

Ministerie van Veiligheid en Justitie
t.a.v. de heer mr. G.A. van der Steur
Postbus 20301
2500 EH DEN HAAG

Den Haag, 16 juni 2016
dossiernummer: 4.3.11
uw kenmerk: 756867
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 65
e-mail: e.vandenbosch@advocatenorde.nl

Betreft: consultatie concept wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaar

Geachte heer Van der Steur,

Bij brief van 2 mei 2016 heeft u de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) ter consultatie voorgelegd het concept wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaar. De NOvA voldoet graag aan uw verzoek en heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van	: adviescommissie strafrecht
Datum	: 13 juni 2016
Betreft	: Wet geweldsaanwending opsporingambtenaar

Samenvatting

- het bestaande wettelijke stelsel van strafuitsluitingsgronden biedt voldoende rechtsbescherming aan de opsporingsambtenaar die conform de Ambtsinstructie geweld heeft gebruikt. Er bestaat dan ook geen noodzaak om een nieuwe strafuitsluitingsgrond te introduceren;
- introductie van een nieuwe strafuitsluitingsgrond kan nieuwe afgrenzingsproblemen met de bestaande strafuitsluitingsgronden creëren, en zal voeding geven aan de roep van andere “*special interest groups*” – b.v. artsen, brandweerlieden, etc. – om erkenning van hun bijzondere positie in de vorm van een “eigen” strafuitsluitingsgrond;
- de voorgestelde nieuwe strafbaarstelling beperkt de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de strafrechtelijke risico’s van opsporingsambtenaren niet, maar breidt deze integendeel alleen maar uit;
- de opportuniteit van de keuze van het openbaar ministerie om een opsporingsambtenaar voor de voorgestelde lichtere strafbepaling te vervolgen zal naar verwachting veelvuldig worden *overruled* door de rechter in een zgn. art. 12 Sv beklag van slachtoffers en nabestaanden;
- de introductie van een afzonderlijk onderzoekskader, op grond waarvan opsporingsambtenaren voorwerp van onderzoek kunnen zijn zonder dat zij als verdachte van een strafbaar feit (hoeven te) worden aangemerkt, is overbodig en systematisch bezwaarlijk.
- Een in de wet verankerde geprivilegieerde positie van opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt, verhoudt zich niet met de aanspraak van slachtoffers en nabestaanden van dat geweld op een onafhankelijk en onpartijdig onderzoek. Daarmee wordt immers een schijn van partijdigheid gewekt.

Inleiding

Het wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaren bevat drie componenten. In de eerste plaats wordt voorgesteld om aan artikel 42 Sr een tweede lid toe te voegen, met daarin een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor “de ambtenaar die in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met zijn geweldsinstructie geweld gebruikt.” In de tweede plaats wordt voorgesteld een nieuwe strafbepaling te introduceren. Volgens deze bepaling zou strafbaar zijn de opsporingsambtenaar aan wiens schuld het te wijten is dat hij het in de geweldsinstructie bepaalde schendt, indien dat feit (zwaar) lichamelijk letsel of de dood ten gevolge heeft. In de derde plaats wordt voorgesteld om een afzonderlijk onderzoekskader te creëren, op grond waarvan opsporingsambtenaren die in de uitoefening van hun functie geweld hebben gebruikt, voorwerp van onderzoek kunnen zijn zonder dat zij als verdachte van een strafbaar feit (hoeven te) worden aangemerkt.

Deze drie componenten zullen in het navolgende worden besproken.

Een nieuwe strafuitsluitingsgrond

Voorgesteld wordt om aan artikel 42 Sv een tweede lid toe te voegen, met daarin een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor “de ambtenaar die in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met zijn geweldsinstructie geweld gebruikt.”

Onder het huidige recht wordt de aanwending van geweld door een opsporingsambtenaar – leidend tot (zwaar) lichamelijk letsel of de dood van een burger – in de sleutel van een drietal strafuitsluitingsgronden beoordeeld. Dat zijn kort gezegd – “noodweer”(art. 41 Sr), “wettelijk voorschrift” (art. 42 Sr) en “ambtelijk bevel” (art. 43 Sr). Die bepalingen zijn in de jurisprudentie voldoende uitgekristalliseerd om in de veelkleurige praktijk van het geweldsgebruik van opsporingsambtenaren tot een nauwkeurige beoordeling en weging van het optreden van de opsporingsambtenaar te komen. Daarbij zal het, zoals zo vaak, afhangen van de concrete positie die men in een casus inneemt – bijvoorbeeld: moeder van een 17 jarige, ongewapende jongen die op een station door een politieagent wordt doodgeschoten of juist de schietende politieman – of de concrete uitkomst acceptabel of juist onbegrijpelijk wordt gevonden. Deze spanning is inherent aan elk geval waarin het gebruik van geweld door een overheidsdienaar achteraf ten toets komt. Maar dát zulke geweldsaanduiding ten toets moet komen is onomstreden, en dat daarin de opsporingsambtenaar – zoals elke verdachte burger – voldoende bescherming verdient, is dat eveneens.

