

## Tilburg University

### De toetsing van politiegeweld en het nemo-teneturbeginsel

Groenhuijsen, Marc; Jansen, René

*Published in:*  
Delikt en Delinkwent

*Publication date:*  
2018

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*  
Groenhuijsen, M., & Jansen, R. (2018). De toetsing van politiegeweld en het nemo-teneturbeginsel. *Delikt en Delinkwent*, 2018(4), 254-277.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# De toetsing van politiegeweld en het nemo-teneturbeginsel

M.S. Groenhuijsen & R. Jansen, datum 20-03-2018

**Datum**

20-03-2018

**Auteur**

M.S. Groenhuijsen & R. Jansen<sup>[1]</sup>

**Folio weergave**

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

**Vakgebied(en)**

Strafrecht algemeen (V)

Recent is het debat omtrent het geweldgebruik door de Nederlandse politie geïntensiveerd. Dit komt mede doordat deze zaken meer media-aandacht hebben gekregen. Ook blijkt dat, waar (familieleden van) slachtoffers van politiegeweld in de afgelopen jaren veelal het gerechtshof verzochten om agenten te laten vervolgen door het OM, laatstgenoemde instantie tegenwoordig zelf het initiatief neemt om deze agenten te vervolgen. Tegelijkertijd is duidelijk geworden dat rechters tot verschillende uitspraken komen in ogenschijnlijk vergelijkbare zaken; sommigen veroordelen de agenten, terwijl anderen hen vrijspreken. De top van de Nationale Politie en de politievakbonden willen nu juist dat de rechtspositie van agenten onder de huidige meldingsprocedure inzake politiegeweld wordt verbeterd. Hiertoe heeft de minister van J&V een tweetal wetswijzigingen voorgesteld, waarvan één reeds bij de Tweede Kamer is ingediend.

Deze bijdrage zet uiteen hoe de meldingsprocedure momenteel is vormgegeven, vooral in relatie tot hevig politiegeweld. Verder onderzoekt zij in hoeverre de meldingsprocedure verenigbaar is met het verbod op gedwongen zelfincriminatie in het licht van de jurisprudentie van het EHRM. Geconcludeerd wordt – op basis van deze Europese jurisprudentie en naar analogie met juridische publicaties over een mogelijke strijdigheid van de meldingsprocedure voor artsen die euthanasie hebben verricht met het nemo-teneturbeginsel – dat zowel de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie als die voor artsen onder de Wet op de Lijkbezorging strijdig neigen te zijn met het EVRM. Een grote waarschijnlijkheid daartoe bestaat indien informatie, die rechtstreeks voortvloeit uit de getuigplicht van de agent die geweld heeft aangewend of van de arts die een patiënt heeft geëuthanaseerd, hoofdzakelijk als bewijs tegen hem wordt gebruikt in een strafrechtelijke procedure, of wordt gebruikt om later gedane verklaringen in twijfel te trekken. In dat kader stellen wij voor om het bewijs dat direct voortvloeit uit de verplichte melding van de agent en de arts wettelijk uit te sluiten als bewijsmateriaal in een latere strafrechtelijke procedure. Deze constructie is in lijn met een aantal andere wetten, waaronder een getuigplicht geldt, bij een mogelijk gevaar voor gedwongen zelfincriminatie. Zodoende wordt een mogelijke strijdigheid met het nemo-teneturbeginsel onder de meldingsprocedure van de Ambtsinstructie en de Wet op de lijkbezorging voorkomen. Verder wordt in deze bijdrage een aantal kritische kanttekeningen geplaatst bij de bovengenoemde, voorgestelde wetswijzigingen die betrekkingen hebben op de wijze waarop de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie volgens de minister van J&V dient te worden vormgegeven.

## 1. Inleiding<sup>[2]</sup>

### 1.1 Recente ontwikkelingen

Onlangs is het publieke debat aangaande het geweldgebruik door de Nederlandse politie geïntensiveerd. Dit kwam mede doordat deze zaken meer media-aandacht hebben gekregen. Daarnaast zien we dat, waar in het verleden agenten veelal werden vervolgd naar aanleiding van verzoeken van (familieleden van) slachtoffers van politiegeweld op grond van artikel 12 Sv, het OM tegenwoordig vaker zelf het initiatief neemt om agenten te vervolgen.<sup>[3]</sup>

Voorts blijkt dat rechters tot verschillende uitspraken komen in dit type zaken.<sup>[4]</sup> Dit komt bijvoorbeeld duidelijk naar voren in enkele vonnissen van 2015. Op 17 juli werd een politieagent door de Rechtbank Limburg veroordeeld tot twee jaar gevangenisstraf, omdat de agent ten onrechte had geoordeeld dat zijn collega's en hijzelf zich in een gevaarlijke situatie bevonden op het moment dat hij besloot te schieten op de auto van een verdachte.<sup>[5]</sup> Op 5 augustus legde de Rechtbank Rotterdam geen straf op aan twee agenten die ten onrechte – doch volgens de rechtbank gerechtvaardigd – hadden geoordeeld dat de in hun ogen verdachte persoon een groot gevaar vormde voor diens buurt, op het moment dat zij hun vuurwapen gebruikten en deze persoon neerschoten.<sup>[6]</sup> Verder veroordeelde de Rechtbank Den Haag op 21 december 2017 – in een andere zaak die veel media-aandacht heeft gekregen – twee agenten tot een voorwaardelijke gevangenisstraf van zes maanden voor de dood van Mitch Henriquez in 2015, waarbij de rechtbank hen schuldig bevond aan mishandeling

met de dood tot gevolg.<sup>[7]</sup>

Vooraf naar aanleiding van de eerstgenoemde uitspraak werd de kwestie van toepassing van geweld door de politie – en de wijze waarop dit later (strafrechtelijk) beoordeeld dient te worden – voorwerp van publiek debat. Al snel pleitten de top van de Nationale Politie en de voorzitter van Politievakbond ACP voor een herziening van de huidige wetgeving inzake de toetsing van politiegeweld. Men vond namelijk dat de rechtspositie van de agent moest worden versterkt.<sup>[8]</sup> De politietop maakte daarnaast ook als oordeel kenbaar dat politieambtenaren die hun vuurwapen hebben gebruikt, voortaan zouden worden bijgestaan door de beste strafrechtadvocaten.<sup>[9]</sup> Verder zijn er verschillende Kamervragen gesteld aan de minister van J&V over onduidelijkheden in de huidige wetgeving aangaande gelegitimeerd geweldsgebruik door politieambtenaren en hun rechtspositie bij vuurwapengebruik.<sup>[10]</sup> De minister van J&V heeft vervolgens een wetsvoorstel ingediend om politieambtenaren meer rechtszekerheid te bieden tijdens het onderzoek naar hun geweldsaanwending.<sup>[11]</sup> Daarnaast is hij voornemens om nog een wetsvoorstel in te dienen, dat de wijze waarop zij hun geweldsgebruik moeten melden, herzielt.<sup>[12]</sup> Deze conceptwetsvoorstellen zullen later in deze bijdrage kort worden besproken.

## 1.2 Het juridische probleem

Ingevolge artikel 17, eerste lid, Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren (hierna: Ambtsinstructie)<sup>[13]</sup> is de politieambtenaar die geweld heeft gebruikt verplicht om dit onverwijld te melden aan zijn meerdere. Gezien zijn ambtseed zal de agent dit naar waarheid moeten doen.<sup>[14]</sup> Zijn meerdere dient vervolgens deze melding te noteren op een daartoe voorgeschreven meldingsformulier.<sup>[15]</sup> Wanneer een politieambtenaar niet aan deze meldingsplicht voldoet, riskeert hij disciplinaire sancties.<sup>[16]</sup> Ook dient hij te voldoen aan de verplichting om van zijn bevindingen en handelingen naar waarheid een proces-verbaal op te maken ingevolge artikel 152 en 153 Sv. Hierbij geldt dat een agent kan worden vervolgd voor meened wanneer dit niet waarheidsgetrouw gebeurt. Nu rijst de vraag hoe deze procedure zich verhoudt tot het verbod op gedwongen zelfincriminatie zoals dit volgt uit de rechtspraak van het EHRM. De regering is van oordeel dat een dergelijk probleem thans niet aan de orde is.

In dit verband dient als eerste te worden gewezen op de wijziging van de Ambtsinstructie in 2001.<sup>[17]</sup> Als gevolg daarvan is een politieambtenaar niet langer verplicht om zelf het meldingsformulier in te vullen; vanaf dat moment dient de melding te worden vastgelegd door de meerdere.<sup>[18]</sup> De memorie van toelichting die gepaard gaat met deze wijziging, geeft aan dat deze wijziging noodzakelijk is om te voorkomen dat de 'informatie bij voorbaat incriminerend is'.<sup>[19]</sup> Sindsdien is er echter geen expliciet voorgeschreven wijze waarop het politiegeweld moet worden gemeld. In principe kan de ambtenaar volstaan met een mondelinge melding aan zijn meerdere.<sup>[20]</sup> Op basis van interne richtlijnen is hij evenwel mogelijk ook verplicht om de melding op een andere manier te registreren.<sup>[21]</sup> Daarnaast heeft de wijziging ertoe geleid dat de politieambtenaar niet langer verplicht is om de redenen van het geweldgebruik te vermelden. Hij hoeft enkel te benoemen wat de feiten, omstandigheden en gevolgen van zijn handelingen zijn geweest.

Wanneer het geweldgebruik van de agent dodelijk letsel – of lichamelijk letsel waarvoor een medische behandeling door een arts noodzakelijk was – bij burgers heeft veroorzaakt,<sup>[22]</sup> dient de politiechef van de regionale of nationale eenheid<sup>[23]</sup> ingevolge artikel 17, derde lid, Ambtsinstructie de melding door te sturen naar de officier van justitie. Dit geldt ook voor de gevallen waarin de agent zijn vuurwapen heeft gebruikt.<sup>[24]</sup> De officier van justitie start vervolgens een strafrechtelijk onderzoek dat wordt uitgevoerd door de Rijksrecherche.<sup>[25]</sup> In deze fase mag de politieambtenaar niet worden gedwongen om mee te werken.<sup>[26]</sup> Wel heeft de officier van justitie de bevoegdheid om het meldingsformulier en het proces-verbaal van de agent als bewijs te vorderen (zie o.a. artikel 105, eerste lid, Sv) ten behoeve van een strafrechtelijke procedure. Ook kan hij vorderen dat de meerdere, aan wie de geweldsmelding is gedaan, als getuige wordt opgeroepen gedurende het strafrechtelijk vooronderzoek<sup>[27]</sup> of het onderzoek ter terechtzitting.

Dit leidt tot het volgende juridische probleem. Een agent heeft als opsporingsambtenaar de wettelijke taak om te reageren op strafbaar gedrag van burgers. Dit kan betekenen dat hij geweld moet gebruiken om dit gedrag te stoppen, terwijl gewone burgers de mogelijkheid hebben in dergelijke situaties te vluchten.<sup>[28]</sup> Het bovenstaande beschrijft de meldingsplicht van een agent bij hevig geweldsgebruik en toont aan dat hij daardoor mogelijk een strafrechtelijk onderzoek naar zijn eigen gedrag in gang zet. Met andere woorden: diens meldingsplicht zorgt er wellicht voor dat sprake is van zelfincriminatie wanneer zijn verklaringen tegen hem kunnen worden gebruikt in een strafrechtelijke procedure. In het verleden is reeds opgemerkt dat deze meldingsprocedure op gespannen voet staat met het verbod op gedwongen zelfincriminatie.<sup>[29]</sup> Niettemin is er tot nog toe geen uitvoerige studie naar deze kwestie verricht. In de doctrine is een soortgelijk probleem wel aan de orde gekomen in relatie tot de meldingsprocedure voor artsen die euthanasie hebben verricht.<sup>[30]</sup> Daarom gaan wij in deze bijdrage ook in op de vraag in hoeverre beide meldingsprocedures overeenkomen en, zo ja, of argumenten uit het euthanasiedebat gebruikt kunnen worden ter beantwoording van de vraag of de onder de Ambtsinstructie neergelegde meldingsprocedure verenigbaar is met het EVRM.

De centrale vraag in dit artikel is daarom in hoeverre de meldingsplicht uit de Ambtsinstructie bij hevig politiegeweld voldoet aan de eisen van het EVRM. Het onderzoek richt zich enkel op de gevallen die in artikel 17, derde lid, Ambtsinstructie staan beschreven. Alleen dan is de politiechef namelijk verplicht de melding door te sturen naar de officier van justitie. Allereerst beschrijft deze bijdrage de rechtspositie van de agent onder de meldingsprocedure. Vervolgens wordt de procedure geschetst voor medici die bij euthanasie zijn betrokken, waarna wordt onderzocht in hoeverre beide procedures verenigbaar

zijn met het nemo-teneturbeginsel op basis van de rechtspraak van het EHRM en de juridische doctrine. Ten slotte zullen wij ook een aantal kritische kanttekeningen plaatsen bij de wijzigingen die de minister van J&V wenst aan te brengen aan de wijze waarop de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie is vormgegeven.

