

Korte metten met politiegeweld?

Een kritische reflectie op de lijn van de Hoge Raad inzake toepassing van artikel 359a Sv bij excessief politiegeweld

Mojan Samadi, Marieke Dubelaar & Kelly Pitcher, datum 15-03-2021

Datum

15-03-2021

Auteur

Mojan Samadi, Marieke Dubelaar & Kelly Pitcher^[1]

Folio weergave

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

JCDI

JCDI:ADS258277:1

Vakgebied(en)

Internationaal publiekrecht / Mensenrechten

Strafprocesrecht / Terechtzitting en beslissingsmodel

Strafprocesrecht / Voorfase

Politierecht / Bijzondere onderwerpen

Staatsrecht / Rechtspraak

Ongeoorloofd politiegeweld is een thema dat in het juridische domein de gemoederen bezighoudt. Het is tevens een ongemakkelijk thema. Een zeer menselijke reactie op dat ongemak is om weg te kijken of het gebeurde af te doen als 'incident' of 'onregelmatigheid', terwijl juist hier de symboolfunctie van de rechterlijke toets van groot belang is. In het recente overzichtsarrest maakt de Hoge Raad duidelijk dat aantijgingen van ernstig politiegeweld door de feitenrechter niet onbesproken mogen blijven, maar tegelijkertijd wordt verzuimd hiertegen krachtig stelling te nemen. Hierdoor rijst de vraag of feitenrechters dit probleem voldoende serieus zullen nemen, ook gelet op de gemengde signalen die van het recente arrest uitgaan. Ook als feitenrechters wel krachtig willen optreden, dan zijn hun handen grotendeels gebonden, nu de Hoge Raad uitdrukkelijk aanstuurt op strafvermindering en de feitenrechter weinig ruimte geeft zelf te bepalen wat een passend rechtsgevolg is. Strafvermindering doet echter niet in alle gevallen recht aan de belangen die op het spel staan.

1. Inleiding

De rechterlijke reactie op onrechtmatig handelen van politie en justitie in het voorbereidend onderzoek is een terugkerend onderwerp van juridisch, politiek en maatschappelijk debat. De beeldvorming daarbij is dat de strafrechter vaak (te) hard reageert op onrechtmatigheden begaan in het vooronderzoek door politie en justitie waardoor verdachten (van ernstige strafbare feiten) vrijuit gaan. Die veronderstelling is echter onterecht. Ondanks de betrekkelijk ruime discretionaire ruimte die de wet biedt, staat de Hoge Raad immers een grote mate van terughoudendheid voor inzake de controle op het vooronderzoek en het zo nodig reageren op zogeheten 'vormverzuimen'. Voor die terughoudendheid bestaan legitieme redenen; de strafrechter is tenslotte niet de 'totaalcontroleur' van politie en justitie. Tegelijkertijd knelt dat restrictieve kader wel. ^[2] Dat doet het in het bijzonder in relatie tot bepaalde vormverzuimen zoals excessief politiegeweld waar een duidelijke overheidsreactie noodzakelijk is, maar rechters die met dergelijk geweld worden geconfronteerd niet altijd bereid blijken om een dergelijke reactie te geven. Zo blijkt onder meer uit de zaak tegen Michael P, de verdachte van de moord op Anne Faber, ^[3] en de zaak die ten grondslag lag aan een van de twee recente overzichtsarresten van 1 december 2020 over de sanctionering van vormverzuimen op grond van artikel 359a Sv dat de wettelijke grondslag biedt voor de rechterlijke controle op het vooronderzoek. ^[4] In deze zaak beweerde de verdachte zwaar te zijn mishandeld tijdens zijn insluiting in de politiecel, maar hadden twee rechterlijke colleges op rij die aantijgingen zonder enige nadere inhoudelijke motivering in hun uitspraak ter zijde geschoven. ^[5] Hoewel de Hoge Raad in beide zaken casseert en de feitenrechter als het ware dwingt om op verweren als de onderhavige een inhoudelijke reactie te geven, kan de opstelling van de feitenrechters in dezen worden gezien als een product van de restrictieve koers die de Hoge Raad ten aanzien van de sanctionering van vormverzuimen al jaren voert en die in het recente overzichtsarrest over vormverzuimen in relatie tot geweldgebruik wordt voorgezet. De vraag is of een dergelijke restrictieve lijn wel gepast is gelet op alle discussie die er is over politiegeweld. Een te nonchalante of coulante houding ten opzichte van dit type geweld van de strafrechter, doet niet alleen afbreuk aan de rechten van individuele verdachten maar ook aan de fundamenten van onze rechtsstaat en de legitimiteit van de

