

# Opheffing strafrechtelijke immuniteiten verworpen door de Eerste Kamer

O&A 2016/30

In een democratische rechtsstaat is de legitimiteit van overheidsoptreden nimmer vanzelfsprekend. Ze kan steeds ter discussie gesteld worden. Zeker in het huidige tijdsgewricht van zeer versplinterde volksvertegenwoordigingen op centraal en decentraal niveau gebeurt dat veelvuldig. Er moet voortdurend worden gewerkt aan het behouden en versterken van die legitimiteit, ook door het aanpassen van wet- en regelgeving. In dat licht gezien heeft de Eerste Kamer een belangrijke kans laten liggen toen zij op 10 november 2015 met slechts één stem verschil het wetsvoorstel verwierp dat beoogde de strafrechtelijke immuniteit van de publiekrechtelijke rechtspersonen en hun leidinggevenden op te heffen. De Commissie-Roelvink noteerde al 2002 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”.<sup>2</sup> Na het rapport van de Commissie-Roelvink bleek de regering niet erg enthousiast om met wetgeving te komen. Het is aan initiatiefrijke Tweede Kamerleden te danken – met een beetje hulp van de Raad van State – dat er uiteindelijk toch een buitengewoon evenwichtig wetsvoorstel voorlag, waarin de principiële gelijkstelling van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen werd uitgesproken, maar ook rekening werd gehouden met de bijzondere positie van de overheid door de opneming van een bijzondere strafuitsluitingsgrond.

Door de verwerping van het wetsvoorstel blijven we opgescheept met de ongelukkige Pikmeerjurisprudentie. Die jurisprudentie leidt tot een niet te rechtvaardigen ongelijke behandeling tussen de Staat enerzijds en lagere publiekrechtelijke rechtspersonen anderzijds, waarvan de strafrechtelijke immuniteit immers wel deels is opgeheven. Van de Hoge Raad zelf kan, in het licht van de grenzen van zijn rechtsvormende taak en de recente afwijzing door de wetgever, op dit terrein voorlopig weinig worden verwacht.<sup>3</sup> Veel verder dan nadere definiëring van het geldende publieke-taak criterium zal het waarschijnlijk niet komen. Of er moet inspiratie komen uit Straatsburg waar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met name op basis van art. 2 EVRM steeds verdergaande eisen lijkt te stellen aan de noodzaak tot strafrechtelijk onderzoek bij mensenrechtenschendingen door de overheid.<sup>4</sup>

Hoe heeft het tot deze mislukking kunnen komen? Niet omdat er in de Eerste Kamer nieuwe argumenten werden ingebracht. De hele, inmiddels overbekende, trits kwam langs: van de bijzondere aard van de overheid, het vestzakbroekzakverhaal, de eenheid van de regering, de vrees voor toename van risicomijdend gedrag, en de daaraan in zekere zin tegengestelde vrees voor een stortvloed aan zaken tot en met doorkruising van de politieke controle door strafrechtelijke aansprakelijkheid. Alleen D66 kwam met een nieuw tegenargument op de proppen. Senator Engels vond het problematisch dat de voorgestelde stelselwijziging voornamelijk zou berusten op normatieve, morele gronden. Het belang van de maatschappelijke normbevestiging werd door de D66-fractie als een te “dunne grondslag” voor een “substantiële” stelselwijziging gezien.<sup>5</sup> Dit is wel een heel erg “dunne” tegenargumentatie. Normbevestiging is juist een zeer stevige grondslag voor een strafrechtelijke stelselwijziging. In het strafrecht gaat het zeker “ook om normvorming en normbevestiging”.<sup>6</sup> Immers:

“Door middel van een openbaar strafproces wordt naar buiten toe getoond dat onrecht wordt bestreden en dat het probleem serieus wordt genomen. Aan de maatschappij wordt duidelijk gemaakt dat bepaald gedrag ongewenst is. Het strafrecht heeft een grote morele autoriteit en kan daarom een belangrijke normbevestigende functie vervullen.”<sup>7</sup>

Anders dan de D66-senaatsfractie meende, bood het wetsvoorstel dus juist een uitgelezen mogelijkheid om beter recht te doen aan een belangrijke functie van het strafrecht. Een functie die bovendien niet in een vacuüm opereert en direct is verbonden met het thema van de legitimiteit van overheidsgezag.

Dat D66 niet gelukkig was met het wetsvoorstel was al in de Tweede Kamer gebleken. De fractie stemde daar ook al tegen het voorstel. De voornaamste reden dat het wetsvoorstel de eindstreep niet haalde was dat de CDA-fractie in de Eerste Kamer dwars ging liggen. En dat was opmerkelijk, althans voor relatieve buitenstaanders, omdat het oorspronkelijke wetsvoorstel naast de voornaamste initiatiefnemer Wolfsen (PvdA) mede werd gedragen door CDA'er Van der Camp. Na diens vertrek naar het Europees Parlement werd zijn positie ingenomen door de CDA'er Oskamp, die het initiatiefwetsvoorstel dan ook mede in de Tweede en Eerste Kamer verdedigde. Terwijl in de Tweede Kamer de CDA-fractie nog voor stemde, waren de CDA-senatoren ‘en bloc’ tegen.

1 Hoogleraar, resp. onderzoeksassistent staatsrecht Universiteit Utrecht.

2 *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de staat*, Den Haag februari 2002.

3 Hans Peters is hier wat optimistischer over. Naar zijn oordeel is het wachten op de “juiste casuïstiek”. Zie zijn ‘Wordt niet vervolgd...’, *NTB* 2016/1.

