

Commentaar

Past de Staat der Nederlanden in het verdachtenbankje?

N. Rozemond*

In moeilijke gevallen zijn juristen op zoek naar het juiste antwoord zonder te weten of dat juiste antwoord ook daadwerkelijk bestaat. Een jurist tracht het juiste antwoord te vinden met behulp van argumenten voor en tegen de verschillende oplossingen van het moeilijke probleem. De sterkste argumenten bepalen wat de juiste oplossing is. Op het moment dat een jurist denkt dat hij het juiste antwoord heeft gevonden, weet hij echter nog steeds niet zeker of die oplossing ook echt de juiste is. Een jurist kan argumenten over het hoofd hebben gezien of de juistheid van argumenten kan afhangen van empirische gegevens waarover de jurist niet beschikt.

Twijfel over de juistheid van een gevonden antwoord is een gevolg van de relatieve onkenbaarheid van het recht als geheel van wettelijke bepalingen, rechterlijke beslissingen, rechtsbeginselen en juridische opinies en de relatieve onkenbaarheid van de sociale werkelijkheid waarin het recht wordt toegepast. Niemand heeft een volmaakt zicht op het systeem van het recht en op de veranderende werkelijkheid. Het is daarom belangrijk dat juristen bij het formuleren van een antwoord op een moeilijke rechtsvraag rekening houden met de mogelijkheid dat zij zich vergissen: een gegeven antwoord is niet meer dan een feilbare juistheidsclaim.

Het besef van eigen feilbaarheid kan ertoe leiden dat een jurist geen antwoorden durft te geven op moeilijke rechtsvragen. Het antwoord op een moeilijke rechtsvraag is voor de twijfelende jurist wat Ronald Dworkin een 'tie judgement' heeft genoemd: geen van de voorgedragen antwoorden is het onbetwistbaar juiste antwoord of ze lijken allemaal even juist en daarom moet een definitief oordeel over de juistheid van de verschillende antwoorden worden opgeschort.

Volgens sceptische rechtstheoretici zouden alle juridische debatten over moeilijke rechtsvragen in een gelijkspel moeten eindigen: argumenten en tegenargumenten houden elkaar in moeilijke gevallen altijd in evenwicht.

* N. Rozemond is universitair hoofddocent strafrecht aan de Faculteit der rechtsgeleerdheid van de VU.

Vaak worden juridische beslissingen in moeilijke gevallen geformuleerd als eenduidige oplossingen, maar daarmee wordt slechts een schijnzekerheid opgehouden waarachter een diepe scepsis schuilgaat over de juistheid van het gegeven antwoord.

Een voorbeeld van een beslissing die met grote stelligheid werd gepresenteerd, is het Volkel-arrest (NJ 1994, 598) waarin de Hoge Raad in een korte en ogenschijnlijk daadkrachtige beslissing uitmaakte dat de Staat der Nederlanden als rechtspersoon niet strafrechtelijk vervolgbaar is. De Staat wordt geacht het algemene belang te behartigen, ministers en staatssecretarissen zijn daartoe verantwoording schuldig aan de Staten-Generaal, in bijzondere gevallen kunnen deze natuurlijke personen strafrechtelijk worden vervolgd voor ambtsmisdrijven en met dit stelsel strookt niet dat de Staat als rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld, aldus de Hoge Raad.

Wie de zeer uitvoerige conclusie van advocaat-generaal Fokkens bij het Volkel-arrest leest, kan met deze beslissing van de Hoge Raad instemmen: er zijn tal van (niet door de Hoge Raad genoemde) argumenten die pleiten voor strafrechtelijke immuniteit van de Staat als rechtspersoon. Wie vervolgens de uitgebreide noot van Corstens onder het arrest leest, kan het niet meer eens zijn met de beslissing van de Hoge Raad: de Staat en ook andere openbare lichamen moeten gewoon kunnen worden vervolgd, net als private rechtspersonen.

