M. van der Steeg, R. ter Haar en J.S. Timmer[1]

Artikelen

Strafrechtelijke beoordeling van politiegeweld[2]

Een bespreking van het wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaren

TPWS 2017/7

1. Inleiding

Overheidsgeweld is nooit een rustig bezit. In veel gevallen is er discussie mogelijk over of er ook een minder of niet-gewelddadig alternatief was en dus of het geweldgebruik rechtmatig was en ook uit te leggen. Een politiefunctionaris[3] moet elke geweldsaanwending verantwoorden, zodat het op vakkundigheid en rechtmatigheid kan worden onderzocht en beoordeeld. Als dat geweld niet rechtmatig is, moet er mogelijk een correctie volgen. Daarbij is cruciaal dat de positie van een politiefunctionaris anders is dan die van een burger. Een politiefunctionaris is bevoegd om als dat nodig is geweld te gebruiken in de uitvoering van de politietaak: rechtshandhaving. Een burger is dat niet.

Naast het klachtrecht en het tuchtrecht is het strafrecht één van de mogelijke instrumenten voor de correctie van onjuist politiegeweld. Voor rechtshandhavers is het echter vervreemdend om als verdachte te worden aangemerkt vanwege een ambtshandeling. De veronderstelling is ook dat zij mogelijk terugdeinzen om op te treden, uit angst voor de consequenties wanneer zij achteraf gezien een inschattingsfout blijken te hebben gemaakt.[4] Van de naar schatting 14.210 geweldsaanwendingen door politiefunctionarissen per jaar leiden overigens hooguit enkele tientallen voorvallen tot strafrechtelijke vervolging, laat staan bestraffing. Van de 20 à 30 politieschietincidenten met letsel tot gevolg zijn dat er gemiddeld drie per jaar. In gemiddeld 88% van die schietincidenten met letsel heeft het Openbaar Ministerie de politiefunctionaris aanvankelijk als getuige en niet als verdachte aangemerkt.[5] Toch heeft de minister van Veiligheid en Justitie op 23 december 2016 een voorstel ingediend bij de Tweede Kamer om het wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering te wijzigen om de rechtspositie van politiefunctionarissen na geweldgebruik te verbeteren.

In deze bijdrage belichten wij eerst het bestaande wettelijk kader van politiegeweld en het onderzoek daarnaar. Vervolgens beschrijven wij het wetsvoorstel en onderzoeken wij of het wetsvoorstel kan bijdragen aan decriminalisering van overheidsgeweld, zoals de minister beoogt. Daarnaast gaan we in op de vraag of de regeling een verbetering is voor de politiefunctionarissen.

2. Huidige normering van, onderzoek naar en beoordeling van overheidsgeweld

2.1 *De normering van geweldgebruik: Politiewet en Ambtsinstructie 1994*

De politiefunctionaris is bevoegd om in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening geweld te gebruiken voor de uitvoering van de politietaak wanneer het daarmee beoogde doel dit rechtvaardigt en dat doel niet op een andere wijze kan worden bereikt (artikel 7 lid 1 Politiewet 2012). In de laatste zinsnede is vervat dat geweldgebruik altijd ultimum remedium is. De Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren 1994 (hierna: Ambtsinstructie 1994) bepaalt dat het gebruik van een geweldmiddel uitsluitend is toegestaan aan een politiefunctionaris die in het gebruik van dat geweldmiddel is geoefend (artikel 4 Ambtsinstructie 1994). De Ambtsinstructie 1994 regelt het gebruik van verschillende soorten vuurwapens (paragraaf 2 van hoofdstuk 2), de pepperspray (paragraaf 2b), CS-traangas, de waterwerper, de politie-surveillancehond en de elektrische wapenstok (paragraaf 3). De Ambtsinstructie 1994 bevat geen noodweerbepaling. De politiefunctionaris die zijn wapen heeft gebruikt in een noodweersituatie moet dus een beroep doen op de algemene noodweerbepaling van artikel 41 Sr.

Het vuurwapen mag ingevolge artikel 7 Ambtsinstructie 1994 alleen worden gebruikt ter aanhouding 'van een persoon van wie redelijkerwijs mag worden aangenomen dat hij een voor onmiddellijk gebruik gereed zijnd vuurwapen bij zich heeft en dit tegen personen zal gebruiken' (artikel 7 lid 1 sub a Ambtsinstructie 1994) of om een persoon aan te houden 'die zich aan zijn aanhouding, voorgeleiding of andere rechtmatige vrijheidsbeneming tracht te onttrekken of heeft onttrokken, en die wordt verdacht van of is veroordeeld wegens het plegen van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld en dat een ernstige aantasting vormt van de lichamelijke integriteit of de persoonlijke levenssfeer, of

---

1 Advocaat te Deventer, docent strafrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam (VU), politiesocioloog aan de VU.

2 Citeerwijze: M. van der Steeg, R. ter Haar en J.S. Timmer, 'Strafrechtelijke beoordeling van politiegeweld. Een bespreking van het wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaren', *TPWS* 2017/7.

3 De Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke Marechaussee en de buitengewoon opsporingsambtenaar geldt voor een aantal specifiek in het eerste lid van art. 1 opgesomde categorieën ambtenaren. In het verlengde daarvan is deze Aanwijzing niet alleen van toepassing op de ambtenaren van politie, maar ook op de buitengewone opsporingsambtenaren, de militairen van de Koninklijke Marechaussee in de uitvoering van de politietaken en de militairen van de krijgsmacht als bedoeld in art. 59 van de Politiewet 1993 en art. 60 van de Politiewet 1993 (leden van de DSI). Deze verschillende categorieën ambtenaren worden in dit artikel (in navolging van de Aanwijzing) aangeduid als 'politiefunctionaris'.

4 J-P. van Barneveld, 'Zin en noodzaak van een stelselherziening geweldsaanwending door politieambtenaren', *Tijdschrift voor Sanctierecht en onderneming* 2016/2.

5 J.S. Timmer en V.M. Cozijn, 'Geweld door politie', in: M. Liem en E.R. Muller, *Geweld. Geweld en geweldsbeheersing in Nederland*. Deventer: Wolters Kluwer B.V. 2016, p. 297-322.

dat door zijn gevolg bedreigend voor de samenleving is of kan zijn' (artikel 7 lid 1 sub b Ambtsinstructie 1994). Het tweede lid vermeldt dat het vuurwapen ook gebruikt kan worden tegen een voertuig in de in artikel 7 lid 1 sub a en b Ambtsinstructie 1994 genoemde gevallen. Voorts noemen artikel 7 lid 3 en 4 Ambtsinstructie 1994 dat het vuurwapen mag worden gebruikt om (militaire) oproerige bewegingen te beteugelen.

Voor geweldgebruik anders dan met een geweldmiddel dat in de Ambtsinstructie 1994 voorkomt, zoals fysiek geweld, gelden de algemene bepalingen van artikel 7 Politiewet 2012. Alleen artikel 5 Ambtsinstructie 1994 is gewijd aan geweldtoepassing in algemene zin en bepaalt dat de politiefunctionaris waaraan door een ter plaatse aanwezige meerdere leiding wordt gegeven, alleen geweld gebruikt na uitdrukkelijke last van deze meerdere.

Aan het gebruik van geweld gaat zo mogelijk een waarschuwing vooraf (artikel 7 Politiewet 2012). Het criterium 'zo mogelijk' is dwingender waar het vuurwapengebruik betreft. Artikel 10a Ambtsinstructie 1994 bepaalt dat de politiefunctionaris onmiddellijk voordat hij gericht met een vuurwapen zal schieten, met luide stem of op andere niet mis te verstane wijze waarschuwt dat geschoten zal worden, indien niet onverwijld het gegeven bevel wordt opgevolgd. Deze waarschuwing kan zo nodig worden vervangen door een waarschuwingsschot. Alleen als de omstandigheden een waarschuwing niet toelaten, mag deze achterwege blijven. Het uitblijven van een waarschuwing in een situatie waarin de politiefunctionaris deze wel had kunnen geven, maakt het geweldgebruik onrechtmatig.[6] Een dergelijke dwingende waarschuwingsplicht geldt ook voor het gebruik van niet-penetrerende munitie (artikel 11b Ambtsinstructie 1994) en pepperspray (artikel 12b Ambtsinstructie 1994).

De politiefunctionaris meldt het geweldgebruik, waaronder ook fysiek geweld wordt verstaan, ingevolge de Ambtsinstructie 1994 onverwijld aan zijn meerdere. De meerdere legt de melding vast in een speciaal formulier. Hij brengt de melding binnen 48 uur ter kennis van de (hoofd)officier van justitie als het geweld lichamelijk letsel van meer dan geringe betekenis of de dood heeft veroorzaakt, als er is geschoten met een vuurwapen óf als de gevolgen van de geweldsaanwending daartoe aanleiding geven. Alle andere gevallen van geweldgebruik worden intern afgehandeld, al dan niet na een intern onderzoek. De beoordeling vindt plaats door de korpsleiding, die deze bevoegdheid heeft gemandateerd aan de leiding van de politie-eenheid.

2.2 *Het onderzoek naar geweldgebruik*

De officier van justitie is verantwoordelijk voor onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren wanneer dit zwaar lichamelijk letsel of erger heeft veroorzaakt of wanneer het gaat om vuurwapengebruik met enig letsel of erger tot gevolg. In de huidige situatie wordt dit onderzoek en de positie van de politiefunctionaris geregeld in de Aanwijzing handelswijze bij geweldsaanwending (politie)ambtenaar[7] (hierna: Aanwijzing). De Aanwijzing schrijft voor dat dit 'onderzoek naar de toedracht van de feiten' wordt opgedragen aan de Rijksrecherche. Het onderzoek omvat onderzoek op de plaats van het geweldsincident, het horen van getuigen, buurtonderzoek, technisch onderzoek en andere onderzoekshandelingen (artikel 4.2 Aanwijzing). Wanneer de Rijksrecherche onderzoek doet naar vuurwapengebruik met letsel tot gevolg conform de Aanwijzing, voldoet Nederland aan de eis van het EHRM dat er grondig, voortvarend en onafhankelijk onderzoek moet volgen na overheidsgeweld dat letsel heeft veroorzaakt.[8] De Rijksrecherche valt als apart onderdeel van de politie direct onder het College van procureurs-generaal.

De politiefunctionaris die geweld heeft toegepast, wordt in principe als getuige gehoord. De ratio hiervan is dat ervan uitgegaan wordt dat hij gelegitimeerd zijn bevoegdheden heeft aangewend. Hij hoeft zich niet bij voorbaat 'in termen van het strafrecht te verantwoorden' (artikel 4.3 Aanwijzing), waarmee gedoeld wordt op de verantwoording in de positie van verdachte. Dit neemt niet weg dat het onderzoek plaatsvindt in een strafrechtelijke context. Er is al langere tijd discussie over de voor- en nadelen van de status van verdachte en getuige. De politie ziet het ontbreken van een zwijgrecht als knelpunt van de huidige situatie. De politie gaat echter voorbij aan het feit dat een getuige zich wel kan beroepen op een verschoningsrecht wanneer hij riskeert zichzelf strafrechtelijk te belasten. De Aanwijzing schrijft voor dat de betrokken politiefunctionaris bij aanvang van het verhoor op dit verschoningsrecht wordt gewezen.[9] Zodra er gerede twijfel ontstaat over de rechtmatigheid van het toegepaste geweld, wordt de politiefunctionaris als verdachte aangemerkt. Zolang de politiefunctionaris als getuige wordt gehoord, kan de Rijksrecherche tijdens het onderzoek geen gebruik maken van strafvorderlijke bevoegdheden.