Er zijn geen signalen dat het huidige stelsel van strafuitsluitingsgronden onvoldoende bescherming zou bieden aan opsporingsambtenaren die in de uitoefening van hun functie rechtmatig, en subsidiair en proportioneel geweld gebruiken. Ook de concept Memorie van Toelichting beaamt: “Voorop staat dat het bestaande wettelijke stelsel van strafuitsluitingsgronden reeds voldoende rechtsbescherming biedt aan de opsporingsambtenaar die conform de Ambtsinstructie heeft gehandeld.” (par. 4.1) Bij die stand van zaken is er dus geen noodzaak om een bijzondere, op opsporingsambtenaren toegesneden strafuitsluitingsgrond in te voeren.

In de Memorie van toelichting zoekt men vergeefs naar redenen om desondanks deze bijzondere strafuitsluitingsgrond te creëren. Het enige inhoudelijke argument dat daarvoor wordt aangedragen is dat dit “de speciale positie die de opsporingsambtenaar inneemt” zou verduidelijken. Maar dat argument – het verduidelijken van een speciale positie – zou even goed opgeld doen voor bijvoorbeeld artsen die riskante operaties uitvoeren, en zodoende noodzakelijkerwijs de bestanddelen van de delictsomschrijvingen van mishandeling (art. 300 e.v. Sr) of eventueel doodslag (art. 287 Sr) of moord (art. 289 Sr) vervullen. Ten aanzien van deze artsen voldoet het wettelijk systeem op dit moment goed en volledig, omdat hun risicovolle gedrag wordt gerechtvaardigd door een behandelovereenkomst of – bij een bewusteloos binnengebrachte patiënt – door de rechtvaardigingsgrond overmacht. Of denk aan de brandweerman die in het kader van zijn taak de voordeur van een woning intrapt. De door hem gepleegde zaaksbeschadiging is gerechtvaardigd door overmacht (of, als hij zich in het pand heeft vergist, schuldeloos wegens putatieve overmacht). Maar ook deze groepen zouden op het idee kunnen komen (als de voorgestelde bijzondere strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren wordt ingevoerd) dat het kennelijk van belang is om uitdrukkelijke erkenning te krijgen van hun speciale positie als zij in overeenstemming met de voor hun geldende richtlijnen hebben gehandeld. Maar die – op zich dan begrijpelijke – wens zou naar het oordeel van de ACS eveneens onvoldoende grond zijn om tot het invoeren van weer een nieuwe strafuitsluitingsgrond over te gaan.

Daarbij voegt zich dat de introductie van een nieuwe strafuitsluitingsgrond ook aanleiding kan zijn voor nieuwe vragen en onzekerheid. Neem bijvoorbeeld het geval van de opsporingsambtenaar die

in de rechtmatige uitoefening van zijn taak geweld gebruikte, waarvan hij kon menen dat dit in overeenstemming was met de geweldsinstructie, maar naderhand wordt vastgesteld dat dit niet het geval is. Komt deze opsporingsambtenaar dan strafuitsluiting toe op grond van een putatieve uitsluitingsgrond? En sluit een falend beroep op deze bijzondere uitsluitingsgrond een beroep op noodweer of noodweer-exces uit?

Al met al is de ACS van oordeel dat het huidige stelsel van strafuitsluitingsgronden bevredigend werkt, dat er geen noodzaak is daar een bijzondere strafuitsluitingsgrond aan toe te voegen, dat dit zelfs voor nieuwe afgrenzingsproblemen met de bestaande strafuitsluitingsgronden kan leiden en dat daarom de reden om desondanks zo'n nieuwe strafuitsluitingsgrond te introduceren niet kan overtuigen.

Een nieuwe strafbepaling

In de tweede plaats wordt voorgesteld een nieuwe strafbepaling te introduceren. Volgens deze bepaling zou strafbaar zijn de opsporingsambtenaar "aan wiens schuld het te wijten is dat hij het in zijn geweldsinstructie bepaalde schendt", indien dat feit (zwaar) lichamelijk letsel of de dood ten gevolge heeft.

