelijk vervolgd en die van de gemeente niet. Het is eigenlijk wel vreemd dat de enige reden dat je niet aangesproken kan worden, is omdat je toevallig feitelijk leidinggever bij een overheid bent en niet bij een bedrijf.

Ja, maar je kan het ook omdraaien. Als je zeg maar als reden dat de overheid niet strafrechtelijk aansprakelijk is aanhoudt dat het gaat om het uitoefenen van een specifieke bestuurstaak en dat daarbij niet past om hem strafrechtelijk te vervolgen, zou het gek zijn als je de functionaris die met die publieke taak binnen de overheid belast is wel te gaan vervolgen. Dat staat er dan tegenover. In zoverre vind ik dat een ietwat moeizaam plan. Ik vind het lastig om de feitelijk leidinggevers los te koppelen van hun functie binnen die overheid. Dat neemt niet weg dat er situaties denkbaar kunnen zijn dat functionarissen binnen de overheid strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden, maar dan gaat

het vaak om dingen die juist wel los te koppelen zijn van de specifieke bestuurstaken. Als iemand een graai doet in de kas, natuurlijk is hij dan strafrechtelijk aansprakelijk.

Het EHRM heeft in bepaalde arresten uitspraak gedaan over strafrechtelijke immuniteit van een overheid met betrekking tot natuurrampen/ milieuovertredingen. Het EHRM heeft bepaald dat een strafrechtelijke immuniteit van een overheid in bepaalde gevallen strijdig kan zijn met art. 2 EVRM. Bent u bekend met deze jurisprudentie, zo ja, zou u kort kunnen uitleggen wat naar uw mening uit deze jurisprudentie voortvloeit?

Daar zou ik mij in moeten verdiepen. Ik weet wel dat Van Sliedregt daar op ingegaan is in haar preadvies en dat daar ook de meningen over verdeeld zijn. Zij beschrijft dat ook volgens mij hoe je die uitspraak moet duiden. Dat is wat ik er over kan zeggen. Als ik zo'n zaak op mijn bordje zou krijgen dan ga ik er goed naar kijken.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in de Eerste Kamer bracht een voorstander van het wetsvoorstel naar voren dat tegenstanders van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, weinig acht lijken te slaan op de jurisprudentie van het EHRM. Acht u deze jurisprudentie van het EHRM van belang voor de strafrechtelijke immuniteit van de overheid en waarom?

Ja uitermate belangrijk. Zeker. Als je uit die uitspraak met voldoende duidelijkheid zou kunnen afleiden dat de strafrechtelijke immuniteit in strijd is met het EVRM dan moeten we daar iets aan doen. Alleen wat ik er van begrijp, is dat die uitspraak niet heel eenduidig is. Daar zal de komende jaren vast en zeker meer jurisprudentie over komen. Dat kan ook iets zijn wat een rol kan spelen bij een art. 12 Sv. Procedure. Als er een duidelijke uitspraak van het EHRM ligt en om die reden wordt een klacht ingediend, dan zal dat misschien bijdragen aan toewijzing van de klacht in afwachting van nadere regelgeving.

Bent u van mening dat de huidige Nederlandse regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid voldoet aan de eisen die het EHRM stelt?

Dat vind ik dus een lastige kwestie.

Binnen het bestuursrecht kunnen er bestuurlijke boetes opgelegd worden aan de overheid, zelfs aan de Staat. Wat vindt u van het feit dat binnen het bestuursrecht wel boetes opgelegd kunnen worden aan de overheid en binnen het strafrecht niet?

Bij het strafrecht spelen andere doelen een rol dan binnen het bestuursrecht. Je kan het wel allebei een punitieve sanctie noemen, maar helemaal hetzelfde is het niet. Effect is wellicht hetzelfde, maar het uitgangspunt is anders. Er is geen sprake van een strafbaar feit, maar van iets wat in strijd is met een bepaalde bestuursrechtelijke voorschrift. Dat vind ik wel een verschil maken. Voor de rest is het niet een hele logische situatie. Dat het uiteenloopt, is niet heel logisch, maar je kan je afvragen waarom het ook binnen het strafrecht zou moeten kunnen als het ook binnen het bestuursrecht kan.

Ik hoor u zeggen dat bestuursrecht een anders doel heeft, maar een bestuurlijke boete door het EHRM aangemerkt als een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM. Verandert dit uw antwoord op bovenstaande vraag?