De hoofdofficier van justitie beslist pas over de afdoening van vuurwapengebruik dat door de Rijksrecherche is onderzocht, na advisering door de Adviescommissie politieel vuurwapengebruik. Deze commissie is ingesteld om consistentie in de beoordeling van schietzaken te bevorderen. Het toetsingskader bestaat uit de Politiewet 2012, de Ambtsinstructie 1994 en de relevante bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht. Evenals in reguliere strafzaken kan het Openbaar Ministerie de zaak seponeren, een transactie aanbieden of tot vervolging overgaan. Een grond voor een sepotbeslissing kan zijn dat de politieleiding consequenties

6 Rb. Den Haag 18 november 2016, ECLI:NL:RBDGA:2016:14520.

7 Aanwijzing van 3 juli 2006, *Stcrt.* 2006, 143.

8 EHRM 15 mei 2007, nr. 52391/99, *NJ* 2007/618, m.nt. T.M. Schalken (*Ramsahai e.a./Nederland*); J. ten Voorde, 'Politieel vuurwapengeweld in rechte beoordeeld', *Ars Aequi* 2014, p. 346-352; J. ten Voorde, 'Opmerkingen bij de voorgenomen herziening van het stelsel geweldsaanwending politieambtenaren', *Proces* 2016/95.

9 Aanwijzing van 3 juli 2006, *Stcrt.* 2006, 143, artikel 4.4.

verbindt aan het optreden in de vorm van een disciplinaire straf of een trainingsverplichting. Wanneer het Openbaar Ministerie de zaak seponeert, kan het slachtoffer zich middels een artikel 12 Sv-procedure tot het hof wenden met het verzoek het Openbaar Ministerie alsnog opdracht te geven tot vervolgen.

Het onderzoek en de beoordeling van politieel vuurwapengebruik zien er in de kern als volgt uit:

- Na geweldgebruik bestaande uit vuurwapengebruik met letsel of erger tot gevolg dan wel na andersoortige geweldsaanwending met zwaar lichamelijk letsel tot gevolg stelt de Rijksrecherche een onderzoek in onder leiding van de officier van justitie;
- de politiefunctionaris wordt ingevolge de Aanwijzing geweldsaanwending (politie)ambtenaar in beginsel als getuige gehoord. Alleen na expliciete opdracht daartoe van de officier van justitie wordt hij als verdachte aangemerkt;
- het politieoptreden wordt getoetst aan de bestanddelen van de reguliere geweldsdelicten die ook voor burgers gelden;
- de belangrijkste strafuitsluitingsgronden zijn: wettelijk voorschrift (Politiewet 2012 en Ambtsinstructie 1994) en noodweer(exces).

3. Het wetsvoorstel

3.1 *De uitgangspunten van het wetsvoorstel*

Het wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaren bestaat uit drie onderdelen: een op de handhavingstaak toegesneden delictsomschrijving voor ambtenaren, een specifieke strafuitsluitingsgrond en de invoering van het feitenonderzoek naar geweldgebruik. Het komt tegemoet aan de wens die bij de politie leeft om regelgeving binnen het strafrecht in te voeren die is toegesneden op de taak en functie van politiefunctionarissen als rechts- en ordehandhavers.

Wanneer een politiefunctionaris in de functie-uitoefening geweld toepast en daarmee iemand doodt of verwondt, loopt hij het risico op strafrechtelijke vervolging én veroordeling voor het toebrengen van (zwaar) lichamelijk letsel of (poging) doodslag. In de huidige situatie vindt het onderzoek naar de toepassing van het geweld plaats onder de dreiging van een verdenking van een regulier geweldsdelict. Het juridische oordeel dat de politiefunctionaris met het geweld niet het 'volle' of 'boze' opzet heeft gehad om iemand te verwonden of te doden, staat immers via de voorwaardelijk opzetconstructie niet in de weg aan een bewezenverklaring van een dergelijk geweldsdelict.

Politiefunctionarissen vinden het lastig dat zij op deze manier langs dezelfde meetlat worden gelegd als burgers die een ander daadwerkelijk kwaad wilden doen. De minister van Veiligheid en Justitie gaat daarin mee en voert aan dat het geweldgebruik voortkomt uit de gelegitimeerde bevoegdheid om dit te doen in de functie-uitoefening en dat geweldtoepassing nodig en vaak zelfs noodzakelijk is het uitvoeren van de politietaak. De Memorie van Toelichting vermeldt: *"Het handelen van de politiefunctionaris in de uitoefening van zijn functie en binnen de kaders van de wet dient primair in de specifiek voor hem geldende wettelijke context te worden beoordeeld en niet in een reguliere strafrechtelijke context. De bestaande algemene delictsomschrijvingen zijn onvoldoende toegespitst op de situaties waarin de opsporingsambtenaar handelt ter uitoefening van de taak waarmee hij is belast."*[10] Deze overwegingen hebben geleid tot een nieuwe strafbaarstelling waaraan geweldtoepassing wordt getoetst.

De minister onderkent dat het onderzoek en de eventuele strafrechtelijke vervolging spanning en onzekerheid met zich meebrengt voor de politiefunctionaris die geweld heeft toegepast en emotioneel als zwaar kan worden ervaren.[11] De minister vindt dat er onvoldoende erkenning is voor de positie van de politiefunctionaris wanneer hij bij de toetsing van zijn handelen noodgedwongen van hetzelfde feit verdacht wordt als de kwaadwillende burger. Onderzoek door de Rijksrecherche op grond van de Aanwijzing vindt doorgaans plaats zonder dat de inzet van opsporingsbevoegdheden mogelijk is, aangezien de politiefunctionaris doorgaans de positie van getuige inneemt. Dit wordt ervaren als een nadeel in het streven om het geweldgebruik en de toedracht daarvan goed en onpartijdig te onderzoeken. Deze knelpunten in de praktijk hebben geleid tot een specifieke delictsomschrijving en een feitenonderzoek voor waarbij de politiefunctionaris geen verdachte is, maar waarbij de inzet van opsporingsbevoegdheden wel mogelijk is.

3.2 *Nieuwe strafbaarstelling ex artikel 372 Sr*

3.2.1 *Delictsomschrijving*

De minister stelt voor een nieuwe strafbaarstelling in te voeren die specifiek op de politiefunctionaris is toegesneden, neergelegd in artikel 372 Sr:

> "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 geweldsinstructie 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."

10 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 9.
11 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 9.

De strafbaarheid van de politiefunctionaris is beperkt tot de gevallen waarin de schending van de geweldsinstructie enig lichamelijk letsel, zwaar lichamelijk letsel of de dood ten gevolge heeft gehad. Er is een causaal verband vereist tussen het schenden van de geweldsinstructie en het letsel of de dood. De hoogte van het strafmaximum is afhankelijk gesteld van de ernst van de gevolgen. De schuld is gericht op het schenden van de geweldsinstructie.

De strafbaarstelling spreekt over 'zijn geweldsinstructie', zoals nader omschreven in het voorgestelde artikel 90novies Sr: "Onder geweldsinstructie wordt verstaan de bij of krachtens de Politiewet 2012 en de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten gegeven algemeen verbindende voorschriften die tot de ambtenaar gerichte instructies bevatten omtrent het gebruik van geweld." Het gaat hierbij voor politiefunctionarissen concreet om artikel 7 Politiewet 2012 en de ingevolge artikel 9 Politiewet 2012 ingestelde Ambtsinstructie 1994. De voorschriften die hierin zijn neergelegd zijn te onderscheiden naar instructies over het aanwenden van geweld in het algemeen en instructies toegespitst op een specifiek geweldmiddel, zoals het vuurwapen of pepperspray. Algemeen uitgangspunt is dat het geweld in verhouding tot het doel redelijk en gematigd dient te zijn (artikel 7 lid 5 Politiewet 2012).

De minister van Veiligheid en Justitie vindt dat onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds het handelen van ambtenaren die niet alleen bevoegd zijn, maar in sommige situaties ook verplicht zijn tot het gebruiken van geweld en anderzijds burgers die in beginsel nooit het recht hebben om geweld te gebruiken, tenzij in uitzonderlijke situaties zoals noodweer. Een schulddelict doet meer recht aan de omstandigheden waarin het geweldgebruik door de politie doorgaans plaatsvindt. *"Het nieuwe delict is bedoeld voor die gevallen waarin het schenden van de geweldsinstructie het gevolg is van een verwijtbare inschattingsfout of onvoorzichtigheid van de opsporingsambtenaar, een situatie waarin het vervolgen voor een algemeen geweldsdelict minder aangewezen is, juist vanwege de taak van de opsporingsambtenaar. Die taak brengt hem per definitie in situaties waarin hij genoodzaakt is gebruik te maken van zijn geweldsbevoegdheid."*[12] Het beeld dat het politiegeweld, ook wanneer dit achteraf onrechtmatig blijkt te zijn, doorgaans het gevolg is van een inschattingsfout tijdens de functie-uitoefening wordt herkend in de jurisprudentie-analyse van politieel vuurwapengebruik: zonder uitzondering oordeelt de strafrechter dat er bij de politieschutter geen sprake is van boos opzet gericht op het toebrengen van letsel of de dood, maar wel van voorwaardelijk opzet.[13] Het schieten volgt uit een verkeerde interpretatie van het gedrag van het latere slachtoffer, vloeit voort uit gebrekkige informatie van de meldkamer of uit een dynamiek tijdens een achtervolging waarvan het ontstaan door meerdere factoren wordt veroorzaakt. Een culpoos delict sluit beter aan bij de praktijk van de politietaak, namelijk het handhaven van recht en orde.

3.2.2 *Culpa*

De keuze voor een schulddelict wordt in de toelichting als volgt verantwoord:

> "Naast de schuldvariant van de voorgestelde strafbaarstelling wordt geen opzetvariant voorgesteld. Reden hiervoor is dat dit een onnodige en onwenselijke overlap zou veroorzaken met de bestaande algemene opzetdelicten als mishandeling en doodslag. Wanneer een opsporingsambtenaar opzettelijk de geweldsinstructie schendt, verliest de redengeving voor een afwijkende strafrechtelijke rechtspositie van de opsporingsambtenaar ten opzichte van ieder ander haar legitimatie, gezien de ernst van het gedrag van de opsporingsambtenaar en het verwijt dat hem treft. Het nieuwe delict is bedoeld voor die gevallen waarin het schenden van de geweldsinstructie het gevolg is van een verwijtbare inschattingsfout of onvoorzichtigheid van de opsporingsambtenaar, een situatie waarin het vervolgen voor een algemeen geweldsdelict vaak minder aangewezen is, juist vanwege de taak van de opsporingsambtenaar. Die taak brengt hem per definitie in situaties waarin hij genoodzaakt is gebruik te maken van zijn geweldsbevoegdheid. Deze plicht tot optreden in overeenstemming met de daarvoor geldende zorgvuldigheidsvoorschriften rechtvaardigt een beoordeling van mogelijk culpoos handelen die afwijkt van de reguliere geweldsdelicten. Daarvoor is geen plaats in gevallen waarin de opsporingsambtenaar opzettelijk zijn geweldsinstructie heeft geschonden waardoor een ander lichamelijk letsel heeft opgelopen."[14]

Deze redenering valt goed te volgen. Dit betekent niet dat de introductie van dit schulddelict in juridisch opzicht onproblematisch is. De Raad voor de Rechtspraak wijst erop dat artikel 372 Sr breekt met de wettelijke systematiek inhoudende dat ten aanzien van de gevolgen (zwaar) letsel en de dood altijd opzet of schuld is vereist. Artikel 372 Sr vereist geen schuld aan het gevolg, maar verlangt schuld ten aanzien van de schending van de geweldsinstructie. Dit is het gronddelict. Dit is een nieuwe delictsvariant, aangezien het huidige Wetboek van Strafrecht geen culpoos gronddelict kent (i.c. dus het culpoos overtreden van de geweldsinstructie) met daaraan gekoppeld een geobjectiveerd gevolg (i.c. letsel, zwaar letsel en de dood).

