

Bij Kabinetsmissive van 23 augustus 2016, no.2016001425, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht in verband met het opnemen van een specifieke strafuitsluitingsgrond voor opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de rechtmatige uitoefening van hun taak en een strafbaarstelling van schending van de geweldsinstructie en wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met het opnemen van een grondslag voor het doen van strafrechtelijk onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren (geweldsaanwending opsporingsambtenaar), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel geeft invulling aan de bijzondere straf(proces)rechtelijke positie van opsporingsambtenaren die in de uitoefening van hun taak geweld hebben gebruikt. Ten eerste wordt voorgesteld in het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) een specifieke strafuitsluitingsgrond op te nemen voor opsporingsambtenaren die geweld hebben toegepast in de rechtmatige uitoefening van hun taak en daarbij hebben gehandeld overeenkomstig de geweldsinstructie.¹ Ten tweede voorziet het voorstel in strafbaarstelling van overtreding van de geweldsinstructie.² Ten derde wordt voorgesteld in het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) een wettelijk kader op te nemen waarbinnen met toepassing van opsporingsbevoegdheden onderzoek kan worden gedaan naar gebruik van geweld door een opsporingsambtenaar zonder dat de betrokken opsporingsambtenaar als verdachte van een strafbaar feit wordt aangemerkt.³

De Afdeling heeft begrip voor het voorstel om de opsporingsambtenaar die in de uitoefening van de taak geweld heeft gebruikt een bijzondere straf(proces)rechtelijke positie te geven. De Afdeling heeft daarmee ook begrip voor het voorgestelde feitenonderzoek als bijzondere rechtsfiguur in het Wetboek van Strafvordering. Het feitenonderzoek betreft een bijzondere rechtsfiguur omdat het is gericht op onderzoek naar de *rechtmatigheid* van het geweldgebruik door opsporingsambtenaren in de uitoefening van hun functie, terwijl een regulier opsporingsonderzoek is gericht op opheldering van een gerezen redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit. Kanttekeningen zijn er echter met name bij de noodzaak van enkele bevoegdheden die in het feitenonderzoek kunnen worden toegepast, te weten het doorzoeken van woningen en het doorzoeken van woningen en kantoren van geheimhouders, zonder nadere wettelijke voorwaarden. Tevens vraagt de Afdeling aandacht voor de proportionaliteit van de bevoegdheden in het voorgestelde feitenonderzoek.

1. Inleiding

a. *Huidige regeling*

¹ 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 (artikel 90novies, Sr, als voorgesteld).

² Artikel 372 Sr, als voorgesteld.

³ Artikel 511a Sv tot en met artikel 511ab Sv, als voorgesteld.

De politie heeft tot taak het handhaven van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.⁴ Om deze taken adequaat te kunnen uitoefenen is het gebruik van geweld soms noodzakelijk. Kort gezegd mag de politie geweld gebruiken indien het daarmee beoogde doel dit rechtvaardigt – proportioneel is – en het doel niet op een minder vergaande manier kan worden bereikt.⁵ Anders dan in het geval van een burger die in beginsel niet is gerechtigd om geweld te gebruiken, zal bij een opsporingsambtenaar voorshands niet direct twijfel bestaan over de rechtmatigheid van het handelen van een opsporingsambtenaar.⁶

Op grond van de geldende Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending⁷ geldt dan ook het uitgangspunt bij onderzoeken naar geweldsincidenten dat de opsporingsambtenaar *gelegitimeerd* gebruik heeft gemaakt van de geweldsbevoegdheden. Waar burgers gevaar mogen vermijden, wordt van de politie namelijk juist verwacht dat zij gevaarlijke situaties tegemoet treedt, aldus de Aanwijzing. Daarom wordt de opsporingsambtenaar in beginsel *niet* als verdachte aangemerkt, maar als getuige. Dit is anders indien aanstonds duidelijk is dat hij wél als zodanig moet worden aangemerkt. Dit doet zich voor indien er rechtens relevante twijfel bestaat of de politiefunctionaris heeft gehandeld conform de Ambtsinstructie dan wel een beroep op een strafuitsluitingsgrond niet aan de orde lijkt.⁸ Het aanmerken van de ambtenaar als getuige en niet als verdachte heeft voor de betrokkene als voordeel dat hij mag zwijgen, indien hij zich door spreken aan het gevaar van een strafvervolgning blootstelt.⁹

Het voorgaande neemt niet weg dat de bestaande wetssystematiek geen onderscheid kent tussen burgers en opsporingsambtenaren als deze geweld gebruiken. Op grond van de bestaande wettelijke bepalingen kan een opsporingsambtenaar die in de uitoefening van zijn functie rechtmatig en met opzet geweld heeft gebruikt als gevolg waarvan een persoon is komen te overlijden of zwaar letsel heeft opgelopen, de bestanddelen van een delictsomschrijving vervullen zoals doodslag (artikel 287 Sr) of zware mishandeling (artikel 302 Sr).¹⁰ De vraag of het gebruikte geweld *gerechtvaardigd* was, komt in de straf(proces)rechtelijke systematiek¹¹ – zowel bij burgers als bij opsporingsambtenaren – pas later aan de orde bij de rechtvaardigingsgronden, zoals handelen ter uitvoering van een wettelijk voorschrift. Indien dit beroep wordt aanvaard, is de gedraging gerechtvaardigd.

b. Het wetsvoorstel

⁴ Artikel 3 Politiewet 2012.

⁵ Artikel 7, eerste lid, Politiewet 2012.

⁶ Toelichting, paragraaf 3, vierde tekstblok.

⁷ De Aanwijzing geldt in gevallen van vuurwapengebruik met de dood of enig letsel als gevolg en overige geweldsaanwendingen met de dood of zwaar lichamelijk letsel als gevolg.

