

# Politiegeweld en wettelijk voorschrift

Prof.mr. J.M. ten Voorde

Hoge Raad 6 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1488, NJ 2020/385

<sup>1</sup> Het kan verleidelijk zijn de onderhavige zaak te bezien in het licht van de recente maatschappelijke en politieke discussie over politiegeweld. Voor even werd in 2020 het nieuws rondom het COVID-19-virus naar de achtergrond verdreven door de dood van een 46-jarige Afro-Amerikaanse man uit Minneapolis. George Floyd stierf op 25 mei van het vorige jaar tijdens een aanhouding ten gevolge van op hem door politiefunctionarissen uitgeoefend geweld. Floyds dood leidde tot felle protesten in de Verenigde Staten en daarbuiten, waaronder in Nederland, onder het motto *Black Lives Matter*.

In hoeverre deze protesten zullen leiden tot de noodzakelijke wijzigingen in de gevallen, gronden en de wijze waarop door Amerikaanse politiefunctionarissen geweld tegen personen mag en zal worden gebruikt, moet worden afgewacht. We moeten echter voorkomen de suggestie te wekken dat wat aldaar fout ging, het zoveelste voorbeeld van een te zeer op geweldsuitoefening gerichte overheid en de diepgewortelde discriminatie jegens Afro-Amerikanen,<sup>1</sup> ook geldt voor de Nationale Politie. Hoewel ook in Nederland diverse voorbeelden van excessief politieel geweld kunnen worden gegeven en discriminatie ook bij de politie helaas geen onbekend probleem is,<sup>2</sup> zie ik op dit moment geen sluitend bewijs dat excessief politiegeweld en discriminatie twee zijden van dezelfde medaille zijn. Daarmee heb ik dus ook niet gezegd dat aan de onderhavige zaak discriminatoire aspecten verbonden zijn.

Waar ging het in deze zaak om? Op 6 oktober 2014 onttrok het latere slachtoffer zich als bestuurder van een auto aan een politiecontrole. Hij negeerde een stopteken van verbalisanten en reed door, waarbij de verbalisanten ‘ternauwernood’ voorkwamen dat zij werden aangereden. De verdachte in deze zaak had die avond dienst als motoragent. Hij zette de achtervolging in en vernam tijdens de achtervolging dat op de verbalisanten was ingereeden, hetgeen kan worden gekwalificeerd als een poging tot doodslag.<sup>3</sup> Intussen had het slachtoffer een wegblokkade van de politie ontweken en vertoonde gevaarlijk rijgedrag. Tevens reed hij te hard. De auto kwam tot stilstand doordat een politieauto de weg versperde. Het slachtoffer stapte uit de auto en rende weg, met de kennelijke bedoeling om aan de politie te ontkomen. Verdachte had zijn motor inmiddels stilgezet en schoot bij wijze van aanhoudingsvuur tweemaal op het slachtoffer, dat tweemaal werd geraakt. De ene kogel raakte het achterhoofd van het slachtoffer, de andere kogel drong diens (onder)lichaam binnen.

<sup>2</sup> De verdachte wordt vervolgd en door het hof schuldig bevonden aan poging tot doodslag. Het beroep op de strafuitsluitingsgrond wettelijk voorschrift (art. 42 Sr) wordt door het hof verworpen. Met toepassing van artikel 9a Sr wordt aan de verdachte geen straf of maatregel opgelegd. Tegen het arrest wordt door de verdachte beroep in cassatie ingesteld. Het cassatieberoep bestaat uit vijf middelen.

<sup>1</sup> Vgl. P. Butler, *Chokehold. Policing Black Men*, New York: The New Press 2018.

<sup>2</sup> Zie over dat laatste *NRC Handelsblad* 28 november 2020.

Over politiegeweld: M.C. Kuin, F.G.H.C. Kriek & J.S. Timmer, *Met gepast geweld. Politiegeweld in Nederland in 2016*, Den Haag:

Sdu/Politie & Wetenschap 2020.

<sup>3</sup> Zie reeds HR 6 februari 1951, *NJ* 1951/475, m.nt. B.V.A. Röling.

Alleen het vijfde middel, dat klaagt over schending van de redelijke termijn, slaagt, maar omdat aan de verdachte geen straf of maatregel is opgelegd leidt dat niet tot een ander rechtsgevolg. Het tweede, derde en vierde middel worden met een beroep op artikel 81 lid 1 RO afgedaan. Met betrekking tot het eerste middel oordeelt de Hoge Raad als volgt:

“2.1 Het cassatiemiddel klaagt over het oordeel van het hof dat het door de verdachte toegepaste geweld niet verenigbaar was met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit en dat hem daarom geen beroep toekomt op de strafuitsluitingsgrond van artikel 42 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr).