strafrechtspleging. Dit artikel behelst een nadere reflectie op de beperkte ruimte die de Hoge Raad aan de feitenrechter laat om – op grond van artikel 359a Sv – aan dergelijk geweld een passend rechtsgevolg te verbinden in de strafzaak tegen de verdachte die aan het geweld onderworpen is geweest. De lijn van de Hoge Raad zal worden bezien in een bredere context, in relatie tot de maatschappelijke discussie en de andere beschikbare instrumenten om politiegeweld aan te pakken. De mogelijkheden die de strafrechter in dezen ter beschikking staan, maken immers deel uit van de gehele overheidsreactie op politiegeweld. Ons centrale argument zal zijn dat hoewel de strafrechter 'niet in staat is om de rechtmatigheid en de integriteit van het optreden van politie en justitie als geheel te bewaken'^[6] (dat wil zeggen maar een beperkte rol heeft in het grotere toezichtsvraagstuk van 'who is policing the police?') de huidige benadering van de Hoge Raad geen recht doet aan de waarden die op het spel staan en de bredere discussie die over politiegeweld wordt gevoerd.

2. De bredere context: maatschappelijke discussie en toezicht

In recente jaren is de maatschappelijke discussie over politiegeweld wereldwijd opgelaaid. De *Black Lives Matter*-beweging die is ontstaan in de Verenigde Staten, is daar een goed voorbeeld van. Steeds vaker bereiken ons ook in Nederland via de media berichten over mogelijke misstanden. Te denken valt aan het optreden van de politie bij de aanhouding van de verdachte op de moord van Anne Faber of de (goeddeels) ongenormeerde inzet van politiehonden die aan de kaak werd gesteld door het televisieprogramma Zembla.^[7] Een al wat ouder voorbeeld betreft de geruchtmakende aanhouding van Mitch Henriquez, een Arubaanse Nederlander die in 2015 overleed aan het gebruik van een nekklem bij diens aanhouding.^[8] Naar aanleiding van dit incident ontstonden rellen in de Schilderswijk.^[9] De problematiek rondom politiegeweld wordt ook in Nederland vaak in verband gebracht met racisme en het vraagstuk rondom etnisch profileren. Tegelijkertijd is er maar weinig bekend over de omvang van het probleem. Zijn het slechts incidenten of gaat het om een meer structureel probleem?

Het blijkt niet eenvoudig de precieze omvang van het gebruik van excessief of ongeoorloofd geweld door de politie te achterhalen.^[10] Een van de redenen is dat – ondanks de bestaande meldings- en verbaliseringsverplichting – niet al het geweld door de politie wordt gemeld en het voor een slachtoffer lastig is om aantijgingen van geweld hard te maken indien dit bijvoorbeeld niet tot zichtbaar letsel heeft geleid. Ook uit onderzoek naar het totale aantal door de politie zelf geregistreerde geweldsincidenten valt niet af te leiden welk percentage hiervan als excessief of in ieder geval onrechtmatig moet worden aangemerkt.^[11] Wat wel bekend is, is het totale aantal zeer ernstige geweldsaanwendingen door de politie, dat wil zeggen schietincidenten en ander gebruik van geweld dat heeft geleid tot zwaar lichamelijk letsel of de dood van het slachtoffer. Deze ernstige geweldsaanwendingen dienen altijd te worden onderzocht door de Rijksrecherche.^[12] Het gaat om enkele tientallen zaken per jaar.^[13]

waarvan slechts een klein percentage tot een strafrechtelijke vervolging leidt.^[14] Volgens onderzoek van Control Alt Delete, een organisatie die zich inzet tegen etnisch profileren, zijn Nederlanders met een migrantenachtergrond onevenredig vaak slachtoffer van dat politiegeweld.^[15] Hoewel de omvang van het probleem onbekend is en voorvallen in de regel worden afgedaan als incident, mag duidelijk zijn dat dergelijke 'incidenten' het van oudsher grote vertrouwen in de politie aantasten.^[16] De roep om meer en duidelijker (of transparanter) toezicht op de politie neemt dan ook toe.

Enerzijds is er oprechte verontwaardiging over ongeoorloofd politiegeweld vanwege het misbruik van haar machtspositie dat vraagt om een harde aanpak van dergelijk politiegeweld. Anderzijds leeft binnen de maatschappij ook de wens om criminaliteit hard aan te pakken en is er een hoog vertrouwen in de politie, hetgeen zich vertaalt in een roep om een meer begripvolle houding ten opzichte van het (vaak zware) politiewerk, waarbij de voorkeur uitgaat naar een mildere aanpak van fouten door politieambtenaren. We zien daar dus tegengestelde posities, waarbij die laatste politiek de overhand heeft.