⁸ Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending, paragraaf 1.

⁹ Artikel 219 Sv regelt het recht van de getuige zich te verschonen van het beantwoorden van een hem gestelde vraag, onder meer indien hij daardoor zichzelf aan het gevaar van een strafrechtelijke veroordeling zou blootstellen. Dit neemt niet weg dat de procespositie van de getuige minder sterk is dan die van een verdachte waar het gaat om rechtsbijstand, de kennisname van processtukken en mogelijkheden om nader onderzoek te entameren.

¹⁰ Bij deze delicten is “wederrechtelijk” namelijk geen bestanddeel, zodat niet bewezen hoeft te worden dat de verdachte wederrechtelijk handelde; de wederrechtelijkheid van de gedraging wordt voorondersteld.

¹¹ Vergelijk het rechterlijk beslissingsschema van de artikelen 348 en 350 Sv. Bovendien heeft “schuld” als bedoeld in het redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit in de zin van artikel 27 Sv, de betekenis van ‘het gedaan hebben’.

Het wetsvoorstel geeft invulling aan de bijzondere positie van opsporingsambtenaren die in de uitoefening van hun taak geweld hebben gebruikt door deze een aparte positie te geven in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering. In de eerste plaats wordt voorgesteld een specifieke strafuitsluitingsgrond op te nemen voor opsporingsambtenaren die geweld hebben toegepast in de rechtmatige uitoefening van hun taak en daarbij hebben gehandeld overeenkomstig de geweldsinstructie. De regering erkent dat de bestaande strafuitsluitingsgronden voldoende bescherming bieden aan opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt. Het in de wet opnemen van de voorgestelde strafuitsluitingsgrond heeft dan ook een andere achtergrond.¹² De opsporingsambtenaar die geweld heeft gebruikt, kan als verdachte in het strafrecht worden aangemerkt terwijl van hem juist wordt verwacht dat hij in voorkomende gevallen geweld gebruikt.¹³ Dit betekent dat hij zich in een kwetsbare positie bevindt, aldus de regering. Dat rechtvaardigt een bijzondere strafrechtelijke positie.

In de tweede plaats voorziet het voorstel in strafbaarstelling van de ambtenaar aan wie de bevoegdheid is toegekend om geweld te gebruiken aan wiens schuld te wijten is dat hij de geweldsinstructie heeft geschonden in geval letsel of de dood het gevolg is. Dit omdat de bestaande delictsomschrijvingen (zoals bijvoorbeeld doodslag en mishandeling) niet zijn toegespitst op situaties waarin een opsporingsambtenaar handelt ter uitoefening van de taak waarmee hij is belast.

Het derde onderdeel van het voorstel betreft de invoering van het feitenonderzoek. Voorgesteld wordt in het Wetboek van Strafvordering een wettelijk kader op te nemen waarbinnen met toepassing van opsporingsbevoegdheden onderzoek kan worden gedaan naar gebruik van geweld door een opsporingsambtenaar zonder dat de betrokken opsporingsambtenaar als verdachte van een strafbaar feit wordt aangemerkt.¹⁴ Aan de betrokken opsporingsambtenaar worden wel de rechten van een verdachte toegekend¹⁵ (zie nader punt 2c van dit advies).

De Afdeling merkt op dat het feitenonderzoek gelet op de huidige wetssystematiek een bijzonder karakter heeft. Het is immers niet zoals een regulier opsporingsonderzoek gericht op opheldering van de gerezen verdenking van een gepleegd strafbaar feit.¹⁶ Bij het voorgestelde feitenonderzoek is sprake van een omgekeerde situatie: het is gericht op onderzoek naar de *rechtmatigheid* van geweldgebruik door opsporingsambtenaren, uitgeoefend in hun functie. De geweldsbevoegdheid brengt mee dat dit onderzoek een andere invalshoek kent dan ander onderzoek naar een geweldsdelict.¹⁷ Van de opsporingsambtenaar wordt verwacht dat hij in voorkomende

¹² Toelichting paragraaf 4.1, derde tekstblok.

¹³ Toelichting, paragraaf 2.3, eerste tekstblok.

¹⁴ Artikel 511a Sv tot en met artikel 511ab Sv, als voorgesteld.

¹⁵ Artikel 27, derde lid, Sv, als voorgesteld. De toelichting op artikel 27, derde lid, Sv stelt hierover: "Het gaat erom dat dat er gedurende het feitenonderzoek voor wordt gewaakt dat dat de rechtspositie van de betrokken ambtenaar niet nadelig wordt beïnvloed doordat hij bijvoorbeeld wordt gedwongen een verklaring af te leggen of doordat hij geen inzage heeft in het onderzoeksdossier.

¹⁶ Artikel 27, eerste lid, Sv: Als verdachte wordt, voordat de vervolging is aangevangen, aangemerkt degene wiens aanzien uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit voortvloeit.

¹⁷ Toelichting paragraaf 2.2, eerste tekstblok. In de huidige praktijk werkt de betrokken opsporingsambtenaar doorgaans vrijwillig mee aan het onderzoek. Knelpunt is in de praktijk vooral als men opsporingsbevoegdheden tegen derden wil inzetten, zoals het vorderen van camerabeelden.

gevallen geweld gebruikt. Wanneer vervolgens een strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld is dat ingrijpend voor de betrokkene en brengt dat onzekerheid mee. Deze onzekerheid kan impact hebben op het gebruik van geweld door opsporingsambtenaren in gevallen waar geweldgebruik juist geboden is.¹⁸ De Afdeling heeft begrip hiervoor en daarmee voor een bijzondere strafrechtelijke positie van opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt in de uitoefening van hun functie. Niettemin heeft de Afdeling de volgende opmerkingen bij het voorstel.

