

De minister van Justitie
prof. Dr. E.M.H. Hirsch Ballin
en de minister van Binnenlandse Zaken
en Koninkrijksrelaties
de heer J.W. Remkes

Datum
26 september 2006

Uw kenmerk

Ons kenmerk
Rob 2006-0000316734

Inlichtingen bij
drs. P.C. de Goede

Doorkiesnummer
070 - 4268850

Bijlagen
3

Onderwerp
Advies strafrechtelijke aansprakelijkheid voor
bestuurders en ambtenaren

Geachte heren Hirsch Ballin en Remkes,

De Raad voor het openbaar bestuur heeft het initiatief genomen om te reageren op het wetsvoorstel van het kabinet waarin de mogelijkheden om bestuurders en leidinggevende ambtenaren strafrechtelijk te vervolgen worden verruimd. De Rob heeft een bijzondere verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van het openbaar bestuur. De Raad acht het, vanuit deze verantwoordelijkheid, van belang om een visie te hebben op het complexe vraagstuk van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van bestuurders en ambtenaren. Deze visie is neergelegd in onderstaand advies.

Samenvatting

De Raad is van mening dat de strafrechtelijke immuniteit voor overheidsorganisaties bij het uitoefenen van een overheidstaak moet blijven bestaan. Het heeft geen zin om overheidslichamen via het strafrecht te laten veroordelen tot het betalen van boetes aan de Staat. In die zin kan de Raad instemmen met de keuze die in het wetsontwerp van de minister van Justitie is gemaakt, en kan hij zich niet vinden in de strekking van het initiatiefvoorstel-Wolfsen.

De strafrechtelijke immuniteit van overheidslichamen moet zich echter niet uitstrekken naar politieke bestuurders en ambtenaren bij organisaties die als feitelijk leidinggevend betrokken zijn bij het plegen van strafbare feiten. Daarvoor bestaan verschillende redenen. De belangrijkste is, dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van politieke bestuurders en ambtenaren een belangrijke bijdrage kan leveren aan een goed functioneren van politieke bestuurders en ambtenaren, en daarmee ook aan het vertrouwen van de burger in het openbaar bestuur. Ook is het onacceptabel dat individuen niet vervolgbaar zijn voor strafbare feiten die zijn begaan binnen de sfeer van het openbaar bestuur, waar zij wel vervolgbaar waren geweest als de strafbare feiten zich in de sfeer van een particuliere organisatie hadden afgespeeld.

Wel staan naar de mening van de Raad bij normschendingen van politieke ambtsdaggers en onder hun verantwoordelijkheid werkzame personen, de politieke verantwoordingsmechanismen voorop. Bij eventuele strafvervolging dient er voor gewaakt te worden dat deze verantwoordingsmechanismen zoveel mogelijk de ruimte krijgen. In die zin moet het strafrecht zowel inhoudelijk als in de tijd het sluitstuk vormen van de sanctionering van normschendingen binnen het openbaar bestuur.

1. Inleiding

Onder welke voorwaarden kunnen bestuurders en leidinggevende ambtenaren strafrechtelijk worden vervolgd voor strafbare feiten die door hen uit hoofde van hun functie worden gepleegd? Ernstige incidenten zoals de vuurwerkramp in Enschede, de nieuwjaarsbrand in Volendam en recentelijk de Schipholbrand, zijn voorbeelden van situaties waarin organisaties, maar ook ketens van individueel verantwoordelijken hebben gefaald. Het bestuurlijk falen kan in deze situaties samengaan met de schending van strafrechtelijke bepalingen.

Strafrechtelijke vervolging van de overheid is naar de huidige stand van zaken echter maar beperkt mogelijk. De Staat der Nederlanden is immuun voor strafvervolging. Andere openbare lichamen (gemeenten en provincies, maar ook de publiekrechtelijke bedrijfsorganisatie) bezitten immuniteit voor vervolging voor strafbare feiten die zij in het kader van een exclusieve publieke taak plegen. Met deze immuniteit worden ook de politieke bestuurders en (andere) leidinggevend tegen strafvervolging beschermd. Het vertrouwen in het openbaar bestuur en de rechtsstaat staat hierdoor onder druk. Maatschappelijk wordt deze situatie niet meer aanvaardbaar geacht.

Enige tijd geleden heeft de minister van Justitie een wetsvoorstel ingediend dat de mogelijkheden om bestuurders en leidinggevende

ambtenaren strafrechtelijk te vervolgen belangrijk verruimt. Het voorstel is overgenomen door de regering, en thans voor advies aanhangig bij de Raad van State. Op hoofdlijnen betekent het ontwerp dat het in de toekomst mogelijk moet zijn om vervolging in te stellen tegen bestuurders en leidinggevende ambtenaren als de rechtspersoon zelf niet vervolgbaar is. Momenteel is dat niet mogelijk. In het eerste Pikmeer-arrest¹ overwoog de Hoge Raad dat indien er geen vervolging tegen de overheid kan worden ingesteld, er evenmin sprake kan zijn van vervolging van de leidinggevendenden. Omdat volgens de Hoge Raad de verantwoordelijkheden van de leidinggevendenden ‘onlosmakelijk verweven’ zijn met de organisatie dekt de immuniteit van de rechtspersoon óók de feitelijk leidinggevende af. Deze redeneerlijn wordt met het nieuwe wetsvoorstel doorbroken.

Naast het wetsvoorstel van de regering is bij de Tweede Kamer een initiatiefvoorstel-Wolfsen² aanhangig dat erin voorziet vervolgbaarheid van publieke rechtspersonen én natuurlijke personen in openbare dienst in gelijke mate mogelijk te maken.

De Raad voor het openbaar bestuur³ reageert in dit advies op het wetsontwerp dat de minister van Justitie heeft gepubliceerd, maar betreft daarbij ook het voorstel-Wolfsen. De Raad wil daarbij ingaan op een aantal consequenties voor het bestuur, de betrokkenen en het vertrouwen die samenhangen met dit vraagstuk.

2. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van overheidslichamen

De Raad is van mening dat de strafrechtelijke immuniteit voor overheidsorganisaties bij het uitoefenen van een overheidstaak moet blijven bestaan. Het heeft geen zin om overheidslichamen via het strafrecht te laten veroordelen tot het betalen van boetes aan de Staat. In die zin kan de Raad instemmen met de keuze die in het wetsontwerp van de regering is gemaakt, en is hij het oneens met de strekking van het initiatiefvoorstel-Wolfsen. Vaak wordt in dit verband een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel: particuliere organisaties zijn altijd, en overheidsorganisaties maar in beperkte mate, vervolgbaar. De Raad is echter van mening dat deze categorieën organisaties onvergelijkbaar zijn: het openbaar bestuur is staatsrechtelijk, bestuursrechtelijk en civielrechtelijk zodanig aansprakelijk dat vergelijking met burgers en bedrijven op voorhand mank gaat.