Bij een door het gevolg gekwalificeerd delict, zoals mishandeling de dood ten gevolge hebbend, kan worden volstaan met het beantwoorden van de vraag of de mishandeling een relevante veroorzakende factor is voor het gevolg. De voorzienbaarheid van het gevolg treedt hier naar de achtergrond (in vergelijking met het culpoze gevolgsdelict), omdat opzet noch schuld vereist is met betrekking tot het geobjectiveerde gevolg. Het gaat hier in feite om 'pechstrafrecht': als je

12 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 18.

13 M. van der Steeg, 'Politieschutter voor de rechter. De rechterlijke beoordeling van vuurwapengebruik door de politie 2000-2015', *TPWS* 2016/43.

14 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 22.

iemand mishandelt door hem een klap tegen het hoofd te geven en het slachtoffer overlijdt doordat hij als gevolg van de klap ongelukkig met zijn hoofd op de stoeprand terecht komt, dan kan dat gevolg in redelijkheid aan de klap worden toegerekend, ook al was het voor de verdachte niet voorzienbaar dat dit zou optreden.

De wetgever heeft zo een geobjectiveerd gevolg niet zomaar voor risico van de politiefunctionaris willen laten komen: het wordt namelijk gezien als een 'typisch' gevolg van een dergelijke handeling. De aansprakelijkheid dient te worden beperkt tot de gevolgen die kunnen worden gezien als een verwerkelijking van de specifieke risico's die eigen zijn aan de aard van het delict. Indien aldus de wijze van intreden van het geobjectiveerde gevolg atypisch is voor de gedraging (bv. slachtoffer overlijdt na schop tegen de enkel) zou het onredelijk zijn het overlijden toch aan de schop toe te rekenen. De delictsomschrijving van artikel 372 Sr sluit echter niet uit dat een atypisch gevolg voor rekening komt van de politiefunctionaris die de geweldsinstructie heeft geschonden. De Raad van State heeft de Minister van Veiligheid en Justitie dan ook verzocht nader op dit punt in te gaan en daarbij ook een aantal voorbeelden te geven. De Minister van Veiligheid en Justitie bleef echter bij zijn standpunt dat de politiefunctionaris niet eerder en vaker strafbaar is dan onder het huidige regime:

> "Voor de algemene geweldsdelicten geldt dat schuld aan of opzet op de gevolgen is vereist, zodat alleen de persoon strafbaar is voor wie de gevolgen van zijn handelen voorzienbaar waren. Gezien die gevolgen had hij niet mogen handelen, omdat het gebruik van geweld en het toebrengen van letsel aan een ander verboden zijn. Bij de opsporingsambtenaar ligt de situatie om twee redenen anders, wat ook de opbouw van de voorgestelde strafbaarstelling verklaart. In de eerste plaats mag ervan worden uitgegaan dat de opsporingsambtenaar, die als professional is getraind in het gebruik van geweld, zich steeds bewust is van de risico's van het geweldgebruik. Het vereiste van voorzienbaarheid is daarmee gegeven. En in de tweede plaats mag de opsporingsambtenaar deze risico's, anders dan een persoon die niet bevoegd is geweld te gebruiken, ook nemen in situaties waarin van hem wordt verwacht dat hij geweld gebruikt en dit gezien zijn taak noodzakelijk is. **Dit betekent dat in veruit de meeste gevallen de opsporingsambtenaar bij overschrijding van zijn bevoegdheid voorwaardelijk opzet op de gevolgen van zijn geweldgebruik heeft en zijn handelen onder de delictsomschrijving van een doleus geweldsdelict valt.** (...) Concluderend kan dan ook worden gesteld dat in de praktijk geen sprake is van een verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, omdat de gevallen waarin deze strafbepaling toepassing zal vinden situaties zullen betreffen die reeds strafbaar zijn op grond van de algemene doleuze geweldsdelicten."[15]

Dat er met artikel 372 Sr gebroken zou worden met de wettelijke systematiek is maar deels correct.

Ook de voorbeelden waar om werd verzocht zijn in de Memorie van Toelichting niet gegeven. Wel wordt (terecht) gewezen op artikel 137 Wetboek Militair Strafrecht (hierna: WvMSr), het artikel waarop artikel 372 Sr is geïnspireerd:

> "De militair aan wiens schuld het is te wijten, dat hij een dienstvoorschrift niet opvolgt, wordt gestraft: 1°. met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie, indien daardoor gemeen gevaar voor personen of goederen ontstaat;
> 2°. met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie, indien daardoor levensgevaar voor een ander ontstaat;
> 3°. met gevangenisstraf of hechtenis van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie, indien het feit iemands dood ten gevolge heeft;
> (...)"

Het is dan ook voor de interpretatie van het schuldbestanddeel uit het voorgestelde artikel 372 Sr uitermate interessant om een blik te werpen op de rechtspraak inzake artikel 137 WvMSr. Die blik levert het beeld op dat het enkele handelen in strijd met een dienstvoorschrift reeds de vereiste schuld oplevert, dat de schuld wordt ingevuld met de term 'nalatig' alsmede dat er geen specifieke overwegingen worden gewijd aan de mate (i.d.z.v. van aanmerkelijkheid) van de schuld. Een voorbeeld daarvan biedt de volgende overweging uit een vonnis van de Rechtbank Gelderland:

> "Anders dan de officier van justitie acht de militaire kamer het primair tenlastegelegde niet bewezen. Uit de bewijsmiddelen kan niet worden afgeleid dat verdachte de dienstvoorschriften opzettelijk, al dan niet in voorwaardelijke zin, niet heeft opgevolgd.
> Naar het oordeel van de militaire kamer is verdachte wel ernstig nalatig geweest bij het verzuimen van de, in de betreffende dienstvoorschriften, voorgeschreven veiligheidsmaatregelen. Verdachte was op de hoogte van de voorschriften en zij dient als professioneel wapendraagster ook op de hoogte te zijn van de grote risico's die voortvloeien uit het onjuist gebruik van een vuurwapen, zeker in de nabije aanwezigheid van andere personen. Zij wordt voorts geacht te weten dat de veiligheidsmaatregelen in het belang van de veiligheid in de voorgeschreven omstandigheden altijd uitgevoerd dienen te worden, ook als zij in de (onjuiste) veronderstelling verkeerde dat het wapen ontladen is. Met het desalniettemin veronachtzamen van deze veiligheidsmaatregelen is zij in ernstige mate nalatig geweest."[16]

In de toelichting op artikel 372 Sr wordt (impliciet) gewezen op de voor de politiefunctionaris geldende Garanten-

15 *Kamerstukken II* 34 641, nr. 3, p. 23.

16 Rb. Gelderland 7 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6750.

stellung door de striktheid van de regels uit de geweldsinstructie te memoreren en door te benadrukken dat deze ook strikt dienen te worden nageleefd. Daaruit kan worden afgeleid dat – nu het gaat om duidelijk geschreven regels en de politiefunctionaris goed is getraind en opgeleid – met het niet opvolgen van die regels de vereiste schuld al een gegeven is. Van een politiefunctionaris die is aangesteld om zijn taak uit te voeren met in zijn uitrusting meerdere geweldsmiddelen, waaronder een dienstpistool, mag immers worden gevergd dat hij meer dan de gemiddelde burger ook in precaire situaties zijn zelfbeheersing en het overzicht behoudt en in staat is om adequaat en rationeel beslissingen te nemen.[17] Tevens wordt de politiefunctionaris geacht zijn geweldsinstructie te kennen en getraind te zijn (artikel 4 Ambtsinstructie 1994). Geoefendheid is een voorwaarde voor de bevoegdheid tot geweldgebruik. Alleen dan is de nieuwe strafbaarstelling aan de orde. Met andere woorden: schending van de geweldsinstructie zonder dat er sprake is van culpa, is in feite ondenkbaar.

Bovenstaande conclusie dat met het niet opvolgen van de geweldsinstructie de vereiste schuld al een gegeven is, wordt verder onderbouwd doordat evenals bij artikel 137 WvMSr zich ook bij artikel 372 Sr de bijzondere situatie voordoet dat de normatieve component van de culpa reeds als delictsbestanddeel in de delictsomschrijving is weergegeven in de vorm van het overtreden van de geweldsinstructie.

Dat is anders bij een culpoos gevolgdelict als dood door schuld (artikel 307 Sr). Daarbij is de relevante secundaire norm niet rechtstreeks uit het voltooide delict af te leiden.[18] De primaire norm luidt: gij zult niet doden! De secundaire norm luidt: gij zult niet grovelijk onzorgvuldig handelen omdat alsdan een onacceptabel risico op het door de wetgever niet gewilde gevolg (de dood van een ander) wordt genomen!