Illustratief is in dat verband het recent door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel dat onder meer een nieuw kader introduceert voor het doen van onderzoek naar geweldsincidenten bij de politie zonder dat de betrokken opsporingsambtenaren direct als verdachten hoeven te worden aangemerkt. Voorts moet de introductie van een strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig toegepast geweld en een nieuwe strafbepaling voor overtreding van de geweldsinstructie als gevolg van een verwijtbare inschattingfout of onvoorzichtigheid, voorkomen dat opsporingsambtenaren zich zien geconfronteerd met een (te zware) strafrechtelijke vervolging.^[17] Gevreesd wordt evenwel dat dit ten koste zal gaan van de publieke verantwoording van politiegeweld.^[18]

Mede tegen de achtergrond van deze posities in het maatschappelijk debat kan het brede toezichtsvraagstuk (namelijk 'who is policing the police?') worden bezien, in welk toezicht verschillende instanties, waaronder de strafrechter, een rol hebben. De strafrechter kan op grofweg twee manieren met politiegeweld worden geconfronteerd. Ten eerste wanneer de betrokken politieambtenaar wordt vervolgd ter zake van het gebruik van dat geweld. Vervolging vindt in de praktijk echter zelden plaats, veelal alleen als het slachtoffer of nabestaanden dat via een zogeheten artikel 12 Sv-procedure hebben afgedwongen. Ten tweede kan de strafrechter worden geconfronteerd met vermeend politiegeweld wanneer de geweldsaanwending heeft plaatsgevonden in het kader van een opsporingsonderzoek en de verdachte ter zitting verweer voert over het gebruik van dat geweld. Hij kan daaraan dan een rechtsgevolg verbinden op grond van artikel 359a Sv, mede met als doel toekomstige vormverzuimen van de zijde van de politie te voorkomen.^[19] Van oudsher is dus ook de strafrechter een rol toebedeeld in het toezicht op de politie. Die rol is evenwel bescheiden, omdat niet alle zaken voor de

strafrechter komen en er ook andere instanties zijn die toezicht houden op de politie, elk met hun eigen 'sanctiearsenaal'. Zo kunnen er naar aanleiding van een (intern) onderzoek disciplinaire en tuchtrechtelijke maatregelen worden getroffen en kunnen slachtoffers van geweld zich voorts tot de klachtcommissies bij de politie, de Nationale ombudsman of zelfs de civiele rechter wenden (naast de eerder genoemde mogelijkheid van het starten van een artikel 12 Sv-procedure om een strafrechtelijke vervolging af te dwingen).^[20] De verschillende toezichtsmechanismen zijn echter niet duidelijk op elkaar afgestemd.^[21] Mede doordat niet altijd duidelijk is waar slachtoffers van politiegeweld terecht kunnen met hun klacht en het lastig is aantijgingen van geweld hard te maken, komt het geregeld voor dat politiegeweld pas zichtbaar wordt als de persoon tegen wie het geweld is uitgeoefend, wordt vervolgd voor het delict naar aanleiding waarvan het gewraakte politieoptreden plaatsvond. De vraag is vervolgens welke rol de strafrechter daarin dan precies heeft te vervullen en welke mogelijkheden hem ter beschikking staan. Weliswaar kan een stevige reactie van de rechter mogelijk een positief effect hebben op toekomstig normconform optreden van de politie, een dergelijke reactie kan ook tot consequentie hebben dat een verdachte op vrije voeten wordt gesteld terwijl hij het delict waarvoor hij wordt vervolgd wel degelijk heeft begaan. Die prijs lijkt de Hoge Raad niet te willen betalen, maar daarmee wordt – zoals hierna zal blijken – de rol van de feitenrechter wel gemarginaliseerd.

3. De lijn van de Hoge Raad

Bij de totstandkoming van artikel 359a Sv in 1996 heeft de wetgever de rechter in de keuze voor een sanctie de nodige vrijheid willen laten.^[22] Het kader van de Hoge Raad in dezen is evenwel zeer strikt, óók als het gaat om vormverzuimen bestaande uit excessief politiegeweld. Dat blijkt reeds uit een arrest uit 2016 waarin bij een aanhouding voor verboden wapenbezit, grof geweld was toegepast met onder meer gekneusde ribben, letsel aan het gebit en in het gezicht tot gevolg.^[23] Hoewel volgens het hof sprake is geweest van 'buitensporig' geweld en de politie dit doelbewust had achtergehouden, ziet het geen aanleiding om de niet-ontvankelijkheid uit te spreken nu – na de nodige inspanningen van de zijde van de verdediging – de waarheid alsnog aan het licht is gekomen. Niet blijkt volgens het hof dat 'door of vanwege het openbaar ministerie doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan het recht van verdachte op een eerlijk proces tekort is gedaan', terwijl dit wel een voorwaarde is die de Hoge Raad aan een niet-ontvankelijkheidsverklaring verbindt (het zogeheten Zwolsman-criterium).^[24] In cassatie schaaft de Hoge Raad zich achter dit oordeel. Volgens de Hoge Raad wettigt de gang van zaken immers niet de conclusie dat de verdachte geen eerlijk proces als bedoeld in artikel 6 EVRM heeft gehad. Met andere woorden, vormverzuimen als de onderhavige waarbij 'buitensporig' geweld wordt toegepast en de politie daarover liegt, tasten in beginsel niet de eerlijkheid van de procedure aan zolang de verdachte zijn verdedigingsrechten heeft kunnen uitoefenen en daardoor de ware toedracht boven water is gekomen.

