

# Over de grondslag en de regeling van de beoordeling van geweldsaanwending door politieambtenaren

P.A.M. Mevis, datum 27-10-2017

**Datum**

27-10-2017

**Auteur**

P.A.M. Mevis<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Strafrecht algemeen (V)

## 1. Inleiding

In de jaren '70 van de vorige eeuw schreef Enschedé over de bescherming van de burger in diens grondrechten betreffende lijf, leven en goed als onderdeel en doel van de strafrechtelijke controle op en verantwoording voor de aanwending van overheids geweld en de functie van strafrecht en strafrechtspleging daarbij, het volgende:

“Zou in zo'n geval de wet niet het vervolgingsmonopolie moeten doorbreken door een strafrechtelijke vervolging rechtstreeks door de belanghebbende burger zelf mogelijk te maken, en door verder de mogelijkheid te scheppen een bezwaarschrift van de verdachte overheidsdienaar af te wijzen en hem naar de terechtzitting te verwijzen, ook al is er onvoldoende aanwijzing van schuld?” <sup>[2]</sup>

Enschedé plaatste zijn benadering in hetgeen hij schrijft over de positieve werking van het opportuniteitsbeginsel dat ook daarin door kan werken dat in en door het (openbare) strafproces het serieus nemen van de bescherming van de burger in diens grondrechten en het aspect van (publieke) verantwoording van overheids optreden demonstratief zichtbaar wordt gemaakt, niet alleen tegen een zich wellicht te gemakkelijk op een uit het taakgerichte optreden afgeleid vermoeden van gelegitimeerd optreden beroepende overheid, maar juist ook in het belang van de geweld aanwendende overheid zelf, inclusief het OM dat er belang bij heeft tegen de schijn van partijdigheid te worden beschermd. Enschedé's promotus Corstens kon het niet met deze voorstellen van zijn promotor eens zijn. Hij schreef in zijn in 1974 verdedigde dissertatie<sup>[3]</sup> dat de invoering van een zelfstandig vervolgingsrecht hem niet heilzaam lijkt voor de verhouding tussen politie en bevolking. Hij vindt het voldoende dat de rechter in voorkomende gevallen het OM kan dwingen tot vervolgen. Dat het OM en ook de zittende magistratuur feitelijk vaak in een 'beschermingsverhouding' tegenover de politie staan <sup>[4]</sup>, ontkent hij niet. Vele jaren later vallen twee promoties van Corstens, Vegter en Verbruggen, hun – en mijn – promotor in diens benadering bij. Deze auteurs menen dat er bij de huidige stand van zaken reden is de geweld aanwendende ambtenaar niet meteen als verdachte, maar, in lijn met een bestaande aanwijzing sinds 2006<sup>[5]</sup> (daarvoor was het anders) als getuige aan te merken.<sup>[6]</sup> Voordat de lezer het gevoel krijgt in een soort kringgesprek terechtgekomen te zijn, haast ik mij op te merken dat deze presentatie van enige opvattingen vooral bedoeld is om te laten zien dat de discussie over de meest adequate regeling van onderzoek van, controle op en verantwoording voor geweldsaanwending door de politie van 'alle' <sup>[7]</sup> tijden is; de verbinding van de aangehaalde auteurs via het promotietraject is toeval. Het betreft kennelijk een weerbarstig onderwerp. Dat is bij voorbaat een indicatie die waarschuwt tegen (te) eenvoudige oplossingen en (te) eenvoudige benaderingen c.q. tegen (te) incidentele regelingen van slechts dit ene thema. In elk geval zijn fundamentele aspecten rondom (de relatie tussen) geweldsaanwending door de overheid en daarmee gepaarde gaande inbreuken op grondrechten tot bescherming van lijf, leven en goed van burgers en de functie van strafrecht en strafrechtspleging ter zake in het geding. Het onderwerp is momenteel object van wetgeving: wetsvoorstel 34641 ('geweldsaanwending opsporingsambtenaar' <sup>[8]</sup><sup>[9]</sup> stelt wijzigingen in het materiële en formele strafrecht ter zake voor. Mild gezegd ben ik er niet van overtuigd dat de eventuele totstandkoming van deze regeling als vooruitgang van rechtsvorming in de boeken kan worden bijgeschreven.<sup>[10]</sup> Sterker, bij nadere beschouwing lijkt – om in de sfeer te blijven – geweld te worden aangedaan aan diverse aspecten van deze problematiek als van systematische wetgeving in het algemeen en van de strekking van het wetsvoorstel in verband met het belang van publieke verantwoording in geval van aanwending van overheids geweld. Met 'nadere beschouwing' bedoel ik dan: als men bereid is heen te kijken door de betrekkelijk nadrukkelijke poging om met dit wetsvoorstel de politieambtenaar voor de status van 'verdachte' te behoeden. Daarmee klinkt in het wetsvoorstel ook iets door van: 'de politie handelt uiteraard (PM: vooruit: in beginsel) rechtmatig'. 'De uitoefening van het politievak is al moeilijk genoeg en als het erop aan komt dan

is het wel de politie van wie ingrijpen wordt verwacht', zo is kennelijk één der onderliggende gedachten. Met name de kwalificatie van 'verdachte' als basis voor onderzoek naar geweldsaanwending dient te worden vermeden omdat zulks geen 'recht' zou doen aan de positie van de ambtenaar. 'Handen af van onze dienders', is dan het devies dat thans ook jegens het strafrecht wordt ingeroepen. Die 'bescherming' van een wettelijk vast te leggen uitgangspunt van vermoeden van rechtmatigheid van geweldsaanwending wordt in de MvT (p. 7) als volgt verwoord:

"Uitgangspunt is dat de politieambtenaar die geweld heeft gebruikt, gelegitimeerd gebruik heeft gemaakt van de geweldsbevoegdheden doordat zijn handelen weliswaar een delictsomschrijving vervult, maar hij tegelijkertijd een beroep kan doen op een rechtvaardigingsgrond." <sup>[11]</sup>

Is dat publiekrechtelijk inderdaad het aangewezen uitgangspunt of moet toch, om redenen die Enschedé al benadrukte, voorop worden gesteld dat geweldgebruik niet reeds is geoorloofd enkel omdat sprake is van enige uitoefening van een politietoek? <sup>[12]</sup> Dat is een retorische vraag die misschien niet eens beantwoording behoeft omdat de primaire doelstelling van het wetsvoorstel ('recht' doen aan de bijzondere positie van de ambtenaar), juist ook te bereiken is *binnen* het bestaande wettelijke stelsel en zonder dat aan de politiek-rechtstatelijke dimensie die Enschedé benadrukte, te kort wordt gedaan. Dat maakt de vraag naar de legitimerende noodzaak van de uitzondering die nu wordt voorgesteld des te dringender, ook omdat vergelijkbare situaties niet worden geregeld.

## 2. 'Incidentenwetgeving' zonder noodzaak

Het wetsvoorstel bevat inhoudelijk een drietal voorstellen. Alvorens daaraan enige nadere aandacht te besteden, zijn enige bedenkingen op een abstracter niveau van belang. Ten eerste: welk probleem moet eigenlijk worden opgelost? Waarop stoelt de noodzaak voor (deze) wetgeving? Ik kan het antwoord in de stukken niet vinden c.q. die overtuigen (mij) geenszins. Het gaat in elk geval niet om een adequate(re) regeling van controle op en onderzoek van geweldsaanwending op zichzelf, want daarvoor bestaat een systeem dat niet tot grote problemen leidt in de weinige gevallen waarin het er werkelijk om gaat (bijvoorbeeld omdat de politie geschoten heeft, met een dode als gevolg) en waarin het strafrecht een rol speelt. En het (publieke) strafrecht speelt in die gevallen mede een rol omdat het interne politietucht recht onvoldoende ontwikkeld en onpartijdig is. <sup>[13]</sup> welk tucht recht ook nooit de rol van het publieke strafrecht kan overnemen. De rol van het strafrecht wordt in het wetsvoorstel ook niet miskend, integendeel. Het heeft er ook op dit punt alle schijn van dat het wetsvoorstel vooral stoelt op de wens tot het vermijden van de kwalificatie 'verdachte' voor de ambtenaar ingeval controle op en verantwoording van de toepassing van overheids geweld aan de orde is. Dat is toch echt te weinig. <sup>[14]</sup> Ten tweede: het wetsvoorstel betreft alleen geweldsaanwending door de politie in relatie tot strafbare feiten en noties van wederrechtelijkheid ter zake. Vergelijkbare vragen rijzen ten aanzien van de burger die een verdachte aanhoudt en deze daarbij verwondt, de arts die zijn patiënt pijn en letsel toebrengt en wellicht de arts die euthanasie verricht. Over hen gaat het wetsvoorstel niet. Het wetsvoorstel is daarmee niet alleen 'bijzondere' wetgeving maar ook 'incidentenwetgeving'. Met die argwanende kwalificatie wordt gedoeld op een te zeer door de actualiteit of politieke wenselijkheid vertroebelde gedrevenheid tot een van verstandige en bestendige algemene regelingen en uitgangspunten afwijkende wetgeving (al dan niet: voor speciale groepen), waarbij voor het bijzondere en afwijkende geen afdoende argumentatie of legitimatie bestaat. De in de systematiek van wetgeving besloten liggende bestendigheid als waarborg tegen (wetgeving gedreven door) de tijdsgeest, wordt dan geweld aangedaan. Het voorkomen van een dergelijke 'afwijking' in incidentenwetgeving is een belang dat door de in Nederland normatief onvoldoende ontwikkelde codificatiegedachte wordt beschermd. In het wetsvoorstel ontbreekt in elk geval afdoende argumentatie op dit punt.