In artikel 372 Sr staat die secundaire norm dus al geschreven in de delictsomschrijving. De secundaire norm (het schenden van het in de geweldsinstructie bepaalde) is daarmee tevens de primaire norm. Met het schenden van die secundaire norm bevat het woord schuld in artikel 372 Sr in feite geen wederrechtelijkheidscomponent meer maar nog slechts een verwijtbaarheidscomponent. De verwijtbaarheid ontbreekt slechts wanneer de actor niet in staat was zich aan de geldende norm te houden, dus wanneer de politiefunctionaris niet in staat was zich aan de geweldsinstructie te houden. Indien hij een normale (geen gebrekkige) opleiding heeft genoten en niet (volstrekt) onervaren is zal doorgaans aan deze component zijn voldaan. Desalniettemin zal de nadruk in een groot deel van de gevallen volledig liggen op deze verwijtbaarheidscomponent (de subjectieve component). Dat kan ook (indirect) volgen uit de passage in de Memorie van Toelichting over het schuldbestanddeel schuld:

> "Het schenden van de geweldsinstructie moet aan de schuld van de opsporingsambtenaar te wijten zijn. Het bestanddeel schuld omvat volgens vaste jurisprudentie niet alle, ook de geringste onachtzaamheid, maar alleen een verwijtbare min of meer grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid, onachtzaamheid of nalatigheid. Het gebruik van geweld door de overheid vormt een inbreuk op de rechten van burgers. Om die reden is het aan strikte regels gebonden. Een opsporingsambtenaar mag alleen geweld gebruiken wanneer hij de regels in zijn geweldsinstructie opvolgt, welke grenzen stellen aan de situaties waarin geweld mag worden gebruikt en de wijze waarop dit geweld mag worden gebruikt. Het is van groot belang dat deze regels strikt worden opgevolgd, omdat dit de begrenzing en rechtvaardiging van het gebruik van geweld door de overheid tegen burgers vormt. **In het kader van de strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie door een opsporingsambtenaar gaat het erom dat de opsporingsambtenaar het in de geweldsinstructie bepaalde heeft geschonden, terwijl van hem in de omstandigheden waarin hij zich bevond wel mocht worden verwacht dat hij conform de regels zou handelen.** Opsporingsambtenaren mogen niet lichtvaardig omgaan met de regels die hun geweldsbevoegdheid begrenzen."[19]

en:

> "Het nieuwe delict is bedoeld voor die gevallen waarin het schenden van de geweldsinstructie het gevolg is van **een verwijtbare inschattingsfout of onvoorzichtigheid van de opsporingsambtenaar.**"[20]

Een verwijtbare inschattingsfout of onvoorzichtigheid dus. Een politiefunctionaris kan zich tegen deze verwijtbaarheid (en daarmee de subjectieve component van de culpa) verweren door bijzondere omstandigheden naar voren te brengen waarop hij geen invloed had en die het hem dermate moeilijk maakten zich aan de norm (de geweldsinstructie) te houden dat het oordeel gerechtvaardigd is dat niet is voldaan aan de subjectieve component. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan moeilijke weersomstandigheden, slecht zicht,[21] plotselinge voorvallen of onverwachte acties van of interacties met derden.[22] Men zou hier ook aan putatief noodweer kunnen denken,[23] bijvoorbeeld in het geval dat een politiefunctionaris een inschattingsfout maakt door ervan uit te gaan dat hij of een ander wordt aangevallen door een aan te houden verdachte. Indien de omstandigheden dusdanig waren dat hij daarvan – ondanks zijn er-

17 Onder meer: Rb. Oost-Brabant 25 april 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ8523 en Rb. Rotterdam 10 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9992.

18 Zie hierover A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen: over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2008, p. 40 e.v.

19 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 21 en 22.

20 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 22.

21 Rb. Zutphen 19 november 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BO4538.

22 A.A. van Dijk, *Strafrechtelijke aansprakelijkheid heroverwogen: over opzet, schuld, schulduitsluitingsgronden en straf* (diss. Groningen), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2008, p. 44 (al dient hierbij wel te worden opgemerkt dat Van Dijk dergelijke omstandigheden onder de normatieve component schaart).

23 Zie hierover R. ter Haar, 'Het 'politiedelict' art. 372 Sr in relatie tot noodweer(exces)', *TPWS* 2017/9.

varing en training – ook redelijkerwijs mocht uitgaan, kan hem geen verwijt worden gemaakt voor zijn inschattingsfout.[24] Alleen zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen ertoe leiden dat dat de politiefunctionaris geen verwijt kan worden gemaakt voor zijn niet-normconform optreden.

3.2.3 *Aangifte en artikel 12 Sv*

In de Memorie van Toelichting is geen aandacht voor de situatie dat een slachtoffer aangifte doet van een regulier geweldsdelict, zoals (poging tot) doodslag – een situatie die zeer wel denkbaar is. Het staat de officier van justitie vrij om in een dergelijke situatie te vervolgen voor artikel 372 Sr als lex specialis. Dit neemt niet weg dat de aangifte een voorbode kan zijn op een door het slachtoffer aan te spannen artikel 12 Sv-procedure. De Nederlandse Orde van Advocaten wijst er in zijn advies op dat het in het huidige tijdsgewricht gebruikelijk is dat het slachtoffer met toepassing van artikel 12 Sv niet alleen bij het Hof klaagt over het achterwege blijven van strafrechtelijke vervolging, maar ook over het delict ter zake waarvan de politiefunctionaris wordt vervolgd.[25]

Interessant in dit verband is de artikel 12 Sv-beschikking waarin een zaak tegen een militair is afgedaan met een transactie voor artikel 137 WvMSr en waarin klagers (zoon respectievelijk broer van het als gevolg van het culpoos overtreden van een dienstvoorschrift overleden slachtoffer) verzochten alsnog de vervolging (voor de rechtbank) te gelasten.[26] Het Hof wees dit beklag weliswaar af, doch overwoog met betrekking tot artikel 137 WvMSr nog wel het volgende:

> "Het hof is van oordeel – en gaat in zoverre mee met hetgeen klagers daaromtrent in hun klaagschrift hebben aangevoerd – dat er, gelet op de in het dossier opgenomen verklaringen en overige bewijsmiddelen, voldoende aanknopingspunten lijken te zijn om een strafrechtelijke vervolging van beklaagde op grond van artikel 307 van het Wetboek van Strafrecht te rechtvaardigen. Uit het dossier blijkt namelijk dat beklaagde meerdere veiligheidsinstructies niet heeft opgevolgd. Met name het feit dat beklaagde de zogeheten 30 graden regel, één van de meest basale veiligheidsregels tijdens schietoefeningen, niet in acht heeft genomen, leidt het hof tot het oordeel dat het handelen van beklaagde dermate onvoorzichtig is geweest dat er voldoende grond lijkt te zijn om een strafrechtelijke vervolging op grond van artikel 307 van het Wetboek van Strafrecht te rechtvaardigen."

Hoewel niet wordt gesteld dat een vervolging voor doodslag in de rede had gelegen, overweegt het Hof dus wel dat de onvoorzichtigheid hier dermate groot was dat niet kon worden volstaan met het specifieke voor de militair bestemde artikel 137 WvMSr. Dit is in die zin opvallend en wellicht ook wat verwarrend nu – evenals uiteraard bij artikel 372 Sr – het bestanddeel schuld grove schuld (culpa lata) vereist, hetgeen dus juist reeds betekent dat het moet gaan om een aanmerkelijk onvoorzichtig/nalatig optreden.

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het de intentie van de minister van Veiligheid en Justitie is om ook de (zeer) grove nalatigheid op basis van artikel 372 Sr te onderzoeken en beoordelen. Artikel 372 Sr is alleen niet aan de orde indien er sprake is van opzettelijke overtreding van de geweldsinstructie. Dit betekent dat de kans op artikel 12 Sv-procedures met het verzoek tot vervolging voor het algemene geweldsdelict, toeneemt naarmate het verwijt dat de politiefunctionaris kan worden gemaakt zwaarder is. Volgens de minister schuilt hierin niet het gevaar dat het hof in een groot aantal gevallen alsnog vervolging voor het algemene delict zal bevelen:

> "De introductie van een specifiek op opsporingsambtenaren toegesneden strafbaarstelling doet niet af aan het opportuniteitsbeginsel van het openbaar ministerie. Wanneer het openbaar ministerie hier aanleiding toe ziet, kan nog steeds de keuze worden gemaakt te vervolgen voor de algemene geweldsdelicten. De NOvA benadrukt dat deze opportuniteitsafweging kan worden ondergraven doordat het slachtoffer of de nabestaanden een artikel 12 Sv-procedure starten. Nu het hof in deze procedure niet alleen kan bevelen dát moet worden vervolgd maar ook voor welke wettelijke strafbaarstelling de vervolging moet worden ingesteld, verwacht de NOvA dat in een groot aantal gevallen het gerechtshof alsnog de vervolging onder de algemene geweldsdelicten zal bevelen.
> Uitgangspunt is uiteraard dat het aan het hof is om te oordelen in zake de toepassing van de artikel 12 Sv-procedure. Ik ga er daarbij echter wel vanuit dat het hof zorgvuldig acht zal slaan op de overwegingen van de wetgever om te komen met een nieuwe strafbaarstelling die zich specifiek richt op opsporingsambtenaren met een geweldsbevoegdheid. Hier gaat een signaal vanuit dat vervolging voor deze strafbaarstelling voorop staat. Naar het mij voorkomt zal vervolging voor een algemeen geweldsdelict niet snel zijn aangewezen."[27]

Het is niet te voorspellen in hoeverre het Openbaar Ministerie op de mogelijkheid van een artikel 12 Sv-procedure zal anticiperen door toch te beslissen om te vervolgen terzake van een regulier geweldsdelict. Het Openbaar Ministerie deinsde er in de zaak 'Hollands Spoor' waarin een politiefunctionaris een dodelijk schot loste op een wegrennende verdachte niet voor terug – onder druk van het opstarten van een artikel 12 Sv-procedure daags voor de terechtzitting – de verdenking van moord aan de tenlastelegging toe te voegen.[28]

24 Rb. Rotterdam 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6174 en HR 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1334 (hier niet voldaan aan redelijkheidscriterium).

25 Advies Nederlandse Orde van Advocaten, adviescommissie strafrecht d.d. 13 juni 2016.

26 Gerechtshof Arnhem 28 mei 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BM6332.

27 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 19.

28 Rb. Den Haag 23 december 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:18257.

3.2.4 *Lex certa-beginsel*

In de delictsomschrijving van artikel 372 Sr is de culpoze schending van de geweldsinstructie van de politiefunctionaris die bevoegd is geweld te gebruiken strafbaar gesteld. De Raad van State stelt in zijn advies vast dat de Ambtsinstructie 1994 alleen precieze voorschriften bevat over het gebruik van bepaalde geweldmiddelen. Voor het overige geweldgebruik gelden slechts de algemene beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit die in artikel 7 Politiewet 2012 zijn te vinden. De Raad van State zegt hierover: "Deze beginselen (...) munten niet uit in precisie. (...) Een delictsomschrijving moet zo duidelijk mogelijk omschrijven welk concreet gedrag strafbaar is."[29] De Raad van State adviseert in de toelichting om op het wetsvoorstel hierop in te gaan en om zo mogelijk in de te wijzigen Ambtsinstructie 1994 tot een nadere normering te komen. In de huidige vorm biedt het voorstel tot wijziging van de Ambtsinstructie 1994 echter geen nadere normerende voorschriften. De wijzigingen hebben uitsluitend betrekking op het melden, registreren en beoordelen van de geweldtoepassing.

De minister besteedt in de Memorie van Toelichting geen aandacht aan dit op het lex certa-beginsel gebaseerde advies van de Raad van State. In de jurisprudentie is te zien dat de rechter zoveel mogelijk aanknopingspunten in schriftelijke instructies zoekt voor het toetsen van het politiegeweld. Zo bestudeerde de rechtbank Oost-Brabant de voorschriften over geforceerde stops bij zijn beoordeling van een politiefunctionaris die opzettelijk het stuur van een rijdende scooter aanduwde om zo de berijder aan te kunnen houden.[30] Wanneer deze voorschriften geen grondslag bieden voor het handelen, gaat de rechtbank na of het geweld voldeed aan de proportionaliteits- en de subsidiariteitseis. Daarbij wordt afgewogen of de aanhouding uitstel duldt, welke risico's het geweldgebruik meebrengt en of deze risico's opwegen tegen het belang van de aanhouding. Deze afweging kan meerdere gerechtvaardigde uitkomsten hebben, maar is ook telkens voor discussie vatbaar. Daarmee is de onzekerheid gegeven waar de Raad van State op doelt.

