

Worstelen met immuniteiten

De jaarvergadering van de NJV

Wouter den Hollander¹

Immuniteiten zijn eigenlijk niet meer van deze tijd, maar we kunnen ook niet goed zonder. Het debat op de jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging spitste zich dan ook toe op het door de preadviseurs voorgestelde ‘flankerend beleid’ om de scherpe kantjes er af te slijpen: overheidsaansprakelijkheid op *égalité*-basis voor onevenredig nadeel als gevolg van het parlementair debat (Schutgens), opheffing van diverse beperkingen van privaatrechtelijke aansprakelijkheid (Verheij), schuldigverklaring van de Staat zonder strafoplegging (Van Sliedregt) en de instelling van een ombudsman en interne rechtsgangen bij de VN (Schrijver).

Een bont gezelschap verzamelde zich op vrijdag 14 juni in de Grote Kerk van Breda om zich te beraden op het thema *Immuniteiten. Het recht op zij gezet?*. Het is anno 2013 worstelen met de immuniteiten, zoveel werd wel duidelijk op de jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging (NJV). Een parlementariër die straffeloos en zonder aansprakelijkheidsrisico het leven van een willekeurig burger kan ruïneren door hem in een kwaad daglicht te stellen, zolang althans de voorzitter de vergadering nog niet heeft afgehamerd, rijksambtenaren die misdrijven plegen in het algemeen belang, om een asbestschip het land uit te krijgen, of de VN die niet in rechte kan worden aangesproken voor de val van Srebrenica: het kan onder juristen begrijpelijkerwijs op weinig enthousiasme rekenen.

Tegelijkertijd bleek dat we ook niet goed zonder kunnen. De parlementaire immuniteit, diverse beperkingen aan privaatrechtelijke aansprakelijkheid, strafrechtelijke immuniteit van de Staat en immuniteit van de VN stonden aan het eind van de dag dan ook nog overeind. Het debat spitste zich toe op wat ik maar noem het ‘flankerend beleid’ dat preadviseurs Schutgens, Verheij, Van Sliedregt en Schrijver voorstelden om de scherpe kantjes van de verschillende immuniteiten af te slijpen. De zaal toonde zich, zoals hierna zal blijken, overwegend kritisch.

Straffeloosheid in Suriname

Voorafgaand aan de beraadslaging over de preadviezen sprak voorzitter Lilian Gonçalves-Ho Kang You, in het dagelijks leven staatsraad bij de Raad van State, de jaarrede uit. Iedereen heeft zijn eigen associaties bij het thema immuniteiten, zo begon zij bescheiden, maar haar associatie verdiende het zonder twijfel hardop uitgesproken te worden. Gonçalves nam de vergadering mee naar Suriname, waar zij na haar rechtenstudie in Nederland terug-

keerde om als jong advocaat het land mee op te bouwen. De aanleg van een spoorlijn, de oliewinning, er was juridisch werk genoeg.

Al snel echter ervoer zij voor welke dilemma's de rechtspraak kan komen te staan, als van een rechtsstaat niet langer sprake is en een cultuur van straffeloosheid ontstaat. Ze beschreef hoe, na de coup van de militairen in 1980, de orde van advocaten langzaam maar zeker stelling nam, om uiteindelijk medewerking aan de bijzondere, revolutionaire rechtspleging te weigeren. Maar ook de alledaagse praktijk militariseerde. Burgers begonnen bij een burenruzie het leger te bellen, voor ‘militaire rechtsbescherming’. In de spreekkamer legde een cliënt die onmiddellijk wil scheiden een uzi op tafel. Gonçalves vroeg hem vriendelijk deze op de deur in plaats van op haar te richten. Het land raakte verstrikt in een vicieuze cirkel van angst en geweld, met als dieptepunt de decem-bermoorden in 1982. Een van de doden was Kenneth Gonçalves, deken van de orde, die openlijk had gepleit voor herstel van democratie en rechtsstaat.

Pas in 2000 gaf het Hof van Justitie van Suriname groen licht voor vervolging van de verdachten. Met de opening van een gerechtelijk vooronderzoek werd de verjaring gestuit. In juli 2010 nam het inmiddels geopende strafproces een onverwachte wending met de verkiezing van de hoofdverdachte tot president. De oude Amnestiewet werd in zijn voordeel gewijzigd. Maar de Amnestiewet bevatte een misslag, zo betoogde Gonçalves. De wet zag alleen op verdachten die voor 1992 als zodanig waren aangemerkt en dat gold niet voor Bouterse.

