

Vergaderjaar 1996–1997

**25 294**

## **Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen**

**Nr. 2**

**NOTA**

### **1. Inleiding**

1.1 Het zogenaamde Pikmeer-arrest, waarin de vervolging van een gemeente-ambtenaar die verontreinigd slib in het Pikmeer had laten storten vooralsnog afstuitte op de onvervolgbaarheid (in dat geval) van de gemeente (HR 23 april 1996, NJ 1996, 513 m.nt. 'tH), heeft eens te meer duidelijk gemaakt voor welk dilemma regering en parlement zich ten aanzien van overtredende overheden geplaatst zien. Enerzijds zijn er de (even belangrijke als vanzelfsprekende) gehoudenheid van de overheid aan het recht en het gelijkheidsbeginsel, dat niet toelaat dat overheidsorganen vrijuit gaan waar burgers voor dezelfde overtreding worden gestraft. Anderzijds zijn er de publieke taak en het daarmee verbonden vertrouwen die in ons staatsbestel aan overheidsorganen zijn toegekend, en de noodzaak van het behoud van het evenwicht in de staatkundige verhoudingen. Het kabinet is zich bewust van de noodzaak van een duidelijke positiebepaling in deze kwestie, maar ziet zich tegelijkertijd geconfronteerd met uiteenlopende visies en oplossingsrichtingen. Dit bleek nog eens tijdens het Algemeen Overleg dat op 18 februari jl. tussen de Tweede Kamer en de minister van Justitie plaats had naar aanleiding van het advies dat het openbaar ministerie over deze materie aan de minister heeft uitgebracht (aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van 16 december 1996, kamerstukken II 1996/97, 25 000, VI, nr. 31). Het kabinet komt tot het volgende standpunt.

1.2 Wanneer individuele ambtenaren, met miskening van hun taak en bevoegdheid, strafbare feiten plegen of daaraan leiding geven, zijn zij zonder meer strafrechtelijk aansprakelijk. Van immuniteit is geen sprake. Deze nota heeft op die situatie geen betrekking maar gaat over (mogelijk strafbaar) handelen dat aan het overheidsorgaan zelf moet worden toegerekend. Bij de controle op en correctie van dit overheidshandelen behoren naar het oordeel van het kabinet de politieke en bestuurlijke controlemechanismen voorop te staan. Deze vormen in een democratische rechtsstaat, tegen de achtergrond van de scheiding der machten, de ruggegraat van het staatkundig systeem. Functioneren deze controlemechanismen in bepaalde gevallen gebrekkig, dan dient eerst te worden bezien of de werking van die mechanismen kan worden verbeterd, voordat inschakeling van het strafrecht aan de orde kan zijn. Dit betekent

geenszins dat er bij de controle op overheidshandelen geen rol is weggelegd voor het strafrecht. De rechtspraak laat naar het oordeel van het kabinet ruimte voor vervolging van overheidsorganen indien hun handelen redelijkerwijs niet meer tot de uitvoering van hun overheidstaak kan worden gerekend. Dit betekent voor het OM een kritische zij het enigszins terughoudende rol ten aanzien van mogelijk onrechtmatig handelen van overheidsorganen. In gevallen van door een overheidsorgaan gepleegd evident onrecht zal zeker tot vervolging kunnen c.q. moeten worden overgegaan. Voorts kan het OM de politieke en bestuurlijke controle ondersteunen door een goede communicatie met het bestuur, bijvoorbeeld via het reguliere handhavingsoverleg.

Naar het oordeel van het kabinet dient thans het volgende te gebeuren. Ten eerste zal door middel van een gericht vervolgingsbeleid worden bevorderd dat de grenzen van de aansprakelijkheid van overheidsorganen zich in de rechtspraak kunnen uitkristalliseren. De minister van Justitie heeft het College van procureurs-generaal inmiddels verzocht op korte termijn voorstellen voor een dergelijk opsporings- en vervolgingsbeleid te ontwikkelen. Aan de hand daarvan zal ook worden beoordeeld of, en zo ja welk, strafrechtelijk vervolg aan de thans aanhangige zaken tegen overheidsorganen moet worden gegeven. In het geval de verdere ontwikkeling in de rechtspraak daartoe aanleiding mocht geven, zal wetswijziging worden overwogen. Voorts zal het kabinet onderzoeken of er nadere voorzieningen nodig zijn om te verzekeren dat justitie in daarvoor in aanmerking komende gevallen de bestuurlijke of politieke controle-organen op de hoogte kan brengen van de resultaten van een opsporingsonderzoek tegen een overheidsorgaan.

Het kabinet zal zijn visie hieronder nader toelichten.

## **2. De gebondenheid aan het recht en het beginsel van gelijke behandeling**

2.1 *Ook de overheid is aan het recht gebonden.* Het kabinet onderschrijft deze uitspraak – die in de discussie over de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen veel wordt gehoord – volledig<sup>1</sup>. De gebondenheid van de overheid aan het recht is de kern van de rechtsstaat. «Recht» omvat hier een veelheid aan regels: regels gericht tot burgers of overheidsorganen<sup>2</sup> dan wel tot beiden, regels op overtreding waarvan de ene keer wel en de andere keer niet een sanctie is gesteld. Ook de regels die van een strafrechtelijke sanctie zijn voorzien, behoort de overheid na te leven. De overheid zou zich volstrekt ongeloofwaardig maken als haar organen deze regels ongestraft zouden kunnen overtreden, terwijl burgers daarvoor worden vervolgd en bestraft. In zoverre is het kabinet het met onder andere het OM eens dat het beginsel van gelijke behandeling eist dat ook op wetsovertredingen van een overheidsorgaan een reactie volgt. Dit behoeft echter niet primair een strafrechtelijke reactie te zijn, ook niet waar die in een vergelijkbare situatie bij een burger wel aangewezen zou zijn.

Op dit punt kunnen overheidsorganen en burgers naar de mening van het kabinet niet op een lijn worden gesteld en is een verschil in behandeling gerechtvaardigd. Reeds het bestaan van speciale controlemechanismen voor het handelen van de overheid wijst hierop (op deze mechanismen komt het kabinet verderop terug).

2.2 Ook het volgende rechtvaardigt een verschillende behandeling bij de reactie op wetsovertredingen. Een overheidsorgaan onderscheidt zich van burgers doordat aan zo'n orgaan bepaalde taken zijn opgedragen, bij de uitvoering waarvan de wet hem vaak een bepaalde beleids- of beoordelingsvrijheid laat. De overheid heeft deze vrijheid nodig omdat wat in concreto het beste resultaat is – afwegende alle betrokken belangen –, in veel gevallen van veel omstandigheden afhankelijk is. Met name het

<sup>1</sup> Zie ook de nota «Grenzen aan gedogen», kamerstukken 11 1996/97, 25 085, nrs. 1-2, i.h.b. blz. 12/13.

<sup>2</sup> «De overheid» is een veelvormig en veelkoppig fenomeen. Onder overheidsorganen verstaat het kabinet in deze notitie alle personen, lichamen, diensten, departementen enz. die zijn belast met de uitvoering van een publieke taak. Hierbij heeft het kabinet vooral het oog op organen behorende tot de uitvoerende macht en in beginsel niet op de rechterlijke macht.

feit dat overheidsorganen meestal een veelheid aan taken hebben, dwingt hen tot een afweging en tot het maken van keuzes. Hierbij stuiten zij op wettelijke grenzen, onder andere neergelegd in strafbepalingen. Een enkele keer overschrijdt een overheidsorgaan bij de uitvoering van een overheidstaak die grenzen.

