

De OM-aanwijzing inzake noodweer

Is de niet-aangehouden verdachte werkelijk beter af...?

Dian Brouwer en Tom van de Laar¹

Politiek hobbyisme werd onvoldoende doordacht in de aanwijzing inzake noodweer omgezet. Want het niet-aanhouden van een verdachte van een mogelijk zeer ernstig feit vertroebelt zijn positie, stelt hem daardoor versterkt bloot aan pressie van verhorende ambtenaren en ontnemt hem essentiële rechten en waarborgen.

Al eerder is in het *NJB* aandacht gevraagd voor de Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer (hierna: de aanwijzing).² Kort samengevat behelst de aanwijzing dat verdachten van misdrijven, waarvan aannemelijk is dat zij gehandeld hebben in een noodweersituatie ('zich verwerende burgers'), in het opsporingsonderzoek niet meer onderworpen zullen worden aan vrijheidsbenemende dwangmiddelen als aanhouding en invezekeringstelling. Noch in de aanwijzing zelf, noch in de sindsdien verschenen rechtsgeleerde artikelen wordt echter stilgestaan bij de consequenties die het *niet*-aanhouden van 'zich verwerende burgers' heeft, waar het hun recht op rechtsbijstand en de feitelijke toegang tot een advocaat betreft. Worden deze consequenties meegewogen, dan is ons oordeel dat de 'zich verwerende burger' beter af is *met* een aanhouding.

Nog even kort: achtergrond en inhoud van de aanwijzing

De achtergrond van de aanwijzing is dat het Openbaar Ministerie 'recht (dient) te doen' aan de bijzondere omstandigheden waarin een burger zich bevindt, als hij ongevraagd wordt geconfronteerd met een wederrechtelijke aanranding, en zich daar tegen te weer heeft moeten stellen. 'In deze gevallen wordt het door de burger wie het overkomt als onrechtvaardig en grievend ervaren dat hij als verdachte wordt aangemerkt, terwijl hij feitelijk slachtoffer is of zich dat tenminste voelt.' Daarom bepaalt de aanwijzing dat het dwangmiddel 'aanhouding' niet wordt toegepast in geval een persoon geweld heeft gebruikt terwijl er sprake was van een noodweersituatie en 1. de betrokkene zich op gepaste wijze heeft verdedigd, dan wel 2. de betrokkene als gevolg van de hevige gemoedsbeweging door de aanranding veroorzaakt, de grenzen van de noodzakelijke verdediging heeft overschreden.

De meest duidelijke gevallen van vermoedelijke noodweersituaties doen zich volgens de aanwijzing voor indien het incident zich heeft afgespeeld in de eigen woning of in het bedrijf waar de betrokkene werkt (bijv. winkels en bedrijfsruimten), het bijbehorende erf daaronder begrepen. Maar ook in de openbare ruimte kan

volgens de aanwijzing sprake zijn van een noodweersituatie, bijvoorbeeld in geval van een straatroof.

Als sprake is van een vermoedelijke noodweersituatie, wordt de betrokken burger wél als verdachte aangemerkt. Hij wordt in beginsel slechts niet aangehouden. Aan deze verdachte moet worden uitgelegd waarom hij als verdachte wordt aangemerkt. Ook de achtergrond, namelijk de waarheidsvinding en dus het onderzoeksbelang van de politie en het mogelijke belang van de verdachte zelf, dient de betrokkenen duidelijk te worden gemaakt. Want: 'voor de betrokkene zelf kan het van belang zijn om als verdachte te worden aangemerkt omdat dit zijn positie met de daarbij behorende rechten markeert. Alleen als verdachte heeft hij het recht om te zwijgen en heeft hij recht op bijstand van een advocaat.'

Zo mogelijk wordt de verdachte ter plekke gehoord, aldus de aanwijzing. Als dat niet mogelijk is, dan wordt betrokkene uitgenodigd op het politiebureau om aldaar een verklaring af te leggen. Voorts wordt betrokkene gevraagd zijn medewerking te verlenen aan het opsporingsonderzoek. Daarbij moet volgens de aanwijzing aan de betrokkene worden meegedeeld dat hij als verdachte tot een dergelijke medewerking niet is verplicht.

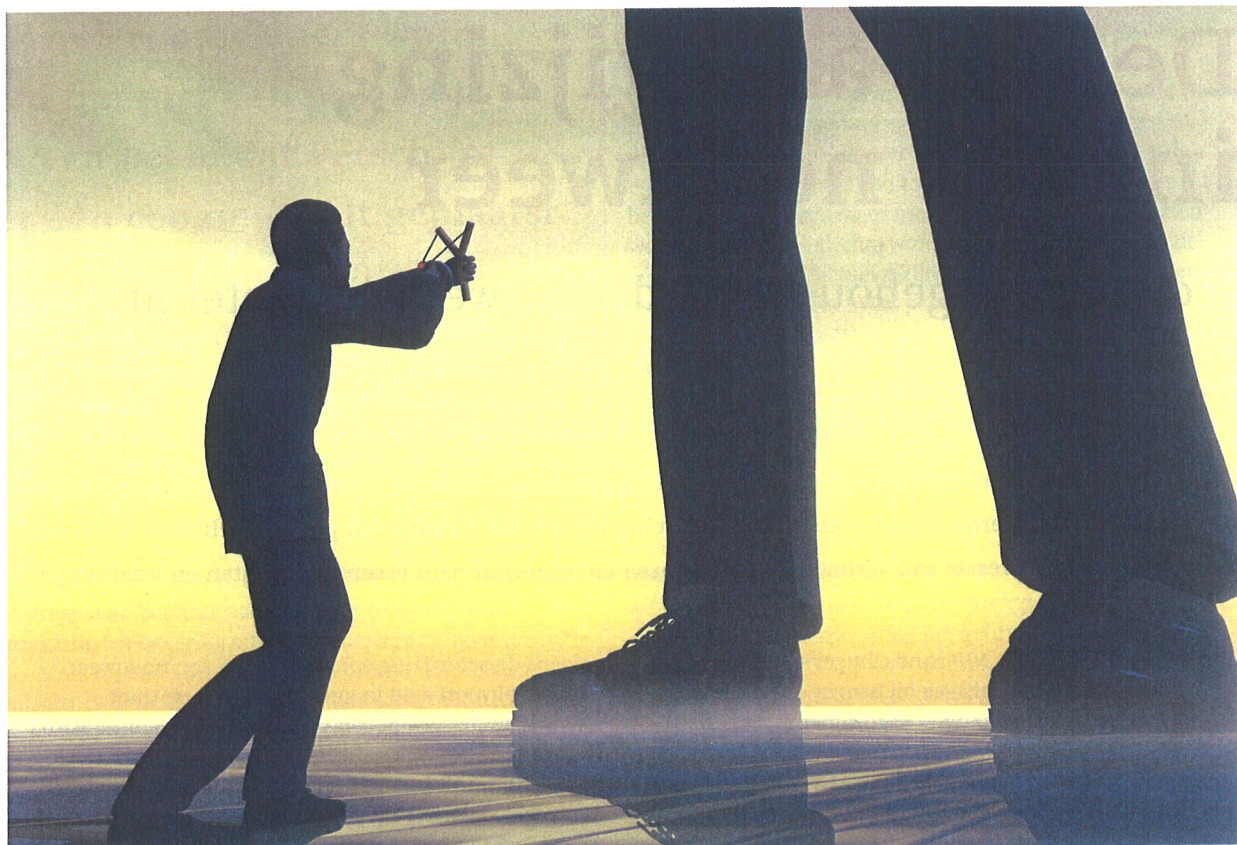
Maar, van de betrokkene wordt wél verwacht, omdat ook hij belang heeft bij de vaststelling van de juiste toedracht van het feit, dat hij medewerking verleent aan het opsporingsonderzoek'. Die medewerking houdt volgens de aanwijzing onder meer in dat de verdachte op verzoek van de politie het eventueel gebruikte wapen moet overhandigen en mogelijk ander materiaal, zoals kleding, ter beschikking stelt ten behoeve van een onderzoek. Indien er op enig moment in het onderzoek 'aanwijzingen zijn dat de verdachte het opsporingsonderzoek tegenwerkt of

Auteurs

1. Dr. mr. D.V.A. Brouwer en mr. T.A.H.M. van de Laar zijn beiden strafrechtadvocaat te Utrecht.

Noten

2. J.M. ten Voorde, 'Waakzame burgers beter beschermd?', *NJB* 2011/344, afl. 7, p. 418 e.v. De OM-aanwijzing 'handelwijze bij beroep op noodweer (2010A030)' is sinds 1 januari 2011 van kracht.



© Alamy.

de waarheidsvinding belemmert', kan alsnog tot aanhouding worden overgegaan.

Pressie om geen gebruik te maken van verdedigingsrechten?

Een dader van een strafbaar feit is straffeloos als hij zich op proportionele (en subsidiaire) wijze heeft verdedigd tegen een (onmiddellijk dreigende) aanval, en in het geval waarin (iets) te lang of te hard wordt (door)verdedigd tegen zo'n (onmiddellijk dreigende) aanval. Was er geen noodzaak tot zelfverdediging, of heeft de dader veel harder of veel langer geweld gebruikt dan redelijkerwijze noodzakelijk om zich tegen de aanranding te verdedigen, dan is de verdachte niet straffeloos. Toch zal ook in die laatste gevallen de dader zich niet zelden op zelfverdediging beroepen. Een doel van het opsporingsonderzoek is dan ook om voldoende feiten en omstandigheden te verzamelen om een onderbouwd onderscheid te kunnen maken tussen beide situaties. Dat kan er toe leiden dat een persoon die aanvankelijk werd gezien als een 'zich verwerende burger' uiteindelijk strafrechtelijk wordt vervolgd wegens een ernstig delict, mogelijk zelfs een levensdelict.

Naar geldend recht heeft de niet-aangehouden verdachte geen recht op rechtsbijstand voorafgaand aan of tijdens zijn politieverhoor

Het regime van de aanwijzing maakt het opsporingsonderzoek minder effectief, alleen al omdat een in vrijheid verkerende verdachte de gelegenheid heeft tot afstemming van verklaringen met anderen en om sporen te manipuleren of te wissen. In de aanwijzing wordt geprobeerd dit risico van een minder grondig onderzoek te ondervangen door van de verdachte te verlangen dat hij medewerking verleent aan het onderzoek. Als er aanwijzingen zijn dat de verdachte het onderzoek belemmert of tegenwerkt, dan kan hij alsnog worden aangehouden. Anderzijds zal de verdachte worden voorgehouden dat hij het recht heeft om te zwijgen en dat hij niet tot bepaalde medewerking verplicht is.

Het is de vraag hoe deze twee tegenstrijdige signalen in de praktijk met elkaar worden verzoend. De verdachte, die op het politiebureau wordt verhoord en die op een de politie onwelgevallig moment besluit naar huis te gaan (hetgeen hem als niet-aangehouden burger rechtens vrij staat), zal wel worden aangehouden. Niet uitgesloten is dat de verdachte die zich op zijn zwijgrecht beroept, of die niet wenst mee te werken aan bepaalde onderzoekshandelingen, ook als 'tegenwerkende' verdachte wordt aange-merkt, en dus vervolgens ook wordt aangehouden.

Nog minder denkbeeldig is de vrees aan de zijde van de verdachte, dat alles minder dan volledige medewerking en volledige openheid bij het verhoor door politie als 'tegenwerking' van het onderzoek zal worden gekwalificeerd, en dus tot aanhouding zal leiden. En nog minder denkbeeldig is dat de verhorende ambtenaren zullen inspelen op deze vrees en daaraan voeding zullen geven, om een meewerkende en vrij verklarende houding van de verdachte te bewerkstelligen.³ Zo geeft juist het niet-

aanhouden van de verdachte een extra pressiemiddel in handen van de verhorende ambtenaren.

Hier tegen zou ingebracht kunnen worden dat de *wel* aangehouden verdachte onder vergelijkbare druk staat, omdat deze niet weet wanneer hij weer in vrijheid zal worden gesteld. Deze onzekerheid biedt immers ook een 'drukpunt' voor de verbalisanten.⁴ Naar ons oordeel ligt het verschil echter hierin, dat met de aanhouding – zoals wij hierna uiteenzetten – ook de rechtsbijstand wordt gewaarborgd. En in de consultatie met zijn raadsman, zal de aangehouden verdachte objectief kunnen worden geïnformeerd over het verband tussen enerzijds al of niet verklaren (of het afleggen van een verklaring met een bepaalde inhoud), anderzijds het voortduren van de vrijheidsbeneming. En vergelijk die situatie met de situatie van een niet-aangehouden burger, die te horen kan krijgen dat zijn verzoek om te wachten met het eerste verhoor totdat hij met een advocaat heeft gesproken, toch van een weinig meewerkende houding getuigt...⁵

Geen Salduz-bescherming bij niet-aangehouden verdachten

Mogelijk heeft de vorige volzin bij sommige lezers de wenkbrauwen doen fronsen. Die lezers gaan er wellicht van uit dat het verhoor van een verdachte van ernstige feiten (want mogelijk zwaar lichamelijk letsel of de dood ten gevolge hebbend) eerst kan beginnen als de verdachte consultatie ('Salduz') bijstand heeft gehad voorafgaand aan het eerste politieverhoor.

In de zaak *Zaichenko/Rusland*⁶ oordeelde het EHRM dat, hoewel Zaichenko niet vrij was om te gaan nadat hij bij een 'road check' was staande gehouden, er geen sprake was van een *significant curtailment of the applicant's freedom of action*. De klacht van Zaichenko dat hij voorafgaand of bij zijn verhoor ten onrechte geen bijstand van een raadsman had genoten, werd daarom door het EHRM verworpen. Ook in de rechtspraak van het US Supreme Court is de vraag of de verdachte van zijn vrijheid is beroofd, bepalend voor de vraag of de verdachte een recht op rechtsbijstand toekomt.⁷

Voor de Nederlandse situatie kan allereerst gewezen worden op de Aanwijzing rechtsbijstand politieverhoor.⁸ Deze aanwijzing (met zijn bekende onderverdeling van zaken in A-, B- en C- categorie) is *uitsluitend* van toepassing op *aangehouden* verdachten.⁹ Daarnaast heeft de Hoge Raad geoordeeld dat niet zonder meer uit de rechtspraak van het EHRM voortvloeit dat ook een niet-aange-

houden verdachte de gelegenheid moet worden geboden een advocaat te raadplegen voorafgaand aan het eerste politieverhoor.¹⁰

De conclusie is dat naar geldend recht de niet-aangehouden verdachte geen recht op rechtsbijstand heeft voorafgaand aan of tijdens zijn politieverhoor. De Aanwijzing handelwijze bij beroep op noodweer verwijst met de hiervóór al geciteerde passage ('alleen als verdachte heeft hij (...) recht op bijstand van een advocaat') kortom naar een niet bestaand recht. Dat recht komt immers niet de *verdachte* toe, maar slechts de *aangehouden verdachte*. Belangrijker is dat dit gebrek in de aanwijzing niet wordt gerepareerd, omdat in de aanwijzing niet wordt bepaald dat de niet-aangehouden 'zich verwerende burger' niet eerder mag worden gehoord dan nadat deze een raadsman heeft kunnen consulteren.

De aanwijzing inzake noodweer kan worden gekwalificeerd als goedbedoeld gepruts met zeer kwalijke onbedoelde neveneffecten

Het gevolg hiervan is dat de politie met het verhoor kan beginnen op een moment dat de verdachte nog geen raadsman heeft gesproken, en op verzoeken van de verdachte om een advocaat te spreken kan antwoorden: 'meneer, u heeft geen recht om een raadsman te spreken' – zelfs al staat een (gekozen) raadsman al in de hal van het politiebureau te wachten.¹¹ Een tweede gevolg is dat eventuele belastende verklaringen van de niet-aangehouden verdachte naar geldend recht dus 'gewoon' voor het bewijs gebruikt kunnen worden, ook als de verdachte vóór of tijdens zijn verhoor geen bijstand van een advocaat heeft kunnen krijgen.

Juist door de verdachte niet aan te houden, wordt hem kortom het recht op rechtsbijstand voorafgaand het politieverhoor *onthouden*, en wordt hem de aan de schending van die regel verbonden bescherming, bestaande in uitsluiting voor het bewijs van de afgelegde verklaringen, *ontnomen*.

3. Zie voor het gebruik van geoorloofde en ongeoorloofde pressie door politieambtenaren tijdens het verhoor van de verdachte recent L. Stevens & W.J. Verhoeven, 'Wat is er mis met een goed gesprek? Een exploratief onderzoek naar pressie tijdens de politiele verdachtenverhooren en risico's op valse bekentenissen', *DD* 2011/9, p. 114 e.v.

4. Vgl. Stevens & Verhoeven, a.w., p. 122 en 123: de verhoortechniek 'het benadrukken van de consequenties van niet verklaren'.

5. Ten slotte menen wij – maar dat oordeel is slechts gebaseerd op onze ervaring als

rechtsbijstandverleners in de eerste fase van het opsporingsonderzoek, en daarom sub-jectief – dat de vrees om van de vrijheid beroofd te worden, bij de meeste burgers groter is dan de vrees om nog niet vrij te komen als men al aangehouden is.

6. EHRM 18 februari 2010, nr. 39660/02.

7. T.A.H.M. van de Laar & R.L. de Graaff, 'Salduz en Miranda. Wijst het U.S. Supreme Court de weg?', *DD* 2010/71, p. 1141 e.v., met name p. 1153 en 1154.

8. OM-aanwijzing 2010A007, *Stcr.* 2010, 4003, inwerkingtreding 1 april 2010.

9. Illustratief is de allereerste volzin van de Aanwijzing rechtsbijstand politieverhoor:

'In deze aanwijzing worden in de eerste plaats regels gegeven voor de verwezenlijking van het recht van de aangehouden verdachte om voorafgaand aan het verhoor door de politie een raadsman te raadplegen. (curs. aut.)'

10. HR 9 november 2010, *LJN* BN7727 en *RvdW* 2010/1360: 'Het middel berust op de opvatting dat uit de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens voortvloeit dat de hiervoor ten aanzien van

een aangehouden verdachte geformuleerde regel zonder meer ook geldt als het gaat om een niet-aangehouden verdachte. Die opvatting is onjuist.'

11. Wij wijzen er nog maar even op dat art. 50 Sv ('De raadsman heeft vrijen toegang tot den verdachte die rehtens van zijn vrijheid is beroofd...') op deze situatie niet van toepassing is, nu een niet-aangehouden verdachte immers niet (al dan niet