4 D. Roef, ‘De immuniteit van overheden: een stand van zaken in EVRM-perspectief’, *Strafblad* 2012, afl. 3, p. 185 e.v.

5 *Handelingen I* 2015/16, 30538, 5, p. 3.

6 De Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 128-129.

7 R. Rijnhout, E. Sikkema & W.S. de Zanger, ‘Strafrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid als wegbeheerder bij dodelijke ongevallen’, *RM Themis* 2014, afl. 1, p. 23.

Een van de voornaamste, maar ook bekendste, tegenargumenten die CDA-woordvoester Van Bijsterveld in stelling bracht was dat het wetsvoorstel het spanningsveld tussen de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de politieke controle op scherp zou stellen. In haar woorden:

“Dat roept hoe dan ook de vraag op hoe bepaald wordt welke van de twee prevaleert. Denk aan een situatie waarin over dergelijke voorvallen al politieke verantwoording is afgelegd; het debat is al gesloten en dan vindt er daarna nog strafvervolgning plaats. En denk aan de andere kant van de medaille: als strafvervolgning al plaatsvindt, maar de politieke verantwoording nog moet plaatsvinden. Als een zaak eenmaal onder de rechter is, belemmert dat de democratische verantwoording aanzienlijk.”<sup>8</sup>

Vanuit staatsrechtelijk oogpunt bezien is het merkwaardig dat dit argument wederom in stelling werd gebracht. Ook de Hoge Raad heeft in *Pikmeer II* (r.o. 5.10) principieel erkend dat stelsels van politieke verantwoordelijkheid en strafrechtelijke aansprakelijkheid naast elkaar kunnen bestaan. Staatsrechtelijk gaat het dan ook helemaal niet om de vraag welke vorm van controle prevaleert. Het oogmerk van beide typen van controle verschilt immers sterk. Bij de politieke controle gaat het uiteindelijk om het antwoord op de vraag: kunnen we door met deze bewindspersoon? Of deze voldaan heeft aan de bestanddelen van een bepaalde delictsomschrijving kan daarbij weliswaar relevant zijn, maar is slechts een van de vele aspecten die bij de beoordeling van de politieke verantwoordelijkheid een rol spelen. Tot een zelfstandige beoordeling door Kamerleden van de vraag of de Staat een strafbaar feit heeft gepleegd en of een minister hieraan feitelijk leiding heeft gegeven komt het nooit. En dat is logisch, want daarvoor zijn Kamerleden niet geëquipeerd. De eventuele vrees dat met de opheffing van de strafrechtelijke immuniteit de politieke controle aan kracht zou verliezen lijkt ook uit de lucht gegrepen. Chronologisch gezien zal de politieke controle vrijwel altijd als eerste plaatsvinden. De kans dat een bewindspersoon of een bestuurder zich op zijn zwijgrecht gaat beroepen met het oog op een eventuele strafrechtelijke vervolging is vrijwel nihil. En als bijvoorbeeld een minister dat wel zou willen doen, dan handelt hij in strijd met de antwoordplicht uit artikel 68 Grondwet, waarna de minister niet anders rest dan opstappen en vervolgens een nieuwe bewindspersoon tot het geven van volledige openheid van zaken kan worden gedwongen.

Is er dan nog reden voor de vrees dat Kamerleden zich (onnodig) geremd zullen voelen doordat (een deel) van de zaak bij de strafrechter ligt? Dat was misschien 50 jaar geleden nog zo, toen Tweede Kamerleden op basis van de *sub judice*-regel zich wel eens wat terughoudend wilden opstellen, maar in het huidige tijdsgewricht lijkt er van remmingen op dat vlak geen sprake meer te zijn. Ook als het politieke proces is afgerond hoeft dit strafrechtelijke vervolging niet in de weg te zitten. Immers, de strafrechter hanteert – in

tegenstelling tot de volksvertegenwoordiging – een strikt juridisch toetsingskader. Eerder is er sprake van een positieve (wissel)werking waarbij een afgerond strafproces behulpzaam kan zijn voor het (re)activeren van politieke verantwoordelijkheid.

Kortom, een van de voornaamste tegenargumenten van de CDA-senaatsfractie was en blijft weinig overtuigend. Overigens is het opvallend dat dit argument werd ingebracht in de Kamer die de politieke controle juist niet tot haar voornaamste taak rekent. Het doet een beetje merkwaardig aan dat de Eerste Kamer de Tweede Kamer blijkbaar tegen zichzelf heeft willen beschermen.

Een enthousiaste minister Van der Steur vermeldde aan het einde van het debat:

“Voorzitter. Dat ik opsprong, is vanwege het plezier dat ik vanavond aan dit debat heb beleefd. Het debat en het wetsvoorstel hebben in ieder geval al parlementaire geschiedenis geschreven, waarnaar in mijn verwachting nog lang zal worden verwezen in de literatuur, wat de uitkomst van het debat ook moge zijn.”<sup>9</sup>

Zowel op grond van de kwaliteit van de gehanteerde argumenten van de tegenstemmende fracties als op grond van de behaalde uitkomst delen we de vreugde van de minister geenszins. We zullen ons de stemming van 10 november 2015 vooral herinneren als het moment waarop het voortbestaan van *Pikmeer II* als standaardarrest onnodig lang werd gerekt en waarop een uitgelezen kans werd gemist een bijdrage te leveren aan de versterking van de legitimiteit van overheidsgezag.

8 *Handelingen I 2015/16, 30538, 5, p. 1.*

9 *Handelingen I 2015/16, 30538, 5, p. 36.*