De aan overheidsorganen toekomende beleids- of beoordelingsvrijheid betekent, mede gelet op het aan het Nederlandse staatsrecht ten grondslag liggende beginsel van scheiding en spreiding van macht en bevoegdheid, dat de rechter bij de beoordeling van de wijze waarop een overheidsorgaan van die vrijheid gebruik heeft gemaakt, enige terughoudendheid betracht.

Dit geldt zowel voor de strafrechter als voor de bestuursrechter en de civiele rechter.

Achtergrond van deze rechterlijke terughoudendheid is dat de beoordeling van de implicaties die het algemeen belang heeft voor de besluitvorming en het feitelijk handelen van de overheid, primair toekomt aan de organen die uiteindelijk politieke verantwoording dienen af te leggen en aldus hun besluitvorming democratisch gelegitimeerd zien. Wanneer dus de strafrechter een strafbaar feit krijgt voorgelegd gepleegd door een overheidsorgaan bij de uitvoering van zijn overheidstaak en hij de vraag moet beantwoorden welke consequenties daaraan uit strafrechtelijk oogpunt moeten worden verbonden, zal hij ten aanzien van die taakuitvoering een zekere terughoudendheid aan de dag (moeten) leggen. Kan het betrokken overheidshandelen, terughoudend getoetst, redelijkerwijs niet meer worden gerekend tot de uitvoering van de betrokken overheidstaak, dan behoort een strafbaar feit gepleegd bij de uitvoering van die taak strafrechtelijk gezien niet zonder gevolgen te blijven. Ook de door de (straf)rechter te betrachten terughoudendheid impliceert dus dat overheidsorganen strafrechtelijk gezien niet volledig gelijkgesteld kunnen worden met burgers.

### **3. De primair aangewezen controlemechanismen**

3.1 Het probleem van overheidsorganen die zich niet steeds aan de wet houden, kan niet met het strafrecht alléén worden opgelost. Daarvoor is het strafrecht ook niet primair in het leven geroepen. Allereerst dient er goede politieke en bestuurlijke controle op overheidshandelen te zijn. Daarnaast is er nog een aantal andere voor de controle op overheidshandelen beschikbare mechanismen. Voordat het kabinet nader ingaat op de bestuurlijke en politieke controle, zullen de bedoelde controlemechanismen eerst kort worden besproken. Dit zijn de volgende.

a. Een van de belangrijkste controlemiddelen in een democratie als de Nederlandse is de politieke controle door de vertegenwoordigende lichamen, allereerst natuurlijk op centraal niveau door de Staten-Generaal maar ook op decentraal niveau door gemeenteraden en provinciale staten. Reeds het stellen van vragen in het parlement vormt een effectief middel tot correctie van onwettig overheidsoptreden. In dit verband dient te worden benadrukt dat overheidsorganen voortdurend zijn onderworpen aan de kritische aandacht van burgers, pressiegroepen en de media. Deze aandacht is een belangrijke voedingsbron voor bijvoorbeeld de parlementaire controle.

b. Dan is er het toezicht dat wordt uitgeoefend door een hoger bestuursorgaan. Dat toezicht wordt vaak op informele wijze uitgeoefend. Dit is doorgaans heel effectief. Het bestuur beschikt hiermee over een waardevol (zelf)correctie-mechanisme. Zo zal het college van B&W dat door provinciale staten wordt aangesproken op de ecologische gevolgen van het afvalverwijderingsbeleid van zijn gemeente, dit veelal ter harte nemen. Er zijn ook formele varianten van dit mechanisme. De regering kan bijvoorbeeld bij koninklijk besluit elke beslissing van gemeente- of

provinciebestuur vernietigen wegens strijd met het recht of het algemeen belang (zie art. 132, vierde lid, Grondwet). Hoewel dit repressieve toezicht op terughoudende wijze wordt uitgeoefend en op het onderhavige terrein alleen kan worden toegepast indien aan het strafbaar handelen een besluit ten grondslag ligt, zetten dit soort bestuurlijke instrumenten het genoemde informele overleg wel kracht bij. Dit geldt ook voor de taakverwaarlozingsregelingen, die bepalen dat wanneer een bestuursorgaan een bepaalde taak niet of niet naar behoren uitvoert, een hoger orgaan daarin kan voorzien (vgl. artt. 124 en 135 Gemeentewet). In dit verband kan voorts nog worden gewezen op inspecties zoals de (onder de minister van VROM ressorterende) Inspectie van de Milieuhygiëne, die een nuttige, dubbele rol kunnen vervullen: enerzijds hebben zij een schakelfunctie tussen beleid en uitvoering (adviesgeving aan uitvoerende organen, signalering van knelpunten), anderzijds houden ze toezicht op de uitvoering door (decentrale) overheidsorganen (door middel van onderzoek, signalering van onwettige situaties bij de verantwoordelijke handhavingsorganen).

c. Het toezicht door bestuursorganen en -diensten die zijn belast met de handhaving van bepaalde stukken ordeningswetgeving, is in beginsel onverkort van toepassing op het handelen van (andere) overheidsorganen. Houden overheidsorganen zich niet aan deze wetgeving of overtreden ze vergunningvoorwaarden, dan kunnen ze met dezelfde bestuursrechtelijke sancties worden geconfronteerd als aan burgers kunnen worden opgelegd. De wijze waarop deze bestuursrechtelijke handhaving functioneert ten aanzien van overheidsorganen kan worden geïllustreerd aan de hand van de arbeidswetgeving (bijv. de Arbeidsomstandighedenwet). In principe verschilt de positie van de overheid als werkgever niet fundamenteel van die van een particuliere werkgever. Ook de overheid zal zich dan ook moeten houden aan de in deze wetgeving neergelegde eisen met betrekking tot het omgaan met bepaalde (kanker- verwekkende) stoffen, een goede risico-inventarisatie en -evaluatie, voldoende veilige omstandigheden bij wegwerkzaamheden enz. Verder moeten ook overheidsorganen medewerking verlenen aan de met de handhaving van de onderhavige regelgeving belaste dienst, de Arbeidsinspectie. Daar waar niettemin bij de uitvoering van de arbeidswetgeving een goede taakuitoefening van de overheid in het geding zou kunnen zijn, wordt daarmee zowel in de regelgeving als bij de hantering van het handhavingsinstrumentarium door de inspectie uiteraard rekening gehouden (bijv. met het oog op de uitvoering van politie- en defensie-taken). Verder wordt, alvorens door de Arbeidsinspectie tot daadwerkelijke handhaving wordt overgegaan (i.c. tot het stellen van eisen, het geven van een bevel tot stillegging), vanzelfsprekend getracht in onderling overleg tot een oplossing te komen door middel van goede, schriftelijke afspraken. Dit vormt al sinds jaar en dag het uitgangspunt van het handhavingsbeleid van de Arbeidsinspectie, niet alleen bij de overheid maar bij iedere werkgever.

d. Verder is deze eeuw een uitgebreid stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming tot ontwikkeling gekomen. Dit biedt burgers de mogelijkheid om op te komen tegen besluiten van bestuursorganen. De bestuursrechter toetst besluiten in de eerste plaats aan de wet. Verder wordt de uitoefening van bevoegdheden waarbij beleidsvrijheid bestaat, getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit is, zoals hierboven reeds besproken, een terughoudende toetsing. Bij de controle op mogelijk strafbaar handelen van overheidsorganen zal de hier beschreven bestuursrechtelijke controle in de regel alleen een rol kunnen spelen indien aan dat handelen een besluit (d.w.z. een publiekrechtelijke rechtshandeling) van het bestuur ten grondslag ligt<sup>1</sup>.

e. Tegen feitelijke handelingen van bestuursorganen kan de burger opkomen bij de burgerlijke rechter, veelal met een actie uit onrechtmatige daad (art. 6 :162 BW). De burgerlijke rechter toetst daarbij in beginsel aan