Dat is het onlogische eraan. Ik kan begrijpen dat het EHRM het aanmerkt als een criminal charge. Qua effect is het hetzelfde natuurlijk. Rechtspositionele aspecten als het gaat om een sanctie moeten ook in acht genomen worden. Op zichzelf opmerkelijk dat er een verschil is.

Ik heb gelezen bij de MvT bij de vierde tranche Awb dat er aansluiting zou moeten worden gezocht bij de jurisprudentie van het strafrecht wat betreft immuniteit van de overheid. Nu heeft de Raad van State het toch anders bepaald. Het blijft vreemd dat het bij de een wel kan en bij de ander niet.

Ja. Zo is het. Of je daar een argument aan moet ontleen van dus moet het in het strafrecht ook kunnen dat is een andere kwestie.

Veelal wordt als argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid gebruikt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid de bestuurlijke verantwoordelijkheid zou kunnen doorkruisen. Wat is uw mening hierover?

Als er echt sprake is van strafbare feiten dan word ik als burger ook niet naar de kamer geroepen om tekst en uitleg te geven dan sta ik voor de strafrechter. Politieke controle op de overheid is nuttig, maar betekent naar mijn idee niet dat je op basis daarvan zou moeten zeggen dat de overheid nooit strafrechtelijk aansprakelijk gesteld zou kunnen worden.

Bijlage II.V uitgewerkt interview

De cursief getypte tekst beslaat hetgeen de interviewer heeft gevraagd/gezegd. Het overige beslaat de antwoorden van de geïnterviewde.

Bent u bekend met de huidige Nederlandse regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, zo ja, kunt u deze kort omschrijven?

Rechtspersonen kunnen net als natuurlijke personen in het strafrecht strafrechtelijk aansprakelijk gesteld worden voor de delicten die zij plegen via 51 Sr. Dat geldt eigenlijk voor zowel privaatrechtelijke rechtspersonen als publiekrechtelijke rechtspersonen, maar jurisprudentieel is daaraan toegevoegd dat publiekrechtelijke rechtspersonen niet strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor handelingen die zij verrichten in hun exclusieve overheidstaak. Dat betekent dat in sommige gevallen geen veroordeling zal komen. Dit geldt specifiek t.a.v. lagere overheden. T.a.v. Staat is vooralsnog geen strafrechtelijke aansprakelijkheid aangenomen.

Voor het interview zei u al dat u niet echt een sterke mening had over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Kunt u toch eens proberen een mening te vormen over de gedeeltelijke strafrechtelijke immuniteit van de gedecentraliseerde overheid en deze te omschrijven?

Als een gemeente meer optreedt als privaatrechtelijke deelnemer aan het verkeer of in elk geval niet in het kader van een exclusieve overheidstaak dan vind ik het goed voorstelbaar dat je een overheid aansprakelijk houdt voor de fouten die hij maakt en de delicten die hij pleegt. Het zou heel vreemd zijn als een overheid zich altijd gevrijwaard weet van de strafrechtelijke aansprakelijkheid terwijl zij als privaatrechtelijke deelnemer aan het verkeer of in elk geval niet in het kader van exclusieve bestuurstaken delicten plegen.

Wat is uw mening over de strafrechtelijke immuniteit van de Staat?

Mijn aarzeling is dat ik mij niet goed kan voorstellen hoe dat in het strafrecht verwezenlijkt kan worden. Ik kan mij voorstellen dat je de Staat aansprakelijk houdt voor een onrechtmatige daad die gepleegd wordt. Een strafbaar feit is een onrechtmatige daad. Daar heb je een civielrechtelijke weg voor, je kan schadevergoeding vragen. Dan heb je te maken met burgers die onder de onrechtmatige daad hebben geleden en schade vergoed moeten krijgen. Hoe dat strafrechtelijk geregeld zou moeten worden dat zie ik niet. Ik sluit niet uit dat het kan, maar hoe je een Staats straf door justitie dat kan ik mij niet zo goed voorstellen of inbeelden. Daar zou ik dan meer over moeten lezen hoe dat dan zou moeten. Dat is mijn grootste aarzeling.