3.2.5 *Strafmaxima*

Artikel 372 Sr onderscheidt drie gevolgcategorieën. De ernst van het gevolg is bepalend voor de strafdreiging die op de schending van de geweldsinstructie staat. Bij enig lichamelijk letsel is het strafmaximum één jaar gevangenisstraf, bij zwaar lichamelijk letsel twee jaren en bij de dood drie jaren gevangenisstraf, of – in alle gevallen – een geldboete van de vierde categorie. Voor de hoogte van de strafmaxima verwijst de minister naar de delicten dood door schuld (artikel 307 Sr: twee jaren gevangenisstraf) en zwaar lichamelijk letsel door schuld (artikel 308 Sr: één jaar gevangenisstraf).[31] De strafdreiging van de artikelen 307 en 308 Sr is twee keer zo hoog indien de schuld bestaat uit roekeloosheid. Verder kan ingevolge artikel 309 Sr de gevangenisstraf met een derde worden verhoogd indien het misdrijf wordt gepleegd in de uitoefening van enig ambt of beroep.

Voor de toepassing van artikel 372 Sr wordt niet uitgegaan van roekeloos gedrag. De verdubbeling van de strafdreiging kan derhalve buiten beschouwing worden gelaten. De maximale gevangenisstraffen van artikel 372 Sr komen aanzienlijk hoger uit dan de gevangenisstraffen genoemd in de artikelen 307 en 308 Sr, ook wanneer de verhoging op grond van artikel 309 Sr daarbij opgeteld wordt. Voor bijvoorbeeld dood door schuld in de uitoefening van een ambt is de maximaal op te leggen straf twee jaar en acht maanden gevangenisstraf. Wanneer schending van de geweldsinstructie heeft geleid tot de dood van het slachtoffer, dan staat daar ten hoogste drie jaren gevangenisstraf op. Dit betekent dat een politiefunctionaris die schuldig wordt bevonden aan artikel 372 Sr te maken heeft met een hogere strafdreiging dan een burger die veroordeeld wordt op basis van de artikelen 307 of 308 Sr.[32] Het betekent tevens dat de positie van de politiefunctionaris op het punt van de strafdreiging met de invoering van de nieuwe strafbaarstelling verslechtert ten opzichte van de huidige situatie, vooropgesteld dat een schulddelict aan de orde is. Wij concluderen dat de ratio van de strafmaxima van de nieuwe strafbaarstelling niet helder is en dat artikel 372 Sr in dit opzicht ongunstig uitpakt voor de politiefunctionaris.

3.2.6 *Uitbreiding van strafrechtelijke aansprakelijkheid?*

Drempels voor strafrechtelijke vervolging minder hoog

De minister van Veiligheid en Justitie beklemtoont dat het wetsvoorstel niet bedoeld is om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van opsporingsambtenaren die in hun functie geweld hebben gebruikt, uit te breiden. "Het wetsvoorstel beoogt geen verandering te brengen in de huidige praktijk, inhoudende dat gevallen waarin het vuurwapengebruik is gebruikt en gevallen waarin andere vormen van geweld zijn toegepast met zwaar lichamelijk letsel of de dood tot gevolg, door het Openbaar Ministerie ter hand worden genomen en de overige gevallen waarin geweld is gebruikt intern via een disciplinair traject worden afgehandeld. De enige verandering die met het wetsvoorstel is beoogd, is de mogelijkheid voor het Openbaar Ministerie om in geval van een vervolging ervoor te kiezen om schending van de geweldsinstructie in plaats van een van de algemene geweldsdelicten ten laste te leggen."[33] Het is niet de bedoeling van de minister dat het Openbaar Ministerie in andere gevallen dan nu het geval is vervolging instelt.[34] Alleen wanneer de officier van justitie bereid is om de politiefunctionaris te vervolgen voor een regulier geweldsdelict, staat hem nu het nieuwe schulddelict ter beschikking.

29 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 4, p. 13.
30 Rb. Oost-Brabant 22 december 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:7036.
31 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 19.
32 De Raad voor de Rechtspraak constateert in zijn advies op het conceptwetsvoorstel dat de minister niet uitlegt hoe het nieuwe artikel 372 Sr zich verhoudt tot de artikelen 307-309 Sr. De Memorie van Toelichting geeft hierover nog steeds onvoldoende uitleg.
33 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 19.
34 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 23.

Het is belangrijk en gebruikelijk dat de minister in de Memorie van Toelichting vastlegt wat met de wet wordt beoogd. Tegelijkertijd is het een illusie aan te nemen dat de wetgever, mocht het wetsvoorstel worden aangenomen, zodoende volledige controle kan uitoefenen op de vervolgingsbeslissingen van het Openbaar Ministerie. Dit is overigens tegen de achtergrond van de scheiding der machten ook niet aan de orde. In het wetsvoorstel wordt meermalen naar voren gebracht dat strafvervolging van een politiefunctionaris ter zake van een regulier geweldsdelict een grote emotionele belasting voor de politiefunctionaris meebrengt. Het is aannemelijk dat de officier van justitie zich hiervan bewust is en deze emotionele belasting en het feit dat hij geen andere mogelijkheid heeft dan de politiefunctionaris te vervolgen voor een regulier geweldsdelict betrekt in de afweging om al dan niet vervolging in te stellen. Het ligt dan ook voor de hand dat de drempel om te vervolgen aanmerkelijk lager komt te liggen wanneer vervolging mogelijk is ter zake van een op de geweldsbevoegdheid toegesneden delictsomschrijving. Artikel 372 Sr heeft immers een aanzienlijk minder criminaliserend karakter dan een regulier geweldsmisdrijf. Het strekt tot toetsing van overheidshandelen aan de geweldsinstructie. Dit zal voor een breder bereik van het strafrecht zorgen, ook al blijft de categorie zaken die met artikel 372 Sr strafbaar is gesteld, beperkt tot letselzaken.

Dit effect wordt verder in de hand gewerkt doordat de minister de letselzaken niet geschikt vindt voor tuchtrechtelijke beoordeling en afdoening, maar ervan uitgaat dat alleen het Openbaar Ministerie deze zaken toetst en beoordeelt. Dit blijkt uit bovenstaand citaat uit de Memorie van Toelichting: letselzaken worden door het Openbaar Ministerie ter hand genomen en overige gevallen van geweldgebruik worden disciplinair afgehandeld. De minister schetst dit als de staande praktijk. Hij gaat hiermee echter voorbij aan de eigen verantwoordelijkheid van de politie om het geweldgebruik van medewerkers te toetsen en te beoordelen, niet alleen wanneer dit geen letsel heeft veroorzaakt, maar juist ook als dit wel het geval is.[35] Zo heeft de politieleiding in de zaak van de dood van Mitch Henriquez aan twee politiefunctionarissen de tuchtrechtelijke sanctie van voorwaardelijk ontslag opgelegd nog voordat de strafrechter uitspraak heeft gedaan. Wanneer het Openbaar Ministerie er met de minister van uitgaat dat de toetsing van het geweldgebruik in letstelzaken uitsluitend via het strafrecht verloopt, legt dit een grote verantwoordelijkheid bij het Openbaar Ministerie die ertoe kan leiden dat een zaak eerder aan een onafhankelijke rechter wordt voorgelegd teneinde het overheidsgeweld aan een onafhankelijke toetsing te onderwerpen. De politiefunctionaris wordt dan niet meer als de eerste de beste mishandelende burger berecht, maar als een politiefunctionaris die mogelijk een beoordelingsfout heeft gemaakt.

35 M. van der Steeg en J. Timmer, 'Beoordeling van politiegeweld: tuchtrecht eerst', *Ars Aequi* maart 2016, p. 171-176.

Geen slachtoffer

Wanneer geweldsaanwending door een politiefunctionaris geen (dodelijk) letsel tot gevolg heeft gehad, dan blijft artikel 372 Sr buiten toepassing. Een vervolgingsbeslissing zal zich moeten richten op de commune geweldsdelicten. De Memorie van Toelichting laat zich niet uit over deze gevallen. Toch leidt ook geweldsaanwending zonder dat dit letsel heeft veroorzaakt tot rechtszaken, bijvoorbeeld als er geschoten is op een auto en het te danken is aan het toeval dat de kogels geen personen hebben geraakt. Zo is in een zaak waarover de rechtbank Rotterdam en het gerechtshof Den Haag oordeelden, geconstateerd: "De auto van de aangevers werd hierbij tweemaal in de kofferdeksel geraakt (...) en één keer in het rechter voorportier (...). De auto die vóór de auto van de aangevers voor het rode verkeerslicht stond te wachten (van slachtoffer) werd geraakt in de achterruit, waardoor deze versplinterde."[36] Twee politiekogels zijn aangetroffen in een boodschappentas in de auto. De politieman is veroordeeld voor poging tot doodslag.[37] Ook in een zaak waarover de rechtbank Gelderland zich heeft gebogen is de politieschutter veroordeeld voor poging doodslag, terwijl er alleen sprake was van schade aan de auto, te weten zes schotbeschadigingen. Een projectiel "is in de ruimte tussen het rechter achterscherm en de binnenbekleding terecht gekomen. Het projectiel heeft vervolgens de plastic beplating aan de binnenzijde van het voertuig doorboord en hierna de passagiersstoel gepenetreerd. (...) De kleding van [slachtoffer] is onderzocht en in de voering van de jas werd een projectiel, 9 mm aangetroffen."[38] De voorgestelde invoering van artikel 372 Sr brengt voor dergelijke zaken geen verandering. Door de nieuwe strafbaarstelling ontstaat de situatie dat geweldgebruik *zonder* letsel wel onder de commune geweldsdelicten valt en het geweldgebruik *met* letsel kan worden getoetst aan artikel 372 Sr. De decriminalisering van geweldgebruik gaat derhalve niet op voor "niet-letselzaken", met als ongewild gevolg dat voor minder ingrijpend overheidsoptreden, zonder letsel, een hogere straf dreigt dan voor optreden dat letsel heeft veroorzaakt.

3.3 *Strafuitsluitingsgrond artikel 42 lid 2 Sr*

De minister stelt voor om een specifieke wettelijke strafuitsluitingsgrond in te voeren die is toegesneden op de positie en de taak van de politiefunctionaris. Het is wenselijk dat in een afzonderlijke strafuitsluitingsgrond de bijzondere taak en bevoegdheid van de politiefunctionaris erkenning vinden en een beoordeling mogelijk wordt gemaakt van het concrete gedrag van de politiefunctionaris tegen de achtergrond van de voor hem geldende regels.[39] De tekst luidt:

> "Niet strafbaar is de ambtenaar die in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met zijn geweldsinstructie geweld gebruikt."

36 Rb. Rotterdam 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6970.
37 Gerechtshof Den Haag 15 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2133.
38 Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6736.
39 *Kamerstukken II* 2016-2017, 34 641, nr. 4, p. 10.

Deze bepaling krijgt als lid 2 van artikel 42 een plaats in het Wetboek van Strafrecht, in aanvulling op de algemene rechtvaardigingsgrond van handelen ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.