2.2.1 Ten laste van de verdachte is bewezenverklaard dat:

“hij op 6 oktober 2014 in de gemeente Den Haag (ter hoogte van de kruising Stationsweg/Hoefkade) ter uitvoering van het door verdachte voorgenomen misdrijf om opzettelijk [benadeelde] van het leven te beroven, met dat opzet met een vuurwapen twee kogels heeft afgevoerd in de richting van die [benadeelde], waarbij een van die kogels het achterhoofd van [benadeelde] heeft geraakt, althans geschampt en een van die kogels het (onder)lichaam van die [benadeelde] is binnengedrongen, terwijl de uitvoering van dat voorgenomen misdrijf niet is voltooid.”

2.2.2 [...]

2.2.3 Het hof heeft het verweer waarop het cassatiemiddel doelt, als volgt samengevat en verworpen:

“Ter terechtzitting in hoger beroep is gebleken dat geen discussie (meer) bestaat over de vraag of de verdachte bevoegd was om [benadeelde] aan te houden op verdenking van een poging tot doodslag op een of meer politieambtenaren. Het hof onderschrijft dat de verdachte daartoe bevoegd was. Ook staat niet ter discussie dat de aanhoudingsbevoegdheid in zijn algemeenheid het gebruik van gepast geweld met zich mee kan brengen. Waar het in deze zaak om gaat is de vraag of de verdachte in de gegeven omstandigheden met zijn wapen heeft mogen schieten op de verdachte.

Als de politie overgaat tot het gebruik van een vuurwapen, dient dat getoetst te worden aan artikel 7 van de Ambtsinstructie, dat de situaties beschrijft waarvan minimaal sprake moet zijn voordat de politieambtenaar kan overgaan tot het gebruik van zijn vuurwapen. Dat laat onverlet dat het handelen van de politieambtenaar daarnaast altijd dient te voldoen aan de eisen die de Politiewet 2012 hieraan stelt, meer specifiek de eisen zoals neergelegd in artikel 7, eerste en vijfde lid, van de Politiewet 2012, te weten die van subsidiariteit en proportionaliteit.

Ook de IBT (Interne Bijstands Team)-deskundigen Verhoeven en In 't Veld hebben in hun verklaringen, afgelegd in deze zaak, benadrukt dat het toegepaste geweld steeds aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit moet voldoen. Zo geeft Verhoeven aan dat er tijdens de training van aanhoudingsvuur veel aandacht is voor proportionaliteit en subsidiariteit en dat er niet alleen wordt getraind op het gebruik van het vuurwapen, maar ook op het ‘afschalen’.

Bij de uitoefening van zijn wettelijke bevoegdheden dient de opsporingsambtenaar derhalve altijd deze grenzen in acht te nemen. Met de advocaat-generaal komt het hof tot het oordeel dat het door de verdachte toegepaste geweld in de gegeven situatie niet verenigbaar was met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Het hof neemt hierbij de volgende omstandigheden in aanmerking.

1. Geen gevaar

Het hof stelt vast dat [benadeelde] alleen was toen hij wegrende, te voet en ongewapend. Dat er vanaf het moment dat [benadeelde] zijn auto had verlaten en wegrende sprake was van enig (acuut dreigend) gevaar blijkt niet uit de stukken in het dossier en is evenmin

geconcretiseerd door de verdachte. Immers, de verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep weliswaar verklaard dat hij vond dat de wegrennende verdachte (hof: [benadeelde]) een groot gevaar vormde voor zijn omgeving, maar kon – desgevraagd – niet zeggen waarom hij dat vond. Bovendien stelt het hof vast dat noch in het dossier, noch in de verklaringen van de verdachte aanwijzingen te vinden zijn dat de verdachte vuurwapengevaarlijk was. Overigens heeft de verdachte ter terechtzitting in hoger beroep verklaard dat zijn aanvankelijke gedachte dat [benadeelde] mogelijk vuurwapengevaarlijk was niet heeft bijgedragen aan zijn beslissing om aanhoudingsvuur te gebruiken.

2. Risicovolle omstandigheden ter plaatse

Voorts overweegt het hof dat de verdachte door te schieten vanaf zijn motor, terwijl [benadeelde] voorovergebogen wegrende over een stuk opgebroken terrein met zand, aanzienlijke risico's heeft genomen. [benadeelde] had dodelijk geraakt kunnen worden. Daar komt nog bij dat de kogels werden afgevuurd in de richting van een woonwijk/winkelgebied in de omgeving van station Holland Spoor, terwijl er diverse personen in de nabije omgeving liepen. Dit alles vormde een groot risico dat eveneens dient te worden betrokken in de beoordeling van de geoorlooftheid van het vuurwapengebruik.