Ik zie heus wel het nut van de normbevestiging. Principe ook van de rechtstaat dat de overheid ook gehouden is aan de wet. Dan mag je ook verwachten dat de overheid geen strafbare feiten pleegt, maar ik vraag me af of daar nou altijd het strafrecht voor nodig is. Als jij vaststelt dat de Staat aansprakelijk is en de Staat via het civiele recht een schadevergoeding laat betalen of wat dan ook dan denk ik dat je hetzelfde effect kan bereiken met een ander middel. Dat neemt niet weg dat ik de functie van het strafrecht niet inzie, maar hoe het ingekleurd wordt dat vind ik lastig.

Vindt u dat er een verschil dient te zijn tussen de strafrechtelijke immuniteit van de Staat en de strafrechtelijke immuniteit van decentrale overheden?

Ik denk dat decentrale overheden meer handelen als privaatrechtelijke rechtspersoon of in elk geval niet in het kader van publiekrechtelijke overheidstaken deelnemen aan het verkeer en dat de taken die zij uitoefenen zich makkelijker lenen voor een strafrechtelijke vervolging. Ik kan mij gewoon niet zo goed voorstellen in welke situaties de Staat strafrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld behalve als het gaat om hele grote zaken zoals iets militairs ofzo.

Zoals Volkel bijvoorbeeld?

Ja, maar de gemeentes bijvoorbeeld die zijn verantwoordelijk voor de opleiding van brandweerlieden. Als er dan eentje verdrinkt, daar is een voorbeeld van, terwijl het opleiden van brandweermannen op zich wel uitbesteed zou kunnen worden aan privaatrechtelijke rechtspersonen dan is het niet in het kader van een publieke overheidstaak en dan kan ik mij voorstellen dat je de gemeente daarvoor aansprakelijk stelt. Vergelijkbare situaties vind ik moeilijker in te stellen als bij de Staat anders dan dat het over hele grote dingen gaat die juist civielrechtelijk worden aangekaart.

Stel, het opleiden van het brandweermannen is wel een exclusieve overheidstaak. Zou u dan vinden dat de gemeente daarvoor niet strafrechtelijk voor hoeft te worden vervolgd?

Lastig is dat. Dat weet ik niet.

Wat zijn naar uw mening argumenten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid?

Normbevestiging. Laten zien aan de burger dat de Staat zich ook aan de wet dient te houden en daarvoor ook op het matje geroepen wordt. Mensenrechtelijk gezien zijn er verschillende uitspraken van het EHRM, bijvoorbeeld Budayeva en Öneriyildiz dat zijn zaken waarin de Staat onvoldoende zorg heeft betracht voor de inwoners tegen rampen. Daar heeft het EHRM gezegd dat het ook wel eens aangewezen kan zijn om strafrecht in te zetten.

Dan blijven we nu even bij het onderwerp van het EHRM. Het EHRM heeft in bepaalde arresten uitspraak gedaan over strafrechtelijke immuniteit van een overheid met betrekking tot natuurrampen/ milieuovertredingen. Het EHRM heeft bepaald dat een strafrechtelijke immuniteit van een overheid in bepaalde gevallen strijdig kan zijn met artikel 2 EVRM. Over deze jurisprudentie wordt echter verschillend gedacht. Zou u kort kunnen uitleggen wat naar uw mening uit deze jurisprudentie voortvloeit?

In elk geval dat je de overheid niet altijd kunt vrijwaren van aansprakelijkheid alleen maar omdat het een overheid is. Ik lees er ook in dat het strafrecht daar een rol in zou kunnen spelen. Dat het strafrecht daar de norm zou kunnen bevestigen en dus in elk geval dat een overheid vanwege het zijn van een overheid zich kan beroepen op immuniteit. Of dat nou altijd via het strafrecht moet, dat vraag ik me af of je dat eruit kan lezen.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel opheffing strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid in de Eerste Kamer bracht een voorstander van het wetsvoorstel naar voren dat tegenstanders van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid, weinig acht lijken te slaan op de jurisprudentie van het EHRM. Acht u deze jurisprudentie van het EHRM van belang voor de strafrechtelijke immuniteit van de overheid en waarom?

Ja zeker. Ik vind sowieso dat de uitspraken van het EHRM in acht genomen moeten worden in onze eigen wetgeving en uitspraken. Dat heeft rechtstreekse werking. Het bestaat in mijn ogen niet dat je daar geen acht op slaat.

Bent u van mening dat de huidige Nederlandse regeling omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid voldoet aan de eisen die het EHRM stelt?