Maar laten we desondanks ook een blik op de inhoud werpen. Het kan immers zijn dat regeling van het bijzondere toch van betekenis is, mogelijk zelfs als aanzet tot wijziging van het algemene. Als eerste vraagt het voorstel tot codificatie van een nieuwe strafuitsluitingsgrond de aandacht.

## 3. Een specifieke strafuitsluitingsgrond: a-systematisch en overbodig

Bij het voorstel tot codificatie van een nieuwe strafuitsluitingsgrond moeten met name vanuit een oogpunt van strafrechtssystematiek vraagtekens worden geplaatst. Bij het aanwenden van geweld door een politieambtenaar gaat het – als het goed is – om de uitoefening van diens taak binnen de grenzen van artikel 7 PolW jo. de Ambtsinstructie en – indien van toepassing – binnen de grenzen van een andere bevoegdheid, zoals die tot aanhouden van een verdachte, tot ontruiming van een gekraakt pand of tot binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner voor hulpverlening (artikel 7 lid 2 PolW) of strafvordering. Zijn de grenzen van de andere bevoegdheid overschreden, dan is het daarbij gebruikte geweld ook onrechtmatig, ongeacht of daarbij de Ambtsinstructie is nageleefd; artikel 7 lid 1 PolW verleent de bevoegdheid tot geweldsaanwending slechts in de rechtmatige uitoefening van de bediening. Deze stand van zaken maakt duidelijk dat voor de publiekrechtelijke legitimatie van de geweldsaanwending noch de bestaande, noch de in het wetsvoorstel voorgestelde strafuitsluitingsgrond van betekenis is. Er is sprake van een veroorloven bevoegdheid op basis van de Politiewet. Dat is van belang voor de betekenis van in het strafrecht geregelde strafuitsluitingsgronden. In de

moderne opvatting heeft met name de strafuitsluitingsgrond van 'ter uitvoering van een wettelijk voorschrift' van artikel 42 Sr niet meer de enge betekenis dat een dergelijk wettelijk voorschrift tot een bepaald optreden moet dwingen. Ook regels die een veroorlovenende bevoegdheid met een zekere normerende inkadering bevatten, zijn 'wettelijk voorschrift' in de zin van artikel 42 Sr. Met andere woorden: door de expliciete regeling van de bevoegdheid tot het aanwenden van geweld in (thans) artikel 7 PolW jo. de Ambtsinstructie is – anders dan bij militairen<sup>[15]</sup> – geweldsaanwending niet (meer) op de algemene taakomschrijving van de politie gebaseerd. Voor de aanwending van geweld is (reeds en rechtstreeks) in (de rechtvaardigingsgrond van) een wettelijk voorschrift voorzien, in de zin van artikel 42 Sr.<sup>[16]</sup> De legitimatie van het aanwenden van geweld hoeft ook niet (meer) op het ten deze problematische, te casuïstische en 'uitzonderlijke' concept van noodweer te worden gebaseerd.<sup>[17]</sup> Dat is een andere situatie dan die waarmee de Commissie Heijder zich nog geconfronteerd zag. De geweldsaanwending is nu (voldoende) specifiek in en op basis van de Politiewet geregeld en door de strafuitsluitingsgrond van het wettelijk voorschrift gedekt. Daar voegt de voorgestelde strafuitsluitingsgrond niets aan toe.<sup>[18]</sup> Op p. 11 van de MvT is te lezen dat de minister het met de NOvA eens is 'dat het bestaande stelsel van strafuitsluitingsgronden voldoende rechtsbescherming biedt aan opsporingsambtenaren die in de rechtmatige uitoefening van hun functie geweld hebben gebruikt'. Voor zover de wetgever zich de overbodigheid van het wetsvoorstel op dit punt realiseert, illustreert zulks andermaal dat het de wetgever niet primair om legitimatie van geweldsaanwending te doen is. Daar is dit onderdeel van het wetsvoorstel simpelweg niet voor nodig.

De vraag is vervolgens of de wetgever de systematische reikwijdte en betekenis van een strafuitsluitingsgrond wel voldoende onderkent. Daaraan kleven twee aspecten. De betekenis van een strafuitsluitingsgrond is beperkt door en binnen het Nederlandse systeem van vormgeving van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Een strafuitsluitingsgrond komt in een strafprocedure voor de rechter binnen het dan geldende beslissingsschema van artikel 350 Sv, zoals bekend, alleen maar aan de orde als en omdat een (bewezen) gedraging is begaan die onder de reikwijdte van een (geldige) delictsomschrijving valt. Juist daarom kan de wetgever ter zake bij (de meeste) delictsomschrijvingen volstaan met een betrekkelijk objectief-neutrale omschrijving van de strafbaar gestelde handeling. De thans voorgestelde, specifieke strafuitsluitingsgrond voor de ambtenaar heeft dus in zoverre geen zin nu ook die strafuitsluitingsgrond systematisch eerst aan de orde kan komen bij bewezen gedrag dat onder een delictsomschrijving valt, hetgeen iets anders is dan dat delictueel, strafbaar gedrag is begaan.<sup>[19]</sup> Deze beperkte betekenis van een wettelijke strafuitsluitingsgrond komt o.a. daarin tot uitdrukking doordat de ingang van de wettelijke formulering nogal eens, bijvoorbeeld bij artikel 42 Sr, luidt: 'Niet strafbaar is hij die...'. De wet kende aanvankelijk het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden en schulduitsluitingsgronden niet. Dat is niet een blijk van onnadenkendheid noch is het later in de dogmatiek ontstane onderscheid alleen maar een triomf van voortschrijdend inzicht. Van Veen heeft erop gewezen dat de wetgever bewust gekozen heeft voor een beperkte systematische betekenis van de wettelijke strafuitsluitingsgronden, in de kern neerkomend op een vorm van wettelijke legitimatie voor de rechter om geen straf te hoeven opleggen.<sup>[20]</sup> Langemeijer<sup>[21]</sup> heeft eraan toegevoegd dat een systeem van veroorlovenende bevoegdheden in het strafrecht, leidend tot niet-veroordeling, niet per definitie impliceert dat het gedrag ook civielrechtelijk rechtmatig en aan schadevergoeding onttrokken is, al zag hij daar bij het wettelijk voorschrift weinig ruimte voor.<sup>[22]</sup> Zo 'vrijwarend' is een strafuitsluitingsgrond dus niet.

Maar belangrijker is het omgekeerde. Ook binnen deze beperkte betekenis die strafuitsluitingsgronden hebben, staat er niets aan in de weg om in het voorbereidend onderzoek tegen een verdachte op grond van het WvSv bij de inrichting van dat onderzoek (reeds) rekening te houden met het feit dat het gedrag dat onder een delictsomschrijving valt, mogelijk gerechtvaardigd kan zijn.<sup>[23]</sup> Ten aanzien van het aanhouden van een verdachte die zich op noodweer beroept, benadrukt de betreffende OM-aanwijzing terecht een zekere terughoudendheid.<sup>[24]</sup> Voor sommige delicten vloeit deze benadering zelfs rechtstreeks uit de delictsomschrijving voort omdat deze (een aspect van) de wederrechtelijkheid als bestanddeel bevat. Als een ambtenaar binnen de grenzen van de geweldsinstructie geweld aanwendt dat tot 'gewoon' pijn en letsel leidt, valt dat niet (meer) onder het bereik van de delictsomschrijving van mishandeling in artikel 300 Sr nu dat delict in de nieuwste rechtsopvatting van de Hoge Raad moet worden gedefinieerd als 'het aan een ander toebrengen van lichamelijk letsel of pijn zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat'.<sup>[25]</sup> Voor die rechtvaardiging kan, als gezegd, direct op de, de geweldstoepassing legitimerende basis van artikel 7 PolW, als invulling van hetgeen waar artikel 42 Sr naar verwijst, worden geleund. Er is geen reden deze basis bij andere delicten in het voorbereidend onderzoek naar de geweldsaanwending door de verdachte ambtenaar anders in te zetten. Ook als een delictsomschrijving niet het bestanddeel 'wederrechtelijk' bevat, kan bij de vraag welk (verder) onderzoek met welke opsporingsbevoegdheden aan de orde is, de bijzondere omstandigheid dat zich mogelijk een strafuitsluitingsgrond voordoet en de verdachte zich in zoverre in een bijzondere positie bevindt, de verdere inrichting van het onderzoek mee bepalen. Ook in zoverre is het wetsvoorstel tot het opnemen van een nieuwe specifieke strafuitsluitingsgrond in de eerste plaats overbodig, juist ook in het licht van de doelstelling daarvan, te weten 'recht doen' aan de bijzondere positie van de ambtenaar die geweld aanwendt. Dat aspect van 'recht doen aan de bijzondere positie van de ambtenaar' dat zo'n cruciale rol speelt in de toelichting bij het wetsvoorstel, verdient op deze plaats enige nadere aandacht. Mij overtuigt de benadering van de MvT niet. Om recht te doen aan het feit dat de ambtenaar binnen de grenzen van zijn bevoegdheden geweld gebruikt, hoeft het verdachte-begrip, zoals hierboven gezegd, niet vermeden te worden. Voorts laat het wetsvoorstel onverlet dat naar geweldsaanwending, zeker als dat letsel of dood als gevolg heeft, uiteraard wel onderzoek wordt gedaan. Invoelbaar is dat elke politieambtenaar