¹ HR 23 april 1996, *NJ* 1996, 513

² Kamerstukken II 2005/06, 30 538, nr. 2.

³ Dit advies is voorbereid door een werkgroep die als volgt was samengesteld: drs. C.J.N. Verstedden (raadslid); prof. mr. dr. E. Muller (raadslid); prof. mr. S.E. Zijlstra (raadslid) en drs. P.C. de Goede (adviesmedewerker, geen raadslid).

3. Politieke ambt dragers en ambtenaren

De Raad is voorstander van handhaving van de strafrechtelijke immuniteit van overheidslichamen. Deze immuniteit moet zich echter niet uitstrekken naar politieke bestuurders en ambtenaren die als feitelijk leidinggevend betrokken zijn bij het plegen van strafbare feiten door publieke organisaties. Daarvoor bestaan verschillende redenen.

De belangrijkste reden is, dat strafrechtelijke aansprakelijkheid van politieke bestuurders en ambtenaren een belangrijke bijdrage kan leveren aan een goed functioneren van politieke bestuurders en ambtenaren, en daarmee ook aan het vertrouwen van de burger in het openbaar bestuur.

Bij het vraagstuk van strafrechtelijke aansprakelijkheid van politieke bestuurders en ambtenaren speelt het gelijkheidsbeginsel wél een rol. Het is onacceptabel dat individuen niet vervolgbaar zijn voor strafbare feiten die zij begaan binnen de sfeer van het openbaar bestuur als deze individuen wel vervolgbaar waren geweest als de strafbare feiten zich in de sfeer van een particuliere organisatie hadden afgespeeld. Daarnaast bestaat er een tweede ongelijkheid: de ambtenaar die strafbare feiten daadwerkelijk pleegt is momenteel wel vervolgbaar, maar zijn leidinggevende niet. In termen van een bekend voorbeeld: de gemeentewerker die feitelijk vervuild baggerslib in een natuurgebied stort kan hiervoor strafrechtelijk worden vervolgd, de wethouder en de directeur van de dienst milieu vallen echter onder de immuniteit van de gemeente.

Deze principiële belemmering van vervolging van (mogelijk) strafbare feiten is naar mening van de Raad niet verenigbaar met de principes van de democratische rechtsstaat. Zeker bij incidenten waarbij de maatschappelijke orde ernstig is geschokt, kan het vertrouwen extra worden geschaad als een onderzoek naar strafbare feiten de facto niet in een sanctie kan resulteren. In die zin schaaft Raad zich achter het wetsvoorstel.

4. Consequenties voor het bestuur

Daadwerkelijke toepassing van de mogelijkheid van vervolging van feitelijk leidinggevend, ook als sprake is van een exclusieve overheidstaak, kan grote gevolgen hebben voor de dagelijkse praktijk van het openbaar bestuur. In eerste instantie kunnen dit gunstige gevolgen zijn. Aangenomen mag worden dat waarschuwingen voor het plegen van strafbare feiten serieuzer worden genomen. De vrees voor eventuele vervolging moet echter niet omslaan in het vermijden van aanvaardbare risico's bij maatregelen die maatschappelijk gewenst of zelfs noodzakelijk zijn. Anderzijds mag ook worden verwacht dat misschien eerder dan anders wordt opgetreden tegen situaties die eigenlijk onaanvaardbaar zijn, nu ook niet optreden tegen strafbaar handelen in gevallen waarin men wel

had kunnen optreden, eveneens onder de mogelijkheid van strafvervolging valt. Juist dáár ontbreekt het nu in het openbaar bestuur aan voldoende prikkels.

Daarnaast moet ook worden beseft dat een vervolgingstraject het lopende besluitvormingsproces ernstig kan verlammen. De vervolgte bestuurders en leidinggevende ambtenaren leggen (tijdelijk) hun portefeuille respectievelijk functie neer waardoor de verantwoordelijkheid, aansturing en kennis van zaken op dat beleidsterrein uit het systeem is gehaald. Ook dit is een maatschappelijk ongewenste situatie.

Gezien de bijzondere situatie staan naar de mening van de Raad bij normschendingen van politieke ambtsdagers en onder hun verantwoordelijkheid werkzame personen, de politieke en democratische verantwoordingsmechanismen voorop. Naast de controle door de democratisch gekozen organen is naar mening van de Raad waar mogelijk ook een actieve opstelling van de bovengelegen bestuurslaag in het kader van het interbestuurlijk toezicht van belang.

Daarom zou binnen het openbaar ministerie als richtlijn moeten worden gehanteerd dat, behoudens gevallen waarin vervolging geen uitstel kan lijden, ruimte wordt geboden aan het politieke verantwoordingsproces. Dat proces zou in veel gevallen niet kunnen plaatsvinden als strafvervolging al in gang is gezet, omdat de positie van betrokkenen dan onhoudbaar is geworden. Gaat het om overheidslichamen waarin een dergelijk politiek verantwoordingsproces ontbreekt (bij de openbare lichamen ex art. 134 en 135 Grondwet, en bij zelfstandige bestuursorganen), dan kan strafvervolging meteen worden ingesteld. Daarnaast spreekt de Raad zich, evenals de VNG en het IPO, ook uit voor een evenwichtig vervolgingsbeleid bij de invoering van dit wetsvoorstel.

5. Overige aspecten

Strafbare feiten die worden begaan door bestuurders en leidinggevende ambtenaren hebben meestal niet het oogmerk van persoonlijke verrijking of gewin. Vaak is er sprake van een belangenconflict waarbij de uitvoering van een publieke taak of wettelijk voorschrift onder omstandigheden de bestuurder of leidinggevende ambtenaar geen andere keuze laten dan het schenden van andere rechtsnormen. Dat betekent dat voor de invoering van dit wetsvoorstel een goed werkend systeem van strafuitsluitingsgronden een *conditio sine qua non* is. Het wetsvoorstel moet de functie van filter vervullen. Grove schendingen van het recht moeten kunnen worden vervolgd, gevallen waarin het dienen van het publiek belang de bestuurder geen andere keus liet moeten worden vrijgesteld van vervolging. Dat is noodzakelijk om de eigen waarde van het openbaar bestuur in ons staatsrechtelijk bestel voldoende recht te doen.