De standpunten van Fokkens en Corstens sluiten elkaar uit en wellicht hadden Fokkens en Corstens daarom allebei ongelijk: er zijn geen 'knock down'-argumenten voor of tegen vervolgbaarheid van de Staat. De juiste beslissing zou een 'tie judgement' moeten zijn: beide standpunten zijn even juist of ze zijn allebei onjuist of een oordeel over de juistheid moet net zo lang worden opgeschort totdat de juiste beslissing is gevonden. Hieruit volgt dat ook het Volkel-arrest onjuist was. Er zijn geen doorslaggevende argumenten voor of tegen vervolgbaarheid van de Staat en daarom had de Hoge Raad zijn beslissing minder categorisch moeten inkleden.

Dat had ook gekund via een meer open beslissing die had kunnen beginnen met de volgende eenvoudige redenering: rechtspersonen kunnen strafbare feiten begaan (art. 51 lid 1 Sr), de Staat der Nederlanden is een rechtspersoon (art. 1 lid 1 boek 2 BW) en dus kan ook de Staat strafrechtelijk worden vervolgd voor strafbare feiten (art. 51 lid 2 Sr). Dient de vervolgbaarheid van de Staat te worden uitgesloten of beperkt, dan moet de wetgever daarover een specifieke politieke beslissing nemen in de vorm van een bijzondere wettelijke bepaling, maar dat is niet gebeurd bij de invoering van artikel 51 Sr. De wetgever vond in 1976 de kwestie of de Staat strafrechtelijk moest kunnen worden vervolgd 'weerbarstige materie' en daarom liet de wetgever deze moeilijke rechtsvraag maar onbeantwoord. Door het ontbreken van een

negatief antwoord had de Hoge Raad artikel 51 Sr gewoon kunnen toepassen op de Staat als rechtspersoon.

Alle argumenten die twijfel wekken over de wenselijkheid om de Staat te vervolgen, hadden vervolgens via diverse juridische stootkussens kunnen worden opgevangen. In de specifieke gevallen dat vervolging van de Staat in het licht van het algemene belang onwenselijk is, kan het Openbaar Ministerie op grond van dat algemene belang besluiten om de Staat niet te vervolgen (art. 167 lid 2 en 242 lid 2 Sv). Dat kan gebeuren onder toezicht van het college van procureurs-generaal, de Minister van Justitie en het parlement en met de mogelijkheid voor belanghebbenden om bezwaar tegen niet-vervolging te maken via artikel 12 Sv.

Om de Staat met succes te kunnen vervolgen, moet bovendien strafrechtelijke aansprakelijkheid kunnen worden vastgesteld. Er moet voldoende bewijs van een strafbaar feit zijn. Er moet op grond van dat bewijs kunnen worden vastgesteld dat er sprake is van een strafbare gedraging aan de hand van specifieke wettelijke strafbepalingen en algemene strafrechtelijke leerstukken inzake causaliteit, opzet en schuld.

Daderschap van de Staat moet vervolgens kunnen worden bepaald op grond van de daderschapscriteria voor rechtspersonen uit het Kabeljauw-arrest (NJ 1982, 80): de Staat moet beschikkingsmacht hebben gehad over de strafbare gedraging en de Staat moet de gedraging of gelijksoortige gedragingen ook hebben aanvaard.

Na vaststelling van een strafbare gedraging en daderschap van de Staat als rechtspersoon kan de Staat een beroep doen op strafuitsluitingsgronden. Daarbij kunnen voor de Staat vooral de noodtoestand, de uitvoering van een wettelijk voorschrift, het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid en de afwezigheid van alle schuld van belang zijn.

Ten slotte kan bij de oplegging van sancties rekening worden gehouden met het bijzondere karakter van de Staat. Er kunnen transacties worden aangegaan of bestuurlijke boetes worden opgelegd, zodat de strafrechter er niet eens aan te pas hoeft te komen, of de strafrechter kan boetes of voorwaardelijke straffen opleggen of een schuldigverklaring zonder oplegging van straf uitspreken.