De centrale gedraging in de voorgestelde is het (culpoos) schenden van het in de geweldsinstructie bepaalde. Het is niet eenvoudig om zich een concrete voorstelling te maken van het soort gedragingen dat hieronder zou kunnen vallen. Nóg moeilijker is het zich een voorstelling te maken van een gedraging die wél onder het voorgestelde feit zou vallen, maar niet onder de algemene strafbepaling terzake (zwaar) lichamelijk letsel of doodslag. Men zou kunnen denken aan het geval waarin een opsporingsambtenaar in strijd met zijn geweldsinstructie een vuurwapen uit het holster haalt en ter hand neemt, of dat vuurwapen niet onverwijd opbergt als de reden voor het ter hand nemen zijn beëindigd.¹ Indien in die situatie een worsteling ontstaat en een ander het vuurwapen aan de opsporingsambtenaar ontfutselt, en met dat wapen vervolgens een derde doodschiet, dan zou de opsporingsambtenaar vervolgd kunnen worden voor de culpose schending van zijn geweldsinstructie, waardoor een persoon is komen te overlijden.

Zo zien wij dat de voorgestelde nieuwe strafbaarstelling – zoals elke nieuwe strafbepaling – de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de strafrechtelijke risico's van opsporingsambtenaren niet beperkt, maar integendeel alleen maar uitbreidt. De ACS meent dat dit niet noodzakelijk is en op zichzelf gesproken ook niet wenselijk.

In de concept Memorie van Toelichting komt men de redenering tegen dat de voorgestelde nieuwe strafbepaling een aanknopingspunt voor een opportuiniteitsafweging van het openbaar ministerie zou vormen. Dat lijkt ook de belangrijkste – enige? – reden voor het voorstel te zijn: het komt ongemakkelijk voor om een opsporingsambtenaar voor de "algemene" geweldsdelicten te vervolgen, dus daarom zou het mogelijk moeten worden relevante normoverschrijdingen onder een lichtere strafbepaling te vervolgen.

¹ Art. 10 van de Ambtsinstructie luidt: "De ambtenaar mag slechts een vuurwapen, niet zijnde een vuurwapen waarmee automatisch vuur of lange-afstandsprecisievuur kan worden afgegeven, ter hand nemen:

- a. in gevallen waarin het gebruik van een vuurwapen is toegestaan, of
- b. in verband met zijn veiligheid of die van anderen, indien redelijkerwijs mag worden aangenomen dat een situatie ontstaat, waarin hij bevoegd is een vuurwapen te gebruiken.

² Indien een situatie als bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, zich niet of niet meer voordoet, bergt de ambtenaar terstond het vuurwapen op."

Daarbij wordt echter miskend dat deze opportuniteitsafweging niet uitsluitend aan het openbaar ministerie toekomt. In het geval een opsporingsambtenaar geweld heeft gebruikt, als gevolg waarvan een burger (zwaar) lichamelijk letsel heeft bekomen of is overleden, dan is in het huidige tijdsgewricht volstrekt gebruikelijk dat het slachtoffer of de nabestaanden langs de weg van art. 12 Sv proberen strafrechtelijke vervolging van de geweld gebruikende opsporingsambtenaar te bewerkstelligen. In die procedure heeft het hof niet slechts de taak in te grijpen indien ten onrechte *niet* wordt vervolgd. Volgens de Hoge Raad (HR 25 juni 1996, NJ 1996/714) heeft het hof in het kader van de beklagprocedure mede tot taak te beoordelen ter zake van *welke* wettelijke strafbaarstelling de vervolging had moeten worden ingesteld. In het geval het openbaar ministerie meent dat (culpose) schending van de ambtsinstructie van de geweld gebruikende opsporingsambtenaar kan worden bewezen, dan ligt de vraag waarom deze opsporingsambtenaar niet “gewoon” voor mishandeling of doodslag wordt vervolgd op de tafel van de raadsheren van het hof. Als men bedenkt dat het gericht schieten met een vuurwapen op een persoon in zo goed als alle omstandigheden voorwaardelijk opzet op tenminste zwaar lichamelijk letsel zo niet de dood van die persoon impliceert, dan zijn er voor het hof weinig redenen om zo’n geweldsincident niet volledig ten toets te laten komen. Zie in dat verband bijvoorbeeld recent Gerechtshof Den Haag 20 januari 2015; ECLI:NL:GHDHA:2015:67 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 01 maart 2016 ECLI:NL:GHARL:2016:1696.