De belangrijkste rechtvaardigingsgronden in dit verband zijn: overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40 Sr.) en het begaan van een feit ter uitvoering van een wettelijk voorschrift (art. 42 Sr.). Samen met de wijziging van artikel 51 Sr. wordt de strafuitsluitingsgrond van artikel 42 uitgebreid met de bijzin: 'dan wel een publieke taak, bij de wet opgedragen'. Dit lijkt op een codificatie van de door de Hoge Raad gehanteerde term 'ter behartiging van een specifieke bestuurstaak', waarbij voor de wat bredere term 'publieke taak' is gekozen in plaats van voor 'bestuurstaak.' In hoeverre dit een bruikbaar criterium blijkt zal nieuwe jurisprudentie uit moeten wijzen.

De aansluiting tussen het strafrecht en de wijze waarop het bestuur is georganiseerd is ook een belangrijk punt van aandacht. De Raad vraagt zich bijvoorbeeld af of er voldoende is stilgestaan bij het in Nederland dominante besluitvormingsmodel van collegiaal bestuur. In Nederland is zelden één individu verantwoordelijk voor een publiek besluit, veelal is er in een of andere vorm sprake van collegiaal bestuur. Dat gegeven is van invloed op de schuldvraag; zijn bijvoorbeeld wethouders die tegen een collegebesluit hebben gestemd alsnog als medepleger vervolgbaar?


Ten slotte vraagt de Raad aandacht voor de wijze waarop het voorstel aansluit bij het Nederlandse bestuurlijk organisatierecht. Het voorgestelde art. 51, vierde lid, Sr., spreekt van een 'publiekrechtelijke rechtspersoon'. Dit is een verbetering ten opzichte van het criterium dat nu in de jurisprudentie wordt gehanteerd (openbaar lichaam), maar doet weer vragen rijzen met betrekking tot de afbakening met andere onderdelen van het openbaar bestuur, zoals privaatrechtelijke rechtspersonen die met openbaar gezag zijn bekleed.

6. Conclusies en aanbevelingen

Strafrechtelijke immuniteit voor overheidsorganisaties bij het uitoefenen van een overheidstaak moet blijven bestaan. Deze moet zich echter niet uitstrekken naar politieke bestuurders en ambtenaren die als feitelijk leidinggevend betrokken zijn bij het plegen van strafbare feiten. Strafrechtelijke aansprakelijkheid van politieke bestuurders en ambtenaren kan een belangrijke bijdrage leveren aan een goed functioneren van politieke bestuurders en ambtenaren, en daarmee ook aan het vertrouwen van de burger in het openbaar bestuur. Ook is het onacceptabel dat individuen niet vervolgbaar zijn voor strafbare feiten die zijn begaan binnen de sfeer van het openbaar bestuur, waar zij wel vervolgbaar waren geweest als de strafbare feiten zich in de sfeer van een particuliere organisatie hadden afgespeeld.

Ten aanzien van het bestuur benadrukt de Raad dat publiekrechtelijke rechtspersonen, bestuurders en ambtenaren een voorbeeldfunctie hebben als het aankomt op het naleven van de regels. Recent is er veel aandacht voor integriteit. Integriteit is echter geen begrip dat alleen met de mond moet worden beleden, maar tot uitdrukking moet komen in zorgvuldigheid en verantwoordelijkheid. Dit geldt ook ten aanzien van de politieke en interbestuurlijke controle. Meer aandacht voor integriteit en wetmatigheid van bestuur zal het zelfreinigend vermogen van het openbaar bestuur als geheel én het bewustzijn vergroten.

De Raad voor het openbaar bestuur,

A handwritten signature in black ink, consisting of several fluid, overlapping strokes that form a stylized, somewhat abstract shape.

prof. Dr. J.A. van Kemenade, voorzitter

A handwritten signature in black ink, featuring a large, prominent initial 'B' followed by several horizontal strokes.

Drs. C.J.M Breed, secretaris

Bijlagen

Bijlage I

De problematiek in beeld

2.1 Een voorbeeld uit de bestuurspraktijk

In een gemeente wordt een stadsvernieuwingsproject uitgevoerd. Op het moment dat het werk daadwerkelijk ter hand wordt genomen, blijkt dat een deel van de grond waarop het project is gepland, ernstig vervuild is. De bodem moet worden afgegraven, en de vervuilde grond moet ergens worden gestort. Ook is over het hoofd gezien dat op een belendend terrein een paar fraaie oude bomen moeten worden gekapt, omdat het terrein anders niet toegankelijk is voor de vrachtwagens, kranen en machines. Voor de vervuilde grond is geen legale stortplaats respectievelijk milieuvergunning voorhanden, en een kapvergunning voor de te kappen bomen ontbreekt ook. Het project dreigt een fikse vertraging op te lopen. Dit terwijl het nu juist speerpunt van het collegebeleid is, en binnen de gemeenteraad brede politieke steun heeft.

Op het gemeentehuis wordt crisisberaad gehouden. Aanwezig zijn de wethouder Bouwen en wonen en de directeurs van de directie Ruimtelijke Ordening, de directie Milieu en de directie Juridische Zaken.

De wethouder wil dat het project koste wat kost doorgaat. Voor de problemen moet een oplossing worden gevonden. Hij heeft al gepeild bij de fractievoorzitters van de meeste fracties in de gemeenteraad, en die zijn het daarmee eens. Hij heeft de Directeur Ruimtelijke Ordening opgedragen met een oplossing te komen, en die ligt nu – in overdrachtelijke zin, want mondeling - op tafel: de vervuilde grond wordt illegaal gestort, en de bomen worden zonder bouwvergunning gekapt. De beide andere directeurs verzetten zich hiertegen, maar de wethouder hakt de knoop door, en geeft opdracht het voorstel van de dRO uit te voeren.

De volgende dag rukken vrachtwagens van de gemeente uit om de grond af te graven, die ergens illegaal wordt gedumpt. De bomen worden nog dezelfde dag omgehakt.

Deze casus, die deels aan de werkelijkheid is ontleend, doet de behoefte gevoelen aan enige vorm van sanctie. Het kan niet zo zijn dat zomaar vervuilde grond illegaal wordt gedumpt, en bomen even illegaal worden omgehakt. Zeker kan het niet zo zijn dat dit door de overheid gebeurt, die juist het voorbeeld moet geven bij het naleven van wettelijke voorschriften.