gevoelig is voor onderzoek naar zijn optreden. Dat ligt voor een deel echter ook aan de politiecultuur.<sup>[26]</sup> Dan is evident dat een (al dan niet: nieuwe) strafuitsluitingsgrond c.q. het vermijden van de kwalificatie van 'verdachte', de ambtenaar niet beschermt tegen enig onderzoek naar geweldsaanwending. En uiteraard kan een dergelijke voorziening een gebrek aan reflectie, structuur en klimaat binnen de politieorganisatie niet 'bedekken' door aan de gevoeligheid van de ambtenaar voor onderzoek naar zijn optreden binnen deze cultuur, tegemoet te komen door hem een lichtere status van 'onderzoeksubject' toe te kennen, te weten: niet meer de status van verdachte.

Daarbij komt dat met het wetsvoorstel de mogelijkheden voor publieke verantwoording voor en controle op de aanwending van overheidsgeweld, zeker als daarbij gewonden of doden zijn gevallen, met het terugdringen van (onderzoek op basis van) de 'verdachte' minder worden. En dat terwijl het element van publieke verantwoording nu juist toch al onder druk staat vanwege een zekere neiging bij het OM en ook bij de artikel 12 Sv-rechter om de politie 'in bescherming' te nemen.<sup>[27]</sup> Er is, als gezegd, sprake van een zekere beschermingsverhouding met de politie. Dat hoeft – het zij uitdrukkelijk gezegd – niet onmiddellijk een signaal te zijn van negatieve partijdigheid of vooringenomenheid omdat, zoals hierboven is betoogd, er alle reden is bij alle strafvorderlijke beslissingen, ook in het voorbereidend onderzoek, rekening te houden met het feit dat sprake kan zijn van handelen binnen de gelegitimeerde geweldsuitoefening. Maar die 'spanning' is dan juist geen reden het belang van publieke verantwoording van en controle op overheidsgeweld verder naar de marges van wettelijke mogelijkheden en ingangen te verbannen, zoals het wetsvoorstel doet, enkel en alleen om de ambtenaar voor een zekere gevoeligheid voor 'onderzoek als verdachte' te behoeden. Er is zelfs een rechtstreekse link tussen beide aspecten. Schalken heeft het belang van publieke verantwoording onderstreept en in dat kader uitgelegd dat het ook aan een politieambtenaar goed uit te leggen zal zijn dat het bij strafrechtelijk onderzoek naar politiegeweld helemaal niet in de eerste plaats gaat om het in diskrediet brengen van de individuele ambtenaar. Hij schrijft over het belang van die publieke verantwoording van politiegeweld binnen het strafrecht:

"De individuele in het openbaar terechtstaande politieambtenaar betaalt dan weliswaar een hoge prijs voor het uitoefenen van zijn functie, maar het is zijn *Garantenstellung* als geweldsmonopolist die hem de maatschappelijke en democratische plicht oplegt zich in het openbaar te verantwoorden. Dat komt het gezag van de politie beslist ten goede. De drempelvrees voor een openbaar strafproces zou wellicht een minder zware lading kunnen krijgen als het besef ingang vindt dat het strafproces voor die gevallen niet in de eerste plaats op sanctionering maar vooral op uitleg en verantwoording is gericht." <sup>[28]</sup>

Precies het serieus nemen van een (politie-)ambtenaar in zijn verantwoordelijkheid van 'geweldsmonopolist' is een veel inhoudelijkere wijze van (publiekelijk en rechtstatelijk) 'recht doen aan de ambtenaar' dan het vermijden van de te gevoelige 'verdachte-status'.

Het rekening houden met de mogelijkheid dat zich een rechtvaardiging voordoet voor bepaald, onder een delictomschrijving vallend gedrag, is uitdrukkelijk erkend in de bovengenoemde OM-aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer. Het daarin genoemde uitgangspunt van terughoudendheid is als gezegd terecht en kan onverkort gelden bij onderzoek naar de aanwending van geweld door een politieambtenaar. De aanwijzing maakt tegelijk duidelijk dat de persoon die zich op noodweer beroept wel verdachte is in de zin van artikel 27 Sv; hij kan worden aangehouden om op basis van de verdenking nader onderzoek mogelijk te maken of dat beroep op noodweer gegrond is. Het is immers een uitzondering. De aanwijzing zet daarbij uitdrukkelijk uiteen dat dit ook in het belang van de zich op noodweer beroepende verdachte zelf is. De verdenking functioneert in dit kader als legitimatie van onderzoek in rechtsbeschermende afbakening met de burger die (nog) geen verdachte is<sup>[29]</sup> en niet – zoals in de parlementaire stukken betreffende het wetsvoorstel doorklinkt – als vermoeden van strafbaarheid en veroordeling waartegen de politieambtenaar thans ook door de wet moet worden beschermd. In de parlementaire stukken lijkt de van de Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer afwijkende benadering te worden gerechtvaardigd door de herhaalde stelling dat 'we' van onze dienders nu eenmaal optreden verwachten in concrete en moeilijke situaties. Dat is, als uitgangspunt van publiekrechtelijke regeling van aanwending van overheidsgeweld echter een misverstand: 'we' verwachten bij het optreden van een overheidsambtenaar, zeker als dat met geweldsaanwending gepaard gaat, als uitgangspunt en zonder afbreuk te doen aan de dynamiek van concreet politieoptreden (desondanks) *rechtmatig* optreden, in de eerste plaats te garanderen met een voor de uitoefening van de goede functievervulling op dit punt adequate opleiding en uitrusting (iets dat de burger bij het aanhouden van een verdachte c.q. bij noodweer moet ontberen!<sup>[30]</sup>), een goede politieorganisatie, maar ook in een goed systeem van verantwoording door onderzoek en controle achteraf omdat de rechtmatigheid van overheidsgeweld vast moet staan en gecontroleerd moet (kunnen) worden, iets waarvoor we in Nederland ook het (publieke) strafrecht gebruiken, mede omdat, als gezegd, een voldoende ontwikkeld, onafhankelijk politietuchtrecht ontbreekt.<sup>[31]</sup> Aan dat laatste is ook niet zonder meer behoefte, maar dan moet men niet de functie van strafrecht en strafrechtspleging ter zake terug (willen) dringen.

Bij het beroep dat in de MvT wordt gedaan op de noodzaak om met het wetsvoorstel 'recht' te doen aan de specifieke situatie van de geweld aanwendende ambtenaar, in onderscheid met anderen in vergelijkbare posities, moet verder worden bedacht hetgeen hierboven onder 2 reeds werd aangestipt. Er zijn wel andere beroepsgroepen die zich in hun taakuitoefening wel graag door een dergelijke betrekkelijk comfortabele strafuitsluitingsgrond expliciet gedekt zouden willen zien.<sup>[32]</sup> Met name in de kring van artsen klinkt, niet eens helemaal ten onrechte, wel de roep om explicatie van het onder

omstandigheden niet-wederrechtelijke van hun gedraging. Alleen: voor hen, voor hun handelen, nemen we aan dat zij nu eenmaal voor dat beroep hebben gekozen; van hen wordt een adequate professionele opleiding en beroepsinvulling verwacht, welke uitgangspunten de bestaande, ook strafrechtelijke benadering, vanwege de bescherming van andere belangen, rechtvaardigen. Dat geldt voor (gewelddaanwending door) politieambtenaren in gelijke mate. Sterker: anders dan in het medische circuit is sprake van de aanwending van overheids geweld jegens een burger die daarin niet toestemt maar door het optreden wel in zijn grondrechten betreffende lijf, leven en goed wordt geraakt. Dat stelt dan eerder hogere eisen aan de inrichting van het wettelijk systeem van verantwoording, controle en onderzoek bij deze ongewilde inbreuken op grondrechten. Als het wetsvoorstel wet wordt, worden de eisen aan (beoordeling van) een dergelijke gewelddaanwending vanwege de overheid/politie(ambtenaar) in elk geval minder dan voor de arts. Dat is reeds naar de aard van het te normeren optreden bepaald niet vanzelfsprekend. Hier wordt niet alleen het te incidentele karakter van de voorgestelde regeling zichtbaar, maar ook de verkeerde insteek van het creëren van een 'goed gevoel'-benadering door de wetgever van de individuele ambtenaar. Om deze laatste gaat het bij de vraag naar adequate regeling van de materie betreffende de aanwending van overheids geweld niet in de eerste plaats in die mate die uit het wetsvoorstel doorklinkt. Het beroep op 'recht doen aan de positie van de ambtenaar', ook in verschil met de positie van gewone burger c.q. met andere beroepsbeoefenaren in vergelijkbare posities, gaat dus om verschillende redenen niet op.