A. Het feitenonderzoek

Zoals opgemerkt (onder 1b) is het feitenonderzoek gelet op de huidige wetssystematiek bijzonder omdat het is gericht op onderzoek naar de *rechtmatigheid* van geweldgebruik door opsporingsambtenaren, uitgeoefend in hun functie en niet, zoals bij een opsporingsonderzoek, op de opheldering van een redelijk vermoeden van schuld aan een strafbaar feit.¹⁹ De geweldsbevoegdheid brengt mee dat dit onderzoek een andere invalshoek kent dan ander strafvorderlijk onderzoek naar een geweldsdelict.²⁰ De Afdeling beziet het voorgestelde feitenonderzoek dan ook vanuit het bijzondere karakter ervan.

2. Noodzaak en proportionaliteit bevoegdheden

In het feitenonderzoek kan een aantal van de in het Wetboek van Strafvordering geregelde dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden worden toegepast. Met betrekking tot de noodzaak en de proportionaliteit van de bevoegdheden uit het feitenonderzoek maakt de Afdeling de volgende opmerkingen.

a. *Noodzaak*

Ten behoeve van het feitenonderzoek worden de volgende bevoegdheden voorgesteld:

- onderzoek naar schotresten op lichaam (artikel 61a, eerste lid, h, Sv);
- beslag en betreden van plaatsen door opsporingsambtenaren (artikel 96 Sv);
- bevel tot uitlevering ter inbeslagneming door opsporingsambtenaren (artikel 96a Sv);
- doorzoeken vervoermiddel door opsporingsambtenaar (artikel 96b Sv);
- spoeddoorzoeking plaatsen ter inbeslagneming door (hulp)officier van justitie (artikel 96c Sv);

¹⁸ Vgl. aanbeveling 1, blz. 5, van de Nationale ombudsman in het rapport Verantwoord politiegeweld van 2 juni 2013: “De procedure die kan volgen na gebruik van geweld door de politie wordt door politiemensen ervaren als een onzekere periode, waardoor de betreffende politiemedewerker soms gedurende lange tijd niet weet waar hij aan toe is. Dit heeft een negatief effect op hun gevoel van veiligheid en vertrouwen *waardoor men soms twijfelt over het al dan niet gebruiken van geweld.*” Ook blijkt literatuur ter zake kunnen mogelijke gevolgen van de bestaande regeling en het uitblijven van een regeling van de bijzondere positie van opsporingsambtenaren die geweld hebben gebruikt voor de praktijk zijn, dat politiemensen geen geweld aanwenden uit angst voor strafrechtelijke consequenties, terwijl de omstandigheden daartoe wel noopten. J.P. Barneveld, Zin en noodzaak van een stelselherziening geweldsaanwending door politieambtenaren, Tijdschrift voor sanctierecht en onderneming 2016, blz. 73. Vgl. voorts Herziening stelsel geweldsaanwending in Blauw, 2015, nr. 8, blz. 9.

¹⁹ Toelichting, paragraaf 3, laatste tekstblok.

²⁰ Vgl. toelichting paragraaf 2.2, eerste tekstblok.

- spoeddoorzoeking van woningen ter inbeslagneming door (hulp)officier van justitie (artikel 97 Sv);
- beslag en doorzoeking bij verschoningsgerechtigden (artikel 98 Sv);
- handhaving van de orde in geval van ambtsverrichtingen (artikel 124 Sv);
- maatregelen in het kader van schouw of doorzoeking (artikel 125 Sv);
- doorzoeking van een plaats ter vastlegging van gegevens (artikel 125i Sv);
- vorderen van identificerende gegevens (artikel 126nc Sv);
- vorderen van overige gegevens (artikel 126nd Sv);
- benoemen deskundige (artikel 150 Sv);
- schouw door (hulp)officier van justitie (artikel 151 Sv);
- beslag rechter-commissaris (artikel 104 Sv);
- bevel tot uitlevering ter inbeslagneming rechter-commissaris (artikel 105 Sv);
- doorzoeking van woningen ter inbeslagneming rechter-commissaris (artikel 110 Sv).

Volgens de toelichting zijn over de voorgestelde bevoegdheden het openbaar ministerie en de rijksrecherche geconsulteerd²¹ en is tevens gekeken naar eerder onderzoek naar geweldgebruik door opsporingsambtenaren.²²

De Afdeling merkt op dat van enkele van de voorgestelde bevoegdheden het goed voorstelbaar is dat toepassing ervan noodzakelijk is in een feitenonderzoek naar de vraag of het geweld conform de geweldsinstructie is gebruikt, zoals onderzoek naar schotresten, schouw en beslag.

De Afdeling acht echter niet de vraag beantwoord waarom het in het kader van een feitenonderzoek – waarbij al de bevoegdheid tot het schouwen van plaatsen is opgenomen – noodzakelijk is te voorzien in de bevoegdheid tot het doorzoeken van woningen²³ en met name het doorzoeken van woningen en kantoren van geheimhouders en de bevoegdheid tot inbeslagneming van documenten van geheimhouders,²⁴ mede gelet op het zwaarwegende belang van het verschoningsrecht en het huisrecht.

²¹ Deze consultaties zijn niet geopenbaard.

²² Toelichting op artikel 511aa, tweede tekstblok.

²³ Uitgangspunt in de huidige regeling (van artikel 96 Sv) is dat de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen niet verder strekt dan “zoekend rondkijken” (HR 21 december 2010, NJ 2011, 24). Als doelgericht een kast wordt geopend valt dat onder doorzoeking. Vgl. T&C Strafvordering, aantekening 2 op artikel 96 Sv.