Auteur

1. P.W. den Hollander LL.M./MA is als promovendus verbonden aan het Instituut voor Privaatrecht, Universiteit Leiden.

Het strafproces werd niettemin geschorst. De kriegsraad weigerde de Amnestiewet te toetsen aan het Inter-Amerikaans mensenrechtenverdrag, omdat de bepalingen daarvan niet een ieder verbindend zouden zijn, en meende verder dat de Amnestiewet de grondrechten van nabestaanden niet doorkruiste. Er waren getuigenverklaringen afgelegd, schadevergoeding hadden zij niet gevraagd en de Amnestiewet voorzag ook in waarheidsvinding en verzoening. Overigens liet de kriegsraad het aan het op te richten Constitutioneel Hof een en ander te beoordelen.

Volgens het Internationaal Comité van Juristen waren er sterke aanwijzingen dat rechters onder druk waren gezet. Journalisten werden bedreigd. Nog altijd heerst in Suriname straffeloosheid. Gonçalves zag geen reden voor optimisme, maar hield toch hoop. Hoop, zo zegde zij Vaclav Havel na, niet als de zekerheid dat iets goed afloopt, maar de zekerheid dat iets ertoe doet ondanks de afloop. Wat dat betreft voeren juristen een strijd, zo hield Gonçalves de zaal voor, en daarbij is de steun van beroepsgenoten onontbeerlijk. Zij kreeg een staande ovatie.

Immunititeit: problematisering en conceptualisering

Het was even schakelen, na de indrukwekkende rede van de voorzitter, naar de beraadslaging over de preadviezen. Die was zo opgezet dat eerst de overkoepelende stelling bij de vier preadviezen werd besproken en in stemming gebracht, vervolgens de vier preadviezen afzonderlijk werden besproken, waarbij elke preadviseur telkens één stelling in stemming bracht, en ten slotte de overkoepelende stelling nog eens in stemming werd gebracht.

Immuniteiten passen niet bij het hedendaags denken over het gelijkheidsbeginsel en het recht op toegang tot de rechter

Deze overkoepelende stelling problematiseerde immuniteiten met een empirisch argument. Anders dan vroeger aanvaarden we, blijkbaar, niet langer dat bepaalde personen of organisaties 'boven de wet' staan en niet ten overstaan van de rechter ter verantwoording kunnen worden geroepen. In meer juridische termen: immuniteiten passen niet bij het hedendaags denken over het gelijkheidsbeginsel en het recht op toegang tot de rechter. Toch gingen de preadviseurs niet zover immuniteiten geheel buiten de orde te verklaren. De toekenning van immuniteiten werd in de overkoepelende stelling, die werd toegelicht door de oudste preadviseur Schrijver, gekoppeld aan 'zeer zwaarwegende argumenten'. Waar het om ging, zo betoogde hij, was te zorgen dat immuniteiten er niet in 'ontaarden' dat het recht 'opzij' wordt gezet en daarom uit te zien naar alternatieve rechtsbescherming.

Wie dacht dat deze stelling daarmee zo genuanceerd en zelfs vanzelfsprekend was dat niemand het er mee oneens kon zijn, had buiten de Nijmeegse emeritus hoogleraar staatsrecht Kortmann gerekend. Hij kweet zich met zichtbaar plezier van zijn taak als referent en wist met naar eigen zeggen 'speelse dwarsheid' ongeveer evenveel bezwaren tegen de stelling te formuleren als die woorden telde. Kortmann betoogde bijvoorbeeld dat immuniteiten niet, zoals de stelling veronderstelde, de toegang tot de rechter beletten en al evenmin het recht 'opzij' zetten, maar de rechter verhinderen bepaalde uitspraken te doen. Hij noemde in dit verband de onschendbaarheid van de wet, die verhindert dat de rechter deze toetst aan de grondwet (art. 120 Gw), maar er niet aan in de weg staat dat je je kunt melden bij de rechter met een verzoek daartoe.

Nu valt daar misschien nog op af te dingen dat 'toegang tot de rechter' dan wel erg formeel wordt opgevat, omdat de rechter in het geval van het toetsingsverbod aan de materiële vraag naar de verbindendheid van een wet of, in de context van bijvoorbeeld de parlementaire immunititeit, de materiële vraag naar strafrechtelijke of privaatrechtelijke aansprakelijkheid niet toe zal komen en evenmin aan een beoordeling van de hem voorgelegde feiten. Student-referent Hulshof, eveneens afkomstig uit Nijmegen, maar voorstander van de stelling, riep dan ook op te waken voor een 'theoretische' toegang tot de rechter.

Met Kortmanns bezwaar dat immuniteiten evenmin het recht 'opzij' zetten, omdat zij niet afdoen aan de gelding van wet en recht, leek daarentegen iedereen het eens. Op personen of organen aan wie immuniteiten zijn toegekend rust evenzeer de verplichting de regels van het recht na te leven als op ieder ander. Zij zijn dus evenmin als de 'doorsneeburger' verheven 'boven de wet', zoals in de schriftelijke toelichting bij de stelling werd gesuggereerd. Kortmann trok op dit punt de vergelijking met de natuurlijke verbintenis. De schuldenaar moet zo'n verbintenis gewoon nakomen. Nakoming geldt dan ook niet als onverschuldigde betaling. Maar nakoming van een natuurlijk verbintenis is niet rechtens afdwingbaar (art. 6:3 BW).