## 2. Politiegeweld en de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie

### 2.1 De juridische grondslag van het onderzoek naar politiegeweld

Het geweldsmonopolie van de overheid wordt ten aanzien van binnenlandse aangelegenheden uitgeoefend door de politie. Zij mag enkel geweld gebruiken wanneer dit nodig is voor de vervulling van de politietoelating. Dat deze geweldsbevoegdheid terughoudend moet worden gebruikt, komt doordat politiegeweld een evidente inbreuk maakt op (de) burger- en mensenrechten (van degenen die zich binnen de samenleving bevinden). Hierbij kan vooral worden gedacht aan het recht op fysieke integriteit. Voorts dient er naar de gevallen waarin sprake is van een geweldsaanwending door de politie altijd een effectief, adequaat en onafhankelijk onderzoek te worden ingesteld.<sup>[31]</sup>

Naast de genoemde internationaal gewaarborgde mensenrechten, maakt politiegeweld potentieel ook een inbreuk op artikel 11 van onze Grondwet. Hierin staat dat een ieder, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht heeft op lichamelijke onaantastbaarheid. Het is dus mogelijk om aan dit grondrecht beperkingen te stellen in een wet in formele zin. Dit heeft geleid tot artikel 7 Politiewet 2012 (hierna: Politiewet),<sup>[32]</sup> waarvan het eerste lid vermeldt dat een politieambtenaar geweld kan aanwenden wanneer dit gerechtvaardigd is in het licht van het beoogde doel (*proportionaliteit*) en dit doel niet op een andere, minder ingrijpende manier kan worden bereikt (*subsidiariteit*).<sup>[33]</sup> Ingevolge het vijfde lid dient het gebruikte geweld tevens redelijk (*proportionaliteit*) en gematigd te zijn in verhouding tot het beoogde doel (*subsidiariteit*). De vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit zijn aldus tweeledig binnen deze bepaling verankerd. De agent moet kiezen voor het minst ingrijpende middel en hij moet het gebruiken als een uiterst middel. Dit betekent bijvoorbeeld dat hij een ongewapende dief in beginsel moet stoppen met een korte houdgreep in plaats van door gebruik van zijn dienstwapen. Uit het eerste en derde lid van artikel 9 Politiewet volgt dat de regering in gedecentraliseerde wetgeving het geweldgebruik verder kan reguleren. Dit heeft geleid tot de Ambtsinstructie, die normen bevat over de verschillende geweldsmiddelen die de politie mag gebruiken. Dit document beschrijft tevens hoe de meldingsprocedure verloopt indien sprake is van geweldsgebruik.

Uit het eerste en derde lid van artikel 9 Politiewet volgt dat de regering in gedecentraliseerde wetgeving het geweldgebruik verder kan reguleren. Dit heeft geleid tot de Ambtsinstructie, die normen bevat over de verschillende geweldsmiddelen die de politie mag gebruiken. Dit document beschrijft tevens hoe de meldingsprocedure verloopt indien sprake is van geweldsgebruik.

Ingevolge artikel 17, eerste lid, Ambtsinstructie is een agent verplicht de feiten, omstandigheden en gevolgen van het incident onverwijld te melden aan zijn meerdere.<sup>[34]</sup> Eerder werd opgemerkt dat hij dit mondeling kan doen, maar dit neemt niet weg dat hij nog wel op andere wijzen het voorval schriftelijk moet vastleggen. Zo dient de politiefunctionaris op grond van artikel 152 en 153 Sv een proces-verbaal op te maken. Indien hij dit weigert, kan de rechter hieraan consequenties verbinden.<sup>[35]</sup> Daarnaast is het mogelijk dat een politieambtenaar op grond van interne richtlijnen verplicht is de geweldsaanwending elektronisch te registreren.<sup>[36]</sup> Na de melding legt de meerdere deze vast op het daartoe voorgeschreven meldingsformulier tezamen met zijn oordeel over de rechtmatigheid van het geweldsgebruik in het licht van de Ambtsinstructie.<sup>[37]</sup>

Vervolgens beoordeelt een andere politiefunctionaris de rechtmatigheid. Bij de minder ernstige gevallen is dit normaliter de politiechef.<sup>[38]</sup> Hij besluit tevens of er een intern, disciplinair of strafrechtelijk onderzoek wordt ingesteld. In het laatstgenoemde geval stuurt hij de melding door naar de officier van justitie.<sup>[39]</sup> Bij hevig geweldsgebruik verloopt de procedure echter volgens een vast stramien: de politiechef moet de officier van justitie van het district waarbinnen de geweldsaanwending heeft plaatsgevonden binnen 48 uur hierover informeren.<sup>[40]</sup> Het OM besluit vervolgens of de agent door de Rijksrecherche als een verdachte of getuige wordt behandeld in het daaropvolgende onderzoek;<sup>[41]</sup> op dat moment heeft de agent reeds de verplichte melding aan zijn meerdere gemaakt. Na afronding van het onderzoek dat door de Rijksrecherche wordt verricht, beslist de hoofdofficier van justitie of de geweldsaanwending gerechtvaardigd is geweest en of een (verdere) vervolging wordt ingesteld.<sup>[42]</sup> In het geval van vuurwapengebruik dient hij zijn beslissing tevens voor te leggen aan de Adviescommissie politieel vuurwapengebruik.<sup>[43]</sup>

Voor de volledigheid wordt opgemerkt dat bovenstaande procedure niet uitsluit dat tegelijkertijd een intern onderzoek wordt verricht waaruit disciplinaire sancties kunnen voortvloeien.<sup>[44]</sup> Hieraan wordt in deze bijdrage echter geen verdere aandacht besteed. Daar het meldingsformulier en het proces-verbaal van de agent – evenals de getuigenis van de meerdere – mogelijk als bewijs kunnen worden gebruikt in een later strafrechtelijk onderzoek tegen deze politieambtenaar, wordt nu besproken welke rechtspositie de politieambtenaar na een geweldsaanwending heeft onder de Ambtsinstructie.

### 2.2 De rechtspositie van de agent

Tussen het begin van de jaren '80 en het jaar 2000 werd de politieambtenaar die hevig geweld had aangewend en daarbij

had geschoten op een burger – ten gevolge waarvan deze gewond was geraakt of was komen te overlijden – altijd als een verdachte aangemerkt in een daaropvolgend politieonderzoek.<sup>[45]</sup> Hetzelfde gold wanneer hij enkel had bedreigd zijn vuurwapen te gebruiken. Dit veranderde kort voor de wijziging van de Ambtsinstructie in 2001. Destijds heeft het College van Procureurs-Generaal in een beleidsregel<sup>[46]</sup> bepaald dat in dergelijke situaties, waarin strikt genomen een delictomschrijving is vervuld,<sup>[47]</sup> verondersteld wordt dat de agent heeft gehandeld ter uitvoering van een wettelijk voorschrift<sup>[48]</sup> of op basis van een bevel van zijn meerdere.<sup>[49]</sup> Daarom is hij in beginsel niet strafrechtelijk aansprakelijk. Volgens het College zijn de handelingen in principe gerechtvaardigd, dus dient als uitgangspunt te gelden dat de agent als een *getuige* moet worden gehoord door de Rijksrecherche.<sup>[50]</sup> Maar betekent dit dat hij niet meer als een verdachte kan worden aangemerkt?

Zoals bekend speelt de status van verdachte pas een rol tijdens de opsporingsfase. Artikel 29, eerste lid, Sv kent de verdachte een zwijgrecht toe en op grond van het tweede lid dient hij hierop te worden gewezen voorafgaand aan een verhoor. Enerzijds brengt de status van verdachte mee dat hij aantal procedurele waarborgen kan inroepen, zoals het zwijgrecht en – onder omstandigheden – het recht op rechtsbijstand. Anderzijds betekent dit dat de autoriteiten dwangmiddelen tegen hem kunnen toepassen.<sup>[51]</sup> Indien geen sprake is van een verdachte maar van een getuige, dan zijn er bijvoorbeeld geen bevoegdheden om hem bij de politie tegen zijn zin voor een verhoor op te roepen. Zo'n verhoor kan dan enkel plaatsvinden op vrijwillige basis. Een onwelwillende getuige kan echter wel worden opgeroepen verplicht te getuigen op basis van artikel 210 of 260, eerste lid, Sv ten overstaan van een rechter in een latere fase van de procedure.<sup>[52]</sup> Politieambtenaren willen tijdens het onderzoek niet graag als een verdachte worden gehoord.<sup>[53]</sup> Dit komt doordat zij doorgaans menen conform de wet en de aan hen opgedragen taak te hebben gehandeld. Een agent verkiest daarom in het algemeen de getuigenstatus, ook al kunnen zijn verklaringen dan mogelijk tegen hem worden gebruikt in een eventueel later volgend strafproces.<sup>[54]</sup> Het College vindt het daarnaast onnodig en onwenselijk de agent als een verdachte te behandelen zolang er geen aanwijzingen zijn die de rechtmatigheid van het geweldgebruik in twijfel trekken. Dit geldt ook voor de situatie waarin hij niet conform de Ambtsinstructie heeft gehandeld, maar het wel voorshands aannemelijk is dat een strafuitsluitingsgrond van toepassing is.<sup>[55]</sup> Zodoende hoort de Rijksrecherche de agent normaliter binnen 24 uur als een getuige. Zij maakt voorafgaand aan dit verhoor echter wel duidelijk dat hij niet hoeft te antwoorden op vragen die hem kunnen incrimineren. Verder zal de Rijksrecherche een agent als een verdachte behandelen wanneer de rechtmatigheid van het optreden niet (langer) buiten kijf staat, of indien de omstandigheden van het voorval niet voldoende duidelijk zijn ten tijde van het eerste verhoor.<sup>[56]</sup>

In de inleiding is erop gewezen dat een agent voorafgaand aan de wijziging van de Ambtsinstructie in 2001 het meldingsformulier zelf moest invullen, alvorens dit te overleggen aan zijn meerdere. Hij diende daarbij tevens te noteren wat zijn beweegredenen waren geweest voor het geweldgebruik. Sinds de wijziging hoeft noch de betrokkene, noch zijn meerdere,<sup>[57]</sup> aan te geven waarom de geweldsaanwending noodzakelijk of onvermijdelijk zou zijn geweest.<sup>[58]</sup> Verder wordt sedertdien als uitgangspunt de meerdere verantwoordelijk gehouden voor de inhoud van het formulier, omdat hij verplicht is om de (mondelijke) melding van de agent hierop vast te leggen. Doordat de agent hiermee op een zekere afstand wordt geplaatst van de feitenregistratie,<sup>[59]</sup> meent de regering dat er een juiste balans is gevonden tussen enerzijds informatieverstrekking en anderzijds het voorkomen van gedwongen zelfincriminatie. Zij onderstreept verder dat een politieambtenaar niet gedwongen kan worden om mee te werken tijdens een daaropvolgend strafrechtelijk onderzoek<sup>[60]</sup> en dat, wanneer de officier van justitie besluit om tot vervolging over te gaan, het meldingsformulier moet worden teruggezonden naar de meerdere.<sup>[61]</sup> Dit alles dient uiteraard te worden begrepen in het licht van het zwijgrecht dat de agent op dat moment toekomt. Echter, zoals aangegeven in par. 1.2 van deze bijdrage weerhoudt dit de officier van justitie er niet van om het meldingsformulier tijdens een strafrechtelijke procedure tegen de agent als bewijsmateriaal te vorderen. Onzes inziens had de regering tevens het meldingsformulier bij wet moeten uitsluiten als bewijsmiddel tegen de desbetreffende agent, indien zij daadwerkelijk de *juiste* balans had willen vinden (meer hierover volgt in de vijfde paragraaf van deze bijdrage).

De enige publicatie die wij hebben kunnen achterhalen waarin deze problematiek van een mogelijke gedwongen zelfincriminatie door de agent in het verleden aan bod is gekomen, is het onderzoek van Timmer e.a. uit 1996. Hierin concluderen zij – in een periode voorafgaand aan de wijziging van de regelgeving in 2001 – dat in het geval van politiegeweld het zwijgrecht niet wordt geschonden door artikel 17 Ambtsinstructie of artikel 152 Sv. Zij wijzen erop dat dit recht alleen kan worden ingeroepen door een verdachte en dat een agent geen verdachte is op het moment dat hij de melding doet. Verder constateren zij – naar ons oordeel een beetje merkwaardig – dat een agent *kan* weigeren deze melding te maken, hoewel dit dan wel strijdig is met de genoemde bepalingen. De politieambtenaar riskeert in dat geval tevens disciplinaire maatregelen, welke overigens niet als doel mogen hebben hem te dwingen de melding te doen.<sup>[62]</sup> Ondanks dat de mogelijkheid tot weigeren bestaat, wordt daar zelden gebruik van gemaakt.<sup>[63]</sup> Timmer e.a. vermoeden dat een onwelwillende agent dan eerder een onvolledige of onjuiste verklaring aflegt.<sup>[64]</sup> Het is evident dat hij in dat geval kan worden vervolgd voor meened.<sup>[65]</sup>

### 2.3 Een verschil tussen theorie en praktijk

Ingevolge de wijziging van de Ambtsinstructie in 2001 mogen agenten niet langer zelf het meldingsformulier invullen. Zij dienen

vanaf dat moment enkel de feiten, omstandigheden en gevolgen van het aangewende geweld te melden. Nu rijst de vraag of dit ook daadwerkelijk zo gebeurt. Uit het onderzoek door Drenth e.a. uit 2005 blijkt dat 64 procent van de 1696 ondervraagde agenten aangeeft nooit het meldingsformulier in te vullen. Dit betekent dat ongeveer een derde van hen tot op een zekere hoogte betrokken is bij het invullen van het meldingsformulier.<sup>[66]</sup> Soortgelijke resultaten volgen uit een onlangs verschenen rapport van de Nationale Ombudsman, waaruit tevens blijkt dat sommige agenten de context van het geweld en hun emotionele toestand ten tijde van het voorval rapporteren. Laatstgenoemde informatie wordt ook geregeld geregistreerd en in de beoordeling van het incident door de politiechef meegenomen. Tot slot blijkt dat de meerdere soms een eigen advies met betrekking tot de rechtmatigheid van het aangewende geweld in het licht van de Ambtsinstructie aan het meldingsformulier toevoegt.<sup>[67]</sup>

Het bovenstaande is onmiskenbaar in strijd met hetgeen de regering in 2001 heeft beoogd.<sup>[68]</sup> Wij begrijpen dat deze informatie soms in het voordeel van de agent kan werken,<sup>[69]</sup> maar tegelijkertijd moet worden beseft dat het mogelijk kan dienen als strafrechtelijk bewijs jegens de agent gelet op de subjectieve bestanddelen in delictsomschrijvingen. Op dit moment is er geen jurisprudentie voorhanden en er is ook geen onderzoek verricht naar de vraag in hoeverre het meldingsformulier en de getuigenis van de meerdere daadwerkelijk worden gebruikt als strafrechtelijk bewijsmateriaal tegen de agent. Het is dientengevolge ook niet duidelijk of er een verschil bestaat tussen het gebruik van puur feitelijke informatie enerzijds, en contextuele of emotionele informatie anderzijds.