Ik denk wel als het gaat om dat wij publiekrechtelijke rechtspersonen al kunnen aanspreken. Dat wij lagere overheden in elk geval ook kunnen aanspreken daar waar zij niet optreden in het kader van exclusieve overheidstaken. Of het nog verder moet gaan dan dat, daar ben ik nog niet over uitgedacht. Ik vind ook dat een overheid moet kunnen doen waar het toe geroepen is. Uiteraard met de nodige zorgvuldigheid. De overheid moet niet moedwillig wetten overtreden en dergelijke, maar moet een overheid ook niet vleugellam maken. Als na goede overdenking en overpeinzing wordt besloten om een actie te ondernemen die uiteindelijk ook leidt tot een strafbaar feit dan vraag ik me af of je de overheid daarvoor op het matje moet roepen. Dan krijg je misschien een passieve overheid die niks meer durft aan te pakken terwijl ze daar wel de verantwoordelijkheid voor hebben.

Als u het zo zegt dan gaat u er vanuit dat er altijd een zorgvuldige afweging is gemaakt en dat het allemaal netjes gedaan is, maar dat is ook niet altijd zo. In Öneriyildiz gaat het ook over de Staat en niet alleen lagere overheden en daar zijn ook echt fouten gemaakt. Stel dat gebeurt in Nederland en er kan dan geen strafvervolg ingesteld worden.

Stel er staat vast dat de besluitvorming onzorgvuldig is geweest. Dan kan ik me ook voorstellen dat je zegt nou dat heeft schade opgeleverd dus er moet schade vergoed worden. We stellen publiekelijk vast via een civielrechtelijke procedure dat er gefaald is en dat er aansprakelijkheid is en dat daar genoegdoening voor moet komen. Wat heb je dan niet vraag ik mij af. Dat is een moeilijke. Ik snap de andere kant ook. Ik heb ook een annotatie geschreven waarin ik juist eigenlijk betoogde dat het EHRM misschien wel dwingt tot strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar ik merk bij mezelf dat mijn gedachten daarover nog wel eens wisselen. Ik durf niet met grote stelligheid te zeggen die immuniteit moet eraf en het moet het strafrecht in want op een andere manier schieten we tekort. Daar twijfel ik over.

Kunt u dan eens argumenten tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid benoemen?

Het moet niet zo zijn dat een overheid bang is om te handelen. Een overheid zal soms onwelgevallige beslissingen moeten nemen alleen al als je het hebt over militaire taken enzovoort. Ook plaatselijk kan dit voorkomen bij ruimtelijke ordening bijvoorbeeld. Het lijkt mij onmogelijk als een overheid zich steeds over de schouder zou moeten kijken door angst geregeerd zijn besluiten neemt. Ik denk soms dat het zomaar kan zijn dat je als je een overheidstaak uitvoert schade toebrengt aan een ander en dat het ook nog wel eens kan uitmonden in een strafbaar feit. Dat moet je altijd proberen te voorkomen, maar het is niet uitgesloten en mijn argument tegen zou zijn dat exclusieve taken gewoon uitgevoerd moeten kunnen worden ook als daar niet zulke fijne consequenties aan vast zitten. Die exclusieve overheidstaken zijn voor mij echt essentieel.

U zegt ze kunnen bang zijn om gestraft te worden, maar ze kunnen ook al via civiel en bestuurrecht 'gestraft' worden. Wat maakt dan het verschil dat het strafrecht is?

Bij bestuur gaat het meer over dat ze onzorgvuldig tot een besluit zijn gekomen. Dan kun je ook daadwerkelijk toekomen aan een retributie. Daarmee bedoel ik genoegdoening door schadevergoeding. De toegevoegde waarde van het strafrecht is dan eigenlijk alleen maar namingandshaming, aan de schandpaal hangen. Dat vind ik een beetje armoedig. Dat dat dan de meerwaarde moet zijn. Ik denk dat je de meerwaarde ook op andere manieren kan halen.

Jarenlang heeft er een wetsvoorstel gediend om de strafrechtelijke immuniteit van de overheid op te heffen. Dit wetsvoorstel is in december 2015 met één stem verschil verworpen in de eerste kamer. Bent u bekend met dit wetsvoorstel, zo ja, wat vond u van dit wetsvoorstel?