Overigens zou de toepassing van disproportioneel geweld ook tot bewijsuitsluiting kunnen leiden, bijvoorbeeld wanneer met behulp van geweld een bekentenis wordt afgedwongen. Deze sanctie komt echter alleen in beeld als de onrechtmatigheid ook daadwerkelijk bewijs heeft opgeleverd en er een rechtstreeks causaal verband is tussen het toepaste geweld en het vergaarde bewijsmateriaal. Ook strafvermindering is een sanctie die de rechter bij vormverzuimen als de onderhavige ter beschikking staat. Feitenrechters zijn echter niet altijd bereid om die sanctie aan het optreden te verbinden. Een recent voorbeeld betreft het geweld uitgeoefend tegen Michael P., de verdachte die werd veroordeeld voor de moord op en verkrachting van Anne Faber. Noch in eerste, noch in tweede aanleg werd strafvermindering toegepast terwijl de politie had gehandeld in strijd met het pressieverbod (artikel 29 Sv) en het in artikel 3 EVRM neergelegde verbod op een onmenselijke en vernederende behandeling. Volgens het hof omdat de verdachte door het uitgeoefende geweld niet daadwerkelijk in zijn verdediging was geschaad.^[25] Nu is deze zaak enigszins atypisch aangezien het toegepaste geweld duidelijk in de sleutel stond van het achterhalen van de vindplaats van Anne Faber die op dat mogelijk nog in leven kon zijn. De 'tikkende tijdbombsituatie' waaronder het geweld is toegepast, kan terughoudendheid van de feitenrechters in dezen mogelijk wel verklaren. Wij komen hierna nog op de reactie van de Hoge Raad terug, maar zorgelijk is de opstelling van de feitenrechters hier wel omdat ook in zware zaken vormverzuimen aan de fundamenteën van onze rechtsstaat en legitimiteit van de strafrechtspleging kunnen raken.

Zorgelijk is ook de casus die aanleiding vormt voor het overzichtsarrest van 1 december 2020 van de Hoge Raad inzake de toepassing van artikel 359a Sv. In deze zaak heeft de verdediging verweer gevoerd ten aanzien van het ernstig mishandelen van de verdachte tijdens diens insluiting. Er zijn beelden aanwezig waarop volgens de raadsman te zien zou zijn dat de verdachte die werd opgehouden voor onderzoek op verdenking van twee woninginbraken, is geslagen en geschopt in zijn cel, meerdere malen met zijn hoofd tegen de muur is 'geklapt' terwijl hij was geblinddoekt en geboeid en uiteindelijk naakt in de cel is achtergelaten. Ondanks dat het volgens de verdediging 'een welhaast onhaalbaar honk' is, verzoekt zij het hof toch om de niet-ontvankelijkheid van het OM wegens schending van artikel 3 EVRM uit te spreken. Het hof oordeelt echter dat niet aan het Zwolsman-criterium is voldaan omdat de grieven van de raadsman zich 'enkel richten op de fysieke behandeling van de verdachte tijdens diens insluiting' en dus niet het recht op een eerlijk proces van de verdachte raakt. Ook het subsidiaire beroep op strafvermindering wordt door het hof afgewezen zonder enige nadere inhoudelijke motivering. Het hof verwijst uitsluitend naar de op zitting getoonde camerabeelden en dat wat in de processen-

verbaal is opgeschreven over het gedrag van de verdachte^[29] en volgt daarin de rechtbank die het beroep op strafvermindering eveneens had verworpen zonder daar verder enige woorden aan vuil te maken.^[27] Tevens verwijt het hof de verdediging niet eerder of elders te hebben geklaagd over het excessieve politiegeweld. Twee rechterlijke instanties die zonder nadere motivering een verzoek tot strafvermindering gelegen in een potentiële schending van artikel 3 EVRM ter zijde schuiven. Naar de reden daarvoor kunnen we slechts gissen. Mogelijk is het toegepaste geweld minder heftig geweest dan de raadsman in de stukken doet voorkomen. Tegelijkertijd lijkt in diens betoog een oprechte verontwaardiging over de gang van zaken besloten te liggen.