#### 4. Ter compensatie een nieuw ambtsdelict?

Het tweede onderdeel van het wetsvoorstel betreft het voorstel voor een nieuw, culpoos ambtsmisdrijf. Een nieuw artikel 372 Sr zou moeten luiden:

"De ambtenaar aan wie bij of krachtens artikel 7, eerste lid, van de Politiewet 2012 of artikel 6, eerste lid, van de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten de bevoegdheid geweld te gebruiken is toegekend en aan wiens schuld het te wijten is dat hij het in zijn gewelddinstructie bepaalde schendt, wordt gestraft:

- 1°. met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie, indien het feit enig lichamelijk letsel ten gevolge heeft;
- 2°. met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie, indien het feit zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft;
- 3°. met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie, indien het feit de dood ten gevolge heeft."

Op zichzelf is het uitgangspunt van de wetgever te volgen dat het aangewezen kan zijn de taakuitoefening van de ambtenaar (ook) te omgeven met daarop toegespitste ambtsdelicten, waarin de overtreding van de eigen bevoegdheidsregels centraal staat. En dat niet alleen in aanvulling op de reikwijdte van commune delicten, maar ook als speciale regeling ter bescherming van hetzelfde rechtsgoed waarop een algemeen misdrijf ziet en dat als *generalis* ook op de ambtenaar van toepassing kan zijn als de *specialis* niet zou bestaan. Zo bestaat naast de huisvredebreuk van artikel 138 Sr het bijzondere ambtsmisdrijf van artikel 370 Sr voor het geval het huisrecht door een ambtenaar wordt geschonden met overschrijding van zijn ook grondwettelijk vereiste bevoegdheid tot binnentreden zonder toestemming van de bewoner. De basisstrafbedreiging in het eerste lid is bij beide misdrijven gelijk. Zelfs een meer algemene strafbepaling die elke overschrijding van een bevoegdheid door een ambtenaar van een strafbaarstelling voorziet, zoals de nieuwe Antilliaanse codificatie die bevat, laat zich op zichzelf en binnen de systematiek van het materiële strafrecht denken. Strafbaarstelling van krenking van ook door algemeen strafrecht beschermde rechtsgoederen als bijzonder delict, ingeval de wederrechtelijkheid bestaat in de overschrijding van de ambtelijke bevoegdheden, werd en wordt door de wetgever immers sinds 1886 gezien als wijze om de onderworpenheid van de overheid aan het recht en de bescherming van de burger in geval van inbreuken op grondrechten in rechte te kunnen effectueren en publiekelijk zichtbaar te maken. Dat blijkt ook uit bepalingen als artikel 44 Sr en artikel 309 Sr. Voor de aanwending van overheids geweld met letsel of dood als gevolg is thans niet in een apart ambtsdelict voorzien. Daargelaten dat ambtsmisdrijven zich, ook in de toepassing van artikel 12 Sv door de gerechtshoven, vooral daardoor kenmerken dat er nauwelijks daadwerkelijk voor vervolgd wordt, gaat het in deze benadering van de wetgever dan wel om de manifestatie van die onderworpenheid van de overheid aan het recht, niet om het 'recht' doen aan de 'kwetsbare' (MvT, p. 5) positie waarin de ambtenaar bij aanwending van geweld in zijn taakuitoefening komt te verkeren en waarmee het huidig systeem van strafrecht en gewelddaanwending 'onvoldoende rekening' (MvT, p. 5, p. 13) houdt, bijvoorbeeld omdat het strafrechtelijk onderzoek door de betreffende ambtenaar als 'belastend' (MvT, p. 5) wordt ervaren. Toch is dat laatste ook voor dit onderdeel van het wetsvoorstel de ingang. Het huidige recht zou onvoldoende rekening houden met de positie van de ambtenaar onder commune delicten omdat deze zich, vanwege de taakuitoefening, niet in gelijke positie bevindt met de 'commuun', de niet-ambtelijke, gewone burger. Dat is een verkeerde ingang, maar het neemt niet weg dat er ter zake van gewelddelicten toch redenen kunnen zijn voor een op het ambtelijk handelen toegesneden, bijzondere en aanvullende strafbepaling in een passend kwaliteitsdelict/ambtsmisdrijf in geval van bevoegdheidsoverschrijding bij gewelddaanwending in plaats van enkel te leunen op de algemene, doleuze en culpose gewelddelicten.<sup>[33]</sup> Ter zake van het in concreto voorgestelde ambtsmisdrijf rijzen dan

echter toch nadere vragen; er lijkt sprake van een merkwaardige, en ook merkwaardig opgezette, bepaling. De minister wijdt in de MvT (p. 14-15) enige gedachten aan de verhouding tussen het voorgestelde ambtsdelict en de bestaande, algemene geweldsdelicten. Hij gaat ervan uit dat het OM bij de vervolgingsbeslissing, en ook het gerechtshof in het kader van de artikel 12 Sv-procedure, het signaal van de wetgever zal verstaan die met dit wetsvoorstel een voorkeur uitspreekt voor vervolging ter zake van de 'speciale strafbaarstelling' als zijnde 'passender'. En voorts dat elk der beide actoren alleen bij wijze van uitzondering en 'voldoende dragend' gemotiveerd, nog voor het algemene geweldsdelict zal vervolgen c.q. vervolging ter zake zal bevelen. 'Met klem' wordt benadrukt dat het 'niet de bedoeling is' gelijktijdig voor het nieuwe ambtsdelict en het commune geweldsdelict te vervolgen (MvT, p. 15; onduidelijk is of de 'primaair-subsidiaire'-variant in dit perspectief betrokken is). Die stellingname is binnen de redenering van de MvT goed te begrijpen. Daarin wordt 'immers' vervolging voor één delict reeds als voor de ambtenaar (te) belastend en reden tot stelselwijziging gezien, laat staan dat voor twee delicten wordt vervolgd. Meer juridisch valt op dat de MvT (p. 14) over het nieuwe delict spreekt van een 'speciale strafbaarstelling'. Dan kan de gedachte opkomen dat, mits wet geworden, het nieuwe ambtsmisdrif inderdaad in termen van artikel 55 lid 2 Sr een 'lex specialis' is, van welke juridische constructie dan de consequenties in de verdere wetsgeschiedenis zouden kunnen worden doordacht. Maar dat lijkt niet de bedoeling, zoals bij nadere analyse kan blijken.

Bij die nadere analyse is ten eerste de opzet en inhoud van de voorgestelde bepaling van belang. Er is sprake van een culpoos misdrijf dat een causaal verband vereist tussen schuld en schending van de geweldsinstructie; de strafmaat hangt vervolgens af van de ernst van de gevolgen.<sup>[34]</sup> De enkele culpoze schending van de geweldsinstructie levert op zichzelf nog geen strafbaarheid op. Die voor strafbaarheid noodzakelijke gevolgen zijn tot letsel en dood beperkt. Bij culpoze schending van de voorschriften met, soms min of meer toevallig, enkel schade (de ambtenaar schiet gericht op een rijdende auto maar niemand wordt geraakt), is geen sprake van strafbaarheid tenzij als poging, maar dat is bij een culpoos misdrijf lastig. Zou dat niet moeten? Omgekeerd: er is ook strafbaarheid als de culpoze schending van de regels voor de aanwending van geweld 'gewoon' letsel tot gevolg heeft. Van een algemeen culpoos geweldsdelict is dan geen sprake. Klopt hier de bezwering in de MvT dat met het wetsvoorstel geen uitbreiding van strafbaarheid van de ambtenaar wordt beoogd?

Ten tweede: de culpa zal volgens de MvT liggen in het niet-naleven van de regels van de geweldsinstructie door de ambtenaar in een situatie dat dit laatste wel van hem mocht worden verwacht (MvT, p. 17). Aldus gesteld omvat de te bewijzen culpa ook de wederrechtelijkheid op dit punt. Dat klopt met het algemene uitgangspunt dat ook bij andere culpoze delicten het te bewijzen bestanddeel 'culpa' de wederrechtelijkheid impliceert, i.c. de schending van de geweldsinstructie. De vraag of binnen de geweldsinstructie gehandeld is, komt daarmee (reeds) op het niveau van de te bewijzen bestanddelen van het voorgestelde misdrijf aan de orde. Ook het bestanddeel 'schending' duidt daarop. Bij handelen binnen de grenzen van de bevoegdheid, of preciezer: bij gebrek aan wettig en overtuigend bewijs dat de geweldsinstructie is geschonden, zal vrijspraak volgen. De voorgestelde constructie van het ambtsdelict, gecombineerd met de wettelijke regeling van de bevoegdheid geweld aan te wenden op basis van artikel 7 PolW, illustreert dan andermaal dat de voorgestelde aparte en nieuwe strafuitsluitingsgrond niet nodig is. Bij de motivering van laatstgenoemd onderdeel van het wetsvoorstel lijkt deze band niet in ogenschouw te zijn genomen.