Niettemin kon de overkoepelende stelling zowel 's morgens als 's middags rekenen op een ruime meerderheid. Dat was niet verrassend, ook al omdat ook Kortmann ondanks zijn bezwaren liet doorschemeren dat instemming met de stelling in de rede lag. Daarmee was in elk geval het overkoepelende gevoelen van de preadviseurs bevestigd dat we anno 2013 huiveriger zijn dan vroeger om bepaalde personen of organisaties immuniteiten toe te kennen. Reden om de houdbaarheid van de verschillende immuniteiten nader te onderzoeken.

'Neighbours from hell'

Inzet van het preadvies van Schutgens was de parlementaire immunititeit van artikel 71 Gw:

'De leden van de Staten-Generaal, de ministers, de staatssecretarissen en andere personen die deelnemen aan de beraadslaging, kunnen niet in rechte worden vervolgd of aangesproken voor hetgeen zij in de vergaderingen van de Staten-Generaal of van commissies daaruit hebben gezegd of aan deze schriftelijk hebben overgelegd.'

Hij wilde aan deze 'niet-aansprakelijkheid' niet torren, ook al was het anno 2013 inmiddels eerder de koning



© Steven van Hengel

die tegen het parlement moest worden beschermd dan andersom – zoals referent Nehmelman snedig opmerkte – en eerder de rechter die tegen de politiek moet worden beschermd, dan dat moet worden gevreesd voor een ‘gouvernement des juges’.

Juist in de bescherming van de rechter tegen de politiek zag Schutgens een nieuwe rechtvaardiging voor behoud van de parlementaire immuniteit. Volgens hem moest worden voorkomen dat de rechter zich zou moeten mengen in het heetst van de politieke strijd, door te oordelen over de strafwaardigheid of onrechtmatigheid van uitlatingen van parlementariërs in het parlementair debat. De rechter zou dan zo ongeveer per definitie van partijdigheid worden beschuldigd. In nog grotere mate dan dat het geval is in ‘gewone’ zaken met enigerlei politieke lading, zoals over bijvoorbeeld de bouw van een kolencentrale, zo pareerde Schutgens de bemerking van Hirsch Ballin dat de rechter toch dagelijks in politiek vaarwater moet opereren. Het was verder aan de Kamervoorzitter de orde te bewaken en tot op zekere hoogte ook het recht te handhaven, want ook Schutgens meende dat de parlementaire immuniteit aan de gelding van het recht in het parlement niet afdeed.

Het uit de wind houden van de rechter was voor Schutgens geen aanleiding te pleiten voor *uitbreiding* van de parlementaire immuniteit van het Binnenhof tot de talkshowtafels en de krantenkolommen. Het had de rechtbank Amsterdam mogelijk het Wildersproces bespaard. Daar staat tegenover dat aan die talkshowtafels en in die krantenkolommen een voorzitter ontbreekt om de orde te bewaken. Referent Nehmelman gaf aan eerder voor zo’n uitbreiding te hebben gepleit, maar er inmiddels mee te worstelen. Ook in de zaal sloeg niemand aan op dit punt.

Wel vroeg wetgevingsjurist Borman of de formele afbakening van de parlementaire immuniteit tot het gesproken woord tijdens de vergadering en daaraan overgelegde schriftelijke stukken in art. 71 Gw nog wel van deze tijd was. Hem was opgevallen dat Kamerleden tijdens de vergadering twitterden en de voorzitter deze berichten soms in het debat betrok. Schutgens zag hierin geen probleem: het onderscheid tussen het wel door de parlementaire immuniteit beschermde gesproken woord tijdens de vergadering – en aan de vergadering schriftelijk overgelegde stukken – en de niet beschermde uitlatingen in al dan niet in de vergadering betrokken twitterberichten was weliswaar ‘subtiel’, maar ‘duidelijk’.

Anno 2013 is het inmiddels eerder de koning die tegen het parlement moet worden beschermd dan andersom

Het gros van de vragen zag op de enige wijziging van het geldend recht die Schutgens de vergadering voorlegde, met zijn stelling dat de overheid op *égalité*basis aansprakelijk zou moeten zijn als het parlementair debat een individuele burger onevenredig schade toebrengt. Onder omstandigheden achtte hij het namelijk toch moeilijk te verteren dat vanwege de parlementaire immuniteit een benadeelde met lege handen staat tegenover een parlementariër die met zijn uitlatingen schade ver-



© Steven van Hengel

oorzaakt. Omstandigheden zoals in de zaak *A vs. Verenigd Koninkrijk*, waarin een parlementariër een vermeend probleemgezin met naam en toenaam aanmerkte als 'neighbours from hell' en daarmee hun leven ruïneerde. Zij konden niet meer fatsoenlijk over straat en zagen zich gedwongen te verhuizen.²

Overheidsaansprakelijkheid op basis van het *égalité*-beginsel voor onevenredig nadeel van individuele burgers zou hier uitkomst kunnen bieden. De rechter hoeft zich dan, zo redeneerde Schutgens, niet in het wespennest van het onrechtmatigheidsoordeel te begeven, maar zich slechts uit te laten over de vraag of de geleden schade het normaal maatschappelijk risico te boven gaat. De parlementariër zelf blijft buiten schot en kan onbevreesd blijven debatteren.