²⁴ Vgl. artikel 98 Sv: Bij personen met bevoegdheid tot verschoning, als bedoeld bij artikel 218 worden, tenzij met hunne toestemming, niet in beslag genomen brieven of andere geschriften, tot welke hun plicht tot geheimhouding zich uitstrekt. De rechter-commissaris is bevoegd ter zake te beslissen. 2 Indien de persoon met bevoegdheid tot verschoning bezwaar maakt tegen de inbeslagneming van brieven of andere geschriften omdat zijn plicht tot geheimhouding zich daartoe uitstrekt, wordt niet tot kennisneming overgegaan dan nadat de rechter-commissaris daarover heeft bepaald. 3 De rechter-commissaris die beslist dat inbeslagneming is toegestaan, deelt de persoon met bevoegdheid tot verschoning mede dat tegen zijn beslissing beklag open staat bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd en tevens dat niet tot kennisneming wordt overgegaan dan nadat onherroepelijk over het beklag is beslist. 4 Tegen de beschikking van de rechter-commissaris kan de persoon met bevoegdheid tot verschoning binnen veertien dagen na de betekening daarvan een klaagschrift indienen bij het gerecht in feitelijke aanleg waarvoor de zaak wordt vervolgd. Artikel 552a is van toepassing. 5 Een doorzoeking vindt bij zodanige personen, tenzij met hun toestemming, alleen plaats voor zover het zonder schending van het stands-, beroeps- of ambtsgeheim kan geschieden, en strekt zich niet uit tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben.

De Afdeling adviseert de noodzaak van de bevoegdheid tot doorzoeking van woningen, alsmede van woningen en kantoren van verschoningsgerechtigden en de inbeslagneming van documenten van verschoningsgerechtigden in het kader van een onderzoek naar de vraag of geweld conform de geweldsinstructie is gebruikt, dragend te motiveren en indien die motivering niet kan worden gegeven, daarvan af te zien.

b. *Proportionaliteit*

De Afdeling merkt op dat de toepassing van de voorgestelde bevoegdheden niet is gekoppeld aan nadere wettelijke voorwaarden. Voor instelling van een feitenonderzoek en voor toepassing van alle verschillende bevoegdheden is vereist dat een ambtenaar in de uitoefening van zijn functie “geweld”²⁵ heeft gebruikt; als geweld is gebruikt kunnen volgens het wetsvoorstel alle voorgestelde bevoegdheden worden toegepast. Voor een aantal van de voorgestelde bevoegdheden geldt dat de desbetreffende bevoegdheden in het kader van een opsporingsonderzoek buiten de rechter-commissaris om slechts mogelijk zijn in geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv. Dit betreft in beginsel delicten waarop een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld. De voorgestelde strafbaarstelling kent een strafmaximum van drie jaar gevangenisstraf indien het feit de dood tot gevolg heeft, zodat zelfs in de zwaarste variant niet is voldaan aan het criterium van artikel 67, eerste lid, Sv.²⁶ In het wetsvoorstel is niet voorgesteld om vrijheidsbenemende dwangmiddelen in een feitenonderzoek te kunnen toepassen tegen de betrokken opsporingsambtenaar, omdat daartoe geen noodzaak lijkt te bestaan.²⁷ Dit neemt niet weg dat het uit een oogpunt van proportionaliteit van bevoegdheden wel wenselijk lijkt om voor de toepassing van meer ingrijpende bevoegdheden een soortgelijke waarborg op te nemen als in het opsporingsonderzoek wordt gesteld aan de toepassing van bepaalde onderzoeksbevoegdheden die ziet op de zwaarte van de feiten die worden onderzocht.

In de toelichting wordt voorts gesteld dat het feitenonderzoek met name is bedoeld voor de gevallen dat een vuurwapen is gebruikt en dit enig lichamelijk letsel of de dood tot gevolg heeft en voor gevallen waarin opsporingsambtenaren andere vormen van geweld hebben toegepast en dit zwaar lichamelijk letsel of de dood tot gevolg heeft gehad.²⁸ Maar, zo stelt de toelichting, de officier van justitie kan ook in andere dan de hier omschreven gevallen besluiten tot een feitenonderzoek.²⁹ Dit betekent dat het wetsvoorstel er niet aan in de weg staat dat de officier van justitie kan besluiten tot een feitenonderzoek in lichtere gevallen, waarin bijvoorbeeld een klap is uitgedeeld die slechts enig lichamelijk letsel tot gevolg heeft gehad. De minister stelt dat het ook in de huidige situatie aan de officier van justitie wordt overgelaten of buiten de gevallen van de aanwijzing een onderzoek wordt ingesteld en dat er geen aanleiding is om daarin

²⁵ Onder “geweld” wordt in artikel 1, derde lid, onderdeel b, van de Ambtsinstructie verstaan elke dwangmatige kracht van meer dan geringe betekenis uitgeoefend op personen of zaken.

²⁶ In artikel 67, eerste lid, onderdelen b en c, Sv wordt daarnaast nog een aantal delicten genoemd waarvoor een bevel tot voorlopige hechtenis kan worden gegeven, die een lichtere straf kennen dan een gevangenisstraf van vier jaar of meer.

²⁷ Zo maken de vrijheidsbenemende dwangmiddelen van aanhouding (artikel 53 en 54 Sv), ophouden voor onderzoek (artikel 61 Sv), in verzekeringstelling (artikel 57 Sv) en voorlopige hechtenis (artikel 63 e.v. Sv) geen onderdeel uit van de dwangmiddelen en opsporingsbevoegdheden die op grond van het voorgestelde artikel 511a Sv in het kader van een feitenonderzoek kunnen worden toegepast tegen de betrokken opsporingsambtenaar. Blijkbaar is daaraan geen behoefte in een feitenonderzoek.

²⁸ Toelichting op artikel 511a, eerste tekstblok (blz. 17).