Als dus al het openbaar ministerie zou willen kiezen voor een lichtere strafbepaling, dan moet worden aangenomen dat in een aanzienlijk aantal gevallen het gerechtshof in een art. 12 Sv procedure alsnog de vervolging onder de “normale”, “algemene” delictsomschrijving zal bevelen. Dat brengt met zich dat de introductie van de voorgestelde strafbepaling geen wezenlijke oplossing biedt voor het gevoel van ongemakkelijkheid dat – kennelijk – bij sommigen bestaat in relatie tot de vervolging van een opsporingsambtenaar voor een algemeen geweldsdelict.

Een afzonderlijk onderzoekskader

De derde component van het wetsvoorstel is de introductie van een afzonderlijk onderzoekskader, op grond waarvan opsporingsambtenaren die in de uitoefening van hun functie geweld hebben gebruikt voorwerp van onderzoek kunnen zijn zonder dat zij als verdachte van een strafbaar feit (hoeven te) worden aangemerkt.

In de toelichting op dit voorstel wordt verwezen naar de jurisprudentie van het EHRM en wordt terecht vooropgesteld dat het onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren “grondig, voortvarend en onafhankelijk” dient te geschieden. Volgens de toelichting voldoet het bestaande strafrechtelijke onderzoekskader aan deze vereisten. Dat standpunt wordt in algemene zin door de ACS onderschreven.

Die stand van zaken roept de vraag op waarom dan toch wordt voorgesteld om een nieuw en – mag het gezegd: systematisch nauwelijks inpasbaar – onderzoekskader voor een bijzondere groep verdachten in te richten. In de toelichting op het voorstel vinden we welbeschouwd geen andere argument dan dat het onwenselijk zou zijn om opsporingsambtenaren als verdachten aan te merken. Waarom dit onwenselijk zou zijn blijft echter in het midden.

In het strafrechtelijke systeem wordt als verdachte aangemerkt degene te wiens aanzien een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit (art. 27 Sv). Het begrip “schuld” in deze bepaling wordt beperkt opgevat, in die zin dat daarmee niet wordt verwezen naar “verwijtbaarheid” of “culpa/onvoorzichtigheid”, maar alleen naar “het gedaan hebben”.² Bepalend voor de aanwijzing

² Spronken in Tekst & Commentaar Strafvordering, aant. 6 op art. 27 Sv.-

als verdachte is dus de vraag of er een redelijk vermoeden is dat deze persoon de bestanddelen van een delictomschrijving heeft vervuld. Zo ja, dan is hij verdachte. De vraag of de verdachte een *rechtvaardiging* had om de bestanddelen van de delictomschrijving te vervullen, komt pas daarna aan de orde, evenals de vraag of het mogelijk niet *verwijtbaar* was dat de verdachte de delictomschrijving heeft vervuld. Deze volgorde in de beoordeling zien wij terug in de artikelen 348 en 350 Sv en daarom ook in alle rechterlijke uitspraken die zien op politiegeweld.

De opsporingsambtenaar die geweld gebruikt en daarmee een burger (zwaar)lichamelijk letsel toebrengt of doodt, vervult de bestanddelen van de delictomschrijving van (zware) mishandeling (art. 300 -303 Sr) dan wel doodslag (art. 287 Sr). Dat brengt met zich dat deze systematisch gezien als verdachte kan – moet – worden aangemerkt. De vraag of het vervullen van de delictomschrijvingen door deze verdachten *strafbaar* is, komt eerst daarna aan de orde.

De ACS merkt op dat het wetsvoorstel aansluiting zoekt bij de Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending (politie)ambtenaar.³ In dit besluit van het College van Procureurs Generaal uit 2006 wordt als uitgangspunt geformuleerd:

“Een politiefunctionaris die geweld heeft gebruikt, wordt niet automatisch als verdachte aangemerkt, maar als getuige. Er moet uitgegaan worden van een gelegitimeerd gebruik van de geweldsbevoegdheid als bedoeld in de Politiewet 1993 en de Ambtsinstructie. Als daar gerede twijfel over bestaat, moet hij als verdachte worden aangemerkt.”

Naar het oordeel van de ACS is dit uitgangspunt in de Aanwijzing systematisch dus onjuist. Maar in plaats van het corrigeren van de Aanwijzing gaat het wetsvoorstel verder op de in de Aanwijzing ingeslagen dwaalweg.