Referent Nehmelman meende dat Schutgens hiermee kool en geit probeerde te sparen en vond een dergelijke overheidsaansprakelijkheid in strijd met de geest van art. 71 Gw. Het oordeel of bepaalde schade als gevolg van onparlementaire uitlatingen in het parlement al dan niet het normaal maatschappelijk risico ontsteeg, verschilde volgens student-referent Gaazendam weinig van een regulier onrechtmatigheidsoordeel. Hij vreesde bovendien een stroom van zaken. Overheidsaansprakelijkheid in zaken als die van A ging hem dan ook te ver: ook hier moest ver-

trouwd worden op de ordebewarende capaciteiten van de Kamervoorzitter.

Schutgens repliceerde dat het met de stroom van claims wel mee zou vallen. Die stroom was er immers ook niet na elk willekeurig tv-optreden van politici. Wel gaf hij toe dat de rechter zich bij de beoordeling van een *égalité*-claim toch ook 'een beetje' in het politiek vaarwater zou moeten begeven, waar hij hem nu juist zo graag uit wilde houden. Deze door de preadviseur in eerste termijn geboden opening werd onmiddellijk geregistreerd door Giesen, die de zaal vakkundig opstookte.

Twee giganten uit de praktijk melden zich daarop aan diens loopmicrofoon. Hofhuis, thans plaatsvervanger in de rechtbank Den Haag, maar tot voor kort als voorzieningenrechter een van de poortwachters van de overheidsaansprakelijkheid, vroeg aandacht voor de procespositie van de Staat. In een eventuele *égalité*zaak zou die tegenover een benadeelde burger moeten gaan betwisten dat de uitlating van een parlementariër niet deugde, hetgeen hij onwenselijk achtte. Landsadvocaat Houtzagers daagde de preadviseur uit in plaats van voor overheidsaansprakelijkheid te pleiten en de schadeveroorzakende uiting zelf buiten schot te laten, tegen parlementaire immuniteit te pleiten. Schutgens hield echter vast aan zijn stelling en gaf in reactie op Hofhuis aan dat de Staat niet verplicht is aansprakelijkheid te betwisten, maar de onevenredig benadeelde burger ook gewoon kan betalen. Het mocht niet baten: de stelling werd door de vergadering met een ruime meerderheid verworpen.

Geen woorden maar waarden

Het privaatrechtelijke preadvies van Verheij was een enigszins vreemde eend in de bijt. Het ging niet over één

Het privaatrechtelijke preadvies ging over allerhande beperkingen aan privaatrechtelijke aansprakelijkheid

concrete immuniteit – de aansprakelijkheidsbeperking van financiële toezichthouders AFM en DNB bijvoorbeeld³ – maar over allerhande beperkingen aan privaatrechtelijke aansprakelijkheid, zoals de wettelijke aansprakelijkheidslimieten bij personenvervoer (Boek 8 BW) en de beperkte mogelijkheid van vergoeding van immateriële schade (art. 6:106 BW). Bovendien sprak het niet vanzelf zulke beperkingen als ‘privaatrechtelijke immuniteiten’ te bestempelen, zo gaf Verheij zelf ook toe.⁴

Hij achtte het toch gerechtvaardigd, omdat de beperkingen niet alleen een afwijking van de ‘normale regels’ van aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en van het uitgangspunt van volledige vergoeding van schade behelsden, maar ook van het gelijkheidsbeginsel. Letsel-schade wordt immers in het algemeen volledig vergoed, dus dan moet je van goeden huize komen om dat niet te doen als het letsel toevallig is veroorzaakt door een trein, zo lichtte Verheij de koppeling aan het gelijkheidsbeginsel nader toe, en – zo vul ik aan – de schadeveroorzakende exploitant van de trein in zoverre ‘immuniteit’ te verlenen. Verheij werd tot deze toelichting uitgenodigd door Van Schendel, raadsheer in de Hoge Raad, volgens wie het in de genoemde voorbeelden gewoon ging om de materiële aansprakelijkheidsvraag. Verheij pareerde ook de opmerking van Langemeijer, advocaat-generaal bij de Hoge Raad, dat het gelijkheidsbeginsel juist ook aanleiding zou kunnen geven tot inperking van aansprakelijkheid. De beperkingen van aansprakelijkheid waren immers de uitzondering op de regel van volledige schadevergoeding.