### 3. Euthanasie en de meldingsprocedure voor artsen

#### 3.1 De juridische grondslag van het onderzoek naar euthanasie

Euthanasie is – nog steeds – een misdrijf dat is omschreven als levensbeëindiging op verzoek door een arts.<sup>[70]</sup> Echter, tussen de jaren '70 en het jaar 2002 is in de jurisprudentie een aantal strikte criteria ontwikkeld op basis waarvan een arts op een legitieme wijze zijn patiënt kon euthanasieren.<sup>[71]</sup> Dit betekende destijds dat een arts artikel 40 Sr kon invoeren. Thans is deze rechtspraak op hoofdlijnen neergelegd<sup>[72]</sup> in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (WTL).<sup>[73]</sup> Daarnaast bevat artikel 293, tweede lid, Sr een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor de arts. Vereist is dat hij heeft gehandeld conform de wettelijke zorgvuldigheidsvoorschriften van artikel 2 WTL en tevens heeft voldaan aan de meldingsplicht onder artikel 7, tweede lid, Wet op de lijkbezorging (WLB). We zullen nu uiteenzetten wat de meldingsprocedure inhoudt. Deze is destijds ingesteld om de rechtszekerheid voor zowel arts als patiënt te vergroten en om tegelijkertijd de toetsing van euthanasiegevallen te verbeteren door het strafrecht op een zekere afstand te plaatsen.<sup>[74]</sup>

#### 3.2 Het verloop van de meldingsprocedure

De arts die euthanasie heeft verricht, dient dit onverwijld te melden aan de gemeentelijke lijkschouwer.<sup>[75]</sup> Hij overhandigt dan een ingevuld formulier en een gemotiveerd rapport omtrent het verloop van de euthanasieprocedure en de onnatuurlijke dood van zijn patiënt.<sup>[76]</sup> In het rapport geeft de arts een antwoord op open vragen omtrent de middelen die hij heeft gebruikt en de beoordelingen die hij heeft gemaakt.<sup>[77]</sup> Tegelijkertijd brengt de gemeentelijke lijkschouwer de officier van justitie op de hoogte van het euthanasiegeval,<sup>[78]</sup> zonder dat hij daarbij enig oordeel geeft over de mate van zorgvuldigheid waarmee de arts heeft gehandeld.<sup>[79]</sup> De officier van justitie besluit vervolgens of het lichaam kan worden vrijgegeven voor de begrafenis of crematie. Ten slotte stuurt de gemeentelijke lijkschouwer het meldingsformulier en het verslag van de arts door naar de bevoegde Regionale toetsingscommissie (RTC).<sup>[80]</sup>

Hierna onderzoekt de RTC het voorval. Zij beoordeelt of de handelingen van de arts in overeenstemming zijn met de zorgvuldigheidscriteria van artikel 2, eerste lid, WTL. Daarop zijn drie beslissingen mogelijk. Allereerst kan zij oordelen dat de arts conform de wettelijke eisen heeft gehandeld en dat zijn ingrijpen dus als rechtmatig moet worden beschouwd. In dat geval stuurt zij haar oordeel door naar het OM en eindigt de zaak.<sup>[81]</sup> Ten tweede kan de RTC zich onbevoegd verklaren om over de zaak te oordelen. Dat gebeurt indien er (mogelijk) geen verzoek tot euthanasie is gedaan door de patiënt. In dat geval verwijst zij de zaak terug naar de gemeentelijke lijkschouwer en verzoekt zij hem de officier van justitie hierover te berichten. Ten derde kan de RTC oordelen dat de arts niet volgens de wettelijke zorgvuldigheidscriteria heeft gehandeld.<sup>[82]</sup> In dat geval stuurt zij haar oordeel, tezamen met een kopie van het dossier, door naar het College van procureurs-generaal. Indien de RTC oordeelt dat de euthanasieprocedure correct is verlopen, zal de arts niet worden vervolgd.<sup>[83]</sup> De RTC heeft daarmee *de facto* ook een belangrijke invloed op het vervolgingsbeleid van het OM.<sup>[84]</sup> Het OM zal doorgaans slechts een strafrechtelijk onderzoek instellen indien de RTC zich onbevoegd verklaart of wanneer de arts niet volgens de wettelijke zorgvuldigheidscriteria heeft gehandeld. Daarnaast zal dit vooral gebeuren indien de arts op een onjuiste wijze melding heeft gemaakt of wanneer een ander dan een arts de patiënt heeft geëuthanaseerd.<sup>[85]</sup> Opgemerkt wordt nog dat artikel 14 WTL niet verbiedt dat de leden van de RTC ter terechtzitting kunnen getuigen omtrent de verklaringen die een arts heeft afgelegd.

#### 3.3 De rechtspositie van de arts

Ook bij euthanasiegevallen vindt het onderzoek uit zijn aard *a posteriori* plaats. Hierbij is van belang dat de arts een maand gevangenisstraf en een geldboete van de tweede categorie riskeert indien hij niet naar waarheid rapporteert (artikel 81 WLB). Na de melding neemt de RTC normaliter binnen zes weken een beslissing.<sup>[86]</sup> Zij kan tussentijds de arts verzoeken om zijn rapport op vrijwillige basis nader mondeling of schriftelijk toe te lichten.<sup>[87]</sup> De medicus is, evenals de politieagent in het geval van een geweldsaanwending, op het moment van zijn melding (nog) geen verdachte. Hij maakt zijn melding in de controlefase<sup>[88]</sup> en op dat moment spelen het beginsel van *nemo tenetur* en het zwijgrecht nog geen rol.<sup>[89]</sup> De arts kan, net zoals de agent in diens analoge omstandigheden, worden gestraft voor het afleggen van een valse verklaring omtrent een onnatuurlijke dood.<sup>[90]</sup> Bovendien verliest hij in een dergelijk geval de mogelijkheid om de strafuitsluitingsgrond uit artikel 293, tweede lid, Sr in te roepen en riskeert hij een strafvervolgning op basis van het eerste lid van die bepaling. Hieruit volgt dat de arts pas als verdachte wordt behandeld vanaf het moment dat het onderzoek onder leiding van de officier van justitie aanvangt. Uiteindelijk wordt per jaar slechts een gering aantal artsen ter zake van euthanasie vervolgd.<sup>[91]</sup>

In contrast met de meldingsprocedure voor politieambtenaren hebben diverse auteurs een oordeel uitgesproken over de vraag of documenten die het resultaat zijn van de meldingsprocedure volgens de WLB als bewijsmiddel tegen de arts kunnen worden gebruikt in een strafrechtelijk onderzoek.<sup>[92]</sup> Zo stelt Pans dat de laatstbedoelde procedure de rechtszekerheid voor artsen schaadt. Zij pleit voor een verbod voor het OM om gebruik te maken van documenten die het resultaat zijn van de meldingsplicht van de arts.<sup>[93]</sup> Duijst en Veerman delen de mening dat het gebruik van het rapport van de arts als bewijs in een strafrechtelijke procedure strijdig is met het *nemo-tenetur* beginsel en daarmee ook met artikel 6 EVRM.<sup>[94]</sup> Zij baseren hun oordeel op twee punten: de mate van dwang die op de arts wordt uitgeoefend om de informatie te verstrekken (verwijzend naar de strafbepaling uit artikel 81 WLB) en de mogelijkheid om de verkregen informatie te gebruiken in een strafprocedure.<sup>[95]</sup> Anderen vragen zich evenzeer af of de meldingsprocedure onder de WLB verenigbaar is met het EVRM.<sup>[96]</sup> Jurisprudentie omtrent deze concrete vraag bestaat nog niet.<sup>[97]</sup> Niettemin is duidelijk dat het punt aandacht verdient en krijgt binnen het euthanasiedebat.

Wij maken nog een afrondende opmerking bij de vergelijking tussen beide meldingsplichten. De taak die aan beide typen professionals is opgedragen, verschilt. Het is de wettelijke plicht van de politieambtenaar om in desbetreffende situaties handelend op te treden zelfs wanneer hij hiervoor hevig geweld moet aanwenden. Een medicus heeft echter steeds een keuzemogelijkheid. Hij kan zelf beslissen of hij het euthanasieverzoek van zijn patiënt inwilligt – en dus inbreuk maakt op diens recht op leven – op voorwaarde dat hij volgens de wet handelt. De politieambtenaar is wettelijk *verplicht* te handelen en de arts heeft de *mogelijkheid* te handelen. Laatstgenoemde mag bijvoorbeeld een verzoek weigeren, indien dit strijdig is met zijn (geloofs)opvattingen.<sup>[98]</sup> Wat de arts en de agent wel gemeen hebben, is dat zij uiteindelijk beiden individueel strafrechtelijk verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor hun daden en dat zij in dat verband normaliter aanspraak kunnen maken op een strafuitsluitingsgrond. In de hiernavolgende paragraaf van deze bijdrage zal nader op de implicaties van het euthanasiedebat voor de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie worden ingegaan. Daaraan vooraf gaat nog een korte blik op de jurisprudentie van het EHRM omtrent het gebruik van getuigenbewijs dat is verkregen in de controlefase tegen diezelfde personen in de vervolgingsfase.

## 4. De rechtspositie van een getuige en het verbod op gedwongen zelfincriminatie

### 4.1 Ons startpunt: de criteria van Duijst & Veerman

In deze paragraaf zal worden onderzocht in hoeverre kan worden geconcludeerd dat de meldingsprocedures onder de Ambtsinstructie en de WLB in strijd zijn met het *nemo-tenetur* beginsel. In de vorige paragraaf werd beschreven dat volgens Duijst & Veerman aan de hand van de volgende drie criteria nagegaan kan worden of de meldingsprocedure onder de WLB het *nemo-tenetur* beginsel voor artsen schendt: de mate van dwang die op de persoon wordt uitgeoefend om de informatie te verstrekken, de mogelijkheid om de verkregen informatie jegens deze persoon te gebruiken in een strafprocedure en de afwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Wij zullen nu nagaan in hoeverre dit toetsingsschema – dat is samengesteld in 2006 – volledig is, gezien de jurisprudentie van het EHRM, en of het ook kan worden toegepast in relatie tot de meldingsprocedure voor politieagenten onder de Ambtsinstructie.<sup>[99]</sup>

### 4.2 Het toetsingsschema voor het gebruik van gedwongen zelfincriminerende verklaringen van getuigen anno 2017

Het *nemo-tenetur* beginsel is niet gecodificeerd in artikel 6 EVRM.<sup>[100]</sup> Desalniettemin heeft het Straatsburgs hof in de zaak *John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk* geoordeeld dat het beginsel – tezamen met het zwijgrecht, wat een centraal deel van dit beginsel uitmaakt<sup>[101]</sup> – fundamenteel is voor het recht op een eerlijk proces zoals dit is terug te vinden in het eerste lid van bovenstaande bepaling.<sup>[102]</sup> Zoals bekend kan ingevolge artikel 6 EVRM het zwijgrecht alleen door een verdachte worden ingeroepen, dat wil hier zeggen iemand die geconfronteerd wordt met een *criminal charge*.<sup>[103]</sup> Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is hiervan sprake op het moment dat de bevoegde autoriteiten door een officiële mededeling aan een persoon kenbaar maken dat hij ervan wordt verdacht een strafbaar feit te hebben gepleegd.<sup>[104]</sup> Het is dan ook *in beginsel* toegestaan om krachtens nationaal recht een niet-verdachte (zoals een getuige) te dwingen een verklaring af te

leggen en aan hem komt geen zwijgrecht toe zolang hij niet als verdachte wordt aangemerkt. Daarmee rijst de vraag in hoeverre het nemo-teneturbeginsel van toepassing is op (schriftelijke) verklaringen die een getuige onder dwang heeft afgelegd, voorafgaand aan het moment dat hij verdacht werd van een strafbaar feit? Met andere woorden: kunnen deze verklaringen als bewijs tegen deze persoon worden gebruikt in een latere strafrechtelijke procedure, waarin hij als verdachte wordt vervolgd voor een strafbaar feit, of kan dit worden belet door de latente werking van het nemo-teneturbeginsel?

#### 4.2.1 De vier criteria die volgen uit de EHRM-jurisprudentie

Het EHRM heeft in een aantal zaken duidelijk gemaakt dat verklaringen die in de controlefase zijn afgelegd door een getuige *niet altijd* als bewijs tegen diezelfde persoon kunnen worden gebruikt in een eventueel daarop volgend strafproces. Om te bepalen of dergelijk verkregen bewijsmateriaal uitgesloten dient te worden in een later strafproces jegens deze persoon – om zodoende te voorkomen dat er sprake is van een schending van het nemo-teneturbeginsel – moet gezien de jurisprudentie van het EHRM onzes inziens gekeken worden gekeken naar de volgende vier criteria:

- 1) is jegens deze persoon – die officieel als getuige werd gehoord – nagelaten de cautie te geven op het moment dat tijdens het afleggen van zijn verklaring de autoriteiten oordeelden dat er sprake was van een *criminal charge*?
- 2) gaat het om informatie die onder dwang is verkregen?
- 3) gaat het om informatie die wilsafhankelijk is? en
- 4) is er sprake van een schending van de kern van het nemo-teneturbeginsel?