Die sancties bestaan ook wel, maar het is de vraag of ze voldoende zijn. Het illegaal storten van vervuilde grond is een misdrijf (Wet milieubeheer i.v.m. de Wet economische delicten), het kappen zonder kapvergunning een overtreding (de gemeentelijke kapverordening). Wie kunnen daar naar de huidige stand van het recht voor worden gestraft? In ieder geval degenen die de daad feitelijk hebben gepleegd: de ambtenaren met de vrachtwagens en de zaagmachines. Wat de gemeente, de wethouder en de directeur RO betreft, heerst echter onzekerheid. Onder de zogeheten Pikmeer II-jurisprudentie van de Hoge Raad zijn openbare lichamen in de uitoefening van een exclusieve publieke taak immuun voor strafvervolging. Die immuniteit brengt mee dat ook feitelijk leidinggevend strafrechtelijk niet kunnen worden vervolgd. De vraag is dan, of in dit geval moet worden gekeken naar het realiseren van het stadsvernieuwingsproject (wellicht te beschouwen als exclusieve publieke taak), of naar het storten/kappen sec (geen exclusieve publieke taak).

Hoe dit ook zij, duidelijk is dat de positie van met name de wethouder en de directeur aandacht behoeven. Het moge zo zijn dat zij denken in het algemeen belang te handelen (waarbij de directeur er ook nog een opvatting over de ambtenaar als dienaar van de politiek bij kan halen), maar dat kan geen vrijbrief zijn om wettelijke voorschriften te (doen) overtreden. Bestaan er voor hen wel voldoende prikkels om zich te onthouden van dit soort beslissingen en opdrachten?

Veelal wordt in dit verband gewezen op de politieke verantwoordelijkheid. De wethouder kan immers door de raad worden weggestuurd als blijkt dat hij wettelijke voorschriften aan zijn laars lapt. Het kan natuurlijk zijn dat het daarop uitdraait, maar in dit voorbeeld had de wethouder zich nu juist van politieke dekking voorzien. De raad hóeft hem niet weg te sturen: dat is en blijft een politieke, geen juridische afweging. Bovendien kan het zijn dat de illegale storting (het meest ernstige feit) pas na jaren aan het licht komt, en de wethouder allang ergens anders werkzaam is. Dan kan de politieke verantwoordelijkheid hem niet meer raken.⁴

Bestuursrechtelijke instrumenten schieten bij dit soort handelingen eigenlijk altijd tekort. Bestuursrecht gaat voor een niet gering deel van de gevallen over besluiten, niet over feitelijke handelingen. De Kroon of de bestuursrechter kan een vergunning vernietigen, maar niet een beslissing om vuile grond ergens te storten. Minstens zo belangrijk is, dat bestuursrecht zich – aan de kant van de overheid – richt op bestuursorganen en niet op personen. Zou de vervuilde grond ontdekt

⁴ Of hooguit toevallig nog wel, omdat hij en andere politieke functie heeft waarin hem het vertrouwen kan worden opgezegd. Vgl. de zaak Van Eekelen.

worden, dan kan (en, in de meeste gevallen, moet) het gemeentebestuur dit door middel van bestuursdwang opruimen. Ook kan de bestuursrechter een herplantingsplicht van de bomen opleggen. Dat kan natuurlijk vervelend zijn voor de wethouder en zijn reputatie, maar het treft hem niet in zijn persoonlijke belang, en vormt in sommige gevallen dan ook onvoldoende prikkel hem van zijn onjuist gedrag af te houden.

De gemeente is civielrechtelijk aansprakelijk als rechtspersoon. Zou een omwonende van de bomen de schade willen verhalen die hij lijdt omdat hij minder mooi uitzicht heeft, dan treft dat opnieuw niet de wethouder of de directeur. Ook hier onvoldoende prikkel, dus.

2.2 Nieuwe wetgeving

Recentelijk heeft de regering een wetsvoorstel ingediend, dat erin voorziet dat ambtenaren die als opdrachtgever of leidinggevende betrokken zijn geweest bij verboden handelingen van een overheidsorgaan, daarvoor individueel kunnen worden vervolgd. Ook als dat overheidsorgaan strafrechtelijk niet aansprakelijk kan worden gesteld. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt tussen de centrale overheid en lagere overheden als gemeenten en waterschappen. In beide gevallen is vervolging van de individuele ambtenaar mogelijk. Aan de bestaande immuniteit van publiekrechtelijke rechtspersonen verandert het wetsvoorstel niets.

Wat verandert er dan wel door deze wetswijziging? Het wetsvoorstel heeft in de eerste plaats een sterk principiële betekenis. Bestuurders zullen zich niet meer kunnen verschijnen achter de immuniteit van hun rechtspersoon. Door het wetsvoorstel verdwijnt als het ware een 'glazen schot' wat vervolging mogelijk maakt in een hierboven geschetste situatie.

Het weghalen van dit glazen schot heeft echter niet alleen maar voordelen. Zoals aangegeven kunnen de consequenties voor het bestuur behoorlijk vergaand zijn. Ruime mogelijkheden tot strafrechtelijke toetsing kunnen het bestuur ernstig juridiseren. Bestuurders die strafrechtelijke feiten bevorderen doen dat meestal ook niet om er zelf beter van te worden, zij voeren een publieke verantwoordelijkheid uit. In de geschetste casus is er wellicht een schromelijk tekort aan seniorenwoningen en betaalbare startersappartementen. Of de gevaarlijkste kruising van de gemeente wordt in het stadsvernieuwings-project integraal opgelost. Dat staat voor de wethouder op het spel bij vertraging van het project.

In dit verband wordt er wel eens beweerd dat de overheid zichzelf in dit dossier in de staart bijt. Dat is niet zo gek als het lijkt, de overheid kent tenslotte verschillende verschijningsvormen. Zij is zowel de vertegenwoordiger van het democratisch gelegitimeerd bestuur als de bewaker van de openbare orde en veiligheid. Beide hoedanigheden zijn

concepten of brillen om naar de overheid te kijken. Zij vallen allebei onder de paraplu van de democratische rechtstaat en hebben beide een eigen ratio, dynamiek en waardensysteem.

Juist deze waardensystemen botsen in de praktijk doordat zij niet goed in elkaar grijpen. De adressant is verschillend. Het strafrecht volgt natuurlijke- en rechtspersonen (de wethouder, de gemeente) terwijl het politiek-bestuurlijke systeem zich voornamelijk op bestuursorganen richt (het college van Burgemeester en Wethouders). Daarnaast verschilt het doel van de sanctie. Het bestuursrecht en de politiek-bestuurlijke correctiemechanismen zijn voornamelijk gericht op het repareren van de gewraakte toestand (vernietiging en in de plaatsstelling van besluiten, terwijl het strafrecht primair gericht is op leedtoevoeging teneinde recht te doen aan de geschokte maatschappij.