De Hoge Raad casseert in beide zaken. In de eerstgenoemde zaak oordeelt hij dat strafvermindering als sanctie niet beperkt is tot die gevallen waarin de verdachte daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad. 'Ook ander voldoende ernstig nadeel van de verdachte kan grond bieden voor compensatie in de vorm van strafvermindering', aldus de Hoge Raad.^[28] Gelukkig maar. Aan de ene kant wekt het bevreemding dat hierover onder rechters blijkbaar nog misverstand bestaat, aan de andere kant is dat misverstand door de jurisprudentie van de Hoge Raad zelf mogelijk ook gevoed, nu de Hoge Raad sinds het *onbevoegde hulpofficier*-arrest de reactie op vormverzuimen sterk in de sleutel van een eventuele schending van artikel 6 EVRM zet.^[29] Dat doet de Hoge Raad overigens ook thans weer in het overzichtsarrest dat naar aanleiding van de tweede zaak is geweest. De Hoge Raad benadrukt echter wel dat bij vormverzuimen als de onderhavige waarin mogelijk sprake is van excessief geweld en daarmee een onmenselijke behandeling in de zin van artikel 3 EVRM de rechter niet in het midden mag laten of een dergelijk vormverzuim zich heeft voorgedaan indien de verdediging voldoende gemotiveerd verweer heeft gevoerd.^[30]

Echter, de niet-ontvankelijkheid van het OM als sanctie blijft bij vormverzuimen bestaande uit excessief politiegeweld (nagenoeg) buiten beeld. Hoewel de Hoge Raad in het recente overzichtsarrest de maatstaf voor nietontvankelijkheid enigszins heeft bijgesteld,^[31] ligt de lat onverminderd hoog. Immers, niet-ontvankelijkverklaring van het OM is slechts aan de orde wanneer 'een zodanig ernstige inbreuk op het recht van de verdachte op een eerlijke behandeling van zijn zaak is gemaakt dat geen sprake meer kan zijn van een eerlijk proces in de zin van artikel 6 EVRM'.^[32] Daarnaast stelt de Hoge Raad het uitgangspunt van subsidiariteit voorop, wat inhoudt dat als compensatie door strafvermindering mogelijk is daarmee ook moet worden volstaan vanwege de belangen die met de vervolging en berechting van strafbare feiten zijn gemoeid.^[33]

4. Nadere reflectie

Uit het voorgaande blijkt dat de Hoge Raad een beperkte rol ziet weggelegd voor de rechter in de controle op politie en justitie. Weliswaar is in relatie tot politiegeweld in het meest recente overzichtsarrest van 1 december 2020 een (bescheiden) stap in de goede richting genomen doordat de feitelijke toedracht bij aantijgingen van politiegeweld niet in het ongewisse mag blijven, het arrest stelt niettemin teleur nu het onvoldoende recht doet aan de rechtsstatelijke belangen die op het spel staan en de maatschappelijk discussie over politiegeweld. Wij lichten dat nader toe.

Om te beginnen roept de *dwingendheid* van de belangenafweging die de Hoge Raad voor ogen heeft, de vraag op in hoeverre hier daadwerkelijk sprake is van een afweging van belangen. In het jurisprudentiële kader inzake de toepassing van artikel 359a Sv heeft de strafrechter vooral een taak in het bewaken van het recht op een eerlijk proces. Daarbuiten komt het blijkens het overzichtsarrest echter altijd neer op een belangenafweging, waarbij kort gezegd het belang van waarheidsvinding en bestraffing moet worden afgewogen tegen het belang van het waarborgen van grondrechten en 'de bevordering van een normconform verloop van het voorbereidend onderzoek'.^[34] Voor een benadering waarbij de beslissing die moet worden genomen afhankelijk wordt gesteld van een belangenafweging, valt wat te zeggen. Als belangrijk voordeel geldt immers dat het inzicht geeft in de dilemma's die zich daarbij voordoen en het kunnen leveren van maatwerk. Maar dan is wel van belang dat die belangenafweging zo volledig mogelijk in kaart wordt gebracht en de rechter de ruimte krijgt om ook een eigen afweging te maken. De Hoge Raad stuurt echter aan op bij voorkeur zo min (of in ieder geval zo mild) mogelijk sanctioneren van onrechtmatigheden en koppelt de subsidiariteitsgedachte uitdrukkelijk aan het instrumentele doel van criminaliteitsbestrijding. Het subsidiariteitsbeginsel staat in beginsel in de weg aan het toepassen van zwaardere sancties (in die gevallen waarin schending van artikel 6 EVRM niet aan de orde is). Als het werkelijk om een belangenafweging gaat, ligt het niet voor de hand om een bepaald rechtsgevolg op voorhand uit te sluiten. Dan zou de belangenafweging ook ten voordele van de verdachte moeten kunnen uitvallen.^[35]