---

<sup>1</sup> In beginsel bestaat wel altijd de mogelijkheid dat een belanghebbende burger de bestuursrechtelijke rechtsbescherming «activeert» door een verzoek aan het bestuur om aan de onrechtmatige situatie een einde te maken. Soms zal dit echter slechts een theoretische mogelijkheid zijn, namelijk indien dit verzoek in feite neerkomt op een verzoek aan een overheidsorgaan om bestuursdwang uit te oefenen tegen zichzelf.

dezelfde maatstaven als de bestuursrechter (vgl. art. 3 :1, tweede lid, Awb en HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/ IKON)). De drempels voor een dergelijke actie zijn niet bijzonder hoog. Zo behoeft de schade uit de onrechtmatige daad zich nog niet te hebben verwerkelijkt, maar is de dreiging van schade voldoende. Het privaatrecht is niet alleen een middel in handen van burgers, maar ook één in handen van overheidsorganen om de aan hun zorg toevertrouwde regelgeving te handhaven. Het komt bijvoorbeeld voor dat de Staat bij de burgerlijke rechter een actie instelt tegen een decentraal overheidsorgaan teneinde een verbod te verkrijgen op bepaald handelen van dat orgaan (vgl. Pres. Rechtbank 's-Hertogenbosch 23 december 1988, KG 1989, 70 (Staat tegen gemeente Grave))<sup>1</sup>.

De recentelijk ingestelde Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving heeft onder andere tot taak te kijken naar dit gebruik van het privaatrecht als handhavingsinstrument.

3.2 Het openbaar ministerie constateert in zijn advies aan de minister van Justitie dat de bestuurlijke en politieke controle in de praktijk soms tekort blijkt te schieten, met name bij de handhaving van het ordeningsrecht (bijv. op het terrein van het milieu). Het kabinet onderschrijft dit. De bestuurlijke en politieke controle behoeft op een aantal punten verbetering. Bestuurlijke en politieke organen dienen in deze nog meer hun verantwoordelijkheid te nemen. Het kabinet zal zich inspannen om, samen met andere betrokkenen (de vertegenwoordigende organen, bestuurlijke toezichthouders), deze controle goed te doen functioneren en waar mogelijk te verbeteren.

Hierbij wil het kabinet nog eens onderstrepen dat de handhaving van het ordeningsrecht in eerste instantie door het bestuur dient te geschieden, onder verantwoordelijkheid van de betrokken politieke organen. Het kabinet verwijst hiervoor naar zijn nota «In juiste verhouding, Beleidsvoornemens met betrekking tot rechtshandhaving en veiligheid» (kamerstukken II 1995/96, 24 802, nr. 2, i.h.b. blz. 54–58). Dit uitgangspunt geldt ongeacht of het gaat om de naleving van regels door burgers dan wel om de naleving door overheidsorganen. Functioneert de bestuurlijke handhaving in bepaalde gevallen gebrekkig, dan dient eerst te worden bezien of die handhaving kan worden verbeterd, voordat naar het strafrecht wordt gegrepen. Het strafrecht dient op het terrein van het ordeningsrecht achter de hand te worden gehouden.

Het OM noemt verschillende oorzaken van een in een aantal gevallen tekortschietende handhaving, zoals een gebrekkig of achterwege blijvend toezicht, het ontbreken van voldoende belang bij decentrale overheden om de betrokken regels na te leven en een vermenging van belangen en bevoegdheden (toezichthouder en vergunningplichtige zijn bijvoorbeeld één). Deze factoren heeft het kabinet in zijn nota «In juiste verhouding» onderkend. Omdat er nog veel onduidelijkheid bestaat over de mogelijke gebreken in de bestuurlijke handhaving, heeft de minister van Justitie in vervolg op die nota recentelijk de Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving (voorzitter: prof. mr. drs. F. C. M. A. Michiels) ingesteld. Deze commissie heeft onder andere tot taak om nader onderzoek te (laten) verrichten naar de factoren die in de weg staan aan een adequaat toezicht en aan een duidelijke en consequente handhavingsreactie en voorts om te onderzoeken hoe de bestuursrechtelijke handhaving het beste kan worden georganiseerd (bijv. door een scheiding aan te brengen tussen uitvoering en sanctie-oplegging). Naar de mening van het kabinet kan dit onderzoek ook bijdragen aan verbetering van de handhaving van het ordeningsrecht jegens overheidsorganen. Het zal de Commissie-Michiels daarom vragen uitdrukkelijk aandacht aan deze problematiek te besteden. De Commissie zal naar verwachting eind van dit jaar rapporteren.

<sup>1</sup> Niet genoemd is nog de Nationale ombudsman, die het handelen van de overheid op behoorlijkheid toetst.

Verder roept de voortschrijdende decentralisatie van overheidstaken de vraag op hoe deze zich verhoudt tot het toezicht door hogere bestuursorganen. Met name kan op bepaalde terreinen onduidelijkheid ontstaan over de toezichthoudende taak van de rijksoverheid (vgl. het hierboven genoemde repressieve toezicht). De minister van VROM zal vanwege de gedecentraliseerde bevoegdheden op het terrein van milieubeheer en ruimtelijke ordening de resterende rijksbevoegdheden nader beschouwen. Zonodig zal zij het initiatief nemen om te komen tot het herformuleren van de bestaande bevoegdheden.

3.3 Daarnaast kan naar de mening van het kabinet reeds op de korte termijn de toepassing van bepaalde controle-instrumenten worden verbeterd.

– Meer dan nu gebeurt zal de regering gebruik maken van de bevoegdheid tot schorsing en/of vernietiging van besluiten van decentrale overheidsorganen. Dit instrument is niet beperkt tot besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (schriftelijke besluiten gericht op rechtsgevolg). Het besluit-begrip in de Gemeentewet is ruimer: alle beslissingen van de gemeenteraad, neergelegd in de notulen van de raad, kunnen worden vernietigd, alsmede beslissingen van andere bestuursorganen van de gemeente. In het kader van de aanpassing van de Gemeente- en Provinciewet aan de derde tranche Awb wordt daarnaast uitdrukkelijk vastgelegd dat vernietiging ook mogelijk is van niet-schriftelijke beslissingen gericht op rechtsgevolg. Aldus zal een mondelinge opdracht van een bestuursorgaan van gemeente of provincie tot het verrichten van bepaalde feitelijke handelingen, vernietigd kunnen worden wegens strijd met het recht of het algemeen belang. In 1992 is in de nota «Vormgeving en toepassing van het instrument van schorsing en vernietiging» (kamerstukken II 1991/92, 21 427, nr. 21, staatkundige, bestuurlijke en staatsrechtelijke vernieuwing) aangegeven dat dit instrument als sluitstuk van het bestuurlijk toezicht met de nodige terughoudendheid moet worden toegepast. Terughoudendheid past zeker bij gebruikmaking van de grond «strijd met het algemeen belang». Deze terughoudendheid is hier echter niet aan de orde, omdat er sprake is van strijd met in de wet vastgelegde en strafrechtelijk gesanctioneerde normen. Schorsing en vernietiging van een besluit kunnen in dit soort gevallen een adequate reactie vormen. Op grond van artikel 273 Gemeentewet heeft de burgemeester verder een zelfstandige bevoegdheid om aan de betrokken minister mededeling te doen van besluiten die voor vernietiging in aanmerking komen. De regering spreekt de verwachting uit dat in de toekomst burgemeesters – en op grond van artikel 266 Provinciewet ook commissarissen van de Koningin – in voorkomende gevallen gebruik zullen maken van deze bevoegdheid.