²⁹ Toelichting op artikel 511a, eerste tekstblok (blz. 17).

verandering te brengen.³⁰ De Afdeling merkt op dat in het feitenonderzoek meer ingrijpende bevoegdheden kunnen worden ingezet tegen de betrokken opsporingsambtenaar en tegen derden dan op grond van de aanwijzing en de huidige praktijk, omdat in de huidige praktijk in voorkomende gevallen geen sprake is van een verdenking en de toepassing van dwangmiddelen (tegen derden) dan is uitgesloten.³¹ In zoverre gaat de verwijzing naar de huidige praktijk mank.

Voorts lijkt het gelet op het karakter van het feitenonderzoek in de rede te liggen dat de toepassing van bevoegdheden zich onderscheidt naar gelang sprake is van zwaardere of lichtere geweldsincidenten. In dit verband wijst de Afdeling erop dat in artikel 565, tweede lid, Sv waaraan de opzet van de bepaling is ontleend, wel enige proportionaliteitseisen zijn opgenomen. Zo kan een van de in die bepaling genoemde bevoegdheden slechts met het oog op de vaststelling van de verblijfplaats van de aan te houden persoon worden toegepast *in geval de aan te houden persoon wordt vervolgd of is veroordeeld tot een vrijheidsstraf van dezelfde ernst als waarvoor de bevoegdheid ingevolge het desbetreffende artikel mag worden toegepast*.³²

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om in het licht van de proportionaliteit tussen de ernst van de inbreuk op de grondrechten en de voorwaarden voor toepassing van de bevoegdheden, te voorzien in nadere wettelijke voorwaarden voor de uitoefening van de voorgestelde bevoegdheden. Daarbij kan worden gedacht aan het opnemen in de wet van een ondergrens voor het starten van een feitenonderzoek³³ of voor toepassing van de meer ingrijpende bevoegdheden in het kader van het feitenonderzoek, bijvoorbeeld een beperking tot geweldsincidenten van een bepaalde ernst en met ernstig letsel, zoals ook in een opsporingsonderzoek aan de toepassing van bepaalde bevoegdheden de eis is gesteld dat het moet gaan om feiten waarvoor voorlopige hechtenis als bedoeld in artikel 67, eerste lid, Sv mogelijk is.³⁴

c. *Onderzoekshandelingen op verzoek van betrokkene*

In de voorgestelde aanvulling van artikel 27, derde lid, Sv wordt bepaald dat de aan de verdachte toekomende rechten tevens toekomen aan de ambtenaar die in de uitoefening van zijn functie geweld heeft gebruikt en ten aanzien van dat geweldgebruik een feitenonderzoek is ingesteld. Volgens de toelichting kan hierbij met name worden gedacht aan het zwijgrecht, het recht op inzage in stukken en het recht op rechtsbijstand.³⁵ Tot de hier bedoelde rechten hoort volgens de toelichting evenwel niet het recht van de verdachte om de rechter-commissaris te verzoeken bepaalde onderzoekshandelingen te verrichten.

De Afdeling merkt op dat de tekst van artikel 27, derde lid, Sv spreekt over “de aan de verdachte toekomende rechten” terwijl de uitsluiting van het toekennen aan de

³⁰ Toelichting op artikel 511a, eerste tekstblok (blz. 17).

³¹ Toelichting, par 3, derde tekstblok. “Het knelpunt doet zich dan ook vooral gevoelen wanneer men opsporingsbevoegdheden tegen derden wil inzetten”.

³² Artikel 565, tweede lid, onderdeel a, Sv.

³³ De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak heeft in zijn advies van 18 juli 2016, blz. 3, ook voorgesteld in de wet een ondergrens voor het feitenonderzoek op te nemen. Zoals vermeld, gaat de reactie van de minister dat de huidige aanwijzing handelwijze geweldsaanwending (politie)ambtenaar ook geen ondergrens bevat niet zonder meer op, aangezien in het feitenonderzoek verdergaande dwangmiddelen (tegen derden) kunnen worden ingezet.

³⁴ Zie ook punt 3d.

³⁵ Toelichting op artikel 27, derde lid, Sv.

betrokken ambtenaar van het recht om de rechter-commissaris te verzoeken om onderzoekshandelingen te verrichten uitsluitend in de toelichting is opgenomen. Overigens is de keuze voor deze uitsluiting niet nader gemotiveerd.

Uitgaande van de redactie van artikel 27, derde lid, Sv adviseert de Afdeling om de toelichting aan te passen in die zin dat het recht als bedoeld in artikel 182 Sv wel van (overeenkomstige) toepassing is op de betrokken ambtenaar in een feitenonderzoek.

3. Overige opmerkingen feitenonderzoek

Voorts maakt de Afdeling nog de volgende opmerkingen bij het feitenonderzoek.

a. *Dezelfde bevoegdheden aan verschillende autoriteiten*

Niet duidelijk is waarom in het feitenonderzoek dezelfde beslagbevoegdheden worden toegekend aan de officier van justitie, aan gewone opsporingsambtenaren en aan de rechter-commissaris, onder dezelfde voorwaarden (zij het dat de rechter-commissaris deze enkel op vordering van de officier van justitie kan uitoefenen). Zo wordt voor de opsporingsambtenaar en voor de rechter-commissaris de algemene beslagbevoegdheid voorgesteld, alsmede de bevoegdheid om een bevel tot uitlevering te geven. Ten opzichte van een regulier strafvorderlijk onderzoek is het kenmerkende verschil dat de opsporingsambtenaar deze bevoegdheden alleen toekomt *in geval een ontdekking op heterdaad of in geval van een verdenking van een misdrijf als omschreven in artikel 67, eerste lid, Sv*.³⁶ De rechter-commissaris kan deze bevoegdheden op vordering van de officier van justitie volgens de geldende strafvorderlijke regeling daarentegen toepassen bij elk strafbaar feit en ook buiten heterdaad.³⁷ Omdat in het feitenonderzoek geen verdenking hoeft te bestaan, vervalt dit kenmerkende verschil in voorwaarden voor uitoefening van deze beslagbevoegdheden van de opsporingsambtenaar en de rechter-commissaris. Wel is opgenomen dat de rechter-commissaris de bevoegdheden slechts uitoefent op vordering van de officier van justitie.³⁸ Bovendien kan de officier van justitie deze bevoegdheden ook zelf uitoefenen.³⁹