Een bevestigend antwoord op alle vier deze vragen resulteert onzes inziens erin dat het bewijs verkregen is in strijd met het nemo-teneturbeginsel en derhalve dient te worden uitgesloten in een later strafproces tegen de persoon die de verklaringen heeft afgelegd. We zullen nu aangeven hoe deze criteria precies begrepen dienen te worden in het licht van de EHRM-rechtspraak.

#### 4.2.2 Criterium 1: is nagelaten de cautie gegeven op het moment van de criminal charge?

Allereerst moet worden nagegaan of tijdens het verhoor van de persoon – die destijds als een getuige werd aangemerkt – onverwijld de cautie werd gegeven op het moment dat de opsporingsambtenaren hem er officieel van verdachten een strafbaar feit te hebben gepleegd.<sup>[105]</sup> Indien de autoriteiten dit hebben nagelaten, is er sprake van een situatie waarin iemand wordt verhoord als een getuige en waarbij hem aldus de rechten van een verdachte worden onthouden.<sup>[106]</sup> Hieronder valt onder meer het recht op rechtsbijstand – wat hem in beginsel toekomt – en daarmee is afbreuk gedaan aan de procesautonomie van een verdachte om te bepalen waarover hij wel en geen verklaring wenst af te leggen.<sup>[107]</sup> In verschillende arresten heeft het EHRM dit aspect meegewogen bij de vraag of het nemo-teneturbeginsel jegens de ‘getuige’ is geschonden. Zo oordeelt het EHRM in de zaak *Ibrahim e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk* dat het niet geven van de cautie jegens de persoon die als getuige werd gehoord – zonder dat hiervoor dringende redenen bestonden en terwijl tijdens zijn verklaringen een verdenking van een strafbaar feit jegens hem ontstond – ertoe bijdroeg dat er sprake was van een schending van het nemo-teneturbeginsel.<sup>[108]</sup> Ook in de zaak *Shabelnik tegen Oekraïne* oordeelt het Hof dat – in een verwarrende situatie<sup>[109]</sup> waarin de getuige zelfincriminerende verklaringen had afgelegd in de controlefase, zonder dat hij een advocaat had kunnen raadplegen – dit er mede in resulteerde dat het nemo-teneturbeginsel was geschonden.<sup>[110]</sup>

#### 4.2.2 Criterium 2: is de verklaring afgelegd onder dwang?

De tweede vraag die vervolgens beantwoord dient te worden, is of de informatie die de getuige heeft verstrekt verkregen is onder *dwang*. Daarbij rijst onmiddellijk de vraag waar de grens ligt tussen geoorloofde en ongeoorloofde dwang, en of dit onderscheid van belang is.<sup>[111]</sup> Onder geoorloofde dwang wordt verstaan een wettelijke verplichting om informatie te verstrekken aan de autoriteiten – waarbij deze informatie mogelijk zelfincriminerend is – om zodoende ervoor te zorgen dat de publieke taak die daarmee gediend is ter behartiging van het algemeen belang, kan worden uitgeoefend.<sup>[112]</sup> Het meest tot de verbeelding sprekende voorbeeld is in dat verband het overleggen van gegevens over de (persoonlijke) financiële situatie in het kader van de belastingheffing. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het EHRM in dit type zaken zich heeft uitgelaten over de vraag of het verplicht verstrekken van zelfincriminerende gegevens is toegestaan.<sup>[113]</sup> Het Hof geeft daarbij als reden dat een dergelijke verplichting toelaatbaar is gezien het algemene belang dat ziet op een effectieve wijze van belastingheffing.<sup>[114]</sup> De Hoge Raad sluit zich daarbij aan; hij heeft geconcludeerd dat een verplichte overlegging van dergelijke gegevens is toegestaan zolang zij enkel worden gebruikt ten behoeve van de belastingoplegging (en dus niet mede in het kader van een strafvervolgung jegens deze persoon).<sup>[115]</sup> Voorts heeft het EHRM geoordeeld dat onder geoorloofde dwang ook wordt begrepen een verplichting tot overlegging waarbij het niet voldoen hieraan wordt bedreigd met een geringe sanctie (zoals een boete).<sup>[116]</sup> Wat in dat kader gekwalificeerd kan worden als ongeoorloofde dwang is onzes inziens in het algemeen moeilijk te zeggen; dit is – net als de beslissingen van het EHRM – afhankelijk van de omstandigheden van het geval.<sup>[117]</sup> Het bestraffen van een weigering om een verklaring af te leggen met zes maanden gevangenisstraf werd door het EHRM in de zaak *Heaney en McGuinness tegen Ierland* in ieder geval beoordeeld als ongeoorloofde dwang die werd uitgeoefend, zelfs wanneer het – zoals in deze zaak – gaat om een verdenking van mogelijke betrokkenheid bij terrorisme.<sup>[118]</sup>



### 4.2.3 Criterium 3: is de verkregen informatie wilsafhankelijk?

Wanneer blijkt dat de informatie daadwerkelijk onder dwang verkregen is, dient voorts te worden nagegaan of de informatie die de getuige heeft verstrekt *wilsafhankelijk* is? Dit onderscheid is van belang omdat het EHRM – zelfs in relatie tot verdachten – heeft geoordeeld dat zij verplicht zijn om mee te werken bij de verstrekking van wilsonafhankelijk materiaal. Dergelijke informatie bestaat los van de wil van de persoon en het verschaffen hiervan maakt dus ook geen inbreuk op zijn procesautonomie.<sup>[119]</sup> In het verleden zijn verschillende informatiebronnen als wilsonafhankelijk bestempeld, zoals diverse lichaamsstoffen (DNA, urine, bloed) maar ook informatiebronnen waarvoor een wettelijke plicht bestaat om deze op te stellen en te bewaren (zoals belastingdocumenten).<sup>[120]</sup> Deze informatiebronnen zijn wilsonafhankelijk, ook al moet voor de productie daarvan een zekere inspanning van de uiteindelijke verdachte worden gevraagd. Wilsafhankelijk materieel is daarmee bewijsmateriaal dat niet los van de wil van de verdachte kan bestaan en waarvoor een zekere intellectuele, creatieve inspanning van diens kant vereist is.<sup>[121]</sup> Daarnaast zou dit informatie moeten zijn die op meerdere wijzen vormgegeven kan worden en waarvoor dus niet – zoals bij wilsonafhankelijk bewijsmateriaal – maar één uitkomst mogelijk is.<sup>[122]</sup>

### 4.2.4 Criterium 4: is er sprake van een schending van de kern van het nemo-teneturbeginsel?

Tot slot dient te worden onderzocht – indien inderdaad blijkt dat de zelfincriminerende, wilsafhankelijke informatie van de getuige onder dwang is verkregen is – of de procedure in z'n geheel eerlijk is geweest. Dit is niet het geval, wanneer er sprake is van een schending van de kern (of, in de woorden van het Hof: '*the very essence*') van het nemo-teneturbeginsel.<sup>[123]</sup> Om dit te kunnen bepalen, dient de rechter de volgende punten tegen elkaar af te wegen.<sup>[124]</sup> Allereerst dient te worden nagegaan wat de aard en mate van dwang is geweest die op de getuige is uitgeoefend om te verklaren. Het gaat hierbij in andere woorden om de vraag of er sprake geweest is van een ongeoorloofde, disproportionele dwang die is uitgeoefend.<sup>[125]</sup> In de zaak *Jalloh tegen Duitsland* heeft het EHRM geoordeeld dat informatie – zelfs indien deze wilsonafhankelijk is – die in strijd met artikel 3 EVRM is verkregen kwalificeert als verkregen door middel van ongeoorloofde dwang. Dit leidt volgens het Hof ertoe dat hiermee het nemo-teneturbeginsel is geschonden.<sup>[126]</sup> Het Hof had in deze zaak kunnen volstaan met het enkele oordeel dat artikel 3 EVRM jegens de klager was geschonden, maar kennelijk was het – gezien de aard en omvang van de dwang – ertoe gehouden om ook expliciet te oordelen dat het nemo-teneturbeginsel in relatie tot de klager was geschonden.<sup>[127]</sup> Verder volgt uit andere EHRM-jurisprudentie dat het ook niet is toegestaan om materiaal te verkrijgen middels een zogenaamde *fishing expedition*.<sup>[128]</sup> Daarnaast concludeert Wijsman in zijn dissertatie dat op basis van de EHRM-jurisprudentie de grens tussen geoorloofde en ongeoorloofde dwang ligt bij het dreigen met het opleggen van een geldboete van ongeveer € 2.200 euro of meer dan enkele dagen hechtenis.<sup>[129]</sup> Vervolgens dient te worden nagegaan welke waarborgen tijdens het verloop van de procedure jegens de verdachte hebben gegolden om de ongeoorloofde dwang die op hem is uitgeoefend te compenseren.<sup>[130]</sup> Hierbij dient in eerste instantie gekeken te worden naar hoe het gebruik van deze informatie de verdedigingsruimte van deze persoon heeft beïnvloed,<sup>[131]</sup> of de verdachte de mogelijkheid heeft gekregen om terug te komen op zijn eerdere verklaring(en) die hij onder dwang had afgelegd<sup>[132]</sup> en of de verdachte in de gelegenheid is gesteld om tegenbewijs aan te bieden.<sup>[133]</sup> Wanneer dit niet het geval is geweest, draagt dit bij aan het oordeel dat de kern van het nemo-teneturbeginsel is geschonden. Tot slot dient te worden gekeken naar het gebruik van het bewijs.<sup>[134]</sup> Het gaat hierbij voornamelijk om de vraag of de veroordeling hoofdzakelijk berust op het wilsafhankelijke bewijsmateriaal dat onder dwang van de getuige is verkregen, of dat daaraan meerdere bewijsmiddelen ten grondslag liggen.<sup>[135]</sup> Daarnaast heeft het EHRM ook geoordeeld dat een verklaring – die eerder onder dwang is afgelegd – niet mag worden gebruikt om de betrouwbaarheid van de verklaringen van de verdachte in een later strafproces in twijfel te trekken of om de juistheid van zijn verklaringen ten overstaan van de strafrechter tegen te spreken.<sup>[136]</sup> Dit is ook niet toegestaan, wanneer het enkel gaat om het gebruik van feitelijke informatie tegen de verdachte.<sup>[137]</sup> Wanneer alle bovengenoemde vragen ten nadele van de autoriteiten kunnen worden beantwoord, is het noodzakelijk dat zij het zodanig verkregen bewijsmateriaal uitsluiten om een schending van het nemo-teneturbeginsel te voorkomen.<sup>[138]</sup> Het aanhalen van een rechtvaardigingsgrond door de autoriteiten is in de meeste strafzaken een zinloze exercitie: in het verleden heeft het EHRM meermaals aangegeven dat een rechtvaardigingsgrond niet kan worden gebruikt om een schending van de kern van het nemo-teneturbeginsel te compenseren.<sup>[139]</sup> Voorts is het op basis van de tot dusver verschenen jurisprudentie moeilijk om aan te geven hoe de bovengenoemde drie factoren – om te bepalen of sprake is geweest van een schending van de kern van het beginsel – zich jegens elkaar verhouden en of aan een (of meerdere) van de factoren een zwaarwegend gewicht toekomt. Ook dit zal onzes inziens dienen te worden bepaald aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarbij merken wij wel op dat naar onze mening bovengemiddeld veel gewicht lijkt toe te komen aan het criterium 'aard en mate van dwang'.<sup>[140]</sup> Zoals eerder aangegeven was informatie die in strijd met artikel 3 EVRM was verkregen voor het EHRM genoeg reden om te oordelen dat daarmee de kern van het nemo-teneturbeginsel was geschonden.

## 4.3 Wel of geen schending van het nemo-teneturbeginsel bij de meldingsprocedure voor artsen en

## politieagenten?

Op basis van het voorgaande kan allereerst worden geconcludeerd dat het toetsingsschema dat Duijst & Veerman in 2006 hebben gebruikt, (thans) ontoereikend is. Onze studie heeft aangetoond dat de mate van dwang waaronder de verklaring is afgelegd en het gebruik van de verkregen verklaring in een latere strafprocedure jegens de verdachte slechts enkele van de relevante criteria zijn. Voorts is de vraag naar de mogelijke aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond doorgaans irrelevant, omdat het EHRM heeft aangegeven dat een rechtvaardigingsgrond nooit kan worden aangewend om een schending van de kern van het nemo-teneturbeginsel te rechtvaardigen. Wat rest in deze paragraaf is het toepassen van het door ons geïdentificeerde toetsingsschema op zowel de meldingsprocedure voor artsen onder de WLB als politieagenten die geweld hebben aangewend onder de Ambtsinstructie.

### 4.3.1 In relatie tot de arts

Ten aanzien van de meldingsprocedure onder de WLB kan het volgende worden opgemerkt. Op het moment dat de arts melding maakt van een euthanasiegeval, wordt hem niet de cautie medegedeeld wanneer hij een zelfincriminerende verklaring aflegt. Dit komt logischerwijs door het feit dat hij zijn melding schriftelijk dient te maken, zodat er geen verhorende politieambtenaar aanwezig is die hem – indien nodig – de cautie kan geven. Ook wanneer de arts op een later moment – ten overstaan van de leden van de RTC – zelfincriminerende verklaringen aflegt, lijkt het erop dat de leden van de RTC in dat geval niet geïnstrueerd zijn om de arts de cautie te geven indien dit noodzakelijk is. Men zou kunnen stellen dat dit past bij de aard en functie van de RTC, zij is immers geen vervolgende instantie. Echter, doordat zij een directe invloed heeft op het vervolgingsbeleid van het OM – en doordat de voorzitter van de RTC een jurist is – lijkt het ons terecht om te stellen dat deze instantie geacht kan worden een cautie te geven op het moment dat het aannemelijk is dat de arts zich schuldig heeft gemaakt aan een strafbaar feit door niet alle vereisten uit artikel 7 lid 2 WLB in acht te nemen. Wij begrijpen dat dit wellicht niet de meest wenselijke gang van zaken is, echter het moment waarop de arts door het OM als verdachte kan worden aangemerkt – en daarmee onder meer in beginsel recht heeft op een advocaat – komt wat ons betreft in dit verband te laat. Voorts is het zo dat het voorgeschreven meldingsformulier geen blijk geeft van het gevaar dat de arts – door het invullen van dit formulier – zichzelf mogelijk incrimineert. Het bevat bijvoorbeeld geen notificatie dat de arts gehouden is het formulier niet verder in te vullen, indien er door hem een antwoord is gegeven op een vraag waarvan het evident is dat dit niet strookt met de vereisten die aan de arts onder de euthanasiewetgeving worden gesteld. In dat kader is ons oordeel ten aanzien van het eerste criterium dan ook dat onder de meldingsprocedure van de WLB is nagelaten om de cautie te geven, indien sprake is van een *criminal charge*. Aan het eerste criterium van ons toetsingsschema is aldus voldaan.