– Verder dient de rol van inspecties meer te worden geaccentueerd. Het kabinet denkt hierbij in het bijzonder aan de Inspectie van de Milieuhygiëne, voor wat betreft de handhaving van de milieuwetgeving, en aan de Arbeidsinspectie, voor wat betreft de arbeidswetgeving. Indien inspecties overtredingen vaststellen, dient daarop in eerste instantie langs de gebruikelijke bestuurlijke weg te worden gereageerd: via bestuurlijk overleg en zo nodig via toepassing van bestuurlijke handhavingsbevoegdheden. Indien dit niet tot een bevredigend resultaat leidt, ligt het naar de mening van het kabinet in de rede dat de minister die verantwoordelijk is voor de inspectie (i.c. respectievelijk de ministers van VROM en Sociale Zaken en Werkgelegenheid), in overleg treedt met het overheidsorgaan onder wiens verantwoordelijkheid de overtreding plaatsvindt; dit kan een andere minister zijn of het bestuur van een gemeente of een provincie.

Dit overleg zal in voorkomend geval kunnen leiden tot instructies van het verantwoordelijke orgaan aan zijn ambtenaren om de overtreding te beëindigen. In de regel zal dit toereikend zijn. Mochten de inspecties toch

verdere overtredingen vaststellen, dan zal dit op instigatie van het verantwoordelijke overheidsorgaan kunnen leiden tot het treffen van arbeidsrechtelijke sancties en in bijzondere gevallen tot vervolging van de betrokken ambtenaren op grond van persoonlijke strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het kabinet zal bevorderen dat bij constatering van overtredingen door de inspecties deze lijn zo veel mogelijk wordt gevolgd, zowel wanneer de overtreding zich afspeelt binnen de kring van de centrale overheid als bij de decentrale overheid. Het is voornemens hierover overleg te voeren met de VNG en het IPO.

#### **4. De rol van het strafrecht; normbevestiging**

4.1 Ten aanzien van de controle op overheidshandelen ligt zoals gezegd het primaat bij de bestuurlijke en politieke controlemechanismen. Waar mogelijk dienen deze mechanismen, die heel effectief kunnen zijn, te worden benut. Een en ander laat onverlet dat, in aanvulling op deze controlemechanismen, ook een rol is weggelegd voor het strafrecht. Zoals gezegd is er naar het oordeel van het kabinet ruimte voor inschakeling van het strafrecht indien het handelen van het overheidsorgaan redelijkerwijs niet meer kan worden gerekend tot de uitvoering van zijn overheidstaak. Het gaat met andere woorden om de gevallen van door de strafwet verboden handelen van een overheidsorgaan waarin de aantasting van het door de strafbepaling beschermde belang redelijkerwijs niet meer geacht kan worden te strekken tot behartiging van de andere aan de overheid toevertrouwde belangen. Hierin ligt zoals gezegd een terughoudende toets besloten. Zeker in gevallen van door een overheidsorgaan gepleegd evident onrecht zal het betrokken orgaan vervolgd moeten worden.

Het strafrecht heeft hier dus vooral de functie bij te dragen aan het markeren van de grenzen die overheidsorganen bij de uitvoering van hun taak in acht dienen te nemen. De vervolging door het OM en de eventueel veroordeling door de strafrechter strekken ertoe vast te stellen wanneer een overheidsorgaan die grenzen heeft overschreden. Van die vaststelling gaat een belangrijke normbevestigende werking uit. Een veroordeling door de strafrechter zal voor overheidsorganen een niet mis te verstaan signaal zijn om zich bij de uitvoering van hun taken aan de grenzen van wet en recht te houden. Het kabinet is het dus met het openbaar ministerie eens dat de waarde van het strafrecht hier voor een belangrijk deel is gelegen in zijn normbevestigende functie.

In het algemeen zal de (declaratoire) uitspraak van de strafrechter dat het overheidsorgaan strafbaar en verwijtbaar heeft gehandeld, een afdoende reactie zijn. Hiervan zal – omdat een dergelijke uitspraak in de regel in de publiciteit komt – ook een preventieve werking uitgaan, zowel ten opzichte van het betrokken orgaan zelf als ten opzichte van andere overheidsorganen. De onder andere in het economisch strafrecht voorkomende sanctie van openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak (art. 7, onderdeel g, WED, zie ook art. 9, eerste lid, sub b, onderdeel 4, Sr) sluit hier goed bij aan. Verdergaande leed toevoeging door middel van strafoplegging zal bij overheidsorganen die een strafbaar feit hebben gepleegd, naar de mening van het kabinet doorgaans niet noodzakelijk zijn. Weliswaar is met name oplegging van een geldboete niet ondenkbaar, maar hierbij zijn wel vraagtekens te plaatsen. Oplegging van een geldboete doet immers afbreuk aan de financiële mogelijkheden van het overheidsorgaan om zijn taak uit te voeren, hetgeen er zelfs toe zou kunnen leiden dat de sanctie op de burger wordt afgewenteld. Alleen in specifieke gevallen kan er naar de mening van het kabinet reden zijn om aan een overheidsorgaan een punitieve sanctie (bijv. een geldboete) op te leggen, bijvoorbeeld wanneer het orgaan blijft volharden in zijn strafbare gedrag en bestuurlijke correctie faalt.

4.2 Bij het voorgaande dient het volgende te worden aangetekend. Men kan pas zinnig over normbevestiging ten opzichte van overheidsorganen spreken, als het betrokken overheidsorgaan ook daadwerkelijk verantwoordelijk kan worden gehouden voor de strafbare handelingen in kwestie. Anders gezegd: men komt pas toe aan de vraag naar de rol en de reikwijdte van het strafrecht ten aanzien van de publieke rechtspersoon, als aan de basisvoorwaarden voor strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen in het algemeen is voldaan. Met name gaat het erom dat het feitelijk handelen van de betrokken natuurlijke personen aan de rechtspersoon als dader kan worden toegerekend – dat wil zeggen dat het als handelen van de rechtspersoon kan worden beschouwd – en dat de rechtspersoon bovendien van dat handelen een verwijt kan worden gemaakt. Hierbij moet onderscheid worden gemaakt.

Denkbaar is de situatie dat een ambtenaar op eigen houtje handelde, tegen uitdrukkelijke instructies van de ambtelijke of politieke leiding in, althans op een wijze die niet strookte met de bij die leiding heersende opvattingen en het gevoerde beleid. In zo'n geval is van daderschap van de rechtspersoon vermoedelijk geen sprake, laat staan van verwijtbaarheid. De betrokken ambtenaar zal wèl kunnen worden vervolgd en wel op grond van persoonlijke aansprakelijkheid voor het strafbaar feit (mits hij aan de voorwaarden voor strafbaarheid voldoet). Hierbij moet niet alleen worden gedacht aan de uitvoerend ambtenaar maar ook aan diens chef, indien deze op de hoogte was van de betrokken handelingen of zelfs daartoe opdracht heeft gegeven; het handelen kan dan aan de chef (als «functioneel dader») worden toegerekend. Bij een dergelijke vervolging van een individuele ambtenaar zal diens ambtelijke hoedanigheid een bijzondere rol kunnen spelen, hetzij als strafverzwarende omstandigheid (art. 44 Sr) hetzij via de telastelegging van een speciaal ambtsdelict (vgl. art. 3 57 e.v. Sr). In zo'n geval van eigenmachtig optreden van de ambtenaar, met miskennis van zijn taak en bevoegdheid, zal vervolging van de betrokkene in het algemeen ook gewenst zijn. Voor een bijzondere terughoudendheid bij de toepassing van het strafrecht is dan geen reden.