Vervolgens: de te bewijzen culpa omvat naar hedendaagse opvattingen niet alle vormen van zelfs ook maar de geringste schuld. Dat wordt in de MvT (p. 16) op zichzelf terecht naar voren gebracht. Maar dat betekent ook dat de ambtenaar wordt meegegeven dat niet reeds elke onachtzaamheid ten aanzien van de regels inzake geweldgebruik tot strafvervolging zal (hoeven te) leiden. De MvT put zich ook in dit kader uit in de bezwering dat met de voorgestelde strafbepaling 'geenszins' bedoeld is de reikwijdte van strafbaarheid van de ambtenaar uit te breiden, ook niet voor het geval dat het letsel dat het gevolg is van het verwijtbaar niet-naleven van de regels van de geweldsinstructie dusdanig licht is dat de ambtenaar op grond van de algemene geweldsdelicten 'nu niet strafbaar is c.q. niet wordt vervolgd' (MvT, p. 18). Even afgezien van de vraag of inderdaad sprake is van 'geen strafbaarheid' onder artikel 300 lid 1 Sr (met voorwaardelijk opzet) c.q. de hiervoor opgeworpen vraag of strafbaarheid er in geval van overheidsgeweld niet zou behoren te zijn, komt hier andermaal de achterliggende gedachte van de wetgever naar voren: het – tot op zekere hoogte en meer dan nu – 'afschermen' van de ambtenaar die geweld heeft gebruikt van te 'gemakkelijke' en te hoge strafrechtelijke aansprakelijkheid en dientengevolge zijn positie als object van strafvorderlijk onderzoek, zolang niet duidelijk is dat deze ambtenaar evident over de schreef is gegaan.

Gekozen is voorts voor een culpoos delict waarbij de culpa ziet op 'schending' van 'het in zijn geweldsinstructie bepaalde'. Het strafmaximum hangt vervolgens af van de voor strafbaarheid noodzakelijk gevolgen van de culpoze schending. Ook op dit punt is de voorgestelde bepaling daarmee merkwaardig van opzet en inhoud. De culpa is als gezegd betrokken op de schending van de ambtsinstructie, niet op het gevolg daarvan. Bij andere culpoze delicten is dat laatste meestal wel het geval, en wel om goede reden. Culpa is een niet nadenken waar dat wel verwacht wordt.<sup>[35]</sup> Is eigenlijk wel denkbaar dat men culpoos een geweldsinstructie 'schendt' en daarbij geen schuld heeft (in de zin van de te bewijzen culpa) op het gevolg? Sterker: kan de ambtenaar tot hem gerichte voorschriften inzake de juiste aanwending van geweld (waarvan we aannemen hem die bijgebracht zijn) 'schenden' zonder daarop (en c.q. daarmee op de gevolgen) ten minste voorwaardelijk opzet te hebben? Of, anders gezegd: ligt in de eis dat niet conform de geweldsinstructie is gehandeld,

uitgedrukt in het bestanddeel 'schending', niet eo ipso ingeblikt opzet besloten? Dan leidt het wetsvoorstel (vervolgving voor) opzettelijke overtreding van algemene geweldsdelicten af naar vervolgving ('bij voorkeur', zegt de MvT) voor het vaak lichtere schulddelict van het nieuwe artikel 372 Sr.

Dat doet ten vijfde de vraag rijzen of niet moet worden voorzien in een opzettelijke variant van schending van de geweldsinstructie, naar het voorbeeld van artikel 136 WvMSr. In de MvT wordt voor die gevallen echter verwezen naar de mogelijkheid van vervolgving ter zake van de algemene geweldsdelicten, waarbij het opzet dan dus op het gevolg bewezen moet worden:

"Voorop dient te staan de beoordeling of de opsporingsambtenaar heeft gehandeld conform zijn geweldsinstructie. Schuld aan schending van de geweldsinstructie en niet het bewustzijn van de gevolgen van het geweldgebruik dient primair te bepalen of de opsporingsambtenaar strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gehouden voor zijn handelen." [36]

Als dat zo is, is er des te meer reden ook te voorzien in een ambtsmisdrijf dat een opzettelijke schending van de geweldsinstructie strafbaar stelt. In elk geval zal het voorgestelde culpoze delict van artikel 372 Sr niet in specialiteitsverhouding (kunnen) staan tot de algemene, opzettelijke geweldsdelicten.

Vervolgens: de eis van culpa bij de ambtenaar laat ruimte voor het verweer dat de primaire schuld niet bij de ambtenaar ligt, maar binnen de organisatie van de politie of van het concrete optreden (zoals rondom een voetbalwedstrijd) waarbinnen de schending plaatsvond. Onder dergelijke omstandigheden kan er inderdaad aanleiding zijn de ambtenaar vrij te spreken.[37] Maar vervolgens is dan vervolgving van de (betreffende) overheid wegens dit ambtsdelict, bijvoorbeeld via artikel 51 Sr, zo al toegelaten, problematisch. In zoverre is het systeem van de inzet van strafrecht als bijdrage aan de verzekering dat de overheid zich bij geweldsaanwending aan de geldende regels moet houden, niet compleet.

Daar komt ten zevende bij dat voor de culpoze variant van in elk geval zwaar lichamelijk letsel respectievelijk de dood, ook de algemene delictsomschrijvingen van artikel 308 en artikel 307 Sr bestaan. Hoe is dan de verhouding tussen het voorgestelde ambtsdelict en deze commune, culpoze strafbepalingen? In het voorgestelde artikel 372 sub 2 en sub 3 Sr is geen culpa ten aanzien van het gevolg vereist, maar is het voorgestelde strafmaximum telkens wel hoger dan hetwelk in de algemene schulddelicten bedreigd is. Daargelaten het antwoord op de vraag of dat terecht is,[38] is in zoverre bij artikel 372 Sr geen sprake van een geprivilegieerd delict. Nu sluit die constatering (naar mijn opvatting) nog niet uit dat sprake is van een specialis in de zin van artikel 55 lid 2 Sr, maar volgens de MvT is van een dergelijke verhouding nu juist geen sprake.[39] Zulks vanwege het verschil in beschermd rechtsbelang: de aantasting van het menselijk leven, de gezondheid en de lichamelijke integriteit respectievelijk de naleving van de geweldsinstructie. Als dat verschil doorslaggevend is, stelt dat vraagtekens bij de opzet van het voorgestelde artikel 372 Sr om de culpoze schending van de geweldsinstructie toch te binden aan de ingetreden gevolgen voor precies die rechtsgoederen die ook de artikelen 307-309 Sr beogen te beschermen. In die benadering zou artikel 372 Sr met strafbaarstelling van de enkele culpoze schending van de voorschriften voor geweldsaanwending (als zulks denkbaar is), kunnen volstaan. En de opvatting in de MvT stelt nog meer ter discussie waarom dan niet ook een opzettelijke schending van de geweldsinstructie als ambtsdelict strafbaar is gesteld. Hoe de verhouding tussen het voorgestelde artikel 372 Sr en de algemene opzettelijke respectievelijk culpoze misdrijven ook zal zijn, in het bestaande grondslagstelsel zal een verstandig OM het nieuwe ambtsmisdrijf wel steeds subsidiair ten laste (moeten) leggen en het algemene, 'verdergaande' (opzet of schuld op het gevolg) geweldsmisdrijf steeds primair, zoals thans ten aanzien van de niet-ambtenaar elke stevige mishandeling in een tenlastelegging tegenwoordig gemakkelijk primair als 'poging doodslag' opduikt. Als het zwaardere delict niet primair ten laste wordt gelegd, wordt onder omstandigheden de schijn van 'beschermingsverhouding' tussen OM en politie gewekt (hetgeen tot artikel 12 Sv-klachten kan leiden). Als wordt afgezien om naast het algemene delict het nieuwe ambtsmisdrijf subsidiair ten laste te leggen moet worden gewezen op het feit dat de Hoge Raad al een paar keer de feitenrechter heeft gewaarschuwd niet te gemakkelijk een zwaarder delict bewezen achten alleen omdat het OM, om hem moverende redenen, een ander, mogelijk wel begaan delict niet (subsidiair) ten laste heeft gelegd. In geval van cumulatieve vervolgving kan in de nieuwere opvattingen van de Hoge Raad sprake zijn van eendaadse samenloop als de onderliggende feiten een verwevenheid in de schending van de regels voor geweldsaanwending laten zien.

Het heeft er, kortom, alle schijn van dat (ook) de voorgestelde introductie van het nieuwe culpoze ambtsmisdrijf de mogelijkheid van verdenking ter zake en vervolgving wegens het opzettelijk of culpoos begaan van een algemeen geweldsmisdrijf met gevolgen voor leven of lichamelijke gezondheid of integriteit moet 'afzwakken' of 'afleiden' naar het voorgestelde, culpoze ambtsdelict. Het is van tweeën één: als de opzettelijke schending van de geweldsinstructie onvoldoende is voor zelfstandige strafbaarheid en alleen maar leidt tot strafbaarheid voor de commune delicten in geval van opzet op de gevolgen ervan, kan dat voor de culpoze variant niet anders zijn. Hoe dan ook zal het OM het nieuwe ambtsdelict steeds, in elk geval subsidiair, ten laste (moeten) leggen, naast het algemene geweldsdelict.