Hoewel de Hoge Raad het bevorderen van normconform politieoptreden expliciet als belang noemt en van oudsher als grondslag voor sanctionering erkent, heeft hij blijkbaar weinig fiducia in de preventieve werking van het rechterlijk oordeel. Door het benadrukken van het subsidiariteitsvereiste en het preventieargument ondergeschikt te maken aan de belangenafweging terwijl de eisen aan de zwaardere sancties onverminderd hoog blijven, wordt die grondslag in feite uitgehold. Als feitenrechters doen wat de Hoge Raad voorstaat, dan komen zij aan bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid niet snel toe, terwijl van die sancties juist de krachtigste signalen naar de politie uitgaan. De strafrechter heeft hier echter wel een belangrijke taak te vervullen. Enerzijds omdat geweld vaak pas aan het licht komt in de strafzaak tegen de verdachte en het boven tafel krijgen van politiegeweld geenszins een eenvoudige taak is. Anderzijds omdat op het toezicht door andere instanties wel het nodige aan te merken valt, vanwege de leemtes die bestaan in het toezicht op de politie.^[36]

De rechter kan er niet van uitgaan dat andere instanties adequaat zullen optreden en de verdachte zullen compenseren voor aangedaan leed/ondervonden nadeel.^[37]

Dat de rol van de strafrechter bij het reageren op onrechtmatig overheidsoptreden niet verder gemarginaliseerd mag worden heeft bovendien een andere reden. Aan de strafrechter komt immers ook de taak toe om de integriteit van de *rechterlijke* procedure en beslissing te waarborgen. Dit argument komt echter niet aan de orde in de uiteenzetting van abstracte belangen die aan de toepassing van artikel 359a Sv ten grondslag liggen terwijl het óók de taak van de strafrechter is om daarover te waken.^[38] Het gaat hierbij om een andere vorm van integriteitsbewaking dan de integriteitsbewaking die met 'policing the police' geassocieerd wordt. Centraal in dit perspectief staat de geloofwaardigheid van het eigen rechterlijk oordeel, die de rechter bewaakt door zich op zichtbare wijze van onrechtmatig overheidsoptreden te distantiëren. Juist wanneer de politie excessief geweld gebruikt om de verdachte alvast 'een lesje te leren' en daarmee een voorschot neemt op de uiteindelijke bestraffing komt het integriteitsargument in beeld; dergelijk handelen raakt de integriteit en legitimiteit van de strafrechtelijke procedure immers in het hart.^[39] Even op scherp gesteld: een rechter die in dit soort gevallen voorbijgaat aan het onrechtmatig handelen van de strafvorderlijke overheid of daar te nonchalant op reageert, maakt zich als het ware 'medeplichtig' aan dit laakbaar handelen.

Tot slot richten onze bezwaren zich ook tegen de toon en het formalisme van het arrest, en de gemengde signalen die hiervan uitgaan. In het overzichtsarrest wordt het (vermeende) geweldgebruik herhaaldelijk aangemerkt als 'onregelmatigheid'. Dat staat ver af van het maatschappelijk debat dat over politiegeweld wordt gevoerd. Daarbij valt voorts op dat wat in de context van het rechtsgevolg van de niet-ontvankelijkverklaring van het OM als een 'onregelmatigheid' heeft te gelden, in de context van strafvermindering als een potentiële schending van artikel 3 EVRM wordt aangemerkt.^[40] Die afstandelijke toon en het formalisme zien we ook terug bij de jurisprudentie ten aanzien van etnisch profileren waartegen de Hoge Raad evenmin krachtig stelling neemt. De Hoge Raad stelt wel dat de politie niet mag discrimineren bij verkeerscontroles, maar overweegt vervolgens dat daarvan pas sprake is indien bij 'de selectie van het voor een verkeerscontrole in aanmerking komend voertuig *uitsluitend of in overwegende mate* (onze cursivering) is gebaseerd op etnische of religieuze kenmerken van de bestuurder of andere inzittenden van dat voertuig'.^[41] Daar ligt ongetwijfeld een genuanceerde visie aan ten grondslag, maar die wordt in het desbetreffende arrest noch inzichtelijk gemaakt noch toegelicht. Dit terwijl toch duidelijk is dat bepaalde groepen mensen onevenredig vaak geraakt worden door dit type optreden, zoals ook het geval lijkt te zijn bij de uitoefening van politiegeweld. Zou de Hoge Raad niet meer moeten opkomen voor kwetsbare groepen?

5. Tot besluit

Ongeoorloofd politiegeweld is een thema dat in het juridisch domein de gemoederen bezighoudt. Het is tevens een ongemakkelijk thema. In een rechtscultuur die is gebaseerd op vertrouwen en professionaliteit, is het extra pijnlijk als blijkt dat de politie haar machtspositie heeft misbruikt. Natuurlijk kunnen zaken in het heetst van de strijd uit de hand lopen, maar het idee dat politieagenten in Nederland de verdachte soms doelbewust een trap na geven bij plaatsing in de politiebus of de verdachte in zijn cel te grazen nemen, zal voor menig rechtschape jurist die gelooft in onze rechtsstaat lastig te verkroppen zijn.