Voorts is het de vraag of de verklaring van de arts ook onder dwang is afgelegd. Ook deze vraag dient bevestigend te worden beantwoord, waarmee ook aan het tweede criterium is voldaan. Er is namelijk sprake van ongeoorloofde dwang die wordt uitgeoefend op de arts, omdat het niet voldoen aan de meldingsplicht in artikel 81 WLB wordt bestraft met een gevangenisstraf van maximaal een maand en een goedboete van de tweede categorie.<sup>[141]</sup> Doordat de rechter in dit geval aan de arts een gevangenisstraf kan opleggen, kan wat ons betreft niet worden gezegd dat de arts enkel wordt bedreigd met een *geringe* sanctie.

Het geven van een antwoord op de vraag of de verklaring van de arts wilsafhankelijk is, vinden wij een lastigere opgave. Wij neigen ernaar om in dat verband aan te sluiten bij de jurisprudentie van de Hoge Raad in belastingzaken. Zodoende concluderen wij dat de verklaring van de arts wilsafhankelijk is, maar dat een hoger belang bestaat – namelijk het belang om de levensbeëindiging door een arts van een patiënt op een deugdelijke wijze te kunnen controleren – dat ervoor zorgt dat van een arts verlangd kan worden om deze wilsafhankelijke informatie te verstrekken. Echter, daarbij merken wij op – in lijn met dezelfde jurisprudentie van de Hoge Raad – dat deze informatie *enkel* mag worden gebruikt ten behoeve van de toetsing van de juistheid van de euthanasieprocedure.<sup>[142]</sup> Het gebruik van dergelijke informatie in een latere strafprocedure tegen de arts is daarmee niet toegestaan. Naar onze mening is het uiteindelijke oordeel omtrent de toelaatbaarheid van dergelijke verklaringen als bewijs in een latere strafprocedure afhankelijk van de uitkomst onder het, hiernavolgende, vierde criterium.

De laatste vraag die namelijk beantwoord dient te worden, luidt als volgt: is bij de meldingsprocedure onder de WLB sprake van een schending van de kern van het nemo-teneturbeginsel? Zoals gezegd, is deze vraag in z'n algemeenheid moeilijk te beantwoorden. Het antwoord hierop is namelijk sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De aard en mate van dwang die uitgaat van artikel 81 WLB werken ten nadele van de autoriteiten bij dit oordeel. Onzes inziens hangt het beslissende antwoord hierop echter af van de casus, waarbij gekeken moet worden naar de waarborgen die tijdens de strafprocedure voor de arts hebben gegolden (heeft hij zijn eerdere verklaringen kunnen betwisten?) en hoe het bewijs door zowel het OM als de rechter is gebruikt (is het gebruikt om de juistheid van de verklaringen en de betrouwbaarheid van de arts in twijfel te trekken en berust het veroordelende vonnis hoofdzakelijk op zijn eerder gedane zelfincriminerende verklaringen?).

Aldus is de beantwoording van deze vierde vraag per definitie afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

Vooralsnog is onze conclusie dat het gebruik van de informatie die volgt uit de meldingsplicht voor de arts onder de WLB neigt naar een schending van het nemo-teneturbeginsel – waardoor het gebruik daarvan niet als bewijsmiddel kan dienen in

een later strafprocedure – maar dat het definitieve antwoord hieromtrent afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

### 4.3.2 In relatie tot de agent

Ook in relatie tot de meldingsprocedure voor politieagenten onder de Ambtsinstructie kan een soortgelijke conclusie worden getrokken. In het licht van de EHRM-jurisprudentie is het gebruik voor het bewijs in een strafzaak van het meldingsformulier en van de getuigenverklaring van de meerdere problematisch wanneer de veroordeling hoofdzakelijk berust op deze bewijsmiddelen, of wanneer deze gebruikt worden om de ontkenning van de verdachte politieambtenaar te ontcrachten. Deze bewijsmiddelen kunnen namelijk op 'gelijke voet worden gesteld' met de mondelinge verklaring van de agent<sup>[143]</sup> en zijn wilsafhankelijk. Het argument van de regering dat de agent op voldoende afstand is geplaatst van de totstandkoming van de informatie – door alleen te verklaren over de feiten, omstandigheden en gevolgen van het geweld – houdt derhalve geen stand.<sup>[144]</sup> Voorts wordt door de meerdere – nota bene een opsporingsambtenaar – nagelaten om de cautie te geven op het moment dat er jegens de agent, die geweld heeft aangewend en daarvan bij hem de melding maakt, sprake is van een *criminal charge*.

Ook hier kan zodoende worden geconcludeerd dat het moment waarop de agent daadwerkelijk als verdachte kan worden aangemerkt door de officier van justitie, en daarmee onder meer in beginsel het recht heeft om door een advocaat te worden bijgestaan, in zoverre te laat komt. Echter, tegelijkertijd merken wij op dat onzes inziens dit probleem grotendeels is verholpen onder de Ambtsinstructie, omdat er een groep van advocaten is ingesteld voor agenten die hun vuurwapen hebben gebruikt. Dit lijkt echter niet te gelden voor de niet-vuurwapen gerelateerde zaken. Wij hebben vernomen van een advocaat, die vaak agenten bijstaat in dit type zaken, dat er regio's zijn waarin advocaten onmiddellijk op de hoogte worden gebracht na geweldsgebruik door een agent en deze dus snel kan bijpraten over diens rechtspositie. Het is evenwel niet duidelijk in hoeverre dit een landelijke aanpak betreft en daarom behoeft dit punt verdere aandacht.

Wanneer we daarnaast in ogenschouw nemen dat de disciplinaire en strafrechtelijke sancties die een politieambtenaar riskeert niet gering zijn, komen wij ook in het kader van de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie tot de conclusie dat deze neigt het nemo-teneturbeginsel jegens de agent te schenden. Hiervan is in het bijzonder sprake wanneer de door hem gedane zelfincriminerende verklaringen – die hij heeft afgelegd ten tijde van de melding – direct (door middel van door hem opgestelde schriftelijke verklaringen) of indirect (middels het meldingsformulier of de verklaring van de meerdere) als bewijsmiddel jegens hem worden gebruikt. Ten slotte merken wij op dat uit de jurisprudentie van het EHRM duidelijk naar voren komt dat het algemeen belang – in dit geval dat van behoorlijk onderzoek naar politieel geweld – niet een inbreuk op de kern van het verbod op gedwongen zelfincriminatie kan rechtvaardigen.

## 5. Enkele nadere beschouwingen

### 5.1 Een oplossing: wijziging van artikel 17 Ambtsinstructie

Uit het bovenstaande blijkt dat volgens het EHRM het gebruik van een verklaring door een getuige die een verplichting had tot antwoorden, in een later strafproces onder bepaalde omstandigheden niet tegen dezelfde persoon mag worden gebruikt. Dit geldt ook indien het gaat om louter toelichtende, feitelijke mededelingen. Uiteraard spelen bij deze zaken de omstandigheden van het geval een rol, maar voorsnog is onze conclusie dat de meldingsprocedure onder de WLB en de Ambtsinstructie het verbod op gedwongen zelfincriminatie in relatie tot de arts en de agent neigen te schenden.<sup>[145]</sup> Voorts rijst de vraag, hoe nu verder? We beperken ons in deze paragraaf tot het presenteren van een oplossing voor dit probleem in relatie tot de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie, maar merken tegelijkertijd op dat de regering – veiligheidshalve – ons voorstel ook zou moeten overnemen met betrekking tot de meldingsprocedure onder de WLB. Zoals gezegd, komt het in de praktijk nog steeds voor dat politieambtenaren zelf het meldingsformulier invullen. Daarnaast verstrekken zij ook geregeld informatie omtrent de context waarin het geweld plaatsvond en hun gemoedstoestand op dat moment. In principe is dit de verantwoordelijkheid van de agent zelf. Anders dan voor 2001 heeft hij immers geen wettelijke plicht om het meldingsformulier in te vullen of meer te vertellen dan de feiten, omstandigheden en gevolgen van het voorval. De Nationale Ombudsman heeft er evenwel terecht op gewezen dat sommige politieambtenaren na een hevig incident in een emotionele toestand op het bureau arriveren en op dat moment zullen zij zich niet altijd realiseren welke gevolgen hun verklaringen kunnen hebben in een eventueel later strafproces. Zonder een duidelijke waarschuwing door zijn meerdere, kan zo'n situatie *de facto* bijdragen aan het oordeel dat de meldingsprocedure een schending van het nemo-teneturbeginsel oplevert. Omdat wij het van belang vinden dat politieel geweld ook in toekomstige gevallen op een tijdige en deugdelijke manier wordt gerapporteerd, waarbij het uitgangspunt moet blijven dat de agent conform de Ambtsinstructie handelt,<sup>[146]</sup> stellen wij de volgende oplossing voor.

In onze visie is de agent ook onder de huidige meldingsprocedure materieel bezien auteur van het meldingsformulier gebleven. Ondanks dat de meerdere het document invult, blijft de agent de oorspronkelijke bron van informatie. Dit betekent dat het formulier kan worden gebruikt als bewijs van schuld aan een strafbaar feit. Tegelijkertijd komt uit gesprekken met verschillende advocaten naar voren dat het meldingsformulier, de verklaring van de meerdere en andere door de

politieagent opgestelde rapportages in de vigerende praktijk toch niet als bewijs plegen te worden gebruikt waarop de strafeis en een latere veroordeling worden gebaseerd. Wij pleiten er in dat kader dan ook voor dat de regering een bepaling opneemt in de Ambtsinstructie die het meldingsformulier uitsluit als bewijs in een strafrechtelijke procedure tegen de agent. Dit zou tevens moeten gelden voor de (*de auditu*) getuigenverklaring van de meerdere, voor het door de agent opgestelde proces-verbaal en de door de agent gedane computerregistratie.

Een dergelijke aanpak zou het systeem volgen van andere wettelijke regelingen, zoals artikel 69, eerste lid sub f en vierde lid, Rijkswet Onderzoeksraad voor Veiligheid<sup>[147]</sup> en artikel 30-42 Wet op de parlementaire enquête 2008.<sup>[148]</sup> Voorts wordt hiermee wat ons betreft geen afbreuk gedaan aan de eis dat het onderzoek naar politiegeweld op een effectieve, adequate en onafhankelijke wijze dient te worden uitgevoerd.<sup>[149]</sup> Daarnaast sluit dit – vanzelfsprekend – ook niet uit dat deze informatiebronnen kunnen worden gebruikt *ten gunste* van de verdachte.<sup>[150]</sup> Verder zouden onzes inziens bovengenoemde bescheiden en de getuigenis van de meerdere niet kunnen worden gebruikt als startinformatie voor een strafrechtelijk onderzoek, omdat het hier – zoals gezegd – gaat om wilsafhankelijk materiaal.<sup>[151]</sup>

## 5.2 De voorgestelde wijzigingen door de minister van J&V ten aanzien van de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie nader beschouwd

De minister van J&V heeft onlangs voorgesteld de Ambtsinstructie in andere zin te wijzigen.<sup>[152]</sup> Hij wil zodoende een landelijk en eenduidig meldingssysteem creëren waarin de ervaring en gemoedstoestand van de agent – evenals de context waarin het geweld heeft plaatsgehadt – in de beoordeling worden meegenomen. Hiermee geeft hij aan de aanbeveling die de Nationale Ombudsman in dat kader heeft gegeven te willen volgen<sup>[153]</sup> en wij hebben reeds onderbouwd waarom dit naar ons oordeel geen verstandige keuze is. Verder blijkt uit het voorgestelde artikel 17, eerste lid, Ambtsinstructie dat de politieambtenaar voortaan aan de hulpofficier van justitie schriftelijk melding moet maken van 'de aard, waaronder het gebruikte geweldsmiddel, en de gevolgen daarvan en mondeling de feiten en omstandigheden, waaronder de redenen die tot het aanwenden van geweld hebben geleid'. Zodoende zouden ook alle eventueel belastende achtergronden van het incident voortaan worden blootgelegd door een getuigenverklaring van de hulpofficier van justitie, wat volgens ons bijdraagt aan het oordeel dat er sprake is van een strijdigheid met het nemo-teneturbeginsel.<sup>[154]</sup> De minister is dus duidelijk niet op de goede weg.