3. Andere middelen om het doel te bereiken

Het hof overweegt ten slotte dat het in dit concrete geval geenszins noodzakelijk was om de verdachte aan te houden door op hem te schieten, omdat het doel van aanhouding op een andere manier kon worden bereikt. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat een politiebus zichtbaar vlakbij de verdachte stond (deze blokkeerde [benadeelde] de doorgang), met daarin twee verbalisanten. Zij waren derhalve ter plaatse en konden een achtervolging inzetten. [verbalisant 3], één van deze verbalisanten, heeft verklaard dat zij, toen zij zag dat [benadeelde] uit de auto was gestapt en wegrende, achter hem aan had willen rennen. Op het moment dat zij met dat doel was uitgestapt en met het portier open op een meter afstand naast de politieauto stond, hoorde zij echter dat er geschoten werd en is zij niet achter [benadeelde] aangerend, omdat zij niet in de vuurlijn terecht wilde komen. Het hof kan niet inzien waarom de verdachte – zoals hij heeft verklaard – in de veronderstelling verkeerde dat zijn collega [verbalisant 3] niet achter [benadeelde] aan zou gaan. Uit haar hiervoor genoemde verklaring blijkt dat [verbalisant 3] hiertoe niet of nauwelijks de gelegenheid heeft gehad – er werd immers al geschoten voordat ze tot actie over kon gaan. Ook uit de camerabeelden volgt dat de verdachte zijn collega niet de tijd heeft gegund te handelen. Immers, op de beelden is te zien dat de auto waarin [benadeelde] zich bevindt al rijdend te 21:20:35 in beeld komt en te 21:20:36 nog steeds rijdend in beeld is. De verdachte grijpt te 21:20:38 zijn vuurwapen vast. Te 21:20:39 schiet hij en om 21:20:40 weer.

Ook overigens was een achtervolging in deze situatie logisch en voor de hand liggend geweest.

Op basis van het voorgaande is het hof van oordeel dat de verdachte zijn bevoegdheid om aanhoudingsvuur te gebruiken, welke bevoegdheid hem uit hoofde van zijn functie toekwam op grond van artikel 7 van de Politiewet 2012, uitgewerkt in artikel 7 van de Ambtsinstructie, heeft overschreden door in strijd te handelen met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.

Het beroep op de strafuitsluitingsgrond van artikel 42 van het Wetboek van Strafrecht slaagt niet, omdat de verdachte het wettelijk voorschrift op de uitvoering waarvan hij zich beroept, niet naar behoren (want niet conform de hierin verankerde eisen van proportionaliteit en subsidiariteit) heeft uitgevoerd. Overigens worden de grenzen van een geslaagd beroep op artikel 42 van het Wetboek van Strafrecht altijd gevormd door diezelfde eisen van de proportionaliteit en subsidiariteit. De hiervoor onder 1 tot en met 3 genoemde omstandigheden staan ook om deze reden aan een geslaagd beroep op artikel 42 van het Wetboek van Strafrecht in de weg.”

2.3 Het toepasselijke juridisch kader is weergegeven in de conclusie van de advocaat-generaal onder 8 tot en met 12. In het bijzonder kan worden gewezen op de volgende bepalingen, die ten tijde van het bewezenverklaarde als volgt luiden.

– Artikel 42 Sr:

“Niet strafbaar is hij die een feit begaat ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.”

– Artikel 3 van de Politiewet 2012 (hierna: Politiewet):

“De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.”

– Artikel 7 lid 1 en 5 Politiewet:

“1. De ambtenaar van politie die is aangesteld voor de uitvoering van de politietaak, is bevoegd in de rechtmatige uitoefening van zijn bediening geweld of vrijheidsbepalende 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.

(...)

5. De uitoefening van de bevoegdheden, bedoeld in het eerste tot en met het vierde lid, dient in verhouding tot het beoogde doel redelijk en gematigd te zijn.”

– Artikel 7 lid 1 en 4 van de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere politieambtenaren:

“1. Het gebruik van een vuurwapen, niet zijnde een vuurwapen waarmee automatisch vuur of lange afstandsprecisievuur kan worden afgegeven, is slechts geoorloofd:

(...)

b. 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

1° waarop naar de wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaren of meer is gesteld, en

2° dat een ernstige aantasting vormt van de lichamelijke integriteit of de persoonlijke levenssfeer, of

3° dat door zijn gevolg bedreigend voor de samenleving is of kan zijn;

(...)

4. Onder het plegen van een misdrijf, bedoeld in het eerste lid, onder b, worden mede begrepen de poging en de deelnemingsvormen, bedoeld in de artikelen 47 en 48 van het Wetboek van Strafrecht.”

2.4 In een geval als het onderhavige, waarin een politieambtenaar wordt vervolgd wegens een geweldsmisdrijf omdat hij ter aanhouding van een verdachte vuurwapengeweld heeft aangewend, volgt uit het hiervoor kort weergegeven juridisch kader dat een succesvol beroep op artikel 42 Sr slechts mogelijk is als is gehandeld overeenkomstig de mede in artikel 7 lid 1 en 5 Politiewet tot uitdrukking gebrachte beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