De Afdeling adviseert in de toelichting dragend te motiveren waarom in het feitenonderzoek dezelfde algemene beslagbevoegdheid en uitleveringsbevoegdheid worden toegekend aan de officier van justitie, de opsporingsambtenaar en de rechter-commissaris die bovendien onder dezelfde voorwaarden kunnen worden toegepast (zij het dat de rechter-commissaris deze enkel kan toepassen op vordering van de officier van justitie). Indien die motivering niet kan worden gegeven, adviseert de Afdeling het wetsvoorstel aan te passen.

³⁶ Artikel 96 en artikel 96a Sv.

³⁷ Artikel 104 en artikel 105 Sv.

³⁸ De voorwaarde in het voorgestelde artikel 511aa, eerste lid, Sv dat de rechter-commissaris *op vordering van de officier van justitie* de bevoegdheden als bedoeld in de artikelen 104 tot en met 110 Sv kan uitoefenen, lijkt voorts overbodig omdat uit de desbetreffende artikelen al blijkt dat de rechter-commissaris deze in beginsel enkel uitoefent op vordering van de officier van justitie en de uitzondering daarop – artikel 182 Sv – volgens de toelichting op artikel 27, derde lid, Sv laatste tekstblok) niet van toepassing is.

³⁹ In het voorgestelde artikel 511aa, eerste lid, Sv wordt de officier van justitie in eerste instantie genoemd als autoriteit die de bevoegdheden kan uitoefenen.

b. Toetsing rechter-commissaris

Verder – en in verband met het voorgaande – merkt de Afdeling op dat onduidelijk is aan welke criteria de rechter-commissaris de vordering van de officier van justitie tot het uitoefenen van de bevoegdheden in de artikelen 104 tot en met 110 Sv moet toetsen. Deze bepalingen bevatten verschillende voorwaarden voor uitoefening van de bevoegdheden, op grond waarvan de rechter-commissaris de wetmatigheid kan toetsen. Zo bepaalt bijvoorbeeld artikel 105, eerste lid, Sv dat de vordering van de officier tot een bevel tot uitlevering van een voor inbeslagneming vatbaar voorwerp het strafbare feit vermeldt en zo mogelijk de naam van de verdachte alsmede de feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat de wettelijke voorwaarden voor uitoefening van de bevoegdheid zijn vervuld. Omdat voor de uitoefening van bevoegdheden in het feitenonderzoek geen verdenking is vereist, ligt het voor de hand dat het strafbare feit niet hoeft te worden vermeld.

De Afdeling adviseert in de toelichting in te gaan op de toetsing door de rechter-commissaris van de vordering van de officier van justitie tot het uitoefenen van een van de beslagbevoegdheden, als bedoeld in de artikelen 104 tot en met 110 Sv, dan wel zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

c. Toepassing beslagbepalingen in feitenonderzoek

In reactie op een vraag van de Raad voor de rechtspraak (hierna: Rvdr) merkt de minister op dat artikel 94 Sv, dat een aantal gronden voor inbeslagneming van voorwerpen bevat, niet in het wetsvoorstel is opgenomen omdat dit geen bevoegdheid betreft.⁴⁰ Voor de uitoefening van de bevoegdheid tot inbeslagneming vormt artikel 94 Sv wel steeds het richtsnoer, aldus de toelichting.⁴¹

De Afdeling acht deze motivering niet overtuigend omdat de kern bij het in het in de toelichting overeenkomstig van toepassing verklaren van artikel 94 Sv niet is gelegen in de vraag of sprake is van een bevoegdheid, maar in de vraag of een strafvorderlijk voorschrift in verband met de uitoefening van de desbetreffende bevoegdheden betekenis kan hebben in het feitenonderzoek. In dat verband wijst de Afdeling er op dat artikel 94 Sv een aantal doeleinden voor inbeslagneming noemt, zoals waarheidsvinding en verbeurdverklaring. Daarmee wordt duidelijk wanneer voorwerpen voor inbeslagneming vatbaar zijn. Zo dient er een vermoeden te bestaan dat de in beslag te nemen voorwerpen kunnen bijdragen aan de waarheidsvinding.⁴²

⁴⁰ Artikel 94 Sv luidt: 1. Vatbaar voor inbeslagneming zijn alle voorwerpen die kunnen dienen om de waarheid aan de dag te brengen of om wederrechtelijk verkregen voordeel, als bedoeld in artikel 36e van het Wetboek van Strafrecht, aan te tonen. 2. Voorts zijn vatbaar voor inbeslagneming alle voorwerpen welke verbeurdverklaring of onttrekking aan het verkeer kan worden bevolen. 3. Van de inbeslagneming van een voorwerp wordt, ook in geval de bevoegdheid tot inbeslagneming toekomt aan de rechter-commissaris of de officier van justitie, door de opsporingsambtenaar een kennisgeving van inbeslagneming opgemaakt. Zoveel mogelijk wordt aan degene bij wie een voorwerp is inbeslaggenomen, een bewijs van ontvangst afgegeven. De opsporingsambtenaar stelt de kennisgeving zo spoedig mogelijk in handen van de hulpofficier van justitie teneinde te doen beoordelen of het beslag moet worden gehandhaafd.