De woorden *"niet strafbaar is hij ..."* duiden op een schulduitsluitingsgrond. Kenmerkend voor een schulduitsluitingsgrond is dat het feit weliswaar wederrechtelijk en dus strafbaar is, doch dat de dader geen verwijt kan worden gemaakt en daarom niet wordt bestraft. Nu echter de nieuwe strafuitsluitingsgrond (als tweede lid) is opgenomen in het huidige artikel 42 Sr (wettelijk voorschrift; een rechtvaardigingsgrond) moet het ervoor worden gehouden dat de minister een rechtvaardiging beoogt te geven aan de politiefunctionaris die zich – kort gezegd – aan de geweldsinstructie houdt.[40] Zo bezien bevat deze specifiek op de politiefunctionaris toegesneden strafuitsluitingsgrond weinig nieuws. De politiefunctionaris die overeenkomstig de geweldsinstructie geweld bezigde was uiteraard ook reeds op basis van het eerste lid (van artikel 42 Sr) straffeloos (lees: gerechtvaardigd).[41] Dit wordt in de toelichting ook erkend:

> "De NOvA stelt dat er geen signalen zijn dat het huidige stelsel van strafuitsluitingsgronden onvoldoende bescherming zou bieden aan de opsporingsambtenaren die in de uitoefening van hun functie rechtmatig geweld gebruiken. Bij die stand van zaken bestaat dus geen noodzaak om een bijzondere, op opsporingsambtenaren toegesneden strafuitsluitingsgrond in te voeren. De Rvdr vraagt zich af in hoeverre de nieuwe strafuitsluitingsgrond daadwerkelijk toegevoegde waarde heeft ten opzichte van de bestaande stelsel van strafuitsluitingsgronden voldoende rechtsbescherming biedt aan opsporingsambtenaren die in de rechtmatige uitoefening van zijn taken op grond van de Politiewet en de Ambtsinstructie 1994 geweld gebruikt in beginsel niet wordt gestraft. Zoals de Rvdr terecht stelt, is de opsporingsambtenaar die rechtmatig geweld heeft gebruikt nu reeds niet strafbaar op grond van artikel 42 Sr. Het opnemen in de wet van een speciale strafuitsluitingsgrond heeft dan ook een andere achtergrond. Aan de opsporingsambtenaar is bij wet de geweldsbevoegdheid toegekend en van hem wordt ook verwacht hiervan gebruik te maken als dit in de gegeven situatie in verband met de aan hem toegekende taak noodzakelijk is. Ik acht het daarom aangewezen om complementair aan de geweldsbevoegdheid ook expliciet in de wet op te nemen dat de opsporingsambtenaar niet strafbaar is wanneer hij volgens de regels geweld heeft gebruikt. De strafuitsluitingsgronden waarop de opsporingsambtenaar in de huidige situatie een beroep kan doen, zijn dezelfde waarop burgers bij de rechter een beroep kunnen doen en deze zijn dus niet op de specifieke functie en bevoegdheden van de opsporingsambtenaar toegesneden. Daarom wordt voorgesteld een afzonderlijke strafuitsluitingsgrond voor de opsporingsambtenaar in het Wetboek van Strafrecht op te nemen."[42]

De Politiewet 2012 en de Ambtsinstructie 1994 vallen onder het bereik van de term 'wettelijk voorschrift' van het huidige artikel 42 Sr. "Onder wettelijk voorschrift moet worden verstaan ieder voorschrift, uitgaande van enige macht, waaraan wetgevend vermogen is toegekend, krachtens die bevoegdheid gemaakt."[43] Wanneer een politiefunctionaris een beroep doet op deze strafuitsluitingsgrond, toetst de rechter het geweldgebruik aan de bepalingen van de Politiewet 2012 en de Ambtsinstructie 1994. Is het geweld niet conform de voorschriften toegepast, dan wijst de rechter het beroep op artikel 42 Sr af. Een voorbeeld hiervan is de zaak waarin de rechtbank Den Haag oordeelde dat het vuurwapengebruik noodzakelijk en gepast was. Maar omdat de politieschutter ten onrechte een waarschuwing achterwege had gelaten, werd het beroep op een wettelijk voorschrift alsnog afgewezen en bestempelde de rechtbank het vuurwapengebruik als onrechtmatig.[44] Uit een analyse van de jurisprudentie van rechtszaken van politieel vuurwapengebruik in de jaren 2000-2015, blijkt niet dat de toetsing op grond van artikel 42 Sr ongewenste beperkingen oplegt aan de rechter.[45]

De wetswijziging beoogt niet meer rechtsbescherming te bieden aan de politiefunctionaris dan nu het geval is en doet dit ook niet. Het voorgestelde tweede lid aan artikel 42 Sr heeft noch juridische noch praktische meerwaarde. De bepaling voegt niets toe aan de juridische beoordeling van geweldgebruik door de politie en andere opsporingsambtenaren. De Nederlandse Orde van Advocaten wijst erop dat ook andere beroepsgroepen met dezelfde redenering dat er recht gedaan moet worden aan de speciale positie, reden hebben om aanspraak te maken op een 'eigen' strafuitsluitingsgrond, zoals artsen en brandweerlieden. Dit is niet geheel denkbeeldig. Er zijn eerder plannen geweest om een als 'verduidelijkend' tweede lid aan artikel 42 Sr toe te voegen. Dit was geschreven voor *"de ambtenaar of de publiekrechtelijke rechtspersoon die een feit begaat dat redelijkerwijs noodzakelijk is voor de uitvoering van een publieke taak bij wettelijk voorschrift opgedragen"*.[46] De Raad voor de Rechtspraak concludeert dat de nieuwe strafuitsluitingsgrond vooral van symbolische betekenis is.

40 Overigens is de formulering 'niet strafbaar is hij die...' bij een rechtvaardigingsgrond niet ongebruikelijk. Ook de meest bekende (en zuivere) rechtvaardigingsgrond, noodweer (*"an act without moral flaw"*) begint met de woorden "niet strafbaar is hij....". Evenzo opmerkelijk in dit verband is dat de formulering van noodweerexces – een schulduitsluitingsgrond – begint met de juist op een rechtvaardigingsgrond toegesneden woorden "niet strafbaar is de overschrijding van de grenzen van....".

41 Anders: J. Naeyé, 'Een wettelijke strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig aanhoudingsgeweld', in: *Ad hunc modum* (liber amicorum A. Machielse), Deventer: Kluwer 2014, 20.

42 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 15.

43 HR 26 juni 1899, W 7307 citaat uit: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns, M.J.M. Verpalen (red.), *T&C Strafrecht*, 2016, artikel 41 Sr opm. 4.

44 Rb. Den Haag 18 november 2016, ECLI:NL:RBDGA:2016:14520.

45 M. van der Steeg, 'Politieschutter voor de rechter. De rechterlijke beoordeling van vuurwapengebruik door de politie 2000-2015', *TPWS* 2016/43.

46 J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 329; *Kamerstukken II* 2007/8, 30538, nr. 7, p. 12.

De betekenis van de voorgestelde specifieke strafuitsluitingsgrond is nog geringer wanneer de wetgever zal instemmen met de voorgestelde strafbaarstelling van artikel 372 Sr, waarin het schenden van de geweldsinstructie strafbaar wordt gesteld wanneer dit letsel of de dood tot gevolg heeft. De strafuitsluitingsgrond en het nieuwe delict zijn twee kanten van dezelfde medaille. De speciale strafuitsluitingsgrond komt derhalve alleen aan de orde wanneer de politiefunctionaris niet voor dit delict, maar voor een algemeen geweldsdelict wordt vervolgd. De nieuwe systematiek is er juist op gericht dit te voorkomen.[47] De enige reden voor de wetgever om de voorgestelde specifieke voor opsporingsambtenaren geschreven strafuitsluitingsgrond aan artikel 42 Sr toe te voegen, is dat hiermee in de beleving van politiefunctionarissen hun recht wordt gedaan. Het kan een gebaar van goede wil zijn jegens de politie, die zich maar al te vaak in de kou gezet voelt worden door de politiek.[48] De strafuitsluitingsgrond kan worden aanvaard in het licht van 'baat het niet, dan schaadt het ook niet.' Het is echter de vraag of de bepaling niet toch onbedoeld en onnodig juridische onduidelijkheid veroorzaakt. Dit houdt met name verband met de tegelijk met deze nieuwe strafuitsluitingsgrond te introduceren strafbepaling in het zojuist besproken artikel 372 S.

3.4 *Het feitenonderzoek in het Wetboek van Strafvordering*

Het meest verstrekkende onderdeel van het wetsvoorstel is de regeling van het feitenonderzoek in artikel 511a Sv en verder: de officier van justitie kan bevelen dat een feitenonderzoek wordt ingesteld indien een politiefunctionaris in de uitoefening van zijn functie geweld heeft gebruikt.[49] Artikel 511a Sv luidt in het wetsvoorstel als volgt: "Een feitenonderzoek is gericht op de beoordeling of het geweld is gebruikt overeenkomstig de geweldsinstructie." De officier van justitie neemt op basis van het feitenonderzoek een vervolgingsbeslissing (artikel 511ab Sv). De term 'feitenonderzoek' is in zoverre nieuw dat deze in de Aanwijzing niet wordt gebruikt.[50]

Artikel 511aa Sv verwijst naar de wetsartikelen waarin de bevoegdheden zijn genoemd die de officier van justitie en de rechter-commissaris in het kader van het feitenonderzoek kunnen toepassen, zoals onderzoek naar schotresten op het lichaam, het doorzoeken van vervoermiddelen, de spoeddoorzoeking van woningen ter inbeslagneming, het benoemen van een deskundige en het verrichten van een schouw. De Raad van State adviseert de minister het opnemen van enkele bevoegdheden van een nadere motivering te voorzien dan wel deze achterwege te laten.[51] Het gaat hierbij om het doorzoeken van woningen, alsmede woningen en kantoren van verschoningsgerechtigden en de inbeslagneming van documenten van verschoningsgerechtigden. De minister heeft deze bevoegdheden gehandhaafd, maar in de Memorie van Toelichting hiervoor geen nadere motivering gegeven.

Het tweede lid van artikel 511aa Sv bepaalt dat specifieke bevoegdheden juist *niet* worden ingezet tegen de politiefunctionaris, waaronder het bevel tot afgifte van een voorwerp ter inbeslagneming (artikel 96a lid 1 Sv). Mogelijk is deze uitzondering gelegen in de ervaring dat de politiefunctionaris op basis van vrijwilligheid meewerkt aan het onderzoek. Op de werkvloer wordt hier kennelijk geen knelpunt ervaren. Toch ligt het wel voor de hand dat de politiefunctionaris verplicht kan worden om zijn wapen uit te leveren wanneer het vermoeden bestaat dat hij dit heeft gebruikt. Onderzoek aan het wapen is immers van groot belang voor de waarheidsvinding.