## 5. Het voorgestelde 'feitenonderzoek'

Uiteraard hecht de wetgever ook onder het regime van het wetsvoorstel aan adequaat onderzoek naar de aanwending van

[40]

politiegeweld. Ook voordat het EVRM daar inmiddels onder omstandigheden toe dwingt,<sup>[40]</sup> was en is dat het uitgangspunt van nationale regelgeving. Het wetsvoorstel stelt daartoe voor onderzoek op basis van het WvSv te vervangen door ...: onderzoek op basis van het WvSv. Maar dan anders. Dat betreft het voorstel voor het 'feitenonderzoek' (is er ook strafrechtelijk onderzoek naar iets anders dan feiten?) voorlopig, d.w.z. tot aan de modernisering WvSv, op te nemen in de nieuwe artikelen 511aa en artikel 511ab Sv.<sup>[41]</sup> Ook dit onderdeel van het wetsvoorstel is in een aantal opzichten 'bijzonder'. Wetssystematisch rijzen ten minste de volgende vragen. Het onderzoek zal geregeld worden in het WvSv. Van opsporingsonderzoek, van 'strafrechtelijk onderzoek' zoals dit begrip gewoonlijk wordt gehanteerd, is 'op de keper beschouwd' (MvT, p. 10) geen sprake, hoewel de titel van het wetsvoorstel spreekt van 'het doen opnemen van strafrechtelijk onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren'. Is er, gelet op het voorgesteld artikel 511ab lid 1 Sv, niet toch sprake van een onderzoek dat voldoet aan de definitie van opsporing (artikel 132a Sv)? Het gaat toch om de voorbereiding van eventuele strafrechtelijke beslissingen? Is met het opnemen van de regeling in het WvSv daarmee (toch geen) sprake van strafvordering? Is sprake van een *criminal charge*? Voorts: om dat 'feitenonderzoek' effectief te kunnen uitvoeren wordt (toch weer) voorzien in de inzet van 'opsporings'-bevoegdheden, ook zulke die met flinke inbreuken op grondrechten gepaard kunnen gaan. Eerlijk gezegd ken ik maar weinig of geen kaders buiten de opsporing van strafbare feiten en het werk van inlichtingendiensten, waarin zonder een stevige normatieve basis (bij de opsporing: objectieve verdenking van een vooraf strafbaar gesteld feit in een delictomschrijving die aan de eisen van het legaliteitsbeginsel voldoet), een enkel gegeven (gewelddaanwending, vermoedelijk binnen de grenzen van de bevoegdheid, met letsel of de dood als gevolg) als voldoende grondslag wordt beschouwd voor de uitoefening van dergelijke bevoegdheden. Ook de Raad van State viel in zijn advies over dit punt en adviseerde nadere wettelijke voorwaarden voor de inzet in de wet op te nemen. Waaronder een 'ondergrens' voor feitenonderzoek. Zou 'verdenking' niet een goede ondergrens zijn? Belangrijker: moet het ons de prijs van deze bezwaren waard zijn alleen omdat het voor de ambtenaar minder fijn voelt de status van verdachte te hebben? Zal de betreffende ambtenaar bij de uitoefening van bevoegdheden jegens hem, zij het thans in het kader van een 'feitenonderzoek', het subtiele verschil in grondslag überhaupt merken? Voorts: het is uiteraard niet de bedoeling van de politie dat het kind met het badwater wordt weggegooid en dat 'onze diender' met het wegnemen van de over hem vallende schaduw van verdachte, ook de rechten als zodanig voortaan worden ontzegd. De rechten van de verdachte worden de ambtenaar die object is van het feitenonderzoek dan ook in het wetsvoorstel weer toegesproken. En wel door de 'niet-verdachte/object van het feitenonderzoek-ambtenaar' in te voegen in artikel 27 Sv. <sup>[42]</sup> Maar zijn de rechten van de verdachte, zeker na 'Salduz', niet voldoende ontwikkeld om juist ter zake ook met een gerust(er) hart op de 'verdachte'-status als basis van onderzoek in voorkomende gevallen te varen? Meer algemeen-systematisch: is het niet vreemd de basis van het feitenonderzoek niet meer op het zijn van verdachte te doen steunen, maar daar wel de rechtspositie van verdachte tegenover te stellen? Ligt in strafvordering niet een goede balans, mede daarin bestaande dat zowel voor wat betreft de bevoegdheden als voor de rechten van de betrokkenen gewerkt wordt en kan worden binnen hetzelfde kader van 'verdachte', waarin, zo men wil, instrumentaliteit en rechtsbescherming samenkomen en welke status men dus niet moet 'splitsen'? Voor de 'gewone' burger moet dat ook voldoende zijn. En met de bijzondere status van de ambtenaar die geweld aanwendt *moet* rekening worden gehouden in verband met het belang, gediend met publieke verantwoording van overheids geweld, en *kan* binnen het bestaande systeem rekening worden gehouden met het gegeven (voor hem en anderen) dat in de rechtmatige ambts- of beroepsuitoefening kan zijn gehandeld. Ook op dit punt moet de conclusie zijn dat een *Alleingang* in het WvSv voor een 'feitenonderzoek' (met stevige bevoegdheden) tegen een 'niet-verdachte/wel de rechten van een verdachte toekomstige ambtenaar', nodig noch aangewezen is. Binnen het bestaande systeem kan aan de bijzonder positie van de ambtenaar, ook als verdachte, voldoende recht worden gedaan. Het is daarbij rechtssystematisch en met het oog op het belang van publieke verantwoording onjuist om in geval van de aanwending van overheids geweld het verdachte-begrip te reserveren voor de situatie dat (eerst) twijfel bestaat over de rechtmatigheid van het handelen (vermoeden van niet-naleven van de geweldsinstructie).

## 6. Afsluiting

Naar aanleiding van het *Meta Hofman*-arrest van de Hoge Raad van 1 maart 1983, *NJ* 1983/468 (noodweer aangenomen bij de schietende agent), merkt Buiting op:

"Dat is des Pudels kern. Het gaat niet om de agent, het gaat niet om Meta Hofman die dood is, het gaat om wat de samenleving wil met het politieapparaat." <sup>[43]</sup>

Zo is het. Aan de regulering van overheids geweld, juist binnen het strafrecht, kleven rechtsstatelijke aspecten die in de MvT niet of nauwelijks worden benoemd. In de aan het begin van deze bijdrage aangehaalde, kritische benadering van Enschedé vanuit het perspectief van de bijdrage van het strafrecht aan de bescherming in geval van grondrechteninbreuken door de toepassing van overheids geweld past eerder een andere benadering van het 'politieapparaat' in geval van geweldsaanwending dan waar het wetsvoorstel van uit gaat. In het bovenstaande ligt besloten dat daarbij, juist binnen de bestaande kaders, goed 'recht' kan worden gedaan aan de bijzondere positie van de geweld aanwendende ambtenaar, ook reeds in de opsporing en vervolging ter zake van bestaande delicten. Het bovenstaande bevat de contouren van een



alternatief voor het wetsvoorstel. Systematisch is er weinig op tegen om de ambtsdelicten aan te vullen met een strafbepaling gericht op de enkele overtreding van de geweldsinstructie, zonder een opzet- of schuldbestanddeel ten aanzien van de gevolgen. Strafbaar wordt dan in elk geval de opzettelijke schending van de geweldsinstructie. Of daarnaast inhoudelijk ruimte is voor en behoefte is aan een culpoze variant, is nog maar de vraag. Sowieso zou de kwestie van de niet-wederrechtelijkheid wegens correcte ambts- of beroepsuitoefening breder moeten worden gezien. In geval van opzet (inclusief voorwaardelijk opzet) of schuld ten aanzien van het letsel of de dood als gevolg van de schending van de geweldsinstructie blijft die schending onder het bereik van de algemene delicten ter zake. Het nieuwe ambtsdelict zal veelal subsidiair ten laste (moeten) worden gelegd.