Anderzijds is er de situatie dat het handelen van de individuele ambtenaar niet los kan worden gezien van de organisatie en de cultuur van het betrokken overheidsorgaan en in de lijn lag van hetgeen van hem door de ambtelijke of politieke leiding werd verwacht. In zo'n geval is daderschap van de publieke rechtspersoon denkbaar en rijst dus de vraag of er grond is het overheidsorgaan strafrechtelijk aansprakelijk te stellen. Ongeacht of dit laatste het geval is, zal het in zo'n geval, waarin het in wezen om handelen van het overheidsorgaan gaat, in de regel niet passend zijn om de individuele ambtenaar voor het bestreden handelen te vervolgen. Dit zal slechts anders zijn indien van hem in de gegeven omstandigheden toch een ander optreden mocht worden verwacht.

4.3 Het kabinet keert terug naar de beoordeling door de strafrechtelijke organen of het overheidsorgaan dat van een strafbaar feit wordt verdacht, bij zijn handelen binnen de grenzen van de uitvoering van zijn overheidstaak is gebleven. Dit dient, zoals hierboven reeds aangegeven, een terughoudende toetsing te zijn, omdat onderwerp van de strafrechtelijke toetsing niet is een gewone burger maar een overheidsorgaan waaraan bij de wet bepaalde taken zijn opgedragen en dat bij de uitvoering van die taken rekening moet houden met verschillende belangen. Als OM of strafrechter tot de conclusie komt dat het betrokken overheidshandelen, terughoudend getoetst, redelijkerwijs gerekend kan worden tot de uitvoering van de overheidstaak, is er geen rol weggelegd voor het strafrecht. Dit neemt echter niet weg – het zij nogmaals benadrukt – dat de wijze waarop het overheidsorgaan zijn taak heeft uitgevoerd, aan bestuurlijke en politieke controle en correctie is onderworpen. De daartoe aangewezen organen zijn, gelet op hun positie in ons



staatsbestel, bevoegd en geroepen tot een verdergaande toetsing dan de rechter, waarbij zij ook de doelmatigheid en opportuniteit van de taakuitvoering kunnen beoordelen.

Een voorbeeld kan een en ander verduidelijken. Een gemeente wordt bij de renovatie van het gemeentehuis onverwacht geconfronteerd met de aanwezigheid van een bepaalde stof in de muren, die daar volgens de milieuwetgeving niet in die concentratie mag zijn. Gevaar voor de volksgezondheid is er niet. De chef van de afdeling bouwzaken en de verantwoordelijke wethouder besluiten na afweging van alle belangen – het milieubelang staat hier tegenover het doorgang kunnen vinden van allerlei gemeentelijke bezigheden en het belang van de gemeentekas – om de situatie voorlopig zo te laten en de kostbare, veel overlast veroorzakende vervanging van de betrokken muren uit te stellen. De zaak komt een jaar later aan het licht.

Denkbaar is dat de officier van justitie in de omstandigheden van het geval en toetsend aan de bovenbeschreven maatstaf tot de conclusie komt dat de beslissing van de verantwoordelijke bestuurders niet onredelijk en niet onverantwoord was, op grond waarvan hij besluit van vervolging af te zien. Dit sluit echter niet uit dat de gemeenteraad de wethouder ter verantwoording roept en de door deze gegeven verklaring niet accepteert, bijvoorbeeld omdat de raad vindt dat hij op zijn minst meer openheid tegenover werknemers en raad had moeten betrachten.

4.4 Het openbaar ministerie en – wanneer het OM besluit tot vervolging – de strafrechter dienen zich dus, wanneer zij een zaak tegen een overheidsorgaan krijgen voorgelegd, steeds twee dingen af te vragen: is er sprake van een overheidstaak en zo ja, kan het betrokken handelen redelijkerwijs nog tot de uitvoering van die overheidstaak worden gerekend? Bij beide vragen wil het kabinet kort nader stilstaan.

Wat een typische overheidstaak is ligt niet voor eens en voor altijd vast. De opvattingen hierover verschuiven door de tijd heen<sup>1</sup>. Doorgaans zal een overheidstaak bij of krachtens de wet aan het betrokken orgaan zijn opgedragen. Een wettelijke opdracht is dan ook een sterke aanwijzing dat sprake is van een overheidstaak, maar beslissend is dit niet. Ook in de wijze waarop overheidsorganen hun taken uitvoeren, treden veranderingen op. Met name is er een tendens om de uitvoering van publieke taken in een private jas te steken. Men denke aan de uitbesteding van de uitvoering van de overheidstaak of delen daarvan aan particulieren. Een dergelijke figuur sluit echter niet uit dat het overheidsorgaan strafrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld voor door de uitvoerder bij de hem opgedragen uitvoering van een overheidstaak begane strafbare feiten; dit is mogelijk indien de betrokken feiten aan het orgaan als dader kunnen worden toegerekend (zie 4.2) en het handelen redelijkerwijs niet meer kan worden gerekend tot de uitvoering van de overheidstaak. Dit neemt niet weg dat er afbakeningsproblemen kunnen rijzen ten aanzien van wat nog wel en wat niet als een overheidstaak kan worden gekwalificeerd. Deze problemen zijn echter onvermijdelijk, tenzij men overheidsorganen strafrechtelijk volledig gelijk zou willen stellen aan burgers (het kabinet acht dit echter zoals hiervoor uiteengezet in strijd met de staatkundige positie van overheidsorganen).

Vervolgens dient te worden nagegaan of het betrokken overheids-handelen, waarbij een strafbaar feit is gepleegd, redelijkerwijs nog tot de uitvoering van de overheidstaak kan worden gerekend. Bij deze toetsing spelen verschillende factoren een rol. Zo'n factor is onder andere dat naar mate een bepaalde activiteit van een overheidsorgaan nauwer verbonden is met een bepaalde overheidstaak, het betrokken handelen eerder tot de uitvoering van die taak kan worden gerekend. Staat zij in een verder verwijderd verband met die taak, dan moeten aan het overheidshandelen strengere eisen worden gesteld. Zo is het onafwendbaar dat de politie, die in opdracht van de burgemeester een zwaar gebarricadeerd kraakpand

---

<sup>1</sup> Een goed voorbeeld is de zorg voor de spoorwegen. Onder de Spoorwegwet van 1871 was dit een overheidstaak. Privatisering was toen nog ondenkbaar.

ontruimt, zich de toegang tot dat pand met geweld – en met de daaraan inherente «vernietiging» van deuren e.d. – verschaft. De overheid zal niet snel voor die vernietiging strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld. Hetzelfde geldt voor het eventueel noodzakelijke geweld tegen personen («mishandeling»). Anders ligt dat in het geval van de verwijdering van verontreinigde grond bij de aanleg van een openbaar zwembad. Die aanleg behoort tot de taak van de gemeente, daarbij inbegrepen de verwijdering van de daarbij vrijkomende verontreinigde grond. Indien de gemeente vervolgens echter die grond afvoert en buiten de gemeentegrenzen stort en daarbij bepaalde milieuvoorschriften overtreedt, rijst de vraag of dergelijk handelen niet zo ver is verwijderd van de betrokken overheidstaak dat het redelijkerwijs niet meer tot de uitvoering van die taak kan worden gerekend.

Verder zal bij de toetsing van (strafbaar) overheidshandelen een rol spelen of dit de uitdrukkelijke goedkeuring had van een vertegenwoordigend lichaam (bijv. de gemeenteraad) en aldus democratisch gelegitimeerd was. Is dit het geval dan is er minder aanleiding voor de rechter om het betrokken handelen ook inhoudelijk te toetsen en kan hij eerder oordelen dat het betrokken handelen redelijkerwijs nog tot de uitvoering van de overheidstaak kan worden gerekend. Wat betreft de democratische legitimatie van het overheidshandelen is van belang of sprake is van een orgaan van algemeen bestuur dan wel een orgaan van functioneel bestuur.