2.5.1 Het hof is ervan uitgegaan dat de verdachte in de gegeven omstandigheden bevoegd was om [benadeelde] aan te houden op verdenking van een poging tot doodslag op een of meer politieambtenaren door met een auto op hen in te rijden, en dat deze aanhoudingsbevoegdheid in zijn algemeenheid het gebruik van gepast geweld met zich kan brengen. Met betrekking tot het door de verdachte toegepaste geweld heeft het hof onder meer vastgesteld dat de verdachte twee maal met een vuurwapen heeft geschoten terwijl [benadeelde] de auto had verlaten en alleen en ongewapend (voorovergebogen) wegrende. Een afgevuurde kogel schampte of raakte het achterhoofd van [benadeelde], de andere raakte diens (onder)lichaam; daarbij vuurde de verdachte in de richting van een woonwijk/winkelgebied, waar mensen liepen. Verder heeft het hof vastgesteld dat op dat moment geen sprake was van enig acuut dreigend gevaar. Daarnaast heeft het hof vastgesteld dat zichtbaar

vlakbij de verdachte een politiebuis stond, met daarin twee verbalisanten die de achtervolging hadden kunnen inzetten teneinde [benadeelde] aan te houden.

2.5.2 Het op deze omstandigheden gebaseerde oordeel van het hof dat het beroep op de strafuitsluitingsgrond van artikel 42 Sr niet slaagt omdat de verdachte zijn bevoegdheid om “aanhoudingsvuur” te gebruiken heeft overschreden door in strijd te handelen met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk.

2.6 Het cassatiemiddel faalt.’

**3** De Politiewet 2012 bepaalt in artikel 3 dat de politie onder meer tot taak heeft te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde. In de uitoefening van die taak handelt zij daarbij in ieder geval in overeenstemming met de geldende rechtsregels. Bij de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde mag de politie geweld aanwenden. Artikel 7 lid 1 Politiewet 2012 formuleert en beschrijft deze geweldsbevoegdheid. Politieambtenaren die zijn aangesteld voor het uitvoeren van de in artikel 3 beschreven politietaak zijn bevoegd geweld te gebruiken indien zij handelen in de rechtmatige uitoefening van hun bedoening en wanneer het daarmee beoogde doel het gebruik van geweld, ‘mede gelet op de aan het gebruik hiervan verbonden gevaren’, rechtvaardigt en dat doel niet op een andere wijze kan worden bereikt. Zo mogelijk gaat aan het geweldgebruik een waarschuwing vooraf. Artikel 7 lid 7 Politiewet 2012 bepaalt dat de uitoefening van de bevoegdheid om geweld te gebruiken ‘in verhouding tot het beoogde doel redelijk en gematigd [dient] te zijn’. In artikel 7, zevende lid, worden met andere woorden de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit tot uitdrukking gebracht.<sup>4</sup>

Op het eerste gezicht lijkt het zevende lid een herhaling te bevatten ten opzichte van het eerste lid van artikel 7. Ook in het eerste lid worden de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit geformuleerd. Toch bestaat er tussen beide leden een verschil. Het eerste lid heeft als normadresaat de wetgever die nadere regels moet stellen omtrent het aanwenden van diverse vormen van geweld (zie art. 9 lid 1 Politiewet 2012). Daarbij dient de wetgever een duidelijk onderscheid te maken tussen uiteenlopende situaties en de daarbij aan te mogen wenden geweld(middelen) en de voorwaarden waaronder deze mogen worden gebruikt. Het zevende lid geeft in mijn woorden aan dat bij het aanwenden van geweld de politieambtenaar zich niet achter de letter van de wet mag verschuilen, maar altijd een afweging moet maken in het licht van de concrete omstandigheden van het geval.<sup>5</sup>

De geweldsbevoegdheid wordt uitgewerkt in de Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke Marechaussee en andere opsporingsambtenaren (hierna: de Ambtsinstructie).<sup>6</sup> Ze trad in 1994 in werking en werd nadien diverse keren gewijzigd. Ten tijde van de feiten uit de onderhavige zaak was de Ambtsinstructie voor het

4 *Tekst & Commentaar Strafvordering*, aant. 1b bij art. 7 Politiewet 2012.