Zeker als blijkt dat racistische motieven een rol bij de uitoefening van het geweld spelen. Een zeer menselijke reactie op dat ongemak is om weg te kijken of het gebeurde af te doen als 'incident' of 'onregelmatigheid'. Maar juist het feit dat het hier een ongemakkelijk onderwerp betreft, brengt mee dat de symboolfunctie van de rechterlijke toets van belang is. Weliswaar wordt uit het overzichtsarrest duidelijk dat aantijgingen van ernstig politiegeweld door de feitenrechter niet onbesproken mogen blijven, de Hoge Raad heeft verzuimd daartegen krachtig stelling te nemen. Hierdoor rijst de vraag of feitenrechters dit probleem voldoende serieus zullen nemen, ook gelet op de gemengde signalen die van het recente overzichtsarrest uitgaan. En als rechters wel krachtig willen optreden (en er zijn waarschijnlijk genoeg rechters die daartoe wel aanleiding zien), dan zijn hun handen grotendeels gebonden. Strafvermindering doet eenvoudigweg niet in alle gevallen recht aan de belangen die op het spel staan, terwijl de Hoge Raad daar wel uitdrukkelijk op aanstuurt. Dat wil niet zeggen dat elke vorm van disproportioneel geweld van de stevigste rechterlijke reactie – de niet-ontvankelijkverklaring van het OM – hoeft te worden voorzien, maar wel dat de feitenrechter de gelegenheid moet krijgen een eigen afweging te maken waarbij de symboolfunctie van het rechterlijk oordeel kan worden meegenomen. Juist in een rechtscultuur met een hoog vertrouwen in rechtsstatelijke instituties is het noodzakelijk dat deze instituties zich controleerbaar opstellen en er ook zichtbaar controle plaatsvindt op vermeend onrechtmatig handelen. Daarin heeft de strafrechter ontegenzeggelijk een cruciale rol, terwijl de rechterlijke toets thans steeds meer op de achtergrond dreigt te raken, ook door de beoogde invoering van het wetsvoorstel geweldsaanwending waarmee de politie in vergaande mate in bescherming wordt genomen.

Voetnoten

[1]

Mr. dr. M. Samadi is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden, mr. dr. M.J. Dubelaar is universitair hoofddocent straf- en strafprocesrecht aan de Radboud Universiteit en mr. dr. K.M. Pitcher is universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden.

[2]

. Zie bijvoorbeeld A.E.M. Röttgering, *Cassatie in strafzaken: een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu 2013, p. 187-216; J.S. Nan & D. Bektevic, 'Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?', *DD* 2017/22; J. Sjöcrona, *Bewust onbehoorlijk benadelen. Over vormverzuimen en integriteit*, Den Haag: Sdu 2010.

[3]

HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1092

[4]

De Hoge Raad heeft op 1 december 2020 twee overzichtsarresten gewezen inzake art. 359a Sv (ECLI:NL:HR:2020:1889 en 1890), waarbij het eerste zich richt op politiegeweld als vormverzuim en in dit artikel nader zal worden besproken.

[5]

HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889.

[6]

HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.1.3

[7]

Zembla-uitzending van 19 november 2020, *Bijten als beloning*.

[8]

Inspectie Justitie & Veiligheid, *Thematisch onderzoek naar aanleiding van de toepassing van een nekklem in het Zuiderpark*, 2016; zie verder over etnisch profileren door de Nederlandse politie: Rapport Amnesty International, *Wij ruiken onraad* 2020; W. Landman & L. Kleijer-Kool, *Boeven vangen. Een onderzoek naar proactief politieoptreden* (Politiewetenschap 91), 2016

[9]

Uiteindelijk is de agent die de nekklem heeft toepast in hoger beroep veroordeeld tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden. De andere agent die werd vervolgd is in hoger beroep vrijgesproken (Hof Den Haag 19 juni 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1532 en 1533). Cassatieberoep is ingesteld.

[10]

In het laatste grootschalige onderzoek naar politiegeweld door de Nationale ombudsman wordt vermeld dat jaarlijks circa 100 klachten aangaande politiegeweld binnenkomen. Dat is ongeveer 1% van het totale aantal gevallen waarin de politie geweld gebruikt (Rapport Nationale ombudsman, *Verantwoord politiegeweld* 2013). Zie meer recent: J.S. Timmer, 'Politiegeweld onder vuur', *Het tijdschrift voor politie*, 2015/8.

[11]

M. Kuin, F. Kriek & J.S. Timmer, *Met gepast geweld: Politiegeweld in Nederland in 2016* (Politiewetenschap), Den Haag: Sdu 2020, p. 67-68; in ouder onderzoek wordt gesteld dat zo'n 98% van de geweldsmeldingen als rechtmatig wordt beoordeeld door de korpsleiding, zie M. van der Steeg & J. Timmer, 'De beoordeling van politiegeweld: tuchtrecht eerst', *AA* 2016, p. 172.

[12]

Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending (politie)ambtenaar, o. 4.