Daarnaast heeft de minister het Wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaar ingediend dat onder meer als doel heeft voorafgaand aan de opsporingsfase een feitenonderzoek door de Rijksrecherche in te stellen, voornamelijk voor de gevallen van hevig geweldsgebruik.<sup>[155]</sup> Tijdens het feitenonderzoek wordt onderzocht of de politieambtenaar heeft gehandeld conform zijn geweldsinstructie. Het nieuw voorgestelde artikel 372 Sr bepaalt in dat verband dat het schenden van deze instructie wordt bestraft met – afhankelijk van de ernst van het gevolg – 1, 2 of 3 jaar gevangenisstraf en een geldboete van de vierde categorie. Verder zal de agent tijdens het feitenonderzoek als een getuige worden behandeld, terwijl aan hem tegelijkertijd wél de rechten van een verdachte worden toebedeeld.<sup>[156]</sup> Voorts mogen de resultaten van het feitenonderzoek worden gebruikt in de vervolgingsfase.<sup>[157]</sup> Dit creëert een unieke en vreemde situatie die het strafrechtelijke stelsel op zijn kop zet.<sup>[158]</sup> Tegelijkertijd vragen wij ons af in welke hoedanigheid de agent in dat geval zijn verplichte melding zal maken, als een getuige of als een verdachte.<sup>[159]</sup>

## 5.3 De omvang van het door ons geïdentificeerde probleem

Tot slot willen wij in deze bijdrage kort ingaan op de vraag in hoeverre hier sprake is van een daadwerkelijk praktisch probleem. Vooralsnog is het aantal agenten – evenals het aantal artsen dat met euthanasie te maken krijgt – dat op jaarbasis wordt vervolgd, beperkt.<sup>[160]</sup> Sommige auteurs beweren echter dat door het in het leven roepen van het voorgestelde artikel 372 Sr de kans dat het OM besluit de agent te vervolgen, wordt vergroot.<sup>[161]</sup> Het aantal onderzoeken dat de Rijksrecherche gedurende de afgelopen jaren naar aanleiding van een schietincident heeft verricht, is in ieder geval beperkt gebleven – 24 (2012), 33 (2013), 33 (2014), 30 (2015) en 34 (2016).<sup>[162]</sup> Deze cijfers geven aan dat – hoewel zij niet alle gevallen van hevig geweldsgebruik betreffen – het om een gering aantal zaken gaat, zeker als we dit vergelijken met het feit dat er momenteel ongeveer 60.000 politieambtenaren werkzaam zijn<sup>[163]</sup> en dat er jaarlijks 300.000-400.000 arrestaties worden verricht.<sup>[164]</sup> Verder worden, *eo ipso*, nog minder agenten in dergelijke zaken strafrechtelijk vervolgd. Dit wordt bevestigd in de gesprekken die wij met een achttal strafrechtadvocaten hebben gevoerd. Het Wetsvoorstel geweldsaanwending opsporingsambtenaren kan hierin echter, zoals zojuist gezegd, mogelijk verandering brengen. Verder kwam in bovengenoemde gesprekken naar voren dat sommige agenten – al dan niet samen met hun meerdere – zelf het meldingsformulier hadden ingevuld en dat het formulier normaliter niet meer behelst dan een weergave van de feiten, omstandigheden en gevolgen van het voorval. Een opmerkelijk gegeven was voorts dat in één zaak het OM de meerdere zou hebben verzocht om aanvullende vragen te stellen aan de agent en het antwoord hierop vast te leggen in een aanvullend proces-verbaal, waardoor de meldingsprocedure in feite werd verlengd en het proces-verbaal onderdeel werd van het strafdossier. Tot slot gaven twee advocaten aan dat een meldingsformulier deel had uitgemaakt van het strafdossier (overigens alleen in gevallen van niet-hevig politiegeweld) en geen van de ondervraagde advocaten heeft meegemaakt dat een agent werd veroordeeld op basis van het meldingsformulier of de getuigenverklaring van de meerdere. Deze gegevens zijn uit hun aard fragmentarisch. Er is meer systematisch empirisch onderzoek nodig waaruit duidelijke conclusies kunnen

worden getrokken.

Niettemin stellen wij ons op het standpunt dat zelfs gelet op het beperkt aantal gevallen per jaar, de huidige regelgeving inzake het onderzoek naar hevig politieel geweld moet worden verbeterd. Politieemensen en artsen hebben, eenvoudig gezegd, recht op een juridisch systeem dat aan hen dezelfde rechten toekent als aan ieder ander.

## 6. Conclusie

In deze bijdrage is onderzocht in hoeverre de meldingslichten onder de Ambtsinstructie – in geval van hevig geweldsgebruik – en de WLB – in geval van een verrichte euthanasie door een arts – strijdig zijn met het nemo-teneturbeginsel. Met betrekking tot de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie meent de regering in ieder geval dat er thans een goed evenwicht is bereikt tussen informatieverschaffing enerzijds en het voorkomen van zelfincriminatie anderzijds. Onze studie heeft aangetoond dat er in de praktijk op dit punt een disbalans is ontstaan, omdat agenten ook melding blijken te maken van de context waarin en de gevoelens waarmee zij het geweld hebben aangewend. Verder is het zo dat binnen het huidige systeem het meldingsformulier en andere bescheiden die het resultaat zijn van de melding van de agent, evenals de getuigenis van de meerdere, kunnen dienen als bewijs in een strafrechtelijke procedure tegen de betrokkene. Omdat de agent hierbij nog steeds de oorspronkelijke bron van informatie is, en hierdoor dit bewijsmateriaal als wilsafhankelijk dient te worden beschouwd, is dit onmiskenbaar problematisch. Daarnaast is er sprake van een ongeoorloofde dwang om te verklaren. Iets soortgelijks is het geval bij medici die te maken krijgen met euthanasie, waarbij verschillende auteurs hebben betoogd dat dit strijdig is met het verbod op gedwongen zelfincriminatie in relatie tot de arts. Hun argumenten zijn *a fortiori* – namelijk: vanwege de afwezigheid van een equivalent van RTCs<sup>[165]</sup> – van belang met betrekking tot de Ambtsinstructie. Er is tot op heden geen rechterlijke uitspraak gedaan waarin is beoordeeld in hoeverre artikel 17 Ambtsinstructie het nemo-teneturbeginsel schendt. Gezien de jurisprudentie van het EHRM lijkt het huidige juridische regiem kwetsbaar. Een kleine aanpassing van de Ambtsinstructie volstaat om dit probleem te verhelpen.

Voetnoten

[1]

M.S. Groenhuijsen is hoogleraar straf(proces)recht en victimologie aan Tilburg University. R. Jansen is promovendus bij het Departement Privaatrecht van Tilburg University.

[2]

Deze bijdrage is mede gebaseerd op ons artikel 'The reporting procedure for police officers who have used serious force under Dutch law and the privilege against forced self-incrimination', *Criminal law Forum* 2016, p. 495-527.

[3]

J.S. Timmer, 'Politiegeweld onder vuur', *Het tijdschrift voor de politie* 2015/8, p. 9 en M. van der Steeg, 'Politieschutter voor de rechter', *TPWS* 2016/43.

[4]

Vgl. Van der Steeg, a.w. Zie ook in het bijzonder J.S. Timmer & V.M. Cozijn, 'Geweld door politie', in M. Liem & E.R. Muller (red.), *Geweld en geweldsbeheersing in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 312 (zij wijzen erop dat het Hof Amsterdam eerst een verzoek van de verdachte tot vervolging van de agent op grond van artikel 12 Sv had afgewezen, maar in de latere procedure tegen dezelfde verdachte oordeelde dat het vuurwapengebruik door de agent onrechtmatig was en dat deze agent geen beroep kon doen op noodweer(exces). Zie Hof Amsterdam 5 augustus 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:3623).

[5]

Zodoende kon hij zich niet beroepen op noodweer. Diens schot leidde ertoe dat de rijder gevaarlijk – maar niet dodelijk – werd geraakt. Zie Rb. Limburg 17 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:6059. Zowel het OM als de advocaat van de veroordeelde politiemans hebben beroep aangetekend tegen dit vonnis.

[6]

Deze persoon overleed ten gevolge hiervan, zie Rb. Rotterdam 5 augustus 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6175.

[7]

Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15095 en ECLI:NL:RBDHA:2017:15096.

[8]

Voormalig korpschef Bouwman had verzocht om speciale wetgeving, om zodoende een onderscheid te maken met de situatie waarin burgers geweld gebruiken. Vgl. J. Naeyé, 'Een wettelijke strafuitsluitingsgrond voor rechtmatig aanhoudingsgeweld', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum. Opstellen over materieel strafrecht, Liber amicorum prof. mr. A.J. Machielse*, Deventer: Kluwer 2013, p. 238 en J. Naeyé, *De organisatie van de Nationale Politie*, Deventer: Kluwer 2014, p. 189. ACP-voorzitter Van de Kamp verzocht echter om een agent in het geval van vuurwapengebruik voortaan standaard als een verdachte aan te merken, omdat dit de agent de meeste rechtszekerheid zou bieden.

[9]

Sinds begin november 2015 is deze 'advocatenpool van 19 topadvocaten' daadwerkelijk samengesteld.

[10]

Zie bijvoorbeeld *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, 3147.

[11]

Dit betreft het Wetsvoorstel Geweldsaanwending opsporingsambtenaar, [Kamerstukken II 2016/17, 34641, 2](#).

[12]

Zie de Wijziging Ambtsinstructie i.v.m. herziening geweldsmelding, [www.internetconsultatie.nl/ambtsinstructieherzieninggeweldsmelding/details](http://www.internetconsultatie.nl/ambtsinstructieherzieninggeweldsmelding/details).

[13]

*Stb.* 1994, 275.

[14]

Zie voor deze ambtseed artikel 9, eerste lid, Besluit algemene rechtspositie politie (BARP), *Stb.* 1994, 214.

[15]

In de Regeling melding geweldsaanwending, *Stcrt.* 2001, 168 is dit formulier als bijlage toegevoegd. De minister van J&V heeft dit formulier ingetrokken op 13 december 2012 (*Stcrt.* 2012, 26854). Het ministerie heeft ons evenwel meegedeeld dat het nog steeds wordt gebruikt.

[16]

J. Naeyé, *Nederlands Politierecht. Tekst en commentaar 2009-2010*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 385. Zie ook *Kamerstukken II* 1987/88, 19535, 5, p. 26 (MvA II) en artikel 76 BARP. Artikel 77 BARP vermeldt ook de sancties die in dat geval mogelijk zijn, zoals een verlaging van het loon, schorsing of ontslag.

[17]

*Stb.* 2001, 387.

[18]

*Ibid.*, p. 9.

[19]

*Ibid.*, p. 10.

[20]

*Ibid.*, p. 9. Dat dit niet langer schriftelijk hoeft te gebeuren, kan worden afgeleid uit de bewoordingen van de toelichting op de Ambtsinstructie. De oude procedure spreekt over 'schriftelijk melden'; de huidige formulering luidt 'op de hoogte brengen/melden'. Vgl. Naeyé 2014, p. 518.

[21]

Naeyé 2009, p. 386; Naeyé 2014, p. 519.

[22]

Naeyé 2009, p. 387; Naeyé 2014, p. 519.

[23]

*Stb.* 2012, 458, p. 7; Naeyé 2014, p. 76. Zie ook M. van der Steeg, R. ter Haar & J.S. Timmer, 'Strafrechtelijke beoordeling van politiegeweld', *TPWS* 2017/7 (p. 37).

[24]

In het vervolg van deze bijdrage wordt naar deze voorvallen verwezen als 'hevig' geweldsgebruik.

[25]

*Stcrt.* 2010, 20477, par. 3A sub II-III.

[26]

*Stb.* 2001, 387, p. 10.

[27]

Zie ook *Stcrt.* 2006, 143, par. 5.2.

[28]

J. Naeyé, *Niet zonder slag of stoot: De geweldsbevoegdheid en doorzettingkracht van de Nederlandse politie*, Zeist: Kerckebosch 2005, p. 46-47; Naeyé 2009, p. 70.

[29]

J.S. Timmer, J. Naeyé, & M. van der Steeg, *Onder schot. Het vuurwapengebruik van de politie in Nederland (1978-1995)*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 71. Dit verbod op gedwongen zelfincriminatie staat ook wel bekend als het nemo-teneturbeginsel (*nemo tenetur prodere se ipsum*). Zie uitvoerig: L. Stevens, *Het nemo-teneturbeginsel in strafzaken: van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005 en L.C.A. Wijsman, *Nemo Tenetur in Tax Matters* (diss. Rotterdam), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[30]

---

In de woorden van Feteris (zie EHRM 17 december 1996, ECLI:NL:XX:1996:ZB6862, *BNB* 1997/254, m.nt. M.W.C. Feteris (*Saunders tegen het Verenigd Koninkrijk*)) bedraagt deze studie zodoende een onderzoek naar de 'latente werking' van het nemo-teneturbeginsel. Zie ook Wijsman, a.w. p. 151-161.

[31]

Zie EHRM 15 mei 2007, ECLI:NL:XX:2007:BA8982, *NJ* 2007/618, m.nt. T.M. Schalken (*Ramsahai e.a. tegen Nederland*).

[32]

*Stb.* 2012, 315.

[33]

Naeyé 2009, p. 68. Dit is geen autonome bevoegdheid; de handelingen moeten toegestaan en rechtmatig zijn en het geweldsgebruik moet noodzakelijk en onvermijdelijk zijn.

[34]

Ingevolge artikel 1, tweede lid, sub a Ambtsinstructie is de meerdere diegene die daadwerkelijk de leiding heeft. Wanneer dit niet terstond duidelijk is, maakt sub b duidelijk dat de meerdere degene is die de hoogste rang heeft of – bij gelijke rangen – degene met de meeste dienstjaren.

[35]

HR 19 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0328, *NJ* 1996/249, m.nt. T.M. Schalken.

[36]

Maar dan alleen in overeenstemming met art. 17 Ambtsinstructie. Vgl. Naeyé 2009, p. 386 en Naeyé 2014, p. 518.

[37]

Zie de Regeling melding gewelddaanwending, *Stcrt.* 2001, 168, waar het meldingsformulier als bijlage is toegevoegd. Hij noteert op dit formulier bijvoorbeeld of de agent een uniform droeg tijdens diens gewelddaanwending, of hij handelde op eigen initiatief en of hij van tevoren een waarschuwing heeft gegeven. Ook wordt gevraagd naar het type geweld en het beoogde doel van het geweldgebruik. Op de meeste vragen is maar een beperkt aantal antwoorden mogelijk (afgezien van de optie 'anders, namelijk...'), behalve bij de vraag waarbij een beschrijving van het voorval dient te worden gegeven. Daarbij is het mogelijk om uitgebreid te antwoorden.

[38]

Dit kan verschillen per eenheid, zie G. Drenth e.a., *Sturing en toetsing van de politieke geweldsbevoegdheid* (Kracht van meer dan geringe betekenis, Politiewetenschap 45a) Apeldoorn: Politie & Wetenschap 2008, p. 73.

[39]

De Nationale Ombudsman, *Verantwoord politiegeweld*, Den Haag: De Nationale Ombudsman 2013, p. 19.

[40]

Artikel 17, derde lid, Ambtsinstructie.

[41]

*Stcrt.* 2006, 143, par. 4.6.

[42]

Ibid., par. 5.1; J.S. Timmer, *Politiegeweld. Geweldgebruik van en tegen de politie in Nederland*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2005, p. 208. Vgl. Naeyé 2014, p. 519.

[43]

Het advies van deze commissie over het al dan niet vervolgen van de agent is echter niet bindend, vgl. Van der Steeg, Ter Haar & Timmer, a.w. p. 37 en het standpunt van de officier van justitie in Rb. Overijssel 2 april 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:7053. Echter, doorgaans vindt er bij een negatief vervolgingsadvies geen vervolging plaats, zie J. ten Voorde, 'Politieel vuurwapengeweld in rechte beoordeeld', *Ars Aequi* 2014/5, p. 350.

[44]

Timmer 2005, p. 188.

[45]

Timmer, Naeyé & Van der Steeg, a.w. p. 69; Timmer 2005, p. 194.

[46]

Aanwijzing van 16 mei 2000, registratienummer 2000I001, Algemeen Politieblad, nummer 15, 15 juli 2000, p. 6. Deze aanwijzing is later vervangen door *Stcrt.* 2006, 143.

[47]

Bijvoorbeeld poging tot doodslag of zware mishandeling.

[48]

Artikel 42 Sr.

[49]

Artikel 43 Sr.

[50]

*Stcr.* 2006, 143, par. 4.3.

[51]

Zie over deze 'Januskop' van het verdachte begrip o.a. de noot van T.M. Schalken onder HR 29 september 1981, *NJ* 1982/258; en J.M. Reijntjes, *Boef of burger? Over de relatie tussen toezicht en opsporing*, oratie OU, Arnhem: Gouda Quint BV 1989, met als krachtige binnenkomeer op p. 1: 'Grotesk is het stelsel (...) waarin de politie tegen een nog niet verdachte méér vermag dan tegen de verdachte, waarin – cru gezegd – de verdachte boef een voorsprong heeft op de burger.'

[52]

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 319.

[53]

Nationale Ombudsman, a.w. p. 37; Naeyé 2014, p. 186.

[54]

Timmer, Naeyé & Van der Steeg, a.w. p. 69; Timmer 2005, p. 198; Ten Voorde 2014, a.w. p. 351. Ten Voorde maakt duidelijk dat een politieambtenaar in zijn hoedanigheid van een getuige geen recht heeft op een advocaat of om documenten in te zien. Echter, zijn bevindingen gaan niet verder dan de opmerking dat het huidige systeem mogelijk aan herziening toe is.

[55]

*Stcr.* 2006, 143, par. 4.3. Bijvoorbeeld noodweer.

[56]

Artikel 29, tweede lid, Sv. Zie ook *Stcr.* 2006, 143, par. 4.4.

[57]

In dit verband verschaft de toelichting bij vraag 22 van het meldingsformulier nadere informatie.

[58]

Naeyé 2009, p. 386-387. Zie ook Naeyé 2014, p. 518.

[59]

*Stb.* 2001, 387, p. 9-10. Zoals is aangegeven, blijft het echter mogelijk dat de agent op een andere manier zijn geweldsaanwending moet registreren.

[60]

*Ibid.*, p. 10. Dit is echter wel mogelijk gedurende een disciplinair onderzoek.

[61]

*Stb.* 1994, 275, MvT bij art. 17.

[62]

Dit schendt namelijk zijn recht op een eerlijk proces in het licht van art. 6 EVRM. Zie Timmer, Naeyé & Van der Steeg, a.w. p. 69-71 en EHRM 25 februari 1993, ECLI:NL:XX:1993:AW2060, *BNB* 1993/350, m.nt. P.J. Wattel (*Funke tegen Frankrijk*).

[63]

Nationale Ombudsman, a.w. p. 48.

[64]

Dit gebeurde in de zaak Rb. Rotterdam 1 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:6970.

[65]

J. Naeyé, *Heterdaad. Politiebevoegdheden bij ontdekking op heterdaad in theorie en praktijk*, Arnhem/Lochem: Gouda Quint/Van den Brink 1990, p. 255; Timmer, Naeyé & Van der Steeg, a.w. p. 70.

[66]

Drenth e.a., a.w. p. 70.

[67]

Nationale Ombudsman, a.w. p. 35-36.

[68]

In dit verband is het opmerkelijk dat de Nationale Ombudsman juist adviseert om deze contextuele en emotionele aspecten mee te nemen in de beoordeling, *ibid.*, p. 7.

[69]

Meer hierover volgt in par. 5 van deze bijdrage.

[70]



Zie artikel 293 Sr. Het wordt bestraft met maximaal twaalf jaar gevangenisstraf en een geldboete van de vijfde categorie. Zie verder M.S. Groenhuijsen & F. van Laanen (red.), *Euthanasia in international and comparative perspective*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.

[71]

E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 28.

[72]

[Kamerstukken II 2000/01, 26691, 9](#), p. 16.

[73]

*Stb.* 2001, 194. Zie ook artikel 9, eerste en tweede lid, WTL.

[74]

*Stb.* 2001, 194, p. 18.

[75]

Artikel 293 Sr en artikel 7, tweede lid, WLB.

[76]

Artikel 7 (2) WLB. *Stb.* 2002, 140: in de bijlage treft men dit model aan.

[77]

Dit wijkt af van de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie, waarbij meestal maar een beperkt aantal antwoordmogelijkheden per vraag bestaat.

[78]

Artikel 10 WLB.

[79]

De officier van justitie kan hem echter wel verzoeken om dit alsnog te doen.

[80]

*Stcr.* 2012, 26899. Een RTC bestaat uit drie leden: een jurist (tevens voorzitter), een medicus en een ethicus, zie artikel 3, tweede lid, WTL.

[81]

Dit betekent dat er geen verder onderzoek zal worden verricht door het OM, behoudens nieuwe feiten of wanneer een burger aangifte doet van een misdrijf.

[82]

*Stcr.* 2012, 26899.

[83]

[Kamerstukken I 2000/01, 26691, 137b](#), p. 27.

[84]

De regering heeft echter benadrukt dat de RTC geen strafrechtelijke instantie is en onderstreept dat de RTC geen inbreuk maakt op het vervolgingsrecht van het OM; het OM blijft dus bevoegd om de arts te vervolgen, zie *Stcr.* 2012, 26899.

[85]

Ibid. Of het kan dit doen wanneer vervolging is verzocht op grond van art. 12 Sv.

[86]

Artikel 9, eerste lid, WTL.

[87]

Artikel 8, tweede lid, WTL.

[88]

W.L.J.M. Duijst, *Gezondheidsstrafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 97.

[89]

HR 30 november 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3796, *NJ* 2000/216 (concl. A-G Fokkens). In die zaak had de arts valse verklaringen afgelegd omtrent een onnatuurlijke dood. Daarom hoefde de Hoge Raad geen oordeel te vellen over de vraag in hoeverre de meldingsprocedure het nemo-teneturbeginsel schendt.

[90]

Ingevolge Art. 228 Sr wordt dit bestraft met een maximale gevangenisstraf van drie jaar en een geldboete van de vierde categorie.

[91]

Vgl. L. Enthoven, 'Toetsingspraktijk euthanasie voor sommige artsen onrechtvaardig', *NJB* 2016/2, p. 121: hij wijst erop dat van de 3506 meldingen die de RTC had ontvangen in 2014, slechts vier meldingen (dus ongeveer 0,1 procent) leidde tot het oordeel van de RTC dat de handelingen van de arts niet conform de wettelijke zorgvuldigheidsvoorschriften – en dus onrechtmatig – waren.

[92]

Vgl. E. Delbeke, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen: Intersentia 2012.

[93]

Pans, a.w. p. 127-128.

[94]

W.L.J.M. Duijst & G. Veerman, 'Niemand behalve de arts?', in: A. den Exter (red.), *De euthanasiewet: grondrechten onder druk?*, Budel: Damon 2006, p. 146. Daarbij merken zij op dat er sprake is van een dergelijke schending, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. In het vervolg van hun artikel laten zij echter na om te onderzoeken of van een dergelijke rechtvaardigingsgrond, voortkomend uit een hoger belang (bijvoorbeeld dat van de volksgezondheid of het recht op leven), onder de meldingsprocedure voor artsen sprake is.

[95]

Ibid., 143-146.

[96]

B.D. Onwuteaka-Philipsen e.a., *Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding*, Den Haag: ZonMw 2007. Deze auteurs vragen zich tevens af of er in dat geval sprake is van onrechtmatig verkregen bewijs.

[97]

Zie in dat verband echter wel HR 30 november 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA3796, *NJ* 2000/216 m.nt. T.M. Schalken (concl. A-G Fokkens).

[98]

Uiteraard is deze 'keuzevrijheid' in de praktijk relatief en betrekkelijk. Waar de arts volgens de wet zelf deze beslissing kan nemen, heeft een aantal zaken uit het verleden aangetoond dat het een zware morele druk legt op de schouders van een arts indien een patiënt ondragelijke pijn lijdt en wenst te sterven.

[99]

Overigens zijn er meerdere 'toetsingsschema's' beschreven door Nederlandse auteurs. Zo volgt bijv. uit R. De Bree 'Zwijgrecht versus medewerkingplicht in de mededingingsrechtelijke context: herijking gevegd' *Tijdschrift Mededingingsrecht in de praktijk* 2016/2, p. 25 dat: 'indien er op het moment van het afdwingen van verklaringen nog geen *criminal charge* bestaat, maar deze laatste later wel tot stand komt, materieel dat niet onafhankelijk van de wil bestaat en dat in de eerdere procedure/fase is afgedwongen, niet mag worden benut in de latere (straf-/)boetprocedure' (verwijzend naar *Saunders* en EHRM 21 april 2009, ECLI:NL:XX:2009:BJ3599, *NJ* 2009/557 m.nt. T.M. Schalken (*Martinnen tegen Finland*)).

[100]

Zie uitgebreid: L. Stevens, a.w.; en idem, 'Het nemo-teneturbeginsel als containerbegrip? Een beschouwing van de koers van het EHRM naar aanleiding van het *Jalloh*-arrest', *DD* 2007 (p. 682-697).

[101]

EHRM 21 december 2000, 34720/97 (*Heaney en McGuinness tegen Ierland*), par. 57-58.

[102]

EHRM 8 februari 1996, 18731/91 (*John Murray tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 45.

[103]

E.J. Koops, *Het decryptiebevel en het nemo-teneturbeginsel. Nopen ontwikkelingen sinds 2000 tot invoering van een ontsleutelplicht voor verdachten?* (Onderzoek en beleid, nr. 305), Den Haag/Meppel: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum/Boom Lemma uitgevers 2012, p. 48. Zie ook EHRM 5 november 2002, 48539/99 (*Allan tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 50.

[104]

EHRM 15 juli 1982, 8130/78 (*Eckle tegen Duitsland*), par. 73. Zie voor Nederland de bekende formulering in HR 17 juni 2008, *NJ* 2008/358, m.nt. P.A.M. Mevis.

[105]

EHRM 13 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0913JUD005054108, *NJ* 2017/452 m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (*Ibrahim e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk*). Vgl. de noot van Stijnen bij EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616DEC000078414, *AB* 2017/286 m.nt. R. Stijnen (*Van Weerelt tegen Nederland*): hij spreekt in dit geval van het zogenaamde *scenario-a*.

[106]

Ibid., in dat geval spreekt Stijnen over *scenario-b*. Zie ook *Ibrahim e.a.*, par. 299.

[107]

Zie over dit toegangsrecht – en de uitzonderingen die daarop gelden – EHRM 27 november 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH0402, *NJ* 2009/214 (*Salduz tegen Turkije*) en *Ibrahim e.a.* Over de procesautonomie van de verdachte, zie Stevens 2007, a.w.

[108]

*Ibrahim e.a.*, par. 299-300.

[109]

Aan de klager was namelijk meegedeeld dat hij niet zichzelf hoefde te belasten, maar tegelijkertijd werd hij gewezen op zijn plicht om te antwoorden op

de gestelde vragen.

[\[110\]](#)

EHRM 19 februari 2009, 16404/03 (*Shabelnik tegen Oekraïne*), par. 57-60. Om daadwerkelijk te kunnen oordelen dat er sprake is van een schending van het verbod op gedwongen zelfincriminatie merkt het Hof in zowel *Ibrahim e.a.* als *Shabelnik* op dat daarbij wel vereist is dat de veroordeling hoofdzakelijk berust op het zodanig verkregen bewijs. Dit aspect komt bij het vierde criterium van ons toetsingschema verder aan de orde.

[\[111\]](#)

Meer hierover volgt in par. 4.2.4. Over de grens tussen toelaatbare en ontoelaatbare dwang, zie Wijsman, a.w. p. 163-180. Zie ook G.J.M.E. de Bont, 'Is het nemo tenetur-beginsel in Nederland werkelijk passé?', *WFR* 2009/1405.

[\[112\]](#)

Zie in dit kader EHRM 21 september 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2158, *NJ* 1995/463 (*Fayed tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 62. Vgl. de noot van Stijnen in *AB* 2017/286: hij stelt dat niet snel sprake zal zijn van ongeoorloofde dwang, omdat voor de informatievordering normaal gesproken een toereikende wettelijke grondslag bestaat.

[\[113\]](#)

Zie bijv. *Funke*, EHRM 3 mei 2001, ECLI:NL:XX:2001:AL1323, *NJ* 2003, 354 m.nt. T.M. Schalken (*J.B. tegen Zwitserland*) en EHRM 5 april 2012, ECLI:NL:XX:2012:BW5997, *AB* 2012/323, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik (*Chambaz e.a. tegen Zwitserland*).

[\[114\]](#)

Zie naast *Fayed* ook *Van Weerelt*, par. 56.

[\[115\]](#)

Zie recent HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, *NJ* 2015/265, m.nt. J.W. Zwemmer. Vgl. de noot van Stijnen (*AB* 2017/286): het is toegestaan om dergelijke informatie te gebruiken ten behoeve van een juiste belastingheffing of uitkeringsverstrekking.

[\[116\]](#)

EHRM 29 juni 2007, 15809/02 en 25624/02 (*O'Halloran en Francis tegen Verenigd Koninkrijk*), par. 56-62.

[\[117\]](#)

Vgl. de noot van T.M. Schalken bij *Martinnen*.

[\[118\]](#)

*Heaney en McGuinness*, par. 57-58.

[\[119\]](#)

*Saunders*, par. 69. Zie ook HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, gevolgd door HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, *AB* 2017/287, m.nt. R. Stijnen en HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3354, *NJ* 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes. Volgens De Bree, a.w. p. 25 is de zoektocht naar het onderscheid tussen de definities wilsafhankelijk- en onafhankelijk echter nog niet beëindigd (hij verwijst naar de verschillende definities die de Hoge Raad en het College van Beroep voor het bedrijfsleven hiervoor hanteren).

[\[120\]](#)

Zie *Saunders*, par. 69 en *J.B.*, par. 68.

[\[121\]](#)

Vgl. Stevens 2007, a.w.

[\[122\]](#)

Vgl. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. en HR 25 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:1042, m.nt. J.W. Zwemmer.

[\[123\]](#)

Zie EHRM 11 juli 2006, *NJ* 2007/226, m.nt. T.M. Schalken (*Jalloh tegen Duitsland*), par. 40-46 en 62.

[\[124\]](#)

Vgl. HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, *NJ* 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 4.3.6. In dit arrest verwijst de Hoge Raad ook naar het belang van het maken van een dergelijke afweging, voor het geval dat wilsafhankelijk materiaal – dat onder dwang is verkregen ten behoeve van de belastingheffing – later alsnog als bewijs wordt gebruikt in een strafprocedure: 'In het geding voor de rechter kan (...) blijken of sprake is van andere omstandigheden die voor beoordeling van [het nemo-teneturverweer, G&J] van belang zijn.

[\[125\]](#)

Vgl. de noot van Reijntjes bij HR 24 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3354, *NJ* 2016/58, m.nt. J.M. Reijntjes.

[\[126\]](#)

*Jalloh*, par. 52 en 63.

[\[127\]](#)

Vgl. Stevens 2007, a.w.

[\[128\]](#)

Zie *Funke, J. Ben Chambaz e.a.* Vgl. HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1130, AB 2017/287, m.nt. R. Stijnen, r.o. 4.3.3: het is ook niet toegestaan om middels een *fishing expedition* informatie te vorderen ten behoeve van het heffen van belastingen.

[129]

Zie Wijsman, a.w., 169.

[130]

Voor een uitvoerige behandeling van de verschillende waarborgen die kunnen gelden, zie Wijsman, a.w., p. 181-203. Vgl. ook een soortgelijke toets die het Hof hanteert in de zaak *Ibrahim e.a.*: ook indien belastende verklaringen zijn verkregen van een verdachte – zonder dat daarbij zijn advocaat aanwezig was – dient te worden bepaald of de procedure in zijn geheel eerlijk is verlopen. In een dergelijk geval volgt dan ook niet *per se* bewijsuitsluiting. Van Kempen stelt in zijn noot bij dit arrest dan ook terecht dat het gebruik van dergelijke toetsingschema's door het EHRM aantoont dat het Hof weinig harde grenzen en mogelijkheden wil verschaffen, maar ruimte wil laten ten behoeve van een beoordeling op basis van de omstandigheden van het geval.

[131]

Zie *Ibrahim e.a.*, par. 310-311.

[132]

Ibid., par. 304-306.

[133]

*O'Halloran en Francis*, par. 56-62; *Jalloh*, par. 52. Vgl. Wijsman, a.w., p. 211-212.

[134]

Wijsman, a.w., p. 207-209.

[135]

*Jalloh* par. 52 en 66; *Shabelnik*, par. 57-60; EHRM 18 februari 2010, 39660/02 (*Zaichenko tegen Rusland*), par. 55 en 58-60; EHRM 1 juni 2010, ECLI:NL:XX:2010:BN6864, *NJ 2010/628*, m.nt. Y. Buruma (*Gäfgen tegen Duitsland*), par. 178-180; *Ibrahim e.a.*, par. 307-309.

[136]

*Saunders*, par. 71-72.

[137]

Dit in tegenstelling tot het standpunt dat de regering inneemt bij de meldingsprocedure onder de Ambtsinstructie, namelijk dat er geen sprake is van gedwongen zelfincriminatie 'doordat de ambtenaar alleen maar feiten en omstandigheden met betrekking tot het geweldsgebruik aan de meerdere hoeft te melden', zie *Stb.* 2001, 387, p. 10. Vgl. De Bree, a.w., p. 23-24.

[138]

Vgl. de noot van Stijnen (AB 2017/286).

[139]

*Saunders*, par. 67-76, in het bijzonder par. 74. Zie ook *Heaney en McGuinness*, par. 57-58 en EHRM 18 februari 2010, 39660/02 (*Zaichenko tegen Rusland*), par. 55 en 58-60, *Jalloh* par. 52. Het ging in *Saunders* om fraudebestrijding, maar dit betekent onzes inziens ook dat het argument van enkele auteurs – namelijk dat het verstrekken van mogelijk belastende informatie inherent is aan de politietoetsing en dat het publieke belang van een deugdelijk onderzoek naar politiegeweld dit rechtvaardigt – niet overtuigend is. Vgl. Timmer, Naeyé & Van der Steeg, a.w., p. 70. Zie echter Wijsman, a.w., p. 215-222 die kort bespreekt in hoeverre de rol die het publieke belang vervult in verkeers- en belastingzaken wezenlijk anders is.

[140]

Vgl. de noot van Schalken bij *Martinnen*. Hij omschrijft dit als volgt: 'De zaak *Martinnen* maakt in ieder geval (weer eens) duidelijk dat het onder ontoelaatbare druk ontfutselen van informatie aan een verdachte via dwang in een andere (niet-strafrechtelijke) procedure niet is toegestaan. In Straatsburg is men [duidelijk] niet erg gecharmeerd van een misleidende overheid'.

[141]

Zie artikel 81 sub 1 jo. artikel 7, tweede lid, WLB.

[142]

Zie in dit verband ook EHRM 10 september 2002, ECLI:NL:XX:2002:BI9566, *FED 2003/589* m.nt. Thomas (*Allen tegen het Verenigd Koninkrijk*).

[143]

G.J.M. Corstens & M. J. Borgers, a.w., p. 351.

[144]

Vgl. de overwegingen in par. 4.2.4 van deze bijdrage.

[145]

Vgl. de noot van Stijnen (AB 2017/286): het toelaten van wilsafhankelijk materiaal dat onder dwang is verkregen voor het chargemoment als bewijs, is 'zeker niet EVRM-proof'.

[146]

Vgl. het voorstel van politievakbond ACP. Haar voorzitter pleit ervoor om in de toekomst de agent als een verdachte te behandelen. Zie [www.nos.nl/artikel/2048444-bond-schietende-agent-moet-standaard-verdachte-zijn.html](http://www.nos.nl/artikel/2048444-bond-schietende-agent-moet-standaard-verdachte-zijn.html).

[147]

Stb. 2004, 677.

[148]

Stb. 2008, 148.

[149]

Zie in dit verband *Ramsahai e.a.* Het lijkt hier voornamelijk te gaan om de eis van effectiviteit. Echter, de meldingsplicht onder de Ambtsinstructie zorgt er reeds voor dat de agent die geweld heeft aangewend wordt geïdentificeerd, dat de rechtmatigheid van zijn geweldsaanwending kan worden beoordeeld en dat de agent uiteindelijk – indien noodzakelijk – als verdachte kan worden aangemerkt met het doel om hem te straffen voor diens onrechtmatig handelen. Het uitsluiten van het door ons geopperde bewijsmateriaal doet hier in zoverre niet aan af.

[150]

T. Kooijmans & J.B.H.M. Simmelink, *De verhouding tussen het strafrechtelijk onderzoek en het onderzoek door de Onderzoeksraad voor Veiligheid*, Tilburg: Universiteit van Tilburg 2007, p. 15; T. Kooijmans e.a., *Het gebruik van onderzoeksinformatie en rapporten van de Onderzoeksraad voor veiligheid in juridische procedures*, Tilburg: Tilburg University 2014, p. 20. Vgl. Van der Steeg a.w. die stelt dat de subjectieve beleving van de agent kan worden aangevoerd bij een beroep op noodweerexces en putatief noodweer.

[151]

G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, a.w. p. 351, verwijzend naar HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ3640, NJ 2013/435, m.nt. J.W. Zwemmer en HR 24 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:161, NJ 2014/70. Voor een alternatieve opvatting zie Wijsman, a.w., p. 158-159.

[152]

Zie [www.internetconsultatie.nl/ambtsinstructieherzieninggeweldsmelding/document/2088](http://www.internetconsultatie.nl/ambtsinstructieherzieninggeweldsmelding/document/2088). Zie ook de ontwerp Nota van toelichting: [www.internetconsultatie.nl/ambtsinstructieherzieninggeweldsmelding/document/2090](http://www.internetconsultatie.nl/ambtsinstructieherzieninggeweldsmelding/document/2090).

[153]

Nationale Ombudsman, a.w. p. 7.

[154]

Dit komt sterk overeen met de meldingsprocedure voor artsen. Zij moeten ook aangegeven wat hun reden was om euthanasie toe te passen.

[155]

*Kamerstukken II 2016/17, 34641, 3 (MvT)*, p. 8.

[156]

Ibid., p. 10.

[157]

Ibid.

[158]

Vgl. Jeroen ten Voorde, 'Opmerkingen bij de voorgenomen herziening van het stelsel geweldsaanwending politieambtenaren', *Proces* 2016/95, p. 53 en Van der Steeg, Ter Haar & Timmer, a.w., p. 47. Zie in dat verband ook P.A.M. Mevis, 'Over de grondslag en de regeling van de beoordeling van geweldsaanwending door politieambtenaren', *DD* 2017/62 die stelt dat een dergelijke aanpassing van de systematiek van Sv 'nodig noch aangewezen is'. Mevis gaat in de vijfde paragraaf van zijn bijdrage nader in op de onlogische wijzigingen die het wetsvoorstel met zich meebrengt: het feitenonderzoek valt niet binnen de opsporingsfase, de agent wordt behandeld als een getuige – en niet als een verdachte – terwijl hij wel de rechten krijgt die aan een verdachte tijdens de opsporingsfase toebedeeld worden en de Rijksrecherche mag jegens de agent gebruik maken van opsporingsbevoegdheden. Vgl. *Kamerstukken II 2016/17, 34641, 3 (MvT)*, p. 8.

[159]

Ten Voorde 2016, p. 53.

[160]

Naeyé toont aan dat in het jaar 2000, dus één jaar voor de wijziging aan de Ambtsinstructie, 42,9 procent van gevallen van hevig geweldsgebruik (740 van de 1724) doorgestuurd werden naar de officier van justitie. Dit leidde tot 624 beoordelingen van de hoofdofficier van justitie, waarvan er 66 negatief waren (Naeyé 2005, p. 424-427). Dat jaar werden er 18 ambtenaren vervolgd, wat leidde tot een sepot in acht zaken, een stafrechtelijke vervolging niet leidend tot een veroordeling in vijf zaken en, tot slot, een veroordeling in vijf zaken (ibid., p. 426-427). Een ander, bescheiden, onderzoek heeft aangetoond dat in 2005 in 29,2 procent van de onderzochte gevallen (7 van de 24) van hevig geweldsgebruik het meldingsformulier werd doorgestuurd naar de officier van justitie (Drenth e.a., a.w., p. 77). Tot slot heeft Timmer aangetoond dat in de periode 2009-2010 in ongeveer 9 procent (4 van de 43) van de door hem onderzochte zaken van vuurwapengebruik vervolging werd ingesteld, Timmer 2015, p. 9.

[161]

Van der Steeg, Ter Haar & Timmer, a.w. p. 44.

[162]

Zie [www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@99950/rijksrecherche/](http://www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@99950/rijksrecherche/).

[163]

Zie Jaarverantwoording politie 2016, p. 62, te raadplegen via

[www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/jaarverslagen/2017/05/17/nationale-politie-2016/23.-jaarverantwoording-politie-2016.pdf](http://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/jaarverslagen/2017/05/17/nationale-politie-2016/23.-jaarverantwoording-politie-2016.pdf).

[164]

Zie voor een overzicht van de jaren 2012-2016:

<https://statline.cbs.nl/Statweb/publication/?DM=SLNL&PA=82315NED&D1=0-1,12,18,22,25-26&D2=0&D3=0-1,6,9,24,26&D4=1-2&D5=13-17&HDR=G4,G1,G3&STB=T,G2&VW=T>. Het aantal gearresteerde verdachten bedroeg per jaar: 373.480 (2012), 340.400 (2013), 327.320 (2014), 301.190 (2015) en 268.290 (2016).

[165]

De in par. 2.1 genoemde Adviescommissie politieel vuurwapengebruik heeft juridisch gezien een geheel andere status.