Bij mijn weten zit het daar ook heel erg op het opheffen van de immuniteit van de personen achter de publiekrechtelijke rechtspersonen dus de ambtenaren.

Ook de publiekrechtelijke rechtspersonen zelf en de Staat.

Ja , onder alle omstandigheden. Dan zou ik het toch nog eens moeten nalezen. Als het gaat om volledig opheffen van de immuniteit dus ook als het gaat om exclusieve overheidstaken dan ben ik daar nog niet per definitie voorstander van.

Dhr. Van Vollenhoven heeft in een notitie van zijn stichting maatschappij en veiligheid (SMV) aangegeven toe te werken naar een nieuw wetsvoorstel waarbij publiekrechtelijke rechtspersonen hun immuniteit behouden, maar natuurlijke personen binnen de overheid strafrechtelijk aansprakelijk gesteld kunnen worden voor strafbare feiten waar zij verantwoordelijk voor zijn. Wat vindt u van dit (ruwe) plan. Zou dit eventueel een goede 'middenweg zijn'.

Weet ik niet zo goed. Eigenlijk geldt voor feitelijk leidinggevendens hetzelfde als voor de rechtspersoon dat het niet zo moet zijn dat de overheid belemmerd wordt in de uitvoering van haar taken en dat het mogelijk moet zijn om onwelgevallige beslissingen te nemen. Zelfs beslissingen die schade toebrengen aan anderen omdat daarmee het grote belang bijvoorbeeld behartigd wordt. Binnen zo'n rechtspersoon zijn er natuurlijk personen, feitelijk leidinggevers, die de knopen door hakken dus eigenlijk geldt dat argument daarvoor ook dat ik nog niet zo zeker weet of het een goed idee is om activiteiten die puur in de uitvoering van overheidstaken zitten om daarvoor strafrechtelijk aansprakelijkheid aan te nemen.

U weet ook nog niet zeker strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen of feitelijk leidinggevers niks is?

Nee. Wat ik belangrijk vind, is de vraag welk probleem je oplost met het wetsvoorstel. Ik geloof namelijk niet dat wij in Nederland overheidsorganen en ambtenaren hebben die moedwillig op zoek zijn naar het schaden van mensen, dieren, dingen of milieu. Er zal heus corruptie plaatsvinden, maar daar zijn ambtenaren allang strafrechtelijk voor vervolgbaar dus daar valt niks meer te regelen. Je gaat een mogelijkheid bieden tot strafrechtelijke vervolging van mensen die met goede bedoelingen proberen het land verder te krijgen. Ik heb niet het idee dat er in Nederland zo ontzettend onder de maat wordt gepresteerd of zo slecht onder de maat wordt gehandeld. Ik denk eerder dat het zit in een kwestie van een onzorgvuldigheid of een belangenafweging die naar de ene kant is uitgeslagen terwijl die, achteraf, naar de andere kant had moeten uitslaan. Ik vind dat bij uitstek dingen die in het civiele recht kunnen worden beslecht en waar namingandshaming niet echt gepast is. Dat is de extra functie van het strafrecht. Als je moet twijfelen aan de integriteit aan de overheid dan heeft het misschien een functie, maar ik twijfel niet zo aan de integriteit van onze overheid.

Stel, er komt een OvJ die toch de overheid strafrechtelijk aansprakelijk stelt, ook al is er sprake van exclusieve bestuurstaken, is er wel veel fout gegaan. Zou je dan in sommige gevallen durven om iets anders te doen dan Volkel of Pikmeer of zou u zich toch aan die uitspraken houden?

Zolang wij geen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat krijgen, zie ik voor mij als rechter geen taak weggelegd, juist omdat ik er twijfels over heb, om daarin baanbrekende vonnissen te wijzen en wel uit te gaan van aansprakelijkheid. Ik ben er niet bang van om een lagere overheid die strafbare feiten begaat te bestraffen met inachtneming van de regels die daaromtrent zijn en de jurisprudentie die daaromtrent is. Ik zal serieus kijken van vind ik dit een publiekrechtelijke overheidstaak of niet. Vergunningsverlening vind ik dat wel. Als daarbij blijkt onzorgvuldig gehandeld te zijn en belangenafweging niet goed is, dan moet er een civielrechtelijke schadevergoeding komen en hoeft dat niet strafrechtelijk. Ik ben zeker niet bang om publiekrechtelijke rechtspersonen die niet aan die criteria voldoen om die te bestraffen. Ik voel zelf niet te drang om hierin de deur open te zetten voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat.