5 Vgl. conclusie advocaat-generaal bij het onderhavige arrest: ECLI:NL:PHR:2020:592, punt 17.

6 Besluit van 8 april 1994, *Stb.* 1994, 275.

laatst gewijzigd met de inwerkingtreding van de Politiewet 2012.<sup>7</sup> De Ambtsinstructie bepaalt onder andere wat onder geweld en het aanwenden van geweld moet worden verstaan. De omschrijving van geweld luidt: ‘elke dwangmatige kracht van meer dan geringe betekenis uitgeoefend op personen of zaken’ (art. 1 lid 4 onder a). Het aanwenden van geweld werd (en wordt) in artikel 1 lid 4 onder b omschreven als het ‘gebruik van een geweldmiddel’, daaronder ‘begrepen het ter hand nemen van een vuurwapen’. Het Besluit bewapening en uitrusting politie onderscheidt diverse vuurwapens.<sup>8</sup> Als uitgangspunt geldt dat een politieambtenaar ten tijde van de dienst een pistool bij zich draagt (art. 2 lid 1 Besluit bewapening en uitrusting politie). Ten tijde van de onderhavige feiten mocht een politieambtenaar slechts over een geweldmiddel beschikken wanneer hij voldeed aan de eisen van bekwaamheid als bedoeld in de destijds geldende Regeling toetsing geweldsbeheersing politie.<sup>9</sup> De Ambtsinstructie bepaalt tevens wanneer welk geweldmiddel in welke gevallen en op welke gronden door een politieambtenaar mag worden aangewend. Artikel 4 stelt twee algemene regels: geoeffendheid in het gebruik van het geweldmiddel, waarmee wordt verwezen naar de hiervoor genoemde Regeling toetsing geweldsbeheersing politie en de daarin geformuleerde eisen van bekwaamheid en scholing, en toekenning van het geweldmiddel in rechte en voor zover wordt opgetreden ter uitvoering van de taak met het oog waarop het geweldmiddel aan hem is toegekend. Hier lezen we twee eisen: de eis van toekenning van het geweldmiddel in rechte, waarmee wordt bedoeld op het Besluit bewapening en uitrusting politie, en de eis dat het geweldmiddel alleen in bepaalde gevallen en op bepaalde gronden mag worden gebruikt. Het geweldmiddel mag slechts worden gebruikt wanneer de politieambtenaar handelt in overeenstemming met de taak die hij moet uitvoeren. Taak verwijst hier niet naar de algemene taak van artikel 3 Politiewet 2012, maar naar een specifieke taak of opdracht waarvoor aan de politieambtenaar een geweldmiddel is toegekend. Die specifieke taak of opdracht wordt in de Ambtsinstructie per geweldmiddel nader uitgewerkt.

Op het gebruik van het pistool is artikel 7 van de Ambtsinstructie van toepassing.<sup>10</sup> Daarin lezen we dat het gebruik van een pistool onder meer slechts geoorloofd is om een persoon aan te houden van wie redelijkerwijs mag worden aangenomen dat hij een voor onmiddellijk gebruik gereed zijnd vuurwapen bij zich heeft en dit tegen personen zal gebruiken of om een persoon aan te houden die zich aan zijn aanhouding, voorgeleiding of andere rechtmatige vrijheidsbeneming tracht te onttrekken of heeft onttrokken. In het laatste geval mag een vuurwapen slechts worden gebruikt in het kader van een verdenking van of veroordeling wegens een misdrijf waarop naar de

wettelijke omschrijving een gevangenisstraf van vier jaar of meer is gesteld en dat een ernstige aantasting vormt van de lichamelijke integriteit of de persoonlijke levenssfeer of dat door het gevolg van het misdrijf bedreigend is of kan zijn voor de samenleving (art. 7 lid 1 onder a en b). Het derde lid van artikel 7 maakt op de bevoegdheid gebruik te maken van een vuurwapen een uitzondering indien de identiteit van de aan te houden persoon bekend is en uitstel van de aanhouding acceptabel is. In het tweede lid wordt de bevoegdheid beperkt tot personen en voertuigen waarin of -op zich personen bevinden.

Hoewel het gebruik van een pistool is beperkt tot een limitatief opgesomd aantal gevallen en daarbovenop nog beperkingen gelden (zie art. 7 lid 2 en 3), die invulling geven aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en duidelijk maken dat de in artikel 7 lid 1 Politiewet 2012 gebezigde woorden ‘mede gelet op de aan het gebruik hiervan verbonden gevaren’ serieus worden genomen, valt op dat de in de Ambtsinstructie opgesomde gevallen een zekere discretionaire ruimte openlaten voor de politieambtenaar. Zo hoeft de vuurwapengevaarlijkheid van de aan te houden persoon niet zeker te zijn; zij mag redelijkerwijs worden aangenomen. Hoewel het hier zonder twijfel gaat om een geobjectiveerde toets, hetgeen ook blijkt uit de onderhavige zaak waarin het hof de niet onderbouwde stelling van de verdachte omtrent de vuurwapengevaarlijkheid van het slachtoffer naast zich neerlegt,<sup>11</sup> geeft de Ambtsinstructie de politieambtenaar een zekere vrijheid om naar bevind van zaken te handelen. Die discretionaire bevoegdheid laat, hoewel dat de gevaren van vuurwapengebruik worden onderkend, zich erdoor verklaren dat van een opsporingsambtenaar wordt verwacht dat hij getraind is om in de gegeven omstandigheden tot een redelijke afweging te komen, ook al staat hem bij het nemen van beslissingen veelal slechts korte tijd ter beschikking en kunnen de fysieke en psychische omstandigheden op het nemen daarvan van invloed zijn.