⁴¹ Toelichting op artikel 511aa, derde tekstblok.

⁴² Vgl. R.M. Vennix, *Boef en beslag*, KU Nijmegen 1998, blz. 275. Gelet op het doel van het feitenonderzoek ligt het overigens voor de hand dat voorwerpen in een feitenonderzoek enkel voor *waarheidsvinding* in beslag mogen worden genomen – dus in dit verband ter beantwoording van de vraag of het geweld is gebruikt conform de geweldsinstructie – en niet voor de andere in artikel 94 Sv genoemde doelen, zoals het aantonen van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Voorts bepaalt artikel 94, derde lid, Sv dat van de inbeslagneming door de opsporingsambtenaar een kennisgeving van inbeslagneming wordt opgemaakt en dat een bewijs van ontvangst wordt afgegeven. Ook dit voorschrift lijkt relevant, met name in gevallen dat bij anderen dan de opsporingsambtenaar die geweld heeft gebruikt, beslag wordt gelegd.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling in het voorgestelde artikel 511aa Sv relevante beslagbepalingen van (overeenkomstige) toepassing te verklaren.⁴³

d. Verhouding tot bevoegdheden in opsporingsonderzoek

De Afdeling merkt op dat in het feitenonderzoek bepaalde bevoegdheden, zoals een doorzoeking door de (hulp)officier van justitie, kunnen worden toegepast, terwijl diezelfde bevoegdheden op het moment dat de ambtenaar in een opsporingsonderzoek als verdachte van overtreding van de voorgestelde strafbepaling artikel 372 Sr wordt aangemerkt, *niet* mogen worden toegepast door deze strafvorderlijke autoriteiten omdat artikel 372 Sr niet valt onder de gevallen voor voorlopige hechtenis als bedoeld in artikel 67, eerste lid, Sv. Voor veel van de bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering geldt namelijk dat deze enkel kunnen worden toegepast als sprake is van een geval voor voorlopige hechtenis, als bedoeld in artikel 67, eerste lid, Sv. Er is immers bij het voorgestelde artikel 372 Sr geen sprake van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en het misdrijf van artikel 372 Sr wordt evenmin specifiek vermeld als geval voor voorlopige hechtenis in artikel 67, eerste lid, onderdelen b en c, Sv.⁴⁴ Gelet op de verhouding tot de overeenkomende bevoegdheden in het feitenonderzoek, lijkt er reden om het voorgestelde artikel 372 Sr toe te voegen als geval voor voorlopige hechtenis, als bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdelen, b en c Sv. In de toelichting wordt hierop niet ingegaan.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en zo nodig het voorgestelde artikel 372 Sr toe te voegen als geval voor voorlopige hechtenis, als bedoeld in artikel 67, eerste lid, onderdelen, b en c Sv.

B. De strafbaarstelling

4. Voorzienbaarheid

De voorgestelde strafbaarstelling luidt, voor zover relevant: “De ambtenaar aan wie de bevoegdheid geweld te gebruiken is toegekend en aan wiens schuld is te wijten dat hij het in zijn geweldsinstructie bepaalde schendt.” (...) ⁴⁵ 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”. ⁴⁶

⁴³ Mogelijk valt ook te denken aan de regeling van teruggave en met name beklag (artikel 116 e.v. Sv alsmede artikel 552a Sv). Het is evenwel de vraag of de problematiek van (derden)belanghebbenden zich voordoet bij beslag in het feitenonderzoek en of niet kan worden volstaan met het strafvorderlijke uitgangspunt van teruggave aan de beslagene indien het onderzoek zich daartegen niet langer verzet.

⁴⁴ Opmerking verdient dat dood door schuld ook geen geval voor voorlopige hechtenis oplevert (artikel 307 Sr).

⁴⁵ Artikel 372 Sr, als voorgesteld.

⁴⁶ Artikel 90novies, Sr, als voorgesteld.

De Afdeling merkt op dat het culpoos schenden van de geweldsinstructie door een ambtenaar de kern van de voorgestelde strafbaarstelling betreft. Van de algemeen verbindende voorschriften bevat enkel de geldende Ambtsinstructie precieze voorschriften over het gebruik van een aantal geweldsmiddelen, zoals vuurwapens, pepperspray en de inzet van een politiehond.⁴⁷ Voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het overige geweldgebruik door opsporingsambtenaren moet worden teruggevallen op de in artikel 7 van de Politiewet 2012 opgenomen algemene beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en de pendant daarvan in artikel 6 van de Wet op de bijzondere opsporingsdiensten.⁴⁸ Deze bepalingen, waarin de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit zijn neergelegd, munten niet uit in precisie.⁴⁹ Het voorgaande betekent dat het bestanddeel 'schenden van de geweldsinstructie' deels weinig precies is bepaald. Het *lex certa* beginsel vereist dat een delictsomschrijving zo precies mogelijk is geformuleerd. Voor een ieder moet zo veel mogelijk voorzienbaar zijn welke concrete handelingen (of het nalaten ervan) tot straffen kunnen leiden. De Afdeling begrijpt dat het lastig is om de voorgestelde delictsomschrijving te precisieren. Met het oog op het bevorderen van de voorzienbaarheid zouden evenwel de overige geweldsmiddelen zo mogelijk nader kunnen worden genormeerd. Momenteel wordt de Ambtsinstructie herzien.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het voorgaande in te gaan en om het gebruik van de verschillende geweldsmiddelen zo mogelijk in de te wijzigen Ambtsinstructie nader te normeren.