[13]

De cijfers van 2020 zijn nog niet bekend, wel zijn in de eerste helft van 2020 dertien schietincidenten onderzocht; in 2019 ging het om zestien schietincidenten, een forse daling in vergelijking met voorgaande jaren waarin telkens om en nabij de 30 schietincidenten per jaar werden onderzocht. OM, Jaarbericht 2019, p. 40-41.

[14]

Kuin, Kriek & Timmer 2020 (p. 68) stellen dat slechts 10% van de bestudeerde zaken volgens het OM als onrechtmatig kan worden aangemerkt en dat in slechts 3% een veroordeling volgt.

[15]

<https://controlealdelete.nl/blog/agenten-betrokken-bij-dood-tomy-holten-niet-vervolgd>; zie ook <https://decorrespondent.nl/11317/institutioneel-racisme-in-nederland-wat-het-is-waar-het-zit-en-wat-jij-eraan-kunt-doen/464087536-47232adb>.

[16]

Zie voor cijfers over het vertrouwen in de politie: M.B. Schuilenburg, B. Besseling & F. Uitendaal, 'Vertrouwen in de politie', *JV* 2017/4, p. 47-48 (overigens blijkt uit dit onderzoek ook dat er grote verschillen bestaan in het vertrouwen in de politie afhankelijk van de wijk waar mensen wonen); ook vanuit de politie wordt jaarlijks een vertrouwen- en reputatiemonitor gehouden (zie voor het laatste rapport: www.politie.nl/nieuws/2019/maart/5/vertrouwen-burger-in-politie-stijgt.html).

[17]

Wetvoorstel geweldsaanwending ([Kamerstukken II 2016/17, 34 641, 2](#)).

[18]

Zie [Kamerstukken I 2019/20, 34 641, C](#). Ook in de strafrechtelijke literatuur is uiterst kritisch op het voorstel gereageerd (zie bijvoorbeeld M.A.P. Mevis, 'Over de grondslag en de regeling van de beoordeling van geweldsaanwending door politieambtenaren', *DD* 2017/62).

[19]

HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308, r.o. 2.4.5

[20]

Klachtenbehandeling door de politie 2016, p. 9; eventueel kan een intern onderzoek aanleiding geven tot het instellen van onderzoek door de Rijksrecherche (Aanwijzing handelwijze geweldsaanwending (politie)ambtenaar, p. 4); zie voor andere vormen van toezicht op de opsporing: M. Samadi, *Normering en toezicht in de opsporing* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2020, p. 129-172.

[21]

Zie Samadi 2020, p. 380-401.

[22]

Zie in het bijzonder [Kamerstukken II 1993/94, 23 705, 3, 25](#).

[23]

HR 5 januari 2016, ECLI:NL:HR:2016:9, *NJ* 2016/153, m.nt. F. Vellinga-Schootstra.

[24]

Zie voor soortgelijke voorbeelden HR 17 maart 2012, *NJ* 2012/146 en HR 18 maart 2014, *NJ* 2014/190.

[25]

Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5542. De rechtbank kwam in deze zaak eerder tot een soortgelijke overweging.

[26]

Hof Den Haag 25 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2010.

[27]

Zo blijkt uit de aangehaalde passages in de conclusie van A-G Bleichrodt ECLI:NL:PHR:2020:654, o. 192.

[28]

HR 23 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1092, r.o. 3.4.2.

[29]

HR 19 februari 2013, *NJ* 2013/308, m.nt. Keulen; zie o.a. ook R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014; M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Alternatieven voor rechterlijke controle op vormverzuimen', in: M.S. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J.W. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 17-36.

[30]

HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 3.4.1.

[31]

Zo wordt de eis dat de betreffende inbreuk op het recht op een eerlijk proces 'doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte heeft plaatsgevonden' door de Hoge Raad losgelaten (HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.3.5).

[32]

HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.5.2.

[33]

HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.3.5.

[34]

HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 2.1.3.

[35]

Dat lijkt ook te worden geïmpliceerd door A-G Bleichrodt in zijn conclusie ECLI:NL:PHR:2020:654, o. 68.

[36]

Samadi 2020; E. Devroe e.a., *Toezicht op strafvorderlijk overheidsoptreden*, Den Haag: WODC 2017.

[37]

Zoals het hof in de zaak *geweld bij insluiting* wel deed, Hof Den Haag 25 juli 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2010.

[38]

Zie uitgebreid K.M. Pitcher & M. Samadi, 'Integriteit als perspectief bij de rechterlijke reactie op vormverzuimen', *DD* 2018/59.

[39]

Zie ook A-G Bleichrodt in zijn conclusie ECLI:NL:PHR:2020:654, o. 62.

[40]

HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1889, r.o. 3.3.3 en 3.4.1.

[\[41\]](#)

HR 11 november 2016, *NJ* 2017/84, m.nt. B.F. Keulen, r.o. 3.7.