Wanneer de Hoge Raad in de Volkel-zaak een dergelijke open beslissing had genomen, dan had het leerstuk van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat zich de afgelopen acht jaar kunnen ontwikkelen via richtlijnen van het Openbaar Ministerie, via afspraken over het sluiten van transacties onder politieke verantwoordelijkheid van de betrokken ministers en onder toezicht van het parlement, via bijzondere criteria ter invulling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat als rechtspersoon en via specificaties van strafuitsluitingsgronden voor de Staat. Zou de wetgever het niet

eens zijn geweest met de ontwikkeling van richtlijnen, afspraken, criteria en specificaties, dan had de wetgever altijd nog kunnen ingrijpen door middel van wetgeving.

In het Tweede Pikmeer-arrest (NJ 1998, 367) nam de Hoge Raad een dergelijke open beslissing ten aanzien van lagere overheden die onder hoofdstuk 7 van de Grondwet vallen (onder andere gemeenten, provincies en waterschappen). In het Tweede Pikmeer-arrest verruimde de Hoge Raad de criteria voor vervolgbaarheid van lagere overheden met argumenten die verwezen naar veranderde opvattingen in de politiek en de wetenschap en naar veranderingen in het recht, de samenleving en de organisatie van de overheid. Voor rechtsrealisten is het wellicht interessant om te weten dat Corstens inmiddels in de Hoge Raad was benoemd en ook als raadsheer is betrokken was bij deze beslissing.

Het Tweede Pikmeer-arrest riep vervolgens de vraag op of de Hoge Raad met deze beslissing ook was teruggekomen op het Volkel-arrest. De argumenten die de Hoge Raad ertoe hadden bewogen om de vervolgbaarheid van lagere overheden te verruimen, zouden immers kunnen worden toegepast op de rechtsvraag uit het Volkel-arrest: moet de Staat strafrechtelijk kunnen worden vervolgd?

Precies over deze moeilijke rechtsvraag heeft de vaste commissie voor Justitie uit de Tweede Kamer uitvoerig van gedachten gewisseld met de Minister van Justitie, waarbij een meerderheid van de kamercommissie ertoe neigde om het standpunt uit de noot van Corstens onder het Volkel-arrest te volgen: de Staat moet net als provincies, gemeenten, waterschappen en private rechtspersonen vervolgbaar zijn. Naar de mening van sommige kamerleden vloeit die vervolgbaarheid nu al voort uit de argumenten van het Tweede Pikmeer-arrest.

De Minister van Justitie verzette zich hevig tegen de meerderheid van de kamercommissie, vooral omdat zijn eigen Staatsrechtelijke positie dubbelzinnig dreigde te worden: hij is politiek verantwoordelijk voor vervolgingsbeslissingen van het Openbaar Ministerie en hij is als lid van de regering mede verantwoordelijk voor strafbare feiten waarvoor de Staat als rechtspersoon zou kunnen worden vervolgd. De kamercommissie hield echter voet bij stuk en drong aan op maatregelen van de kant van de minister, die daarop een commissie van vier vooraanstaande juristen benoemde voor nader advies (zie voor het debat Kamerstukken II 1996/2002, 25 294, nr. 1-15). Op 8 maart 2002 verscheen het verslag van de commissie van vier juristen. De conclusie van de commissie is dat de argumenten van de Hoge Raad uit het Volkel-arrest niet langer overtuigend zijn, maar dat de Staat als rechtspersoon toch niet vervolgbaar moet worden. Wel moet vervolgbaarheid worden gecreëerd voor onderdelen van de Staat die een bepaalde mate van

zelfstandigheid hebben in het maatschappelijke verkeer (bijvoorbeeld de Belastingdienst en het KNMI). De vervolgbaarheid van die staatsonderdelen moet volgens de commissie worden beperkt tot ordeningswetgeving. Dezelfde beperking moet worden aangebracht in de vervolgbaarheid van lagere overheden: gemeenten en provincies moeten wel kunnen worden vervolgd voor overtreding van bijvoorbeeld milieuwetgeving en arbeidswetgeving, maar niet voor commune delicten als dood door schuld, diefstal en mishandeling. Ten aanzien van de Minister van Justitie moet volgens de commissie een uitzondering in het leven worden geroepen voor zijn politieke verantwoordelijkheid inzake de vervolgbaarheid van de overheid.