Een aparte algemene strafuitsluitingsgrond is niet nodig. Voor zover de wederrechtelijkheid al niet in de delictsomschrijving besloten ligt (eenvoudige mishandeling, culpoze delicten) c.q. de schending van de geweldsinstructie het kernbestanddeel vormt van het nieuwe ambtsdelict, is geen sprake van (een verdenking van) een strafbaar feit als voldoende vaststaat dat de ambtenaar heeft gehandeld binnen de geweldsinstructie. In andere gevallen maakt het mogelijk vermoeden dat gehandeld zou kunnen zijn binnen de geweldsinstructie via (artikel 42 Sr jo.) artikel 7 PoW (eveneens) deel uit van hetgeen op basis van het redelijk vermoeden van artikel 27 Sv aan (verder) onderzoek wordt verricht. In zoverre kan binnen de bestaande verhoudingen aan de ambtenaar met de bijzondere status van 'verdachte die vermoed wordt een gegrond beroep op een rechtvaardigingsgrond te kunnen doen' recht worden gedaan. Die ambtenaar verkeert daarmee overigens in dezelfde positie als de burger die zich op noodweer kan beroepen, de medicus bij 'gewoon' medisch handelen en wellicht ook de arts die euthanasie verricht of hulp bij zelfdoding verleent en die zich vermoedelijk op de bijzondere strafuitsluitingsgrond van (artikel 294 jo.) artikel 293 Sr in verbinding met de Wvl kan beroepen. In elk geval is er onvoldoende grond uitsluitend voor de ambtenaar uitdrukkelijk (wel) in een aparte strafuitsluitingsgrond te voorzien. Het tegemoetkomen aan het feit dat van een politieambtenaar optreden, ook door geweldsaanwending, ook in hectische omstandigheden, wordt verwacht, dient zich te vertalen in goede opleiding, organisatie en instructies en niet in het expliciteren van een aparte strafuitsluitingsgrond voor de ambtenaar. Dat doet geen recht aan de ernst van de materie (aanwending van overheidsgeweld) en daarmee ook niet aan de ernst van het ambt van de ambtenaar en in zoverre ook niet aan die ambtenaar zelf, al is, zeker bij gebrek aan adequate sturing en organisatie, de 'angst' van de ambtenaar voor strafvervolging te begrijpen.

In deze constellatie is er vervolgens geen reden het onderzoek naar geweldsaanwending binnen het strafrecht niet op basis van een verdenking en in zoverre tegen een verdachte te blijven voeren. Dat schept niet alleen adequate bevoegdheden, maar een verdachte heeft ook rechten. Niet voor niets worden die rechten er in het wetsvoorstel voor het a-systematische 'onderzoek op basis van het WvSv, maar dan niet tegen niet-verdachte en het is geen opsporingsonderzoek' er toch weer in gefietst. Het terugnemen van het wetsvoorstel op dit punt en het expliciet formuleren van een op geweldsaanwending gerichte geschreven strafuitsluitingsgrond voorkomt ook dat zonder goede gronden van de algemene kaders afwijkende 'bijzondere', te incidentele wetgeving tot stand komt op een wijze en met een inhoud waartegen het belang gediend met de codificatiegedachte zich verzet. Bovenal moet de politiek-rechtsstatelijke dimensie van de materie in het licht van adequate grondrechtenbescherming in geval van aanwending van overheidsgeweld nog eens nader worden doordacht. Eng leeswerk in oudere teksten kan daarbij bepaald nuttig zijn.

Voetnoten

[1]

Hoogleraar straf(proces)recht Erasmus Universiteit Rotterdam. Met dank aan mw. S. Eckhardt voor de ondersteuning als student-assistent.

[2]

Ch.J. Enschedé, *Het O.M. tijdens het voorbereidende onderzoek; voor- tussen- en eindbeslissingen omtrent de vervolging* (Seminarium Van Hamel, Cahier nr. 4), Amsterdam: ADC 1970. Zie ook diens *Strafrecht en politiek* (Seminarium Van Hamel, Cahier nr. 7), Deventer: Kluwer 1970, p. 34-35 en 'De rol van politie en justitie in het garanderen van de rechten van de mens', in: P. Muntendam (red.), *De rechten van de mens*, Leiden: Universitaire Pers 1968, p. 127-130.

[3]

G.J.M. Corstens, *Waarborgen rondom het vervolgingsbeleid* (diss. UvA), IJmuiden: Vermande Zonen 1974, p. 114.

[4]

Vgl. over de ingewikkelde beschermingsverhouding en tegelijk ook toezichtsverhouding tussen politie, OM en ZM de nog steeds lezenswaardige beschouwingen in het slotrapport van de commissie van onderzoek Amsterdam, Den Haag 1967, p. 100-105.

[5]

Aanwijzing handelswijze bij geweldsaanwending (politie)ambtenaar (2006A007, *Stcrt.* 2006, 143).

[6]

M.W.G. Verbruggen en P.C. Vegter, 'De agent als verdachte of als getuige?', in: E.J. Hofstee e.a. (red.), *Kringgedachten. Opstellen van de Kring Corstens*, Deventer: Kluwer 2014, p. 171-183. De beide auteurs gaan ook in op de vraag of de alternatieve status van getuige zo gelukkig is. Zie

daarover ook J. ten Voorde, 'Politioneel vuurwapengeweld in rechte beoordeeld', AA 2014/5 (p. 346-352).

[7]

Voor de 'nieuwere' geschiedenis is vooral het rapport 'Geweldgebruik door de politie' van de Commissie bezinning op het geweldgebruik door de politie (Commissie Heijder) van december 1987 als beginpunt van discussie van belang. Zie voorts in het bijzonder N. Uildriks, *De normering en beheersing van politiegeweld* (diss. EUR), Deventer/Rotterdam: Gouda Quint/Sanders Instituut 1997 en J. Timmer, *Politiegeweld: geweldgebruik van en tegen de politie in Nederland* (diss. VU), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2005.

[8]

Reeds deze terminologie in de aanhef, welke ook in de MvT wordt gehanteerd, is merkwaardig. De term 'politieambtenaar' kan niet worden gebruikt omdat de regeling zowel de ambtenaren van de politie, als die van de KMAR en van de BOD's moet omvatten. Als overkoepelende term wordt daarom maar gesproken van 'opsporingsambtenaren' (MvT p. 4). Maar daarmee wordt slechts één taak van deze ambtenaren aangeduid, terwijl het niet de bedoeling is de regeling tot geweldsaanwending in de uitoefening van die taak te beperken. De voorgestelde wettekst spreekt (verder) terecht steeds van 'ambtenaar'.

[9]

Voluit gaat het om het voorstel tot 'Wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak en een strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie en wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het opnemen van een grondslag voor het doen van strafrechtelijk onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren'. Het wetsvoorstel is onderdeel van het traject 'integrale stelselherziening geweldsaanwending opsporingsambtenaar'. Zie de MvT, p. 2. In dat kader is in april en mei 2016 een voorgenomen wijziging van de Ambtsinstructie in verband met de herziening van de geweldsaanwending in consultatie geweest: [www.internetconsultatie.nl/ambtsinstructieherzieninggeweldsmelding/details](http://www.internetconsultatie.nl/ambtsinstructieherzieninggeweldsmelding/details).

[10]

Van de (wel uitgebrachte) adviezen zijn met name die van NOvA en de NVvR kritisch. Zij zien de meerwaarde van het wetsvoorstel niet in, ook niet op het punt van 'verbetering' van de positie van de ambtenaar. Op onderdelen zijn ook door de RvdR en de Raad van State vragen gesteld bij nut en noodzaak van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel is ook door anderen kritisch besproken. Zie o.a. M. van der Steeg, R. ter Haar & J.S. Timmer, 'Strafrechtelijke beoordeling van politiegeweld', *TPWS 2017/7* en J. ten Voorde, 'Opmerkingen bij de voorgenomen herziening van het stelsel geweldsaanwending politieambtenaren', *Proces 2016/1*, p. 40-54.

[11]

MvT, p. 7. Blijkens het voorlopig verslag verwoordt de CDA-fractie het als volgt: "Deze leden menen dat het van het grootste belang is dat de regering achter de dienders gaat staan, juist wanneer hun integriteit en handelen in opspraak wordt gebracht" (*Kamerstukken II 2016/17, 34641, 5*, p. 3). Hier treedt een tamelijk fundamentele denkfout aan het licht over de inhoud van het antwoord op de vraag waarom overheidsgeweld in een rechtsstaat 'in opspraak' wordt c.q. moet worden gebracht.

[12]

Daarbij is opvallend dat over het wetsvoorstel kennelijk geen advies is gevraagd aan organen als de Nationale ombudsman en het College voor de Rechten van de Mens. (Ook) daarmee wordt m.i. te gemakkelijk voorbijgegaan aan de door Enschedé benadrukte benadering van de inzet van materieel en formeel strafrecht als betekenis voor adequate controle op overheidsop treden als vorm van grondrechtenbescherming van burgers in geval jegens door de overheid geweld is toegepast.

[13]

Vgl. over het bestaande systeem en zijn gebreken J. Timmer, 'Rechtspleging na politiegeweld', in: R. Baas e.a. (red.), *Rechtspleging en rechtsbescherming, liber amicorum voor prof. dr. Leny E. de Groot – van Leeuwen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 51-64.

[14]

De NOvA vat in haar advies de kritiek kort en bondig samen: "Het wetsvoorstel bevat een oplossing voor niet-bestaande problemen. De enige dragende grond voor het wetsvoorstel lijkt te zijn de wens om tegemoet te komen aan gevoeligheden bij opsporingsambtenaren die samenhangen met de kwalificatie van verdachte. Dat is onvoldoende voor een zo verstrekkend wetsvoorstel" (Advies NOvA, p. 7).