De spanning tussen het strafrechtelijk en het politiek bestuurlijke systeem is zo groot omdat ze elkaar in de praktijk tegenwerken. Strafrechtelijke verantwoording van bestuurders betekent de facto het doorkruisen van politiek bestuurlijke verantwoordelijkheid en omgekeerd. In de literatuur die over dit wetsontwerp (en in bredere zin over het thema) is verschenen is deze 'keuzespanning' goed zichtbaar.

Grofweg worden er in de literatuur twee tegenoverliggende standpunten in genomen. Diegene aan de kant van het bestuur vinden strafrechtelijke aansprakelijkheid voor bestuurders – voor zover dit de publieke functie betreft - en ambtenaren niet fair en ondermijnend voor het openbaar bestuur. Volgens het andere geluid gaat dit wetsontwerp nog lang niet ver genoeg. Hoe doe je in de praktijk recht aan zowel politiek bestuurlijke verantwoordelijkheid als aan strafrechtelijke verantwoordelijkheid zonder dat er sprake is van een van een keuze voor de een en daarom tégen de ander?

Bijlage II

Betekenis van strafrechtelijke aansprakelijkheid in de praktijk van het openbaar bestuur

In deze bijlage zal worden stilgestaan bij de betekenis van strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het bestuur. In het bijzonder is er aandacht voor het besluitvormingsproces. Belangrijke vragen in deze context zijn, aan wat voor soort gevallen kan worden gedacht en onder welke condities bewust strafrechtelijke feiten door bestuurders worden bevorderd. Zou strafbaarstelling van bestuurders daadwerkelijk bijdragen tot meer normconform gedrag? En wat zouden de consequenties zijn voor de bestuurders persoonlijk en voor het besluitvormingsproces?

3.1 Voorbeelden

Aan wat voor soort misdrijven en overtredingen kan in dit kader worden gedacht? De meeste overtredingen van overheden en overheidsdienaren vinden plaats op het gebied van milieu en natuur. Van deze overtredingen heeft ongeveer tweederde betrekking op de Wet Milieubeheer en de Wet Verontreiniging Oppervlaktewateren. Ook de Wet Bodembescherming scoort vrij hoog. Het gaat bij dit soort overtredingen om zaken als illegale lozingen, werken zonder de vereiste vergunning, gevaarlijke stoffen voorhanden hebben of bomen kappen zonder vergunning⁵.

De aard van het delict is een belangrijk discussiepunt in het debat over strafrechtelijke vervolging van overheden en overheidsdienaren. De commissie Roelvink heeft in haar rapport voorgesteld om in de strafbaarstelling het onderscheid toe te passen tussen z.g. orderingsdelicten en delicten uit het commune strafrecht zoals diefstal, dood door schuld en moord. De eerste categorie zou volgens de strafbaar gesteld kunnen worden, de tweede zou zich vanuit de aard van het soort misdrijf, zich hier niet voor lenen.

In het publieke debat zijn het echter vaak de voorbeelden waarbij commune delicten een rol spelen die de discussie beheersten. De vuurwerkramp in Enschedé, de nieuwjaarsbrand in Volendam en – zeer recent – de Schipholbrand. In de eerste twee zaken is door het openbaar ministerie geprobeerd de gemeente en haar leidinggevende ambtenaren te vervolgen voor dood door schuld en/of het aanbrengen van zwaar lichamelijk letsel, maar deze vervolging is gestuit op de Pikmeer-

⁵ Bron overtredende overheden, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2005

jurisprudentie. Voor de vraag of commune delicten die in de sfeer van de overheid zijn begaan vervolgd kunnen worden is de uitspraak “Oneryildiz tegen Turkije⁶” van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van belang. In dit arrest deed zich een vergelijkbare casus voor als bij de vuurwerkramp, een methaanexplosie in een sloppenwijk. Naar aanleiding hiervan werd de Turkse overheid gedagvaard wegens dood door schuld wegens danwel aanbrengen van zwaar lichamelijk letsel vanwege niet adequaat optreden van de autoriteiten. Het EHRM overwoog in haar arrest dat verdragsartikelen⁷ de staat de verplichting opleggen om in geval van overlijden of vernederende behandeling van personen te voorzien in een effectief wettelijk en rechtelijk systeem waarop op nationaal niveau rechtsherstel wordt verkregen. Veel verdragsrechtjuristen leggen deze uitspraak uit als een opdracht aan de lidstaten om strafvervolgning van de overheid voor commune delicten mogelijk te maken.

Het Tweede Kamerlid Wolfsen heeft de zaak Oneryildiz vertaald naar een fictieve Nederlandse casus. Hij suggereerde dat burgemeesters die niets doen aan gevaarlijke LPG-tanks in hun gemeente, sinds de Oneryildiz uitspraak, strafrechtelijk aansprakelijk zijn indien ten gevolge van een explosie slachtoffers vallen. Gelet op de wet Milieubeheer is de verlening van een vergunning voor een LPG tank een exclusief aan het bevoegd gezag opgedragen bestuurstaak. Onder het huidig wettelijk regime wordt de burgemeester beschermd door de immuniteit van de gemeente, onder het nieuwe regime in principe niet.

3.2 De context van regelvertredend gedrag

Een van de belangrijkste vragen luidt: onder welke condities bevordert het bestuur strafrechtelijke feiten? Zijn er algemene condities? Deze vraag is deels te beantwoorden aan de hand van de vorig jaar verschenen studie ‘overtredende overheden’ van de onderzoeksschool Maatschappelijke veiligheid. In deze studie is onderzoek gedaan naar de omvang en oorzaken van regelvertredende overheden. Naast persoonlijke kenmerken van de beslisser spelen, volgens de onderzoekers, kenmerken van werk, taak, beleidsterrein, de aard van de in het geding zijnde regels, organisatiestructuur en cultuur en de politiek bestuurlijke context. De bevindingen uit dit onderzoek zijn onderverdeeld in 5 categorieën van oorzaken van regelvertredend gedrag.