Het feitenonderzoek is formeel niet beperkt tot letselzaken, maar volgens de Memorie van Toelichting wel met name bedoeld voor gevallen waarin het vuurwapen is gebruikt met enig lichamelijk letsel of de dood tot gevolg en voor gevallen waarin opsporingsambtenaren andere vormen van geweld hebben toegepast en dit zwaar lichamelijk letsel of de dood tot gevolg heeft gehad.[52] De huidige Aanwijzing heeft betrekking op dezelfde categorie zaken. In die gevallen wordt er standaard een onderzoek ingesteld. Er is geen ondergrens gesteld aan het feitenonderzoek.[53] De minister van Veiligheid en Justitie brengt derhalve ook hier een onderscheid aan tussen geweldgebruik met en zonder letsel tot gevolg. Dit onderscheid is tevens vervat in de formulering van de strafbaarstelling van artikel 372 Sr. Eerder illustreerden wij dat de lijn tussen letsel en geen letsel in sommige geweldszaken zeer dun is. In het strafrecht kan het schieten met een vuurwapen in de richting van een persoon zonder deze te raken als poging doodslag worden gekwalificeerd. De kogel miste doel, maar had ook doel kunnen treffen. De minister heeft het advies van de Raad voor de Rechtspraak niet overgenomen om het mogelijk te maken dat het slachtoffer van geweld de hoofdofficier van justitie verzoekt om het instellen van een feitenonderzoek. Dus wanneer in een situatie van bijna-letsel een feitenonderzoek achterwege blijft, dan zal het slachtoffer aangifte moeten doen van poging doodslag of poging zware mishandeling er zeker van te zijn dat

47 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 15.

48 'Politie heeft totaal geen vertrouwen in politiek', *Nederlands Dagblad* 5 januari 2017; 'Agent vertrouwt politiek niet meer', *Algemeen Dagblad* 5 januari 2017.

49 Deze regeling heeft de titel 'Onderzoek naar gebruik van geweld door ambtenaren' en zou komen te staan in het vierde boek van het Wetboek van Strafvordering 'Eenige rechtsplegingen van bijzonderen aard'.

50 Op dit moment bestaat een feitenonderzoek ook in de medische context (Aanwijzing feitenonderzoek strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken, *Stcrt.* 2012, 26863). In dit feitenonderzoek worden geen strafvorderlijke bevoegdheden toegepast. Zorgverleners worden als getuigen gehoord. Het wordt gevolgd door een sepot of een opsporingsonderzoek.

51 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 4, p. 6.

52 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 22.

53 De Raad van State merkt hierover op dat wanneer een feitenonderzoek wordt verricht naar toepassing van gering geweld met gering letsel, de ingrijpendheid van de aan het feitenonderzoek verbonden bevoegdheden niet meer in verhouding staan tot de ernst van het te onderzoeken feit. De Raad van State doet de suggestie alsnog een ondergrens in te stellen voor het feitenonderzoek of nadere voorwaarden te stellen aan het aanwenden van de opsporingsbevoegdheden (*Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 7). De minister heeft geen gevolg gegeven aan dit advies.

het voorval wordt onderzocht. De minister laat zich er niet over uit of in de voorgestelde systematiek hierop een opsporingsonderzoek of een feitenonderzoek moet volgen. In de tekst van de Memorie van Toelichting komt het woord 'aangifte' niet voor.

Het Wetboek van Strafvordering kent in zijn huidige vorm het opsporingsonderzoek (artikel 132a Sv) en het verkennend onderzoek (artikel 126gg Sv) met als doel de voorbereiding van de opsporing. Deze onderzoeken hebben met elkaar gemeen dat zij zich richten op strafbare feiten. Het Wetboek van Strafvordering is gebaseerd op het uitgangspunt dat de aanwezigheid van een verdenking van een strafbaar feit de toepassing van opsporingsbevoegdheden rechtvaardigt, waarmee inbreuk wordt gemaakt op (grond) rechten van een verdachte en mogelijk ook derden. Daarbij geldt dat hoe ernstiger het strafbare feit is, hoe ingrijpender de bevoegdheden die toegepast mogen worden. Dit wetsvoorstel breekt met dit beginsel.[54] Het feitenonderzoek dient een ander doel, namelijk waarheidsvinding in het kader van de controle op geweldstoepassing door de overheid. Ten grondslag hieraan ligt niet de verdenking van een strafbaar feit, terwijl er wel opsporingsbevoegdheden mogen worden gebruikt en het onderzoek ertoe strekt dat de officier van justitie een vervolgingsbeslissing neemt. In geval van vuurwapengebruik zijn de onderzoeksresultaten waarop de officier van justitie zijn vervolgingsbeslissing moet baseren, toegespitst op de vraag of er terecht aanhoudingsvuur is gebruikt. Voor de beoordeling of er een gerechtvaardigd beroep gedaan kan worden op noodweer kan er voldoende informatie in het dossier zitten, maar daarop is het onderzoek ingevolge artikel 511a Sv in beginsel niet gericht geweest nu een noodweerregeling geen onderdeel uitmaakt van de geweldsinstructie. Het is de vraag of dit element voorzien is bij het tot stand brengen van de voorgestelde regeling.

Cruciaal is dat het feitenonderzoek geen verdachte kent. Dit komt voort uit het principiële uitgangspunt waarop het feitenonderzoek is gebaseerd, dat de politiefunctionaris die geweld heeft gebruikt, gelegitimeerd gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid. De minister erkent dat hij door zijn handelen weliswaar een delictsomschrijving vervult, maar stelt dat hij tegelijkertijd een beroep kan doen op een rechtvaardigingsgrond. De minister vindt het onterecht dat de politiefunctionaris als verdachte wordt aangemerkt, omdat deze positie pas aan de orde is wanneer uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit.[55] Hier wringt de argumentatie van de minister. Enerzijds geeft hij aan dat de politiefunctionaris door geweld te gebruiken in beginsel een strafbaar feit pleegt, maar tegelijkertijd zou hij niet als verdachte moeten worden aangemerkt omdat verondersteld moet worden dat zijn handelen gerechtvaardigd is of dat zijn handelen niet verwijtbaar is (strafuitsluitingsgronden). De Nederlandse Orde van Advocaten wijst erop dat de minister hierdoor inbreuk maakt op de systematiek van het rechterlijke beoordelingskader van de artikelen 348 en 350 Sv, dat zich eerst richt op de bestanddelen van de delictsomschrijving. Daarna komt pas aan de orde of het handelen gerechtvaardigd was en of de verdachte een strafrechtelijk verwijt treft.[56] Zoals hierboven gesteld, is het feitenonderzoek strikt genomen beperkt tot de vraag of de geweldsinstructie is geschonden, en omvat niet de vraag of strafuitsluitingsgronden aan de orde zijn die buiten de geweldsinstructie liggen. Het feitenonderzoek is "gericht op de beoordeling of de ambtenaar heeft gehandeld overeenkomstig zijn geweldsinstructie" (artikel 511a lid 2 Sv). Het schuldig zijn aan het schenden van de geweldsinstructie is strafbaar gesteld in het voorgestelde artikel 372 Sr, wanneer dit lichamelijk letsel of de dood tot gevolg heeft. Het feitenonderzoek richt zich derhalve wel op de vraag of de politiefunctionaris zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit, aangezien het feitenonderzoek met name is bedoeld voor gevallen waarin er sprake is van een slachtoffer. Hoe het een zich tot het ander verhoudt, maakt de minister niet duidelijk.

Op grond van de aanname van gelegitimeerd geweldgebruik, wordt de politiefunctionaris in de huidige situatie ingevolge de Aanwijzing in beginsel als getuige gehoord. Over de voor- en nadelen van de positie van getuige versus de positie van verdachte is binnen de politie de laatste decennia veel discussie geweest. Met deze regeling zou daaraan een einde komen: in het wetsvoorstel krijgt de politiefunctionaris die geweld heeft aangewend niet de positie, maar wel de rechten van een verdachte (artikel 27 lid 3 Sv). Deze omvatten onder meer het recht te zwijgen, op inzage in de processtukken en het recht om de rechter-commissaris te verzoeken onderzoekshandelingen te verrichten.

Wanneer de uitkomsten van het feitenonderzoek leiden tot twijfel over de rechtmatigheid van het handelen van de politiefunctionaris, dan kan de officier van justitie alsnog een regulier strafrechtelijk onderzoek instellen met de politiefunctionaris als verdachte. De resultaten van het feitenonderzoek mogen dan gebruikt worden. In de huidige situatie kan de status van de politiefunctionaris tijdens het Rijksrecherche-onderzoek en zelfs tijdens het verhoor veranderen van getuige naar verdachte wanneer er feiten en omstandigheden naar voren komen die twijfels doen rijzen over de rechtmatigheid van het geweldgebruik.[57] Het lijkt erop dat de officier van justitie een dergelijke koerswijziging niet zo makkelijk kan maken in de nieuwe regeling. In een feitenonderzoek ligt de status van de politiefunctionaris die onderwerp is van het onderzoek vast. Hij wordt pas verdachte wanneer de officier van justitie besluit om tot vervolging over te gaan, of alsnog een opsporingsonderzoek op te starten.

54 Ten Voorde schrijft hierover, anticiperend op het wetsvoorstel, dat het belang van de politie naar zijn idee niet moet leiden tot afwijking van de uitgangspunten van het wetboek van strafvordering, J. ten Voorde, 'Opmerkingen bij de voorgenomen herziening van het stelsel geweldsaanwending politieambtenaren', *Proces* 2016/95, p. 40-54.

55 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 8.

56 Advies Nederlandse Orde van Advocaten, adviescommissie strafrecht d.d. 13 juni 2016.

57 Aanwijzing van 3 juli 2006, *Stcrt.* 2006, artikel 4.4.

Op grond van het EVRM is het noodzakelijk dat er adequaat onderzoek wordt verricht naar politiegeweld met dodelijke afloop of letsel tot gevolg.[58] De eisen die aan het onderzoek worden gesteld, is dat dit grondig, voortvarend en door een onafhankelijke instantie wordt uitgevoerd. De Europese jurisprudentie vereist niet dat het onderzoek plaatsvindt in een strafrechtelijke context, maar dit is wel de praktijk in Nederland. Evenmin wordt verlangd dat er altijd strafvervolging plaatsvindt na (dodelijk) overheidsgeweld.[59] Dat de basis voor dit onderzoek niet meer zal liggen in de aanwezigheid van een verdenking van het plegen van een strafbaar feit, maar in een onderzoek naar de feiten *an sich* betekent niet dat het de toets van het EHRM niet zou kunnen doorstaan.

4. Andere dan strafrechtelijke beoordelingssystemen voor politiegeweldgebruik

Sinds december 2013 is er maatschappelijke aandacht voor het tuchtrechtelijke ofwel disciplinaire oordeel van het bevoegd gezag (korpschef) én voor de vervolgingsbeslissing van het OM.[60] Bekend is dat het Openbaar Ministerie het oordeel van de korpsleiding en de gevolgrekkingen daarvan vaak meeweegt in de vervolgingsbeslissing. Ook de strafrechter kan een disciplinaire afdoening laten meewegen het bepalen van de strafmaat. Het tuchtrechtelijk oordeel van het bevoegd gezag doet er dus toe. Het is tegen die achtergrond opmerkelijk dat voor het tuchtrechtelijk perspectief in het geheel geen aandacht is in het kader van dit wetsvoorstel en overigens ook niet in het kader van het wijzigingsbesluit Ambtsinstructie 1994.