Een reden om het wel te doen zou zijn, omdat er een Europeesrechtelijke verplichting zou zij. Als je vindt dat Europees recht, gelet op uitspraken van het EHRM of Hof van Justitie, leidt tot de verplichting om de Staat strafrechtelijk aansprakelijk te stellen dan moet je dat als rechter doen zelfs contrair aan de wet, omdat je Europees recht hoort toe te passen, maar ik vraag me af of Europees recht ons daar nadrukkelijk toe dwingt. Dan zie ik voor mij als rechter daar geen taak voor weggelegd.

Binnen het bestuursrecht kunnen er bestuurlijke boetes opgelegd worden aan de overheid, zelfs aan de Staat. Wat vindt u van het feit dat binnen het bestuursrecht wel boetes opgelegd kunnen worden aan de overheid en binnen het strafrecht niet?

Dat vind ik best met elkaar te verenigen. Bestuursrecht ziet toch op de ordening en op het overheidshandelen als bestuursorgaan en dan vind ik het ook passen dat in dat kader er toezicht wordt gehouden en eventueel wordt gehandeld als het nodig is. Ik vind niet dat dit bijt. Ik spreek mezelf tegen, want een bestuurlijke boete is natuurlijk wel punitief en dat is wel gewoon een straf. Dan moet ik dat wat ik bij strafrecht heb gezegd misschien wel doortrekken naar het bestuursrecht. Ik vind wel dat het kan leiden tot een verplichting om schade te vergoeden, maar niet tot een boete.

Zoals u wellicht wel weet, wordt een bestuurlijke boete door het EHRM aangemerkt als een criminal charge in de zin van art. 6 EVRM Verandert dit uw antwoord op bovenstaande vraag?

Ik wil daar graag op terugkomen. Ik vind in beginsel dat als je bestuursrechtelijk punitief optreedt dat je dan zoveel mogelijk moet aansluiten bij het strafrecht.

(later gegeven antwoord per mail zie einde)

Bij het inwerktreden van de 4e tranche van de Awb stond in de MvT ook dat aansluiting zou moeten worden gezocht bij de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid. Toen zijn er uitspraken geweest waarbij de RvS het uitdrukkelijk in het midden gelaten of dat gold in het bestuursrecht. Dat laatste arrest heeft betrekking tot de Staat. Het is een bestraffende sanctie. Je kan zo beredeneren van als het in het strafrecht niet mag, dan mag het binnen het bestuursrecht ook niet, maar je kan ook denken. Als het binnen het bestuursrecht wel kan, waarom kan het dan binnen het strafrecht niet?

Ja, kan je twee kanten op redeneren. Ik vind dat je de schermen over die grenzen moet laten vallen. Niet denken van het is strafrecht dus dit of het is bestuursrecht dus dat. Ik vind dat je daar overeenstemming in moet vinden. Het is allemaal recht en het is allemaal punitieve bejegening. Daar horen dezelfde uitgangspunten voor te gelden. Dat vind ik ook t.a.v. leerstukken als aansprakelijkheid van de overheid.

Ongeacht welke kant het op gaat, moet het wel hetzelfde zijn dus?

Ja.

Veelal wordt als argument tegen strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid gebruikt dat strafrechtelijke aansprakelijkheid de bestuurlijke verantwoordelijkheid zou kunnen doorkruisen. Wat is uw mening hierover?

Dat is waarom ik twijfel over of je de overheid in het kader van de uitoefening van exclusieve bestuurstaken aansprakelijk moet stellen juist vanwege die publiekrechtelijke verantwoording die ze sowieso hebben en eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid als dat mis is gegaan of als er sprake is van onzorgvuldigheid. Toegevoegde waarde van strafrecht is de schandpaal. Ik vind dat onbeholpen als dat het enige argument is. Ik denk dat als de media oppikken dat de Staat wordt veroordeeld tot betaling van een mega schadevergoeding in de zaak bijvoorbeeld van de Molukse treinkaping, Sebreniza of wat dan ook dat dat effect enorm is. Ik betwijfel echt of het strafrecht daar nog iets kan bewerkstelligen wat niet bewerkstelligd kan worden via het civiele recht. Omdat dat al zo groot is en om zoveel geld gaat en zo grote belangen dat als de Staat in dat kader op de vingers wordt getikt en wordt gezegd dat de Staat onzorgvuldig heeft gehandeld ik denk dat je dan het effect al bereikt hebt. Aanvullende werking van het strafrecht dat zie ik dan niet zo.