4 In de onderhavige zaak bestond geen discussie over de vraag of het gebruik van het pistool door de verdachte in overeenstemming was met de Ambtsinstructie en andere relevante regelgeving en dat die regelgeving als ‘wettelijk voorschrift’ in de zin van artikel 42 Sr kan worden beschouwd.<sup>12</sup> Het eerste neemt niet weg dat voor het kunnen aannemen van een beroep op artikel 42 Sr, alle relevante stappen moeten worden genomen. Daarbij moet om te beginnen artikel 4 bij de beoordeling betrokken worden. Dat eist niet alleen dat in overeenstemming met ter zake relevante bepalingen van de Ambtsinstructie is gehandeld, maar ook dat de politieambtenaar geoeffend was het geweldmiddel te gebruiken en dat middel bij zich mocht dragen. De beoordeling of in overeenstemming met

7 Besluit van 4 oktober 2012, *Stb.* 2012, 458 (in werking getreden op 1 januari 2012). Een nieuwe Ambtsinstructie en lagere regelgeving is in de maak. Het meest recente concept daarvan was ten tijde van het schrijven van deze noot niet openbaar.

8 Besluit van 13 oktober 2012, *Stb.* 2012, 511.

9 Regeling van 17 december 2001, *Stcrt.* 2001, 247. De regeling vervalt per 1 januari 2021 (zie art. 7a, ingevoerd met de Regeling van 27 november 2017, *Stcrt.* 2017, 70079).

10 In art. 7 wordt gesproken over vuurwapen, maar gelet op art. 2 van het Besluit bewapening en uitrusting politie lijkt hier in het bijzonder het

pistool te worden bedoeld.

11 Zie overwegingen van het hof, geciteerd in de conclusie van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad (ECL:NL:PHR:2020:592, punt 6).

12 De discretionaire ruimte is niet zodanig groot dat niet van een voorschrift kan worden gesproken.

de Ambtsinstructie is gehandeld beperkt zich dus niet tot de specifieke bepalingen aangaande het gebruik van geweldsmiddelen. Dat zowel de advocaat-generaal als de Hoge Raad artikel 4 niet noemen, zal ermee verband kunnen houden dat daaromtrent in de onderhavige zaak geen discussie bestond.

De volgende stap is het beoordelen van het geweldgebruik in het licht van de toepasselijke bepaling van de Ambtsinstructie, in het onderhavige geval artikel 7. Tot slot moet het geweldgebruik worden beoordeeld aan de hand van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>13</sup> In het (eerste) middel van cassatie wordt enkel geklaagd over de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets van het hof. Het middel bestaat uit drie klachten: een motiveringsklacht, een klacht dat het hof voorbij zou zijn gegaan aan de bevoegdheid geweld te gebruiken ter aanhouding van een verdachte en een klacht over de relatie tussen artikel 7 lid 1 en vooral artikel 7 lid 7 Politiewet 2012 en de Ambtsinstructie. De klacht over proportionaliteit en subsidiariteit lijkt erop neer te komen dat deze eisen worden betrokken bij het oordeel of aan de Ambtsinstructie is voldaan. Wanneer dat het geval is, zo lijkt de stelling in de klacht, hoeft op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit niet andermaal worden ingegaan.

Blijkens het oordeel van de Hoge Raad bestaat er bij hem geen twijfel over dat de verdachte zijn vuurwapen heeft gebruikt ter aanhouding van de verdachte wegens poging tot doodslag op twee verbalisanten, zodat de tweede klacht zonder al te veel omhaal wordt verworpen. Aan de motiveringsklacht lijkt de Hoge Raad helemaal geen woorden vuil te maken. Over de klacht over de relatie tussen de proportionaliteits- en subsidiariteitstoets en de Ambtsinstructie lezen we in r.o. 2.4 ‘dat een succesvol beroep op artikel 42 Sr slechts mogelijk is als is gehandeld overeenkomstig de mede in artikel 7 lid 1 en 5 Politiewet tot uitdrukking gebrachte beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit’. Hoewel Politiewet (oud) zal zijn bedoeld, het vijfde lid is anno nu immers het zevende lid,<sup>14</sup> laat de overweging aan duidelijkheid weinig te wensen over. Ten eerste verwijst de Hoge Raad naar artikel 7 lid 1 en artikel 7 lid 5 (nu dus lid 7) Politiewet 2012. Hij laat hiermee zien dat het voldoen aan de reeds in een wettelijk voorschrift tot uitdrukking gebrachte eisen van proportionaliteit en subsidiariteit – zoals in de Ambtsinstructie het geval is – niet voldoende is voor een succesvol beroep op artikel 42 Sr; de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit moeten telkens ook worden getoetst aan de concrete omstandigheden van het geval. Ten tweede laat de Hoge Raad er geen misverstand over bestaan dat ook in het vijfde (nu zevende) lid de eisen van proportionaliteit

en subsidiariteit tot uitdrukking worden gebracht. Ten derde kan een beroep op de in artikel 42 Sr verwoorde strafuitsluitingsgrond alleen worden aangenomen als aan beide artikelleden is voldaan. De term ‘mede’ begrijp ik aldus dat de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit van toepassing zijn in een geval een politieambtenaar een beroep doet op de toepassing van artikel 42 Sr, ongeacht de wettelijke bepalingen waarin zij tot uitdrukking zijn gebracht.<sup>15</sup> Zo er over de toepassing van deze eisen al twijfel bestond, dan is deze door de Hoge Raad weggenomen.