Tot slot : het bovenstaande heeft vooral betrekking op de vraag of een overheidsorgaan strafrechtelijk ter verantwoording kan worden geroepen, met andere woorden op de ontvankelijkheid van een strafvervolgning tegen een overheidsorgaan. Hierbij dient te worden aangetekend dat het OM niet alleen bij de beoordeling van zijn ontvankelijkheid, maar ook bij een eventuele beslissing tot niet-vervolgning zich rekenschap zal moeten geven van het politiek en bestuurlijk primaat en de grotere effectiviteit dat van dat instrumentarium mag worden verwacht. Dit betekent overigens niet dat het OM aan zijn beslissing tot niet-vervolgning voorwaarden kan stellen met betrekking tot de toepassing van het bestuurlijk instrumentarium.

## **5. De rechtspraak**

5.1 Strookt de hierboven ontvouwde visie op de strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidsorganen met de bestaande rechtspraak? Deze rechtspraak maakt – terecht – onderscheid tussen de aansprakelijkheid van de Staat als zodanig en de aansprakelijkheid van decentrale overheidsorganen. De aansprakelijkheid van de Staat vormt een apart probleem, dat het kabinet in de volgende paragraaf zal bespreken. In deze paragraaf wordt ingegaan op de rechtspraak over decentrale overheidsorganen, zoals gemeenten, provincies en waterschappen. Weliswaar laat deze jurisprudentie nog vragen open over de precieze reikwijdte van hun aansprakelijkheid, maar er kan zeker niet uit worden afgeleid, anders dan reacties op de laatste rechtspraak van de Hoge Raad doen vermoeden, dat decentrale overheidsorganen en hun «dienaren» volledig immuun zijn (geworden) voor strafrechtelijke vervolging. Aan de rechtspraak van de Hoge Raad kunnen drie criteria worden ontleend waaraan moet zijn voldaan wil een (decentraal) overheidsorgaan met succes een beroep kunnen doen op het ontbreken van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

a. Het moet gaan om een openbaar lichaam in de zin van hoofdstuk 7 van de Grondwet (HR 10 november 1987, NJ 1988, 303 m.nt. ThWvV (Rijksuniversiteit Groningen)).

b. Het moet gaan om een (bij of krachtens de wet) aan dit overheidsorgaan opgedragen specifieke overheidstaak (HR 23 oktober 1990, NJ 1991, 496 m.nt. Sch (Voorburgse reigersnesten)).

c. De betrokken gedraging van het overheidsorgaan moet zijn verricht

ter uitvoering van die taak (de Hoge Raad hanteert ook andere termen, zoals «ter behartiging van», «ter vervulling van», zie HR 23 april 1996, NJ 1996, 513 m.nt. 'tH (Pikmeer)).

In het Pikmeerarrest heeft de Hoge Raad hieraan toegevoegd dat indien een overheidsorgaan op grond van deze drie criteria niet kan worden vervolgd, deze onvervolgbaarheid zich ook uitstrekt tot die personen (ambtenaren) die opdracht hebben gegeven tot het feit of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Deze beslissing was geheel in lijn met de voorgaande rechtspraak.

5.2 Ook in de visie van de Hoge Raad is derhalve niet iedere gedraging van een overheidsorgaan onttrokken aan strafrechtelijke controle. Zo zal handelen op dezelfde voet *als een privaat persoon* en niet *als overheid* wel degelijk aan het oordeel van de strafrechter kunnen worden onderworpen (vgl. HR 9 juni 1992, NJ 1992, 794 (Streekgewest Oostelijk Zuid-Limburg)). Hier is niet sprake van een specifieke overheidstaak (zie criterium sub b).

De strekking van het sub c genoemde criterium is nog niet geheel uitgekristalliseerd. De vraag is of de woorden «ter uitvoering van» slechts duiden op een formeel verband tussen de betrokken overheidsgedraging en een overheidstaak of dat ze ruimte laten voor een verdergaande, meer inhoudelijke toetsing van de relatie tussen het handelen en de taak «ter uitvoering waarvan» dat handelen zou zijn geschied. De bovengeschetste visie van het kabinet pleit voor de laatste, meer inhoudelijke toetsing. De (schaarse) jurisprudentie biedt voorbeelden van gevallen waarin de strafrechter het handelen van een (decentraal) overheidsorgaan aan een meer inhoudelijke toets leek te onderwerpen.

In het Voorburgse-reigers-arrest werden in een gemeentelijk park bomen bedreigd door reigersnesten. Met het oog op de aan de gemeente opgedragen «zorg voor plantsoenen tot gemeenen dienst voor allen bestemd» (art. 209 aanhef en sub h Gemeentewet-oud) besloten B&W, na goedkeuring van de raad, deze nesten te laten verstoren. Bij gebreke van een vergunning daartoe van de Commissaris van de Koningin was dit handelen in strijd met de Vogelwet. De rechtbank oordeelde echter dat de gemeente aannemelijk had gemaakt dat zij ter behartiging van de genoemde in de Gemeentewet besloten bestuurstaak was opgetreden en deswege zich niet strafrechtelijk behoefde te verantwoorden.

Dit oordeel gaf volgens de Hoge Raad geen blijk van een verkeerde rechtsopvatting. Het kabinet begrijpt dit aldus dat de rechter in deze zaak veel waarde hechtte aan de procedure die was gevolgd. B&W waren niet rauwelijk tot het gewraakte handelen overgegaan, maar hadden eerst verantwoording afgelegd aan een democratisch gekozen orgaan, de gemeenteraad. De rechter vatte dit op als een aanwijzing dat het handelen van de gemeente redelijkerwijs nog tot de uitvoering van de overheidstaak kon worden gerekend, waaraan kennelijk niet afdeed dat de gemeente een vergunning had kunnen (en moeten) aanvragen maar dit had nagelaten. Voor een verdergaande inhoudelijke toetsing van de gekozen handelwijze was geen aanleiding meer.

In een tezelfdertijd als het Pikmeer-arrest gewezen arrest tegen het Waterschap Westfriesland stond het in strijd met de Wet milieubeheer maaien en ter plekke verbranden van riet langs de waterkant centraal. De bedoeling van deze methode was de bodem te schroeien, waardoor wilgenroos op een milieuvriendelijke wijze wordt bestreden en het verstikkende gemaaide riet wordt verwijderd. Deze werkwijze moest worden gezien tegen de achtergrond van een discussie binnen de provincie Noord-Holland over het onderhouden van rietkragen en het zoeken naar de beste methode. Rechtbank en Hoge Raad oordeelden dat de aan het waterschap verweten gedragingen een bij de Waterschapswet aan het waterschap opgedragen overheidstaak betroffen, te weten de zorg

van de waterkering. Het OM was derhalve niet-ontvankelijk. Ook in deze casus is duidelijk dat tot het betrokken (strafbare) handelen is besloten op basis van een zorgvuldige (intern-)bestuurlijke afweging en dat dit handelen gelet op de in geding zijnde belangen op het eerste gezicht nog tot de uitvoering van de overheidstaak kon worden gerekend. Het feit dat het waterschap in strijd met de wet niet over een vergunning beschikte, doet aan dit oordeel in dit geval niet af. Was van een zorgvuldige belangenafweging niet gebleken, dan zou naar de mening van het kabinet niet voldaan zijn aan de eis dat de betrokken gedraging verricht moet zijn ter uitvoering van een bestuurstaak en zouden de betrokken overheidsorganen voor die gedraging wèl vervolgbaar zijn geweest.