Hoewel Verheij bezwoer lang niet van alle beperkingen van aansprakelijkheid af te willen, was de teneur van zijn betoog toch dat in het licht van het gelijkheidsbeginsel vele ervan uit de weg moesten worden geruimd of dan toch op zijn minst nader worden gerechtvaardigd. De wetgever zou in dat licht de instelling van zulke beperkingen veel beter moeten onderbouwen, met empirisch onderzoek. De Hoge Raad zou ondertussen – en die stelling legde Verheij de vergadering voor – werk moeten maken van de rechtsgelijkheid door bij de beoordeling van privaatrechtelijke immuniteiten meer gewicht toe te kennen aan de gezichtspunten aard van de gedraging, hoedanigheid van partijen, aard en ernst van de schade en het mensenrechtelijk perspectief. Concreet zou dat bijvoorbeeld betekenen, zo lichtte Verheij desgevraagd toe, dat de Hoge Raad het in de *Vilt*-zaak wel mogelijk zou hebben gemaakt dat de nabestaanden van de slachtoffers van een verkeersongeval de dader hadden kunnen aanspreken op immateriële schadevergoeding, nu deze het dodelijk verkeersongeval opzettelijk had veroorzaakt.⁵

Referent Tjong Tjin Tai was kritisch, niet alleen op de definitie van privaatrechtelijke immuniteiten, maar ook op de problematisering van de rechtvaardiging ervan. Ver-

heij zou zich te zeer hebben geconcentreerd op de beschouwingen van de wetgever en te weinig op die in de literatuur. Er waren volgens Tjong Tjin Tai wel degelijk ook goede redenen om met name aansprakelijkheid in hoedanigheid juist te beperken. Hij wees er op dat van te grote aansprakelijkheidsrisico’s een ‘chilling effect’ kan uitgaan en van al te voortvarende handhaving van mensenrechten ‘repressie’.⁶

Student-referent Verheijen zette vraagtekens bij de haalbaarheid van Verheij’s opdracht aan de Hoge Raad. Het leek hem een utopie, dat die de scherpe kantjes van diverse beperkingen van aansprakelijkheid af zou kunnen slijpen zonder ‘contra legem’ te gaan. Hij zag maar weinig speelruimte, waarbij hij verwees naar de rechtsontwikkeling op het punt van de plicht van werkgevers voor een behoorlijke verzekering te zorgen van werknemers, op grond van art. 7:611 BW. De Hoge Raad moest deze uiteindelijk overgeven aan de wetgever, bij een stand van zaken waaruit volgens Verheij evenmin veel rechtsgelijkheid sprak: wel een verzekeringsplicht voor verkeersongevallen, maar niet voor een eenzijdig voetgangersongeval.⁷

Verheij erkende dat de Hoge Raad het niet in zijn eentje kon, maar in bepaalde, schrijnende gevallen wel degelijk soelaas kon bieden door het recht te verfijnen. Zo gek leek hem dat niet en hij constateerde steun in de rechtspraak voor de door hem voorgestelde oriëntatie op waarden, boven de woorden van de wet. Hij wees op het oordeel van de Hoge Raad over de vraag wie zich op het schriftelijkheidsvereiste bij de koop van een woning (art. 7:2 BW) kon beroepen.⁸ Lagere rechters hadden bij de toets aan de vereisten voor vergoeding van shockschade al ‘rechterlijke ongehoorzaamheid’ aan de dag gelegd. Meer in het algemeen waren er de nodige zaken waarin de Hoge Raad de ernst van de normschending wel degelijk aangreep om eerder schade toe te rekenen aan de dader als gevolg van zijn schadeveroorzakend gedrag. De stelling van Verheij werd uiteindelijk met een nipte meerderheid verworpen.

Misdaad zonder straf

De bespreking van het preadvies van Van Sliedregt over de immuniteit van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de overheid en meer in het bijzonder de Staat stond in het teken van misstanden als de Schipholbrand en de lotgevallen van het asbestschip de Otapan. Rijksambtenaren pleegden strafbare feiten, maar konden zich in het verlengde van de Staat beroepen op strafrechtelijke immuniteit en gingen ‘vrijuit’. Voor de Tweede Kamer was het een week voor de jaarvergadering blijkbaar reden de *Volkel*-doctrine te verlaten⁹ en in te stemmen met het wetsvoorstel-Wolfsen, waarmee de strafrechtelijke immuniteit van de Staat zonder nadere clausulering werd opgeheven.¹⁰

Noten

2. EHRM 17 december 2002, *EHRC* 2003, 16 m.nt. J.L.W. Broeksteeg (A vs. Verenigd Koninkrijk).

3. Die Verheij overigens wel in zijn preadvies betrof.

4. Zie ook T. Hartlief, ‘Wie staat er boven de wet?’, *NJB* 2013/1250, afl 20, p. 1313,

waarnaar Verheij ook verwees.

5. HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010/387 m.nt. J.B.M. Vranken (*Vilt*).

6. In welk verband Tjong Tjin Tai wees op de Nijmeegse oratie van P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Repressie door mensenrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008.

7. HR 11 november 2011, *NJ* 2011/597

m.nt. T. Hartlief (*TNT/Wijenberg*).

8. In HR 9 december 2011, *NJ* 2013/273 m.nt. Jac. Hijma overwoog de Hoge Raad dat ‘[d]e formulering van de wet (...) niet steeds beslissend [is] voor de uitleg daarvan, ook niet als deze wet van recente datum is’.

9. HR 25 januari 1994, *NJ* 1994/598 m.nt.

G.J.M. Corstens (*Volkel*).

10. Wetsvoorstel 30 538. Zie hierover J.M. ten Voorde, ‘*Criminal liability of the state will not necessarily lead to convictions*’, Leiden Law Blog (<http://leidenlawblog.nl/articles/criminal-liability-of-the-state-will-not-necessarily-lead-to-convictions>), laatst geraadpleegd op 21 juni 2013).

Aan het preadvies van Van Sliedregt hadden de volksvertegenwoordigers blijkbaar geen boodschap gehad

Aan het preadvies van Van Sliedregt hadden de volksvertegenwoordigers blijkbaar geen boodschap gehad. Ook zij had de genoemde affaires voor ogen gehad, maar op theoretische grond wilde zij niet zo ver gaan als de wetgever. Naast opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van lagere overheden, bepleitte zij gedeeltelijke opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat, namelijk voor zover het ging om strafvervolgning (immuniteit van jurisdictie) en niet ten aanzien van strafexecutie (immuniteit als onschendbaarheid). Dat laatste verhiel zich niet met de unieke eigenschap van de Staat als drager van de rechtsorde, meer in het bijzonder als geweldsmonopolist, omdat hij dan een straf op zichzelf zou moeten executeren. Schuldigverklaring van de Staat door de rechter, zonder strafoplegging, achtte Van Sliedregt dan ook het 'hoogst haalbare'.

Referent Roef prees Van Sliedregt, omdat zij met de door haar aangebrachte knip tussen strafvervolgning en strafexecutie de patstelling in de literatuur ten aanzien van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat had weten te doorbreken. Toch was hij niet overtuigd van deze 'ongeclassificeerde executie-immuniteit'. Zijn voorname bezwaar was dat hij niet kon inzien waarom de unieke positie van de Staat als geweldsmonopolist behalve aan strafexecutie niet ook aan strafvervolgning in de weg zou staan, omdat in die fase dwangmiddelen door de Staat tegen de Staat zouden moeten worden ingezet. Hij vreesde verder 'verstrafrechtelijking van de politiek' doordat het afleggen van politieke verantwoording na een declaratoir strafvonnis als 'straf' zou kunnen gaan gelden.

Van Sliedregt leek hierop enigszins te schuiven. Het unieke en problematische van strafexecutie op de Staat zat hem, als ik het goed begreep, in de onmogelijkheid van leedtoevoeging. Een boete voor de Staat behoorde nog wel tot de mogelijkheden maar niet een gevangenisstraf. Het voorgestelde declaratoir strafvonnis vermeedde moeilijkheid, maar maakte realisatie van de strafdoelen van preventie en normbevestiging wel mogelijk.

Student-referent Soyer liet een Hegeliaanse analyse los op het preadvies en meende dat de gekozen 'tussenweg'¹¹ in feite een pleidooi was voor algehele opheffing van de immuniteit van de Staat. Strafexecutie op de Staat was hoe dan ook toch al niet mogelijk. Met opheffing van de immuniteit van jurisdictie werd zo alles opgeheven, wat er op te heffen viel. Hij wierp Van Sliedregt verder tegen dat bij gebreke van vergelding niet zou kunnen voorzien in herstel van de rechtsvrede. In een louter declaratoir vonnis zag hij vooral 'extra toneelspel'. Hierop gaf Van Sliedregt aan dat Soyer wellicht gelijk had en dat van een strafproces dat tot een declaratoir vonnis zou leiden verder ook weer niet te veel moest worden verwacht. Maar in zaken als die van de Otapan moest toch iets worden gedaan, aldus Van Sliedregt.

Vanuit de zaal kreeg zij vervolgens bijval van een wetenschapper die er op wees dat een in een declaratoir vonnis uitmondende strafvervolgning van de Staat ook een ander belang diende: dat van materiële waarheidsvinding. Een civilist merkte op dat zo'n declaratoir strafvonnis wellicht meer betekende dan gedacht: in een aansprakelijkheidszaak zou het oordeel dat de Staat onrechtmatig handelde daarmee rap dichterbij komen.