In een brief aan de Tweede Kamer heeft de Minister van Justitie inmiddels al laten weten dat hij niet akkoord kan gaan met de beperking van zijn eigen verantwoordelijkheid voor vervolging van de overheid. Verder deelde de minister heel slim aan de Tweede Kamer mee dat een 'nadere analyse' van het advies noodzakelijk is 'om tot een definitief oordeel te komen' over de vraag welke onderdelen van de overheid vervolgbaar dienen te worden voor welke strafbare feiten. Wij herkennen hier de sceptische strategie van de opschorting van een oordeel wanneer de juistheid van bepaalde antwoorden wordt betwijfeld.

De categorische aspecten van het advies van de vier juristen zijn de zwakke kanten ervan. Het advies voert vooral praktische argumenten aan voor de uitsluiting van de vervolgbaarheid van de Staat als rechtspersoon en voor de beperking van vervolgbaarheid van de overheid tot het ordeningsstrafrecht, maar die argumenten hebben een hoog gissingsgehalte. De vier juristen claimen te weten wat de onwenselijke effecten van vervolgbaarheid van de overheid voor commune delicten zullen zijn, hoewel de relatieve onkenbaarheid van die effecten juist een reden zou kunnen zijn om geen categorische scheiding aan te brengen in de strafbare gedragingen waarvoor de overheid kan worden vervolgd. Met hun categorische scheiding sluiten de vier juristen bij voorbaat de vervolging uit van overheden na rampen zoals deze in Volendam en Enschede hebben plaatsgevonden. De onmogelijkheid om overheden en ambtenaren in dergelijke gevallen te vervolgen, heeft nu juist geleid tot een opleving van de discussie over Volkel en Pikmeer II. Ook kan van te voren moeilijk worden aangegeven welke politieke problemen de Minister van Justitie zal ontmoeten wanneer de Staat als rechtspersoon vervolgbaar zal zijn.

Mijn eigen feilbare gissing is dat de categorische onderdelen uit het advies van de vier juristen ertoe zullen leiden dat een wettelijke regeling voor de vervolgbaarheid van de overheid nog wel een tijdje vooruitgeschoven zal worden. De wetgever neemt slechts genoeg met onbetwijfelbare oplossingen voor deze 'weerbarstige materie'. Omdat categorische oplossingen

voor de vervolgbaarheid van de overheid niet bestaan, kan een definitieve wettelijke regeling eindeloos worden uitgesteld.

Mijn betwistbare mening is verder dat artikel 51 Sr nog steeds gewoon op de Staat als rechtspersoon en ook op lagere overheden kan worden toegepast en dat de problemen die zich bij overheidsvervolgingen voordoen stap voor stap kunnen worden opgelost. Dat zou een ‘popperiaanse’ benadering zijn van relatief onkenbare problemen via ‘piecemeal social engineering’. Daarmee had de Hoge Raad al in 1994 in de Volkel-zaak een begin kunnen maken.

Misschien moeten belanghebbende burgers het recht in eigen hand nemen en via artikel 12 Sv de moeilijke rechtsvraag aan de rechter voorleggen of het Volkel-arrest inmiddels achterhaald is. In de noot onder het Volkel-arrest, in het Tweede Pikmeer-arrest, in het daarop volgend debat tussen de Minister en de kamercommissie van Justitie, in de wetenschappelijke literatuur en in het advies van de vier juristen zijn voldoende argumenten te vinden voor een Tweede Volkel-arrest waarin de Hoge Raad in gewijzigde samenstelling (met Corstens) terugkomt op zijn eerdere beslissing dat de Staat niet vervolgbaar is voor strafbare feiten.¹

1 Een mooie gelegenheid daarvoor biedt de beslissing van het Openbaar Ministerie in Maastricht om staatssecretaris Monique de Vries van Verkeer en Waterstaat niet strafrechtelijk te vervolgen, hoewel zij volgens het Openbaar Ministerie formeel wel schuldig is aan het feitelijk leidinggeven bij het storten van vervuild slib in het natuurgebied De Rijkelse Bemden in Limburg. Volgens *Het Parool* van 23 maart 2002 berust de beslissing van het Openbaar Ministerie om de staatssecretaris niet te vervolgen op het Volkel-arrest.