5.3 Voor een materiële invulling van de woorden «ter uitvoering van» pleit voorts de betekenis die aan die woorden wordt gegeven in de rechtspraak over de rechtvaardigingsgronden van de artikelen 42 en 43 Sr («ter uitvoering van» een wettelijk voorschrift resp. een ambtelijk bevel).

Daar dient de rechter de proportionaliteit en subsidiariteit van het telastegelegde handelen te toetsen alvorens hij een beroep op de rechtvaardigingsgrond kan honoreren (zie bijv. HR 15 februari 1983, DD 83 246).

Al met al acht het kabinet het voorbarig om te concluderen dat de Hoge Raad met de door hem geformuleerde criteria de facto een bijna volledige immuniteit van (decentrale) overheidsorganen heeft gecreëerd. Met name ten aanzien van het criterium «*ter uitvoering van* een overheidstaak» is de ontwikkeling in de rechtspraak nog niet voltooid. Door middel van een gericht vervolgingsbeleid zal dan ook worden bevorderd dat de grenzen van de aansprakelijkheid van overheidsorganen zich in de rechtspraak kunnen uitkristalliseren. De minister van Justitie heeft het College van procureurs-generaal inmiddels verzocht op korte termijn voorstellen voor een dergelijk opsporings- en vervolgingsbeleid te ontwikkelen. Aan de hand daarvan zal ook worden beoordeeld, of, en zo ja welk, strafrechtelijk vervolg aan de thans aanhangige zaken tegen overheidsorganen moet worden gegeven. Tot slot merkt het kabinet op dat in het geval de verdere ontwikkeling in de rechtspraak daartoe aanleiding mocht geven, wetswijziging zal worden overwogen.

## **6. Een uitzondering voor de Staat als zodanig**

6.1 Een strafvervolging kan worden ingesteld tegen natuurlijke personen en rechtspersonen (art. 51, eerste lid, Sr). Dit betekent dat handelingen van bepaalde overheidsorganen op centraal niveau strafrechtelijk toegerekend zouden moeten worden aan de Staat als rechtspersoon. Met name zou dit gelden voor handelingen van een ministerie: een ministerie heeft als zodanig geen rechtspersoonlijkheid. In het Volkel-arrest heeft de Hoge Raad echter uitgesproken dat «de Staat zelf» voor zijn handelingen strafrechtelijk niet aansprakelijk kan worden gesteld (HR 25 januari 1994, NJ 1994, 598 m.nt. C). Het kabinet is het met deze beslissing eens: vervolging van de Staat *als zodanig* acht het kabinet onwenselijk.

Over de (uitsluiting van) strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat als zodanig moet allereerst worden opgemerkt dat dit vraagstuk praktisch van minder groot belang is dan bij decentrale overheidsorganen het geval is. Handelingen binnen het kader van de centrale overheid zullen namelijk minder snel aan de Staat als dader kunnen worden toegerekend doordat de afstand tussen het niveau waarop het handelen plaatsvond, en de entiteit de Staat zo groot is. Voor toerekening aan de Staat zal op zijn minst vereist zijn dat de politieke leiding van een ministerie of eventueel de hoogste ambtelijke top het betrokken handelen aanvaardde.

Als dit laatste niet het geval was, komt men aan het vraagstuk van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat helemaal niet toe. Dit

neemt uiteraard niet weg dat de betrokken ambtenaren – ook op hoog niveau binnen een ministerie – eventueel op grond van persoonlijke aansprakelijkheid zouden kunnen worden vervolgd (zie 4.2).

#### 6.2 Waarom is strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat ook ten principale niet gewenst?

Vervolging van de Staat zou neerkomen op de situatie dat een orgaan van de Staat, namelijk het openbaar ministerie, een vervolging instelt tegen de rechtspersoon de Staat: de Staat vervolgt dus zichzelf. Is dit op zichzelf reeds een merkwaardige figuur, een groter bezwaar is dat vervolging dóór de Staat van de Staat het risico meebrengt dat de eenheid van de regering en het regeringsbeleid in gevaar wordt gebracht. In feite komt een dergelijke vervolging er immers op neer dat het ene lid van het kabinet – de minister van Justitie, die in ons strafrechtelijk systeem verantwoordelijk is voor het vervolgende orgaan – een ander lid van het kabinet, onder wiens verantwoordelijkheid het betrokken handelen heeft plaatsgevonden, aanklaagt wegens overtreding van de strafwet. Niet alleen leidt dit tot een innerlijke tegenstrijdigheid in het optreden van de regering en het regeringsbeleid, maar ook wordt daarmee de ene minister als het ware onder toezicht van de andere (i.c. de minister van Justitie) geplaatst en aan deze ondergeschikt gemaakt. Dit nu is niet te verenigen met de tussen de verschillende leden van het kabinet bestaande gelijkheid en de eigen verantwoordelijkheid van ieder van die leden.

Geschillen over de rechtmatigheid van het optreden van of onder verantwoordelijkheid van een bepaalde minister behoren niet te worden opgelost in een confrontatie tussen twee organen van de centrale overheid ten overstaan van de strafrechter, maar allereerst in het beraad binnen het kabinet en verder in het debat met het parlement. Het is niet primair aan de minister van Justitie om – door middel van een vervolging door het openbaar ministerie – dergelijke geschillen op te lossen. Iedere minister dient in deze zijn of haar verantwoordelijkheid te nemen. Dit betekent – zoals reeds in par. 3.3 aangegeven – dat wanneer toezichthoudende ambtenaren of inspecties onregelmatigheden constateren bij een onder een bepaald ministerie ressorterende dienst en deze niet via het reguliere overleg en toezicht kunnen worden beëindigd, zij zich in eerste instantie niet tot het openbaar ministerie zullen moeten wenden, maar hun eigen minister zullen moeten inlichten, opdat die in overleg treedt met zijn desbetreffende ambtgenoot en met deze zoekt naar een bevredigende oplossing van het probleem. Het kabinet gaat er vanuit dat dergelijk ministerieel overleg in het algemeen tot beëindiging van de onwettige situatie zal leiden.

Los van de hier beschreven correctie van handelen van de centrale overheid door en binnen het kabinet zelf is er uiteraard de mogelijkheid voor het parlement om ministers ter verantwoording te roepen voor aan hen toe te rekenen overheidshandelen. De ministeriële verantwoordelijkheid ten overstaan van het parlement is zoals reeds eerder gezegd een effectief correctiemiddel.

6.3 Een en ander betekent niet dat er in het geheel geen strafrechtelijke aansprakelijkheid voor handelingen van de centrale overheid bestaat. Daarvoor heeft de wetgever echter aparte voorzieningen getroffen, die tegemoet komen aan de evengenoemde bezwaren tegen aansprakelijkheid van de Staat. Zo is er allereerst de door artikel 119 van de Grondwet voorgeschreven aparte, met bijzondere waarborgen omklede procedure voor de vervolging van ministers en staatssecretarissen wegens ambtsdelicten<sup>1</sup>. Deze procedure houdt onder andere in dat de opdracht tot vervolging wordt gegeven bij koninklijk besluit of bij besluit van de Tweede Kamer en dat de berechting plaatsvindt voor de Hoge Raad. De vervolging is in handen van de – voor het leven benoemde –

<sup>1</sup> Zie ook de Wet van 22 april 1855, houdende regeling der verantwoordelijkheid van de Hoofden der Ministeriële Departementen, Stb. 33.

procureur-generaal bij de Hoge Raad, die verplicht is aan een last tot vervolging gevolg te geven (art. 483, derde lid, Sv). Dit betekent dat de minister van Justitie niet kan ingrijpen in de vervolging. Op materieel-rechtelijk terrein heeft de wetgever voorts nog aparte ambtsdelicten geformuleerd voor de «hoofden van ministeriële departementen» die, kort gezegd, besluiten nemen of handhaven wetende dat daardoor de Grondwet, een andere wet of een algemene maatregel van bestuur wordt geschonden, dan wel opzettelijk nalaten uitvoering te geven aan deze wetten of amvb's (zie art. 355 Sr; art. 356 bevat een culpose variant).