Maar er ook kwam ook andere kritiek. Van Emmerik betwiste de uitleg die Van Sliedregt gaf aan de Straatsburgse *Öneryıldiz*-zaak, waaruit zij anders dan hij niet afleidde dat immuniteit van de Staat als publiekrechtelijke rechtspersoon in strijd is met het EVRM.¹² Buruma, raadsheer in de Hoge Raad, begon zich hardop voor te stellen hoe strafvervolgning van de Staat in zijn werk zou gaan. In spectaculaire zaken voorzag hij dat het OM wel tot vervolging over zou gaan, maar in meer alledaagse zaken, over onterechte in verzekeringstellingen en inbeslagnemingen die nu aan de zorg van de Ombudsman waren toevertrouwd, zag hij de bui van een eindeloze reeks beklagzaken over niet-vervolgning (art. 12 Sv) al hangen. Haverkate, hoofd van het wetenschappelijk bureau van het OM, vond dat ook geen aantrekkelijk perspectief.

Van Sliedregt erkende over dit 'praktische punt' nog niet ten gronde te hebben nagedacht. Zij suggereerde in navolging van de commissie-Roelvink, die eerder over opheffing van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat had geadviseerd,¹³ de rechterlijke macht als onderdeel van de Staat uit te zonderen van strafrechtelijke vervolging. Rozemond daarentegen zag het probleem van Buruma niet. In het door de laatste genoemde type zaken zou de wederrechtelijkheid niet kunnen worden bewezen, zodat van strafbare feiten geen sprake was. Hoe dan ook, de stelling de immuniteit van de Staat op te heffen ter zake van strafvervolgning werd uiteindelijk verworpen.

Twitteren met Ban Ki Moon

Ook de bespreking van het preadvies van Schrijver, over de immuniteit van de VN, werd sterk gekleurd door een misstand: de val van Srebrenica. Zijn stelling sloot het meest aan bij de overkoepelende stelling. Schrijver stelde zichzelf hardop de vraag hoe recht kon worden gedaan aan de slachtoffers en nabestaanden, zonder inbreuk te maken op de immuniteit van VN. Het ging dan om immuniteit voor privaat- en bestuursrechtelijke claims, niet alleen naar aanleiding van de – op dit moment meer dan 60 – vredesmissies die de VN uitvoert en uitvoerde, maar ook de meer alledaagse, wegens een arbeidsconflict.

In de eerste plaats, zo stelde Schrijver, zou de VN vaker in concrete gevallen zelf haar immuniteit moeten beperken. Dat gebeurde nu al wel, maar niet op consistente en transparante wijze. De lidstaten zouden de secretaris-generaal moeten aanmoedigen een beleidsdocument af te scheiden, want zelf had hij daar weinig belang bij. In de tweede plaats stelde Schrijver dat nu de VN een volwassen organisatie was geworden, zij ook over een volwassen intern systeem van klacht- en claimafhandeling, waaronder een ombudspersoon voor vredesmissies, moest beschikken. Wat hem betreft kwam er niet weer een nieuw tribunaal bij – Den Haag leed al aan 'tribunalis' – maar werden de bestaande instituties als het administratieve tribunaal uitgebouwd en gingen aan de klachtafhan-

deling ook externen deelnemen. Het was hoog tijd, want een en ander was eind jaren veertig al voorzien. Schrijver stelde dan ook voor Ban Ki Moon direct per telegram van deze aanbevelingen op de hoogte te brengen, zou zijn stelling aangenomen worden, waarvan debatleider Giesen een tweet maakte.

Referent Zegveld, als advocaat betrokken bij procedures naar aanleiding van Srebrenica, kon niet tegen de stelling zijn en verzette zich evenmin tegen immuniteit van de VN. Zij vroeg zich vooral af waarom de door Schrijver voorgestelde alternatieve wegen er nog altijd niet waren. Zij meende bovendien, naar aanleiding van de Srebrenica-zaak, dat ook de afbakening tussen aansprakelijkheid van de lidstaten en de VN nadrukkelijk op tafel moest blijven liggen. Staten zouden volgens haar nooit volledig de zeggenschap over hun troepen uit handen willen geven en zich dus niet mogen verschuilen achter de immuniteit van de VN, onder het mom van het overdragen van de controle van hun militaire apparaat aan de volkenrechtelijke organisatie.

Het hek zou van de dam zijn, als de nationale rechters van alle 193 lidstaten het optreden van de VN zouden gaan beoordelen

Het bracht Schrijver tot de verzuchting toch eens op te houden de immuniteit van de VN aan de orde te stellen in procedures voor de nationale rechter tegen de VN, waarvan de uitkomst al op voorhand vast stond.¹⁴ Het hek zou van de dam zijn, als de nationale rechters van alle 193 lidstaten het optreden van de VN zouden gaan beoordelen. Zij zou dan niet langer onafhankelijk en ongehinderd kunnen functioneren. Daarmee verwierp Schrijver ook het principiële pleidooi van student-referent Roskam de immuniteit van de VN opnieuw te overwegen. Dat de door hem voorgestane alternatieve rechtswegen nog altijd niet waren gerealiseerd, was volgens hem het gevolg van angst voor de gerechtelijke consequenties, maar ook van onzekerheid over de geldende regels van aansprakelijkheidsrecht. Schrijver nam het bovendien nog op voor de VN. Hij benadrukte dat voor de massamoord in Srebrenica primair de Joegoslavische leiders en de Joegoslavische Staat, of althans haar rechtsopvolgers, verantwoordelijk waren en dat de VN met het rapport *The Fall of Srebrenica* de hand in eigen boezem had gestoken.