1. *Regelgeving*: (niet aansluitende regelgeving van centrale overheid, complexe en snel wijzigende regelgeving, tegenstrijdige regelgeving en onzinnig (ervaren) regelgeving

⁶ EHRM 18 juni 2002

⁷ 2 en 3 jo 13 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

2. *Procedures*: het onvoldoende vastleggen van procedures is volgens de onderzoekers een belangrijke oorzaak van regelovertrekend gedrag. Dit is het meest prominent in de kleine gemeente
3. *Het ambtenarenapparaat*: Hier zijn weer drie subcategorieën van belang: a) kennis en expertise, regelovertreding geschiedt vaak uit onwetendheid. Dit geldt zowel voor onschuldige als voor de meer ernstige overtredingen, b) een te hoge werkdruk en onvoldoende capaciteit, dit speelt voornamelijk bij de handhaving een rol en c) de feitelijke inrichting van de ambtelijke organisatie.
4. *Politieke besluitvorming*: De onderzoekers vonden grote verschillen in de houding van het bestuur tegenover regelovertrekend gedrag. De onderzoekers constateerden verschillende houdingen per soort overheidsorganisatie. De onderzochte provincie stelde zich het actiefst op ten aanzien van voorkoming van regelovertrekend gedrag. Dit leidde overigens ook tot interne en externe kritiek op een te krampachtige risicomijdende stijl van besturen. Ondanks de voorzichtiger benadering na de ernstige rampen in Enschedé en Volendam komt het nog vaak voor dat het bestuur willens en wetens de grenzen opzoekt. Ambtenaren voelen zich nogal eens onder druk gezet om te handelen op een wijze die zij niet juist achtten. Vooral in kleinere gemeenten is de kleinere afstand tussen het college en het ambtenarenapparaat nogal eens medeverantwoordelijk voor een ‘minder professionele’ afweging.
5. *Verbondenheid met de samenleving*: Activiteiten waarbij er veelvuldig contact is met de buitenwereld zijn kwetsbaar. Vergunningverleners en handhavers kunnen zich teveel gaan identificeren met de organisaties die zij controleren. Dit kan leiden tot een ongewenste gedoogcultuur.

Vertaald naar oorzaken en omstandigheden concluderen de onderzoekers van deze studie dat het bij regelovertrekend gedrag van de overheid vooral gaat om gedrag dat is ingebed in de organisatie en de structuur en niet om individuele normovertreding. Voor het mogelijke effect van individuele strafrechtelijke aansprakelijkheid op regelovertrekend gedrag is dit een belangrijk aandachtspunt.

Collegiaal bestuur

Het Nederlandse dominante besluitvormingsmodel is nog niet aan de orde geweest. In Nederland is zelden één individu verantwoordelijk voor een publiek besluit, veelal is er in een of andere vorm sprake van collegiaal bestuur. Dat gegeven is van invloed op de schuldvraag; zijn bijvoorbeeld

wethouders die tegen een besluit hebben gestemd alsnog als medepleger vervolgbaar? Daarnaast is het afwegingsproces zelf van belang.

Het verschijnsel *groupthink*, beschreven door Lewin, kan gemakkelijk optreden bij bestuurders onder hoge druk. Onder bepaalde condities ontstaat binnen een groep een situatie waarbij slechte of irrationele besluiten worden genomen omdat men in hoge mate streeft naar consensus en geen gezichtspunten van buiten meer toelaat. Geconfronteerd met een bestuurlijk dilemma kan een situatie ontstaan waarbij niemand meer oog heeft voor de strafrechtelijke consequenties van een besluit. De legale alternatieven of het perspectief kunnen volledig aan het oog worden onttrokken. In een dergelijke situatie ligt de oplossing eerder in politieke controle en toezicht of een tweede besluitvormingsronde dan in versterking van de regelgeving.

3.3 De invloed van strafrechtelijke aansprakelijkheid

Zou aansprakelijkheid van bestuurders leiden tot meer wetsconform handelen? Zoals hierboven weergegeven zijn er andere kaders waardoor bestuurders en leidinggevenden zich laten leiden; hiërarchie, machtsverhoudingen en politieke afrekenbaarheid kunnen als sterkere prikkel worden ervaren. Zoals in het voorbeeld duidelijk is geworden voorzag de wethouder zich van politieke dekking door de gemeenteraad. In een wat andere setting kan politieke dekking veranderen in sterke politieke druk. De gemeenteraad kan de wethouder eisen hoe dan ook het project tijdig op te leveren. Op welke wijze, dat is de verantwoordelijkheid van de bestuurder. De directeur Ruimtelijke Ordening voelt zich verplicht om namens de wethouder te presteren. De wethouder kan op zijn beurt dezelfde druk ervaren.

Andersom redeneren is echter ook mogelijk; wellicht dat alléén strafbaarheid voldoende prikkel oplevert om te weerstaan aan zware politieke druk. In dit verband moet ook aandacht worden besteed aan de – niet onbelangrijke – symbolische betekenis van strafrechtelijke aansprakelijkheid.

Risicomijdend bestuur

Een veel genoemde risicofactor is het gevaar van bestuurlijke inertie; de situatie van een risicomijdend bestuur. In de eerste casus gaat het om stadsvernieuwing, hiermee wordt uitvoering gegeven aan een wettelijke verantwoordelijkheid (wet op de stads- en dorpsvernieuwing, woningwet etc.), maar de invulling van deze verantwoordelijkheid hiervan is een kwestie van gemeentelijke autonomie. De politiek had in concreto heel goed tot de afweging kunnen komen om geen uitvoering te geven aan zijn publieke verantwoordelijkheid. Als het vervolgen van bestuurders in de

uitvoering van hun publieke taak gemeengoed wordt zal dit soort projecten wellicht als risicovol worden bestempeld waarbij decentrale overheden minder snel uitvoering geven aan hun bestuurlijke verantwoordelijkheid.

Het is onaanvaardbaar dat er een situatie ontstaat waarin het bestuur zijn maatschappelijke verantwoordelijkheden niet meer durft uit te voeren. Maar ook een lichtere variant, de situatie waarin het bestuur zich sterker dan voorheen indekt is ongewenst. Gedacht kan dan worden aan bijvoorbeeld ondoorzichtige clausules in contracten, het minder snel verlenen van vergunningen en het verschuilen achter regels en procedures. Het ontstaan van een zogenaamde 'parafencultuur' kan een zware belasting opleveren voor het democratisch proces.

Een recent voorbeeld van een dergelijke reactie was de situatie rond de tragische gebeurtenissen rond de vierdaagse van Nijmegen deze zomer. In de week daaropvolgend werden allerlei vergelijkbare evenementen door de organiserend comité's afgelast ondanks dat de omstandigheden vaak niet vergelijkbaar waren. Dit toont overigens ook aan dat incidentgerichtheid een schadelijk zware invloed kan betekenen op een afwegingsproces.