Het wettelijk stelsel gaat dus uit van de persoonlijke strafrechtelijke aansprakelijkheid van ministers voor onder hun verantwoordelijkheid gepleegde strafbare feiten en kent een aparte procedure voor de effectuering van die aansprakelijkheid, zonder de mogelijkheid voor de minister van Justitie om in te grijpen in de vervolging. Het erkennen van de vervolgbaarheid van de Staat als zodanig zou dit stelsel naar de mening van het kabinet onaanvaardbaar doorkruisen.

## **7. Opsporing**

7.1 Tot slot wil het kabinet kort aandacht besteden aan de mogelijkheden voor politie en OM om opsporingsbevoegdheden uit te oefenen jegens een van een strafbaar feit verdacht overheidsorgaan. Het openbaar ministerie heeft in zijn advies gewezen op het grote belang van deze opsporingsbevoegdheden juist in zaken betreffende strafbaar overheids-handelen. Soms vormen deze de enige mogelijkheid om de feiten boven tafel te krijgen. Het kabinet onderschrijft dit: het strafrecht heeft ook uit het oogpunt van opheldering van de feiten een functie, zij het dat deze onderzoeksfunctie altijd ten dienste moet staan aan de opsporing van strafbare feiten en de berechting van de daders.

De bevoegdheid tot opsporing bestaat indien en voor zolang redelijkerwijs grond tot vervolging aanwezig moet worden geacht. Aangezien het kabinet er, zoals hierboven uiteengezet, vooralsnog vanuit gaat dat de huidige rechtspraak ruimte laat voor vervolging van overheidsorganen – namelijk voor zover het handelen redelijkerwijs niet meer tot de uitvoering van de betrokken overheidstaak kan worden gerekend – bestaat er naar de mening van het kabinet in zaken betreffende overheidsorganen in beginsel ook een bevoegdheid tot opsporing. Dit leidt slechts uitzondering indien van de aanvang af vaststaat dat het overheidsorgaan binnen de grenzen van zijn taakuitvoering heeft gehandeld. Doorgaans is voor een dergelijke vaststelling echter nader feitenonderzoek vereist, zodat tot het moment dat de officier van justitie over voldoende gegevens beschikt om een verantwoorde vervolgingsbeslissing te nemen, de politie onderzoek mag doen. Daarnaast bestaat uiteraard een bevoegdheid tot opsporing ter zake van de betrokkenheid van individuele ambtenaren en hun persoonlijke strafrechtelijke aansprakelijkheid daarvoor. Dit onderzoek zal doorgaans grotendeels samenvallen met het onderzoek naar het handelen van het overheidsorgaan als dader. Deze opsporingsbevoegdheid ten aanzien van individuele ambtenaren betekent bovendien dat politie en OM niet machteloos staan ten aanzien van handelingen in het verband van de centrale overheid (ondanks de desbetreffende immuniteit van de Staat als zodanig).

7.2 Als de officier van justitie na een uitgebreid opsporingsonderzoek tot de conclusie komt dat het overheidsorgaan niet vervolgd kan worden voor de opgespoorde aan dit orgaan toe te rekenen strafbare feiten, kan het desalniettemin wenselijk zijn dat de met het bestuurlijk en politiek toezicht belaste organen met het oog op de hun toevertrouwde belangen op de hoogte worden gebracht van de resultaten van het opsporingsonderzoek. Evenzo kan dit wenselijk zijn, indien de officier van justitie vervolging weliswaar mogelijk acht, maar daar om bepaalde redenen toch

vanaf ziet, bijvoorbeeld omdat een bestuurlijke of politieke correctie in het concrete geval afdoende is. Het kabinet ziet op voorhand niet in op grond van welk redelijk belang een overheidsorgaan zich zou kunnen verzetten tegen het doorgeven aan bestuurlijke of politieke «toezichthouders» van informatie die betrekking heeft op het feit dat dit orgaan de wet heeft overtreden. De vraag is echter of justitie daartoe thans gerechtigd is. Het bestaande juridisch kader is op dit punt summier. Uitgangspunt is dat de geheimhoudingsplicht van leden van het openbaar ministerie slechts informatieverstrekking toelaat «voor zover enig wettelijk voorschrift hen tot mededeling verplicht of uit hun taak de noodzaak tot mededeling voortvloeit» (art. 28a Wet op de rechterlijke organisatie). Een wettelijk voorschrift dat legitimeert tot informatieverstrekking als hier bedoeld, valt niet direct aan te wijzen (de Wet openbaarheid van bestuur lijkt op deze materie niet toegesneden), terwijl twijfel mogelijk is of de taak van het OM (de handhaving van het recht) zo ruim is dat zij informatieverstrekking aan bestuurlijke of politieke controle-organen (zonder meer) toelaat. Op dit punt is nader onderzoek nodig. De verstrekking van politieke en justitiële informatie aan derden is overigens een onderwerp waarover in breed verband reeds wordt nagedacht, bijvoorbeeld met betrekking tot de verstrekking van informatie aan bestuursorganen over de betrouwbaarheid van personen met wie zij te maken hebben (o.a. in het kader van overheidsopdrachten)<sup>1</sup>. In lijn met deze ontwikkelingen zal het kabinet onderzoeken of er nadere voorzieningen nodig zijn om te verzekeren dat Justitie – onder strikte waarborgen en alleen in dringende gevallen – de bestuurlijke of politieke controle-organen op de hoogte kan brengen van de resultaten van een opsporingsonderzoek tegen een overheidsorgaan.

## **8. Slot**

Het probleem van overheidsorganen die zich niet steeds aan de wet houden, kan niet met het strafrecht alléén worden opgelost. Daarvoor is het strafrecht ook niet primair in het leven geroepen. Allereerst dient er goede politieke en bestuurlijke controle op overheidshandelen te zijn. Het kabinet zal zich dan ook inspannen om, samen met andere betrokkenen (de vertegenwoordigende organen, bestuurlijke toezichthouders), deze controle goed te doen functioneren en waar nodig te verbeteren. Wat de strafrechtelijke controle betreft laat de huidige stand van de rechtspraak naar het oordeel van het kabinet ruimte voor vervolging van overheidsorganen indien hun handelen redelijkerwijs niet meer tot de uitvoering van hun overheidstaak kan worden gerekend. In die gevallen is een rol weggelegd voor het strafrecht.

Zeker in gevallen van door een overheidsorgaan gepleegd evident onrecht zal tot vervolging moeten worden overgegaan. De minister van Justitie heeft inmiddels het College van procureurs-generaal verzocht op korte termijn voorstellen te ontwikkelen voor een gericht opsporings- en vervolgingsbeleid, waardoor de grenzen van de aansprakelijkheid van overheidsorganen zich in de rechtspraak kunnen uitkristalliseren. In het geval die ontwikkeling daartoe aanleiding mocht geven, zal wetswijziging worden overwogen. Daarnaast zal het kabinet onderzoeken of er nadere voorzieningen nodig zijn om te verzekeren dat justitie in daarvoor in aanmerking komende gevallen de bestuurlijke of politieke controle-organen op de hoogte kan brengen van de resultaten van een opsporingsonderzoek tegen een overheidsorgaan.

---

<sup>1</sup> Zie de brief van de ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie aan de Tweede Kamer d.d. 10 oktober 1996, kamerstukken II 1996/97, 25 056.