In de toelichting wordt vastgesteld dat, indien een opsporingsambtenaar niet als verdachte wordt aangemerkt, er ook geen sprake is van een onderzoek naar een verdenking van een strafbaar feit. Dat brengt dan weer met zich dat allerhande voor de waarheidsvinding nuttige opsporingsbevoegdheden en dwangmiddelen, die volgens het Wetboek van Strafvordering alleen gebruikt kunnen worden in geval van zo'n verdenking, niet ter beschikking staan. De gekozen oplossing is dan *niet* de voor de hand liggende, namelijk dat alle naar aanleiding van hun geweldsaanwending onderzochte opsporingsambtenaren gewoon waardevrij als verdachten worden aangemerkt. Deze oplossing vergt niet eens een wetswijziging. De wél in het wetsvoorstel gekozen oplossing is integendeel om het mogelijk te maken dat Strafvorderlijke bevoegdheden, die volgens het Wetboek uitsluitend kunnen worden aangewend in geval van verdenking van een strafbaar feit, ook kunnen worden aangewend in een onderzoek waarin niemand als verdachte is aangemerkt.

De keuze om opsporingsambtenaren niet als verdachte aan te merken kan alleen worden begrepen vanuit de wens om emotionele belasting van de betrokken opsporingsambtenaar te voorkomen. Kennelijk valt het opsporingsambtenaren zwaar om het etiket “verdachte” opgeplakt te krijgen. Dat is invoelbaar, maar dat hebben opsporingsambtenaren gemeen met veel andere verdachten – denk aan chauffeurs van ambulances of chauffeurs die bij een spoedrit een ongeval veroorzaken, etc. Aan die gevoeligheid lijkt zelfs voeding te zijn gegeven door de hiervoor besproken Aanwijzing, die met zich brengt dat het toekennen van het etiket “verdachte” inderdaad lijkt te impliceren dat justitie voorshands meent dat de opsporingsambtenaar het fout heeft gedaan. Ook dat is reden om afstand te nemen van de Aanwijzing, en om terug te keren naar een waardevrij verdachte-begrip: de persoon

³ Nr. 2006A007, Stcr 2006, 143.

die vermoedelijk de bestanddelen van een delictsomschrijving heeft vervuld. Juist aan opsporingsambtenaren, die dagelijks met het strafrecht werken, zou vervolgens moeten kunnen worden uitgelegd dat deze kwalificatie nog geen oordeel inhoudt over de vraag of het *gerechtvaardigd* was de bestanddelen van de delictsomschrijving te vervullen.

Bij dit alles dient nog de positie van slachtoffers en nabestaanden van politiegeweld in de beschouwing te worden betrokken. Het is van het grootste belang dat dit onderzoek niet alleen grondig en onafhankelijk plaatsvindt, maar dat ook, zoals de toelichting meldt, *“bij het onderzoek naar en het toetsen van het van overheidswege aangewende geweld elke schijn van partijdigheid [moet] worden voorkomen.”* Die schijn van partijdigheid wordt naar het oordeel van de ACS echter juist gewekt door in de wet te verankeren dat opsporingsambtenaren in beginsel nimmer als verdachte worden aangemerkt nadat zij (mogelijk dodelijk) geweld hebben gebruikt. Als dat het startpunt van het onderzoek is, dan verbaast het niet als slachtoffers en nabestaanden niet onmiddellijk overtuigd zijn van de objectiviteit van het onderzoek, maar mogelijk doofpotsscenario's vermoeden. Ook op dit punt doet het wetsvoorstel meer kwaad dan goed.

Besluit

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 als verdachte. Dat is onvoldoende voor een zo verstrekkend wetsvoorstel.

Het oordeel van de ACS zou mogelijk anders hebben geluid, als zou zijn voorgesteld een nieuwe algemene strafuitsluitingsgrond te introduceren die betrekking heeft op het *“lege artis”* handelen van professionals, *waaronder* opsporingsambtenaren. Daarbij zou wellicht een voorbeeld ontleend kunnen worden aan art. 1:114, eerste lid aanhef en onder e van het Wetboek van Strafrecht van Curaçao: *“Niet strafbaar is een gedraging gepleegd volgens algemeen aanvaarde regels van beroepsuitoefening.”* Met een kleine aanpassing zouden alle beroepsbeoefenaren die binnen de kaders van hun (rechtmatige) van overheidswege verstrekte (gewelds)instructies en/of door hun beroepsorganisaties uitgevaardigde professionele normen hebben gehandeld dan straffeloos blijven. Maar een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor alleen opsporingsambtenaren zoals nu voorgesteld moet worden afgewezen.

De ACS brengt in herinnering dat er op dit moment grote inspanningen worden gepleegd om te komen tot een herzien, opnieuw gesystematiseerd Wetboek van Strafvordering. Met die inspanningen verdraagt het voorliggende wetsvoorstel, dat het bestaande Wetboek systematisch gezien nóg meer uit zijn verband trekt, zich zeer slecht.