De invloed op het lopende proces

Zojuist is de vraag aan de orde geweest wat politieke besluitvorming betekent voor regelovertredend gedrag. Even zo relevant is de vraag wat een concreet vervolgingstraject betekent voor het proces van politieke besluitvorming. Zeer waarschijnlijk heeft het een verlamme uitwerking op het beleidsterrein van de betrokken bestuurder. Het is namelijk normale praktijk dat de bestuurder, bij strafrechtelijke verdenkingen van welke aard dan ook, onmiddellijk zijn positie ten minste tijdelijk verliest. Tot de rechterlijke uitspraak er is, zal meestal het betrokken openbaar bestuur (de aangeklaagde + het betrokken bestuursorgaan) ook geen openbare mededelingen meer doen, danwel openbare acties meer ondernemen. Dit om het strafproces niet voor de voeten te lopen of te hinderen. Betrokken bestuurder is in het algemeen dus gelijk zijn baan (tijdelijk) kwijt en dat kan overigens vrij lang duren. Dit betekent ook bij niet-persoonlijke strafzaken, bijvoorbeeld een vermoeden van valsheid in geschrifte zonder enige persoonlijk voordeel, feitelijk een tijdelijke stilstand op een beleidsterrein.

Politiek-bestuurlijke controle en interbestuurlijk toezicht

Bestuursorganen moeten voor hun handelen verantwoording afleggen aan de gekozen vertegenwoordigende organen. De gemeenteraad, Provinciale Staten en het algemeen bestuur van het waterschap controleren het bestuurlijk handelen van respectievelijk het college van B&W, gedeputeerde staten en het dagelijks bestuur van het waterschap. Ook de

eenhoofdige bestuursorganen de Burgemeester en de Commissaris van de Koningin, zijn aan deze politiek controle onderworpen. Op alle bestuurslagen vindt weer interbestuurlijk toezicht plaats door de bestuurslaag daarboven en door inspecties.

Politiek bestuurlijke verantwoording heeft als voordeel boven strafrechtelijke verantwoording dat het aangrijpt op het niveau van bestuursorganen en collegiaal bestuur. Daarnaast zit het dichterbij de gecontroleerde. Bestuurlijk en interbestuurlijk toezicht kan ook een oordeel vellen over het functioneren van een bestuur als geheel. Het kan daarom beter aanhaken op bestuurscultuur en organisatorische zwakheden. Het primaat van deze politiek bestuurlijke controle wordt bevestigd door het beginsel dat strafrechtelijke verantwoording de politiek-bestuurlijke verantwoording niet onaanvaardbaar mag doorkruisen.

Er zijn ook een paar belangrijke nadelen te onderkennen. Politieke controle hoeft niet dwingend tot gevolgen te leiden. De vertegenwoordigende organen zijn immers vrij om geen sanctie op te leggen aan strafbaar handelen. Een hiermee samenhangend nadeel is dat politieke controle in beginsel niet toeziet op onrechtmatig handelen, maar op doelmatigheid en doeltreffendheid.

Echter, gezien de nadelen die samenhangen met strafrechtelijke verantwoording van bestuurders, is verbetering van de politiek-bestuurlijke verantwoordingsmechanismen wellicht een goede zet. Strafrechtelijke vervolging is het eind van een keten, die moet beginnen met een gezonde controlepiramide geaard in het systeem zelf. Een politieke cultuur gebaseerd op zorgvuldigheid en meer aandacht voor wetmatigheid van bestuur in de politieke controle kan hiervoor een goede aanzet vormen. Als het zelfreinigend vermogen tekort schiet, ligt een sterke rol voor het interbestuurlijk toezicht voor de hand.

Bijlage III

Juridische kanttekeningen

5.1 Verwevenheid troef

Strafrechtelijke verantwoordelijkheid van bestuurders en ambtenaren is vanuit de aard der zaak complex. De verschillende verantwoordelijkheden -en uitsluitingsgronden- zijn namelijk op allerlei manieren met elkaar verweven. Er bestaat het spanningsveld tussen individuele strafrechtelijke verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van de rechtspersoon; wie is rechtvaardig verantwoordelijk? Tevens is bij een natuurlijk persoon het handelingskader van belang. Ging het om handelingen in functie of staat iemands aansprakelijkheid als privé-persoon voorop? Collectieve verantwoordelijkheden van bijvoorbeeld een college van Burgemeester en Wethouders vormen, zoals in de adviestekst omschreven, een bijkomstig complicerend aspect. Tot zover bestaat deze problematiek overigens ook bij de strafrechtelijke aansprakelijkheid van private rechtspersonen.

De bestaande immuniteit van overheidsrechtspersonen, bij exclusieve overheidstaken, creëert echter een extra dimensie. In het concrete geval zullen individuele en collectieve verantwoordelijkheden, bestuurlijke en strafrechtelijke verantwoordelijkheden, exclusiviteiten en strafuitsluitingsgronden dwars door elkaar heen lopen. Het huidige wetsvoorstel maakt deze verwevenheden er zeker niet eenvoudiger op, integendeel.

5.2 Wijzigingen in de aansprakelijkheid

Verreweg de belangrijkste juridische vraag in dit verband is: wat verandert dit wetsvoorstel precies aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van bestuurders en leidinggevende ambtenaren? Uit de redactie van het artikel blijkt dat het gaat om *aanvullende* aansprakelijkheid van natuurlijke personen waar het gaat om strafbare feiten die de rechtspersoon raken. Wat dit exact betekent wordt in de memorie van toelichting uitgelegd. Er worden drie criteria onderscheiden:

1. Het moet gaan om gedragingen die in de sfeer van de rechtspersoon zijn uitgeoefend dus om het handelen in functie;
2. Daarbij moet feitelijk leiding of uitvoering zijn gegeven;
3. Tenslotte moeten de feiten opzettelijk zijn bevorderd danwel opzettelijk het risico zijn genomen dat strafbare handelingen werden uitgevoerd. Er moet dus sprake zijn van 'willens' of tenminste van (het

redelijkerwijs) ‘wetens’⁸.

De feiten moeten zich dus afspelen binnen een categorie waarin de kwestie de rechtspersoon wordt aangerekend, maar waar het de bestuurder of ambtenaar redelijkerwijs verweten kan worden. Als niet is voldaan aan deze criteria dan betekent dat niet dat de bestuurder in kwestie niet strafrechtelijk aansprakelijk zou kunnen zijn voor zijn daden, integendeel. Hij of zij kan verantwoordelijk zijn op een andere grondslag, bijvoorbeeld als privé-persoon in plaats van bestuurder. Toch werpt dit wetsartikel van één volzin - en de bijbehorende criteria - de vraag op wat er nu wel én niet verandert.