In het debat kreeg Zegveld bijval van een andere advocaat, Gerritsen, van de Moeders van Srebrenica. Volgens hem waren nationale procedures tegen de VN wel degelijk nodig om tegenwicht te bieden aan de machtige VN als supranationale organisatie. Het leek hem naïef van het instellen van een ombudsman veel te verwachten. Schrijver repliceerde dat daarmee wel degelijk, 'stapje voor stapje', vooruitgang kon worden geboekt. De instelling van een ombudsman die toezag op de plaatsing op terrorisme-

lijsten was onlangs verlengd, waarbij was overeengekomen dat zijn aanbevelingen voortaan alleen nog bij consensus konden worden afgewezen.

Giesen probeerde Schrijver nog aan te zetten eens 'door te stappen' en radicalere voorstellen te doen, maar die liet zich, als ware *Realpolitiker*, daartoe niet verleiden. In de internationale rechtsorde was anders dan in de nationale rechtsorde nu eenmaal nog veel onduidelijk en gingen de dingen – behoudens de 'honeymoon'-tijd begin jaren negentig – nu eenmaal langzaam. Wel merkte hij op aandringen van Giesen de instelling van een ombudspersoon voor de afhandeling van klachten over missies aan als belangrijkste van zijn voorstellen. De stelling van Schrijver leverde een ruime meerderheid voor op.

De houdbaarheid van immuniteit

Alleen de overkoepelende stelling en de stelling van Schrijver werden door de vergadering omhelsd. Aan het eind van de dag stonden de parlementaire immuniteit, diverse beperkingen aan privaatrechtelijke aansprakelijkheid, strafrechtelijke immuniteit van de Staat en immuniteit van de VN dus nog overeind. Vanwaar dan toch de worsteling met immuniteiten?

Afgaand op de bespreking van de preadviezen op de jaarvergadering zat die hem meer dan in abstracte noties als het gelijkheidsbeginsel en het recht op toegang tot de rechter in de diverse concrete misstanden van de afgelopen decennia. Per saldo leken het toch vooral de zaak van *A vs. Verenigd Koninkrijk*, de *Vilt*-zaak, de lotgevallen van het asbestschip Otapan en de val van Srebrenica die de preadviseurs ertoe brachten creatieve voorstellen te doen om de scherpe kantjes van de verschillende immuniteiten af te slijpen. In de ogen van de zaal slaagden die voorstellen er echter niet in dat te doen zonder de betreffende immuniteiten tegelijkertijd te ondermijnen dan wel de sluisdeuren van privaatrechtelijke (overheids) aansprakelijkheid te ver open te draaien. Het zou ook nogal paradoxaal zijn aan immuniteiten te tornen, zodra die doen waarvoor ze zijn bedoeld: in een concreet geval daadwerkelijk aan straf- of privaatrechtelijke aansprakelijkheid in de weg staan. Zolang althans daarvan geen (structureel) misbruik wordt gemaakt.

Toegegeven, het afbakenen van gebruik en misbruik is een hachelijke zaak. Maar soms is het helder. Het aannemen van een wet, waarbij een zittende president amnestie wordt toegekend ter zake van politieke moorden in een militaire dictatuur, tijdens een lopende strafzaak waarin hij geldt als hoofdverdachte, welke strafzaak vervolgens wordt geschorst, terwijl er aanwijzingen zijn dat rechters onder druk zijn gezet: dat is zelfs met zeer zwaarwegende argumenten of alternatieve vormen van rechtsbescherming niet te rechtvaardigen. •

11. Onder verwijzing naar T. Spronken,

'Opheffen van de strafrechtelijke immuniteit van de Staat: bijten in eigen staart?', *NJB* 2013/1343, afl. 22, p. 1439.

12. EHRM 30 november 2004, *NJ* 2005/210 m.nt. E.A. Alkema (*Öneryıldiz/Turkije*).

13. Commissie Roelvink, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat*, Den Haag

2002.

14. Op 11 juni jl. heeft het EHRM de klacht van de Stichting Moeders van Srebrenica niet-ontvankelijk verklaard vanwege de terechte beslissing van de Nederlandse rechter dat de VN immuniteit geniet (*Moeders van Srebrenica vs. Nederland*, application no. 65542/12).