De minister van Veiligheid en Justitie legt met dit wetsvoorstel de verantwoordelijkheid voor adequate beoordeling geheel bij het Openbaar Ministerie en de strafrechter, wanneer het geweldgebruik op zijn minst enig letsel heeft veroorzaakt. De strekking van het wetsvoorstel is dat het strafrecht zodanig moet worden aangepast, dat dit geschikt is voor een beoordeling van het politieoptreden. Niets wijst erop dat de minister andere dan strafrechtelijke beoordelingssystemen heeft onderzocht of op zijn minst kennis heeft genomen van deze normatieve kaders en de mogelijkheden tot het treffen van sancties en maatregelen in die context. De minister richt zich uitsluitend op de werking van het strafrecht als beoordelingskader voor politiegeweld en heeft wel enig oog voor de beperkingen daarvan, maar niet voor de beperkingen die nu eenmaal inherent zijn aan het strafrecht, namelijk dat het handelen van een individu wordt beoordeeld die daadwerkelijk het geweld heeft gebruikt en niet de collega's die daaraan door gebrekkig optreden mogelijk een bijdrage hebben geleverd.

Disciplinaire afdoening van letselzaken

De minister maakt in meerdere opzichten een scheiding tussen letselzaken, dus gevallen van geweldtoepassing met letsel of de dood tot gevolg, en andere geweldzaken. Dit onderscheid is relevant voor de nieuwe strafbaarstelling van artikel 372 Sr, dat een gevolgsdelict is en voor het instellen van een feitenonderzoek. De minister stelt de procedure volgend op de geweldsaanwending zo voor dat in letselzaken in principe feitenonderzoek plaatsvindt en daarop volgend een beoordeling van het Openbaar Ministerie waarin vervat is een vervolgingsbeslissing. Andere zaken doet de politie zelf af door middel van een interne procedure. Ten onrechte houdt de minister geen rekening met de toetsing en beoordeling door de politie, niet alleen van geweldsaanwending zonder, maar ook en misschien wel juist mét letsel. De disciplinaire sancties die zijn opgelegd aan de politiefunctionarissen die onrechtmatig handelden ten aanzien van Mitch Henriquez werden maatschappelijk relevant gevonden. De politie heeft een verantwoordelijkheid om ook dan het handelen van medewerkers te toetsen aan de geweldsinstructie en eventueel andere voorschriften die gaan over de functie-uitoefening. Daarbij hoeft de politie zich niet te beperken tot de individuele politiefunctionaris die de geweldshandeling heeft verricht. Het ligt voor de hand om ook het handelen van collega's die in de aanloop van het geweldgebruik een rol hebben gespeeld onder de loep te nemen. Niet voor niets heeft de politie bepleit een feitenonderzoek dat ruim van opzet, welk verzoek is ingewilligd.[61] "Het feitenonderzoek is dus breder van opzet dan de enkele geweldshandeling."[62]

5. Conclusie

De minister beoogt met het besproken wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaren bij te dragen aan de 'decriminalisering' van politiegeweld. Het wetsvoorstel beoogt recht te doen aan de bijzondere positie van de politiefunctionaris die geweldsbevoegd is en geweld heeft gebruikt in de functie-uitoefening. De daadwerkelijke meerwaarde is echter twijfelachtig.

Het nieuwe artikel 372 Sr stelt het schenden van de geweldsinstructie strafbaar, wanneer dit letsel of de dood tot gevolg heeft gehad. De strafbaarstelling roept meerdere vragen op die niet worden beantwoord in de Memorie van Toelichting. Geconstateerd is dat het Wetboek van Strafrecht nog geen culpoos delict kent, waarbij de culpa niet gericht is op het gevolg.

Op het moment dat het Openbaar Ministerie geweldgebruik kan toetsen aan een culpoze strafbaarstelling die specifiek is geformuleerd voor de politiefunctionaris, is te verwachten dat dit drempelverlagend werkt voor een vervolgingsbe-

58 EHRM 15 mei 2007, nr. 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*), *NJ* 2007/618, m.nt. T.M. Schalken; J. ten Voorde, 'Politieel vuurwapengeweld in rechte beoordeeld', *Ars Aequi* 2014, p. 346-352; J. ten Voorde, 'Opmerkingen bij de voorgenomen herziening van het stelsel geweldsaanwending politieambtenaren', *Proces* 2016/95.

59 EHRM 30 maart 2016, nr. 5878/08 (*Armani da Silva v. Het Verenigd Koninkrijk*); zie hierover ook I.E.W. Gonzales, 'Het niet vervolgen door het Openbaar Ministerie van (dodelijk) politiegeweld', *NJB* 2009/1570.

60 *NRC Handelsblad*, 'Agent mag niet rennen schieten', 6 december 2013 en 'Agent vrijgesproken, maar waar was het tuchtrecht?', 24 december 2013.

61 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 13.

62 *Kamerstukken II* 2016/17, 34 641, nr. 3, p. 13.

slissing. De drempel van 'criminalisering' van overheidsgeweld is immers goeddeels weggevallen, doordat de officier van justitie niet meer hoeft te vervolgen voor een regulier geweldsdelict. Het is daarom te verwachten dat het Openbaar Ministerie eerder vaker dan minder vaak vervolging zal instellen tegen politiefunctionarissen die geweld hebben gebruikt met (enig) letsel tot gevolg. De in artikel 372 Sr gestelde strafmaxima steken ongunstig af tegen de strafdreiging van dood door schuld en zwaar lichamelijk letsel door schuld gepleegd in de uitoefening van een ambt. De ratio hiervan is onduidelijk. Het is duidelijk dat artikel 372 Sr uitsluitend van toepassing is op geweldgebruik met letsel of de dood van het slachtoffer tot gevolg. Bij vuurwapengebruik waarbij gericht is geschoten zonder dat een persoon is geraakt, blijft er geen andere mogelijkheid dan te toetsen aan de reguliere geweldsdelicten van doodslag of toebrengen van zwaar lichamelijk letsel.

De minister heeft voorgesteld om de strafuitsluitingsgrond van artikel 42 Sr, de uitvoering van een wettelijk voorschrift, aan te vullen met een bepaling die het handelen van de politiefunctionaris die geweld gebruikt conform de geweldsinstructie rechtvaardigt. Deze nieuwe strafuitsluitingsgrond heeft geen juridische meerwaarde en valt eerder in de categorie 'baat het niet, dan schaadt het ook niet'. Dit onderdeel van het wetsvoorstel is te beschouwen als een gebaar van goede wil van de minister van Veiligheid en Justitie jegens de politie.

Het derde onderdeel van de voorgestelde wijziging is de invoering van het feitenonderzoek. Daarin onderzoekt de Rijksrecherche onder leiding van de officier van justitie het geweldgebruik wanneer dit letsel of de dood heeft veroorzaakt. Omdat de Rijksrecherche als onafhankelijke instantie dit onderzoek verricht en wanneer het onderzoek voortvarend en grondig wordt uitgevoerd, wordt voldaan aan de internationale eisen aan dergelijk onderzoek. In het feitenonderzoek is de politiefunctionaris geen verdachte, maar wordt hij niet in zijn rechtspositie benadeeld doordat hij wel de rechten van de verdachte krijgt. De positie van het slachtoffer is gelijk aan de positie van het slachtoffer in een opsporingsonderzoek. De Rijksrecherche kan strafvorderlijke bevoegdheden toepassen die de waarheidsvinding ten goede komen. Je zou kunnen zeggen dat in deze constructie ieder krijgt wat hij wenst. De prijs hiervoor is een breuk met de huidige strafvorderlijke systematiek. Het onderzoek richt zich namelijk op de beoordeling van geweldgebruik en niet op de bestanddelen van een strafbaar feit. Daarbij staat de constructie waarbij de politiefunctionaris niet aangemerkt wordt als verdachte op gespannen voet met de strafvorderlijke beoordelingssystematiek van de artikelen 348 en 350 Sv. Het feitenonderzoek is ook in dat opzicht een systeembreuk. De minister van Veiligheid en Justitie lijkt hier geen probleem te zien. De Raad van State heeft zich hierover niet kritisch uitgelaten, maar de Nederlandse Orde van Advocaten wel.[63] Deze is van mening dat de schijn van partijdigheid binnen het feitenonderzoek in de hand wordt gewerkt door in de wet te verankeren dat de politiefunctionaris in beginsel nooit als verdachte wordt aangemerkt nadat hij geweld heeft gebruikt. Het is de vraag hoe het parlement denkt over dit vraagstuk. In ieder geval zal de wetgever de principiële vraag moeten beantwoorden of de toepassing van opsporingsbevoegdheden die inbreuk maken op (grond)rechten van derden voldoende rechtvaardiging vindt in het belang dat gediend wordt met een feitenonderzoek, namelijk de beoordeling of het overheidsgeweld rechtmatig is geweest.

Het wetsvoorstel vertoont verscheidene inconsistenties en roept op meerdere punten vragen op, zowel juridisch-dogmatische vragen, als vragen over hoe het wetsvoorstel zal uitwerken in de praktijk. De nieuwe bepalingen kunnen tot gevolg hebben dat deze geweldszaken vaker ter beoordeling aan de rechter worden voorgelegd.

Naar een geïntegreerde beoordeling?

Juist de zaken die door de Rijksrecherche zijn onderzocht door middel van een feitenonderzoek lenen zich voor een geïntegreerd model van tuchtrechtelijke en strafrechtelijke beoordeling. Het kan niet zo zijn dat in die zaken alleen een beoordeling in een strafrechtelijk kader plaatsvindt. Vast staat dat de tuchtrechtelijke afdoening relevant is voor de strafrechtelijke beoordeling. In de huidige situatie adviseert de landelijke Adviescommissie politieel vuurwapengebruik de hoofdofficier van justitie over de afdoening van onderzoeken naar politieel vuurwapengebruik waarbij geschoten is en waarnaar de Rijksrecherche onderzoek heeft gedaan.[64] De hoofdofficier van justitie is om verplicht dit advies in te winnen alvorens een afdoeningsbeslissing te nemen. Wanneer een feitenonderzoek een bredere scope krijgt, zoals de politie heeft verzocht, dan mag worden verwacht dat de resultaten voldoende houvast bieden voor een advies over zowel de tuchtrechtelijke als de strafrechtelijke afdoening van de zaak. Dit moet de commissie in staat stellen een geïntegreerd advies te geven voor een strafrechtelijke toetsing in samenhang met de tuchtrechtelijke beoordeling. Dit is alleen mogelijk wanneer er afgevaardigden van de politie plaats hebben in de commissie. Het voordeel van een dergelijk geïntegreerd advies is dat verdere afstemming in andere overlegstructuren tussen politie en Openbaar Ministerie achterwege kunnen blijven. Een ander voordeel is dat de afdoening in beide procedures ongeveer gelijktijdig kan plaatsvinden, zodat de politiefunctionaris in één keer weet waar hij aan toe is en niet, nadat de strafrechtelijke procedure is afgerond (los van een mogelijk artikel 12 Sv-procedure) nog moet wachten op een tuchtrechtelijke afdoening, of andersom. Een geïntegreerde beoordeling scheelt kostbare wachttijd voor de politiefunctionaris. In de huidige vorm en toepassing is het politietuchtrecht nog geen volwaardig alternatief voor het strafrecht. Maar met het hier besproken wetsvoorstel wordt het strafrecht er ook niet geschikter voor.

63 Advies Nederlandse Orde van Advocaten, adviescommissie strafrecht d.d. 13 juni 2016.

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