Zoals gezegd gaat het om de situatie waarin de bestuurder zelf schuldig is aan handelen dat in naam van de rechtspersoon wordt gedaan. De rechtspersoon is altijd zélf ook aansprakelijk, de schuld van de bestuurder of ambtenaar is hiervan een afgeleide. Er moeten goede argumenten zijn om vervolging tegen de bestuurders of ambtenaren in te stellen. Of liever gezegd; de situatie waarin het fair wordt geacht dat de wethouder zélf verantwoordelijk is moet worden onderscheiden van de situatie waarin dit niet het geval is. Het zou niet zo moeten zijn dat een vervolging van de rechtspersoon stuit op immuniteit en dat het O.M. daarom zijn pijlen maar richt op de bestuurder van vlees en bloed.

Dit is wat door tegenstanders het ‘Heksenjacht’ argument wordt genoemd. Een voorbeeld is gegeven in de casus in hoofdstuk 2: alle politieke hoofdrolspelers hebben in dit voorbeeld boter op hun hoofd. Waarom is het fair om twee appels uit een ondeugdelijke kist te onderscheiden? Daarnaast is, onder meer door de Raad van State, beargumenteerd dat er sprake is van rechtsongelijkheid ten aanzien van private organisaties⁹. In vergelijkbare gevallen kunnen daar zowel de organisatie als de feitelijk leidinggevendens strafrechtelijk worden vervolgd. Dit vraagt om een genuanceerd en evenwichtig vervolgingbeleid van het Openbaar Ministerie. Echter de situatie van de afgeleide strafrechtelijke verantwoordelijkheid zal de rechtelijke toetsing altijd compliceren.

5.3 Uitbreiding van de rechtvaardigingsgronden

Aan de andere kant van het spectrum wordt de aansprakelijkheid van bestuurders en leidinggevende ambtenaren beperkt door het wettelijk stelsel van rechtvaardigings- en strafuitsluitingsgronden. De belangrijkste rechtvaardigingsgronden in deze problematiek zijn: overmacht in de zin

⁸ Van belang is hiervoor de strafrechtelijke figuur van het ‘voorwaardelijk opzet’. De criteria hiervoor zijn vastgelegd in het arrest ‘Slavenburg II’. HR 16 december 1986, NJ, 1987, nr. 321

⁹ Advies Raad van State nr – invullen -

van noodtoestand (art. 40 Sr) en het begaan van een feit ter uitvoering van een wettelijk voorschrift (art. 42 Sr).

Om een geslaagd beroep te kunnen doen op een rechtvaardigingsgrond zijn in de jurisprudentie een aantal voorwaarden ontwikkeld. Voor artikel 42 geldt bijvoorbeeld dat er een relatie moet bestaan tussen het wettelijk voorschrift en de geschonden gedraging. De strafbare handeling moet als het ware voortvloeien uit de wettelijke verplichting. In concreto is dit nog niet zo eenvoudig te bewijzen omdat een wettelijk voorschrift sec. overheden niet zo snel tot handelen dwingt.¹⁰ De Hoge Raad heeft in het arrest Pikmeer II in het kader van deze rechtvaardigingsgrond gekozen voor een ruimere interpretatie en spreekt van de ‘ter behartiging van een specifieke bestuurstaak verrichte gedraging.’ Hierdoor wordt de bewijslast verlegd van de plicht tot concreet handelen (bijvoorbeeld bomen omzagen) naar de algemene taakopdracht die de wet voorschrijft (bijvoorbeeld zorg dragen voor natuurbeheer). Dat is juridisch meer dan een nuanceverschil. Daarnaast toetst de rechter op proportionaliteit & subsidiariteit en op de vraag of geen legale weg voorhanden was. Kappen zonder vergunning kan bijvoorbeeld eenvoudig worden opgelost door deze vergunning wel aan te vragen.

Samen met de wijziging van artikel 51 Sr. wordt de strafuitsluitingsgrond van artikel 42 uitgebreid met de bijzin: ‘*danwel een publieke taak, bij de wet opgedragen*’. Dit lijkt op een codificatie van de door de Hoge Raad gehanteerde term ‘*ter behartiging van een specifieke bestuurstaak*’, Waarbij voor de wat bredere term ‘publieke taak’ is gekozen in plaats van voor ‘bestuurstaak.’ In hoeverre dit een bruikbaar criterium blijkt zal nieuwe jurisprudentie uit moeten wijzen.

In de Memorie van toelichting wordt ook met zoveel woorden erkend dat de uitbreiding voornamelijk een codificatie is van opvattingen uit de jurisprudentie. Toch kan men zich afvragen waarom de regering deze uitbreiding van artikel 42 nodig heeft geacht. Volgens de Memorie van Toelichting gaat het in de eerste plaats om een verduidelijking van de reikwijdte van de strafuitsluitingsgrond. In de tweede plaats komt, volgens de Memorie van Toelichting, het bijzondere belang van de behartiging van het publiek belang zo tot uitdrukking in de strafuitsluitingsgrond. Daarmee wordt door de regering een prioritering aangebracht tussen de behartiging van het publiek belang en de strafrechtelijke verantwoordelijkheid in het voordeel van eerstgenoemde.

¹⁰ J.A.E. van der Jagt, Decentraal bestuur vervolgbaar? pag. 203.

Hierdoor komen wij weer terug op de eerder gestelde vraag: welke categorie gevallen vallen nu materieel onder het wetsvoorstel en deden dit voorheen niet? Het lijkt erop dat de uitbreiding van artikel 42 een bijzonder hoge 'dekkingsgraad' heeft. Het criterium 'ter uitvoering van een publieke taak' lijkt bijzonder ruim. Anders dan voorheen lijkt het ruimte te scheppen om ook autonome bevoegdheden onder de strafuitsluitingsgrond te scharen. Daarnaast beperkt de vooraf bepaalde prioritering tussen behartiging van publiek belang en de strafrechtelijke verantwoordelijkheid al een groot deel van de beoordelingsruimte van de rechter. In theorie zou de uitbreiding van de strafrechtelijke vervolgbaarheid van bestuurders en ambtenaren volledig kunnen worden gedempt door de uitbreiding van artikel 42 Sr.

Maar zelfs als dit het geval is, kan het wegnemen van het 'glazen schot' toch een positieve betekenis hebben voor wetsconformiteit van het bestuur en het vertrouwen in de overheid. Het maakt principieel wel verschil als de strafuitsluiting het gevolg is van rechtelijke toetsing in plaats van een van rechtswege bestaand voldongen feit.