[15]

Voor de militairen geldt juist wel dat er niet veel meer is dan de taakstelling van artikel 97 Grondwet, waarbij de geweldsaanwending in de eerste plaats door het internationale humanitaire recht wordt begrensd. In die constellatie is wel of meer behoefte aan een specifieke strafuitsluitingsgrond als basis voor straffeloosheid (zie artikel 38 WvMSr) nu een voldoende duidelijke, in enige wet vastgelegde geweldsbevoegdheid ontbreekt. Door dit cruciale verschil gaat een verwijzing naar dat artikel 38 WvMSr als legitimatie voor het hier besproken onderdeel van wetsvoorstel 34641 niet op.

[16]

Vgl. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 339-341. Zie voor een toepassing Rechtbank Den Haag 23 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18725. Op dit punt anders: J. Naeyé, 'De lemen voet van de politionele geweldsbevoegdheid', in: T. Spapens e.a. (red.), *Universalis. Liber amicorum Cyrille Fijnaut*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 560-563.

[17]

Noodweer moet worden beoordeeld naar de normen voor lijfsbehoud in de situatie van de onmiddellijke wederrechtelijke aanranding van dat 'lijf'. Het concept is naar zijn aard niet geschikt als algemene regulering van geweldsaanwending in de uitoefening van de publieke taak door politieambtenaren. Vgl. N. Rozemond, 'Noodweer door de politie', in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Politie in beeld, liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen: Wolf Legal

[18]

Blijkens MvT (p. 3) plaatste ook de RvdR vraagtekens bij de toegevoegde waarde van de voorgestelde strafuitsluitingsgrond.

[19]

Men kan zich niet aan de indruk onttrekken dat de wetgever miskent dat 'gedraging die onder een strafbepaling valt' iets anders is dan 'strafbaar gedrag' en dus niet gelijk staat met de vaststelling dat een strafbaar feit is begaan. En voorts, voor het formele recht, dat een verdachte niet gelijk is aan een veroordeelde of 'crimineel'. Ik vrees, eerlijk gezegd, dat de achterliggende bedoeling om de verdachte politieambtenaar van de kwalificatie als verdachte bevrijd te houden ook iets zegt over de attitude en bejegening door de politie van 'gewone' verdachten; de bejegening- en behandelingskant van de onschuldpresumptie.

[20]

Th.W. van Veen, 'Het stelsel der excepties', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 349-361.

[21]

Enschédé, Corstens, Van Veen, Langemeijer: ik schreef hierboven al: de kwestie van het strafrecht en de aanwending van geweld binnen publiekrechtelijke bevoegdheidskaders heeft een lang verleden waarin niet de minsten er relevante beschouwingen aan hebben gewijd. Men zou de wetgever van nu enig leeswerk, leestijd en een adequate bibliotheek aanraden respectievelijk toewensen.

[22]

G.E. Langemeijer, 'De betekenis van veroorloevende normen in het strafrecht voor het privaatrecht', in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten, liber amicorum J. Remmelink*, Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 301-307.

[23]

Vgl. Naeyé, a.w. (noot 17), p. 560.

[24]

Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer (2010A030), *Stcr.* 2010, 20474.

[25]

HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, *NJ* 2011/466, m.nt. N. Keijzer.

[26]

Zie Verbruggen en Vegter, a.w., p. 180 met verwijzing naar Rapport Nationale ombudsman Verantwoord politiegeweld van 2 juni 2013, 2013/55. Ook de media spelen een rol: de politie kan het niet snel goed doen.

[27]

Die neiging kan ook heden ten dage niet geheel worden miskend. Zie voor een verkenning aan de hand van een aantal concrete casus en beslissingen: I.E.W. Gonzales, 'Hoe kritisch is het openbaar ministerie in zijn beoordeling van het optreden van de politie?', *TPWS* 2017/51. Zie ook M. van der Steeg, 'Politieschutter voor de rechter. De rechterlijke beoordeling van vuurwapengebruik door de politie 2000-2015', *TPWS* 2016/43.

[28]

T.M. Schalken, 'Politiegeweld en publieke verantwoording', in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Politie in beeld, liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 306.

[29]

In het advies van de politie over het wetsvoorstel aangeduid als 'subjecten zonder geweldsmonopolie'.

[30]

Naeyé heeft daarom betoogd dat als er een strafuitsluitingsgrond voor ambtenaren in de wet wordt opgenomen zoals thans voorgesteld, het voor de hand ligt om ook in een strafuitsluitingsgrond te voorzien voor de burger die geweld aanwendt bij het aanhouden van een verdachte op grond van artikel 53 Sv. Vgl. J. Naeyé, 'Een wettelijke strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig aanhoudingsgeweld', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum, liber amicorum A.J. Machielse*, Kluwer: Deventer 2013, p. 233-240.

[31]

Vgl. Timmer, a.w. (noot 13), p. 64.

[32]

Er zijn meer situaties denkbaar. Er is reden meer algemeen over het inrichten van de erkenning van beroepsmatig handelen met consequenties voor de wederrechtelijkheid in strafrechtelijke zin na te denken, zoals ook de NOvA in haar advies opmerkt. De codificatie van het materiële strafrecht voor de Antillen bevat een algemene geschreven strafuitsluitingsgrond voor beroepsmatig handelen.

[33]

Vgl. par. 340 van het Duitse StGB: " *Ein Amtsträger, der während der Ausübung seines Dienstes oder in Beziehung auf seinen Dienst eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe*".

[34]

Ook ten aanzien van de in zoverre mogelijk in de culpa als bestanddeel geobjectiveerde gevolgen kan een beroep op afwezigheid van verwijtbaarheid (AVAS) worden gedaan: zie vanouds HR 20 januari 1959, NJ 1959/102 (*Leeftijd in 247*), recent bevestigd in een arrest als HR 14 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:231.

[35]

Vgl. W.H.A. Jonkers, *Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 68.

[36]

MvT, p. 18.

[37]

Vgl. een vonnis als Rb. Den Haag 19 december 2002, ECLI:NL:RBDHA:2002:AF2320.

[38]

En daargelaten het verschil in omschrijving van het zwaar lichamelijk letsel tussen artikel 308 Sr en het voorgestelde artikel 372 sub 2 Sr en het feit dat de strafverzwarende omstandigheid van roekeloosheid niet aan artikel 372 Sr is toegevoegd.

[39]

MvT, p. 20.

[40]

De aanspraak op onderzoek van overheids geweld zoals het EHRM die uit bepaalde materiële rechten van het EVRM afleidt, blijft hier verder buiten beschouwing. Zie daarover Ten Voorde, a.w., Verbruggen en Vegter, a.w., p. 175-177, M. Kuijer, 'Geweldgebruik door de politie en de jurisprudentie van het Europees hof voor de rechten van de mens', in: M.J. Borgers e.a. (red.), *Politie in beeld, liber amicorum Jan Naeyé*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 177-203 en T. de Jong, *Procedurale waarborgen in materiële EVRM-rechten* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[41]

Aan de opsteller van de MvT kan enerzijds worden toegegeven dat het bij dit aspect gaat om een onderdeel van de regeling van de geweldsaanwending. In zoverre ligt het dan voor de hand om dit onderdeel niet (eerst) in de wetsvoorstellen tot modernisering van het WvSv te regelen. Tegelijk: het streven is om met die moderniseringsoperatie te voorzien in een meer systematisch samenhangend geheel van strafvorderlijke codificatie. Er is geen reden dat 'ideaal' tot die wetgevingsoperatie te beperken. Past het voorstel voor een apart 'feitenonderzoek' in dit streven? En bovendien is er een inhoudelijke samenhang. Binnen de moderniseringsoperatie bestaat nog wel discussie of bevoegdheden van opsporingsambtenaren meer open of meer gesloten in de wet moeten worden geregeld. Het antwoord op die vraag kan consequenties hebben voor het inrichten van 'begeleidende' ambtsmisdrijven in het WvSr.

[42]

Geen wetgever durft het tegenwoordig aan slachtoffers en nabestaanden te vergeten. Aan hen komen in het voorgestelde artikel 511aa lid 3 Sv 'gedurende het feitenonderzoek dezelfde rechten toe als aan hen zouden zijn toegekomen gedurende een regulier strafrechtelijk onderzoek, zodat hun positie tijdens het feitenonderzoek is gewaarborgd', zo is te lezen in de MvT (p. 8). De gevolgde opzet is merkwaardig: daarmee wordt het abstracte belang van 'het slachtoffer' (preciezer en rechtsstatelijker: de burger jegens wie overheids geweld is uitgeoefend en die daarom mag rekenen op bescherming door het strafrecht in zijn grondrechten (vgl. de benadering van Enschedé)) vervangen. Deze 'burger in de rechtsstaat'-bescherming wordt nu 'gedegradeerd' tot de positie van 'slachtoffer' die dan ook maar een plaats moet krijgen in het 'feitenonderzoek' dat geen gewoon strafvorderlijk onderzoek mag zijn of heten.

[43]

Th.J.B. Buiting, 'De affaire Meta Hofman (HR 1-3-'83, NJ '83, 468)', in: C. Kelk e.a. (red.), *Grenzen en mogelijkheden. Opstellen over en rondom de strafrechtspleging*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1984, p. 149.