U vindt dus niet dat er niet gestraft mag worden, maar vindt dat het strafrecht daar niet echt toegevoegde waarde bij heeft?

Ja het instrument strafrecht heeft geen toegevoegde waarde. Je hebt eigenlijk alleen maar de boete waarmee je fatsoenlijk kunt straffen en openbaar maken van de uitspraak. Als publiekrechtelijke rechtspersonen civielrechtelijk aansprakelijk gesteld wordt. Nou dat wordt breed uitgemeten. Ik denk dat het voor een gewone burger niks uitmaakt of er wordt gezegd de Staat heeft een onrechtmatige daad gepleegd en is aansprakelijk en moet miljoenen betalen of de Staat is strafrechtelijk veroordeeld en de strafrechter heeft met zijn vingertje omhoog gezeten. Ik denk echt dat het effect niet veel verschilt. Dogmatiek van het strafrecht is anders, maar naming en shaming van de overheid heb je het strafrecht echt niet voor nodig denk ik.

Later verkregen e-mail:

Hallo Veerle,

Het was leuk om mee te doen aan het interview. Het heeft mij ook weer aan het denken gezet.

Nu ik wat herlezen heb, kan ik wel degelijk argumenten bedenken voor het opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat. Zelfs als een bestraffing uitblijft wegens een geslaagd beroep op een strafuitsluitingsgrond, kan het strafrecht een functie hebben. Ik blijf er echter wel bij dat ik niet de behoefte voel om als rechter hierin het voortouw te nemen. De wetgever zal weloverwogen een principiële keuze moeten maken. Ik kan ook leven met de keuze om de strafrechtelijke immuniteit voor de Staat te behouden, temeer omdat ik denk dat het civiele recht soelaas kan bieden. Als de rechter vaststelt dat de Staat een onrechtmatige daad heeft gepleegd en schadeplichtig is, dan heeft dat heus wel het effect van "namingandshaming". Bovendien komt een schadevergoeding rechtstreeks ten goede aan de burger die schade heeft geleden. Wel zo eerlijk en effectief (Overigens voorziet het strafrecht ook wel in eens schadevergoedingsmaatregel. Een strafrechtelijke boete lijkt mij echter redelijk zinloos.). Zolang de strafrechtelijke immuniteit van de Staat niet wordt opgeheven, zou ik als rechter alert zijn op de procedurele waarborgen voor burgers die de Staat civielrechtelijk aansprakelijk willen stellen. Een effectieve rechtsgang

voor een burger om op te komen tegen de staat is onontbeerlijk en moet desnoods door de Staat zelf gefaciliteerd worden. Een burger moet bijvoorbeeld toegang krijgen tot de informatie die nodig is om een vordering te onderbouwen.

Dat er nu verschil is tussen bestuursrecht en strafrecht op dit gebied, vind ik lastig. De bestuurlijke boete is net zo punitief als de strafrechtelijke boete. Duijkersloot schreef:

“Voor wat betreft een vergelijkbare immuniteit van de overheid voor de oplegging van bestuursrechtelijke punitieve sancties is de situatie zoals deze bestond voor 2010 door recente rechtspraak niet verhelderd. Rechtspraak waarin wel de knoop wordt doorgemaakt over de principiële toepasselijkheid van de Pikmeer-lijn voor decentrale overheden is er niet. Waar het gaat om de immuniteit van de Staat kan alleen worden gewezen op een uitspraak van de Afdeling uit 2010. Hierin bevestigt de Afdeling het oordeel van de rechtbank en maakt duidelijk dat in deze zaak betreffende Wav-boetes geen immuniteit voor de Staat geldt. Of dit ook zou gelden voor andere rechtsterreinen, in situaties waarin de wetgever zich niet uitdrukkelijk heeft uitgelaten over de mogelijkheid van boeteoplegging aan de Staat, blijft evenwel de vraag.”

Daar sluit ik mij graag bij aan.

Op dit moment zou ik als rechter nog prima uit de voeten kunnen met de Pikmeer-arresten als het aankomt op de strafbaarheid van decentrale overheden. Veel succes met je scriptie.