5. Schuldverband

In zijn advies over het voorstel stelt de Raad voor de rechtspraak (hierna: Rvdr) dat de opsporingsambtenaar die geweld heeft gebruikt op basis van de voorgestelde strafbaarstelling eerder en sneller strafbaar is dan op basis van de bestaande strafbepalingen als doodslag, mishandeling en dood door schuld.⁵⁰ De Rvdr wijst erop dat bij de delicten (zware) mishandeling of doodslag er altijd sprake moet zijn van opzet, en dat bij culpoze delicten sprake moet zijn van schuld aan het gevolg (de dood of het letsel). De voorgestelde strafbepaling kan daarmee volgens de Rvdr tot gevolg hebben dat de ambtenaar eerder en vaker strafbaar is dan onder het huidige regime, nu in het voorstel de voorwaarde voor opzet op of schuld aan het gevolg van die overtreding van de geweldsinstructie ontbreekt.

⁴⁷ Alsmede het gebruik van de elektrische wapenstok en handboeien. Andere geweldsmiddelen, zoals bijvoorbeeld de nekklem zijn niet specifiek genormeerd. Vgl. de dood van Mitch Henriquez; <https://www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@95976/mh/> Op basis van het NFI-rapport concludeert het openbaar ministerie dat Mitch Henriquez is overleden door verstikking, waarschijnlijk veroorzaakt door geweld op zijn hals door een nekklem, waarbij het geweld op zijn neus en het gebruik van pepperspray tevens een rol kunnen hebben gespeeld.

⁴⁸ Artikel 7, eerste lid, van de Politiewet 2012 bepaalt: De ambtenaar van politie die is aangesteld voor de uitvoering van de politietaak, is bevoegd in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening geweld of vrijheidsbeperkende middelen te gebruiken, wanneer het daarmee beoogde doel dit, mede gelet op de aan het gebruik hiervan verbonden gevaren, rechtvaardigt en dat doel niet op een andere wijze kan worden bereikt. Aan het gebruik van geweld gaat zo mogelijk een waarschuwing vooraf. Artikel 6, eerste en tweede lid, van de Wet op de Bijzondere opsporingsdiensten bepalen hetzelfde voor ambtenaren van de bijzondere opsporingsdiensten.

⁴⁹ Weliswaar vormen de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit ook de kern van de (on)geschreven rechtvaardigingsgronden, maar daar speelt het *lex certa* beginsel niet omdat het niet gaat om strafbaarstellingen, maar om strafuitsluitingsgronden.

⁵⁰ Advies van 11 juli 2016, blz. 3.

In reactie hierop wordt in de toelichting gesteld dat nog daargelaten of dit oordeel van de Rvdr kan worden onderschreven, in het bijzonder omdat het gebruik van geweld uit zijn aard (voorwaardelijk) opzet op de gevolgen met zich brengt, het geenszins de bedoeling is om de strafrechtelijke aansprakelijkheid van opsporingsambtenaren die in hun functie geweld hebben gebruik uit te breiden.⁵¹

Bij deze reactie merkt de Afdeling het volgende op. Niet duidelijk is hoe het antwoord van de minister dat het niet de bedoeling is om de aansprakelijkheid uit te breiden, zich verhoudt tot de voorgestelde wettelijke systematiek. Op grond van deze systematiek ligt het in de rede dat in de voorgestelde strafbaarstelling de gevolgen onder 1-3 van het voorgestelde artikel 372 Sr (enig lichamelijk letsel, zwaar lichamelijk letsel of de dood) zijn onttrokken aan het te bewijzen schuldverband.⁵² Dat betekent dat in de voorgestelde strafbaarstelling het bewijs van de *schuld* uitsluitend is gekoppeld aan het schenden van de geweldsinstructie en niet aan de gevolgen daarvan. Wel moet er causaal verband zijn tussen het schenden van de geweldsinstructie en het ingetreden gevolg.⁵³ Anders gezegd: bij het delict dood door schuld is schuld aan de *dood* vereist, terwijl op grond van de redactie van de voorgestelde strafbaarstelling er aansprakelijkheid bestaat in geval van schuld aan de *schending van de geweldsinstructie*, met letsel of de dood als gevolg.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling om in de toelichting, mede aan de hand van voorbeelden, nader in te gaan op de reikwijdte van de voorgestelde strafbaarstelling in het licht van de wetssystematiek, in het bijzonder in verhouding tot het delict dood door schuld.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

⁵¹ Toelichting op artikel 372 Sr, vierde tekstblok.

⁵² Dat de gevolgen uit 1-3 gelden als geobjectiveerde bestanddelen volgt uit de wetssystematiek. In artikel 158 Sr dat dezelfde formulering kent, zijn de gevolgen onder 1-3 eveneens geobjectiveerd. Vgl. bijvoorbeeld T&C Sr, artikel 158, aantekening 9.

Overigens is de opmerking in de toelichting dat het gebruik van geweld opzet op de gevolgen meebrengt in dit verband minder relevant, aangezien het bij de voorgestelde strafbaarstelling om een culpoos delict gaat en niet om een opzetdelict. Voorts is de opmerking dat het gebruik van geweld uit zijn aard opzet op *de gevolgen* meebrengt niet zonder meer juist. Vlg. bijvoorbeeld de zaak tegen de politieagent die een 17-jarige jongen doodschoot op station Holland Spoor in Den Haag (ECLI:RBDHA:2013:18257, rechtsoverweging 3.4.2.2.5). De rechtbank overweegt dat de verdachte zich vanwege opleiding en ervaring als politieagent weliswaar bewust was van de aan het gebruik van vuurwapens verbonden risico's, waarvan de grootte varieert afhankelijk van de omstandigheden waarin geschoten wordt. "Hieruit volgt echter niet zonder meer dat verdachte op het moment dat hij in de richting van Rishi schoot willens en wetens de aanmerkelijke kans op een fataal schot heeft aanvaard."

⁵³ Toelichting op artikel 372 Sr, vierde tekstblok.