5 In r.o. 2.5.1 vat de Hoge Raad het oordeel van het hof, inhoudende de verwerping van het beroep op het wettelijk voorschrift als bedoeld in artikel 42 Sr, samen. Aangenomen wordt dat verdachte ‘in zijn algemeenheid’ bevoegd was tot het gebruik van ‘gepast geweld’. Waar dat gepaste geweld uit mocht bestaan, wordt in het midden gelaten. De Hoge Raad hoeft hier ook niet te benadrukken dat een vuurwapen mocht worden gebruikt, want dat zou wellicht tot de conclusie kunnen leiden dat het op zichzelf aanvaardbaar is een vuurwapen te gebruiken in geval van aanhouding van een persoon die wordt verdacht van poging tot doodslag. Of die bevoegdheid bestaat is immers van meer afhankelijk dan alleen van deze verdenking (zie lid 2 en 3 van art. 7 van de Ambtsinstructie). Tegelijkertijd vermoed ik dat de Hoge Raad op dit niveau van de beoordeling geen problemen zag in het oordeel van het hof over gebruik van het pistool door de verdachte. In r.o. 2.5.2 heeft de Hoge Raad het immers over ‘zijn bevoegdheid om “aanhoudingsvuur” te gebruiken’. Gaat het hier nu om die bevoegdheid *in abstracto*, of om de bevoegdheid *in concreto*, dat wil zeggen conform artikel 7 van de Ambtsinstructie? Of beide? Dat laatste acht ik denkbaar, met name omdat de omstandigheid bedoeld in het derde lid van artikel 7 *in casu* niet van toepassing lijkt te zijn. Men kan zich evenwel afvragen waarom het derde lid niet van toepassing was. Van vuurwapengevaarlijkheid was volgens het hof bij de verdachte in objectieve zin niet gebleken, terwijl de identiteit van de bestuurder mogelijk wel achterhaald had kunnen worden ten tijde van de achtervolging, al kan ik dat niet uit de gegevens in het arrest afleiden. Hoe dan ook, de Hoge Raad legt hierop niet de nadruk en richt zich, net als het hof, op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in het concrete geval, artikel 7 lid 7 Politiewet 2012 dus. Dat de Hoge Raad juist hierop de nadruk legt, houdt ook verband met het cassatiemiddel waarin, althans volgens de advocaat-generaal die de Hoge Raad op dit punt lijkt te volgen, de suggestie wordt gewekt dat het handelen van politieambtenaren conform de Ambtsinstructie voldoende moet zijn voor een geslaagd

<sup>13</sup> Een culpa-in-causa-beoordeling kan achterwege worden gelaten; men kan zich een dergelijke beoordeling ook moeilijk voorstellen. Wanneer in de concrete situatie aan de gevallen en gronden voor het gebruik van een geweldsbevoegdheid is voldaan, ligt een culpa-in-causa-beoordeling, erop neerkomende dat de verdachte zich vrijwillig in een situatie heeft begeven waarin hij strafbare feiten moest verrichten, niet voor de hand. Dat

verdraagt zich ook slecht met de taakomschrijving in art. 3 Politiewet. De beoordeling van de Garantstelling is te zeer verweven met de beoordeling van de eisen waaraan het geweldgebruik moet voldoen, dat een afzonderlijke beoordeling van deze bijzondere zorgplicht evenmin voor de hand ligt.

<sup>14</sup> Dat reeds ook ten tijde van de onderhavige feiten het geval. Zie Wet van 21 mei 2014, *Stb.* 2014, 191

(in werking getreden op 1 juli 2018).

<sup>15</sup> Met mede maakt de Hoge Raad duidelijk dat ook buiten de Politiewet 2012 ter zake relevante eisen van proportionaliteit en subsidiariteit kunnen worden gevonden. Hier kan worden gedoeld op het EVRM. Zie daarover J.M. ten Voorde, ‘Politieel vuurwapengeweld in rechte beoordeeld’, *AA* 2014, afl. 5, p. 346-352 (AA20140346).

beroep op de strafuitsluitingsgrond in artikel 42 Sr. De Hoge Raad maakt daar dus korte metten mee. Volgens de regels van de Ambtsinstructie handelen betekent nog niet dat het handelen *in concreto* ook voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.<sup>16</sup> Hiermee wordt tenminste een deel van de discretionaire ruimte van een politieambtenaar onderworpen aan (rechterlijke) toetsing.

**6** Met betrekking tot dit arrest kan worden betoogd dat het belang ervan beperkt is. In de conclusie van de advocaat-generaal wordt melding gemaakt van komend recht. In de Eerste Kamer is aanhangig het wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaar.<sup>17</sup> Dat voorziet onder meer in enkele wijzigingen in het materiële recht. Allereerst wordt aan artikel 42 Sr een lid toegevoegd, dat luidt: 'Niet strafbaar is de ambtenaar die in de rechtmatige uitoefening van zijn taak en in overeenstemming met zijn geweldsinstructie geweld gebruikt.' Daarnaast wordt een nieuwe strafbaarstelling voorgesteld. Artikel 372 Sr (een ambtsmisdrijf) stelt strafbaar het door schuld overtreden van de geweldsinstructie met enig lichamelijke letsel, zwaar lichamelijke letsel of de dood ten gevolge. In de conclusie van de advocaat-generaal worden de belangrijkste onderdelen van de parlementaire geschiedenis tot nu toe weergegeven.<sup>18</sup> In de kern komt het wetsvoorstel neer op de inrichting van een ander wettelijk stelsel voor ambtenaren die de bevoegdheid hebben om geweld te gebruiken. De reden voor het inrichten van dit nieuwe kader is dat er een verschil bestaat tussen ambtenaren die bij wet bevoegd zijn geweld te gebruiken en personen voor wie het gebruik van geweld in beginsel bij wet verboden is.

De bevoegdheid om geweld te gebruiken verdient volgens de minister expliciete vermelding in de wet. Het invoeren van een op tot geweldgebruik bevoegde ambtenaren toegesneden strafuitsluitingsgrond betekent in algemene zin niet dat ook de voorwaarden waaronder geweld mag worden gebruikt worden veranderd. De minister wijst er namelijk expliciet op dat het geweld

in overeenstemming moet zijn met de eisen die 'voor wat betreft het gebruik van geweld [zijn] vastgelegd in de artikelen 3 en 7 Politiewet 2012 [...] in samenhang met de Ambtsinstructie. Dat betekent dat getoetst moet worden of de opsporingsambtenaar geweld heeft aangevend binnen de grenzen die deze regels stellen en dat het optreden voldeed aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.'<sup>19</sup> De aparte vermelding van de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in dit citaat is relevant, omdat uit de tekst van het nieuwe tweede lid van artikel 42 Sr het toetsen aan die eisen niet expliciet lijkt te volgen.<sup>20</sup> De vermelding in de parlementaire stukken is ook voor de betekenis van het onderhavige arrest van belang. Zij wijst er mijns inziens op dat het arrest van de Hoge Raad ook na de inwerkingtreding van de nieuwe wet van belang blijft. Ik lees het zojuist weergegeven citaat aldus dat naast de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit die in artikel 7 lid 1 Politiewet 2012 zijn genoemd en uitgewerkt in de Ambtsinstructie,<sup>21</sup> ook *in concreto* moet zijn voldaan aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De wetgever wekt door het citaat de indruk dat die eisen buiten de wet gelegen zijn, terwijl ze mede in artikel 7 lid 7 Politiewet 2012 staan vermeld. Dat neemt volgens mij niet weg dat er tussen dat wat de wetgever formuleert en wat de Hoge Raad in het onderhavige arrest heeft bepaald geen verschil van opvatting lijkt te bestaan. Daaruit volgt dat zelfs bij een mogelijk andere (lees: ruimere) vormgeving van de voorwaarden waaronder geweld mag worden gebruikt, de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit nog steeds een te nemen hobbel vormen. Het gewicht van die eisen kan door die mogelijk ruimere vormgeving van de geweldbevoegdheid mijns inziens zelfs aan belang toenemen. Of dat ook zal gebeuren, zullen we moeten afwachten. Hoe het ook zij, het arrest geeft niet alleen de feitenrechter, maar ook anderen die politiegeweld nu en in de toekomst (zullen) moeten beoordelen reden voor blijvende terughoudendheid met betrekking tot het aanvaarden van politiegeweld in een concreet geval. ■

16 Het arrest lijkt me op dit punt niet alleen van belang voor zaken waarin politieambtenaren terecht staan, maar ook voor andere zaken waarin politiegeweld ter beoordeling aan de rechter wordt voorgelegd. Zie daarover M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing. Een onderzoek naar de normering van het strafvorderlijk optreden van opsporingsambtenaren in het voorbereidend onderzoek en het toezicht op de naleving van deze normen* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch

2020, p. 277-279.

17 *Kamerstukken I* 2019/20, 34641, A. Zie ook het artikel van Rob ter Haar in dit nummer: R. ter Haar, 'Politiegeweld en de herziening van de berechting van agenten na George Floyd: een analyse', *AA* 2021, afl. 2, p. 113-125 (AA20210113).

18 ECLI:NL:PHR:2020:592, punt 44.

19 *Kamerstukken II* 2016/17, 34361, nr. 3 HER-DRUK, p. 13-14 zoals weergegeven in ECLI:NL:PHR:2020:592.

20 Een interpretatie van art. 42 lid 2 Sr (nieuw) die toetsing aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit uitsluit verdraagt zich echter slecht met het huidige art. 42 Sr en met de interpretatie van de strafuitsluitingsgronden in het algemeen.

21 Ik neem aan dat daarmee tevens wordt geacht te zijn verwezen naar lagere regelgeving, zoals het Besluit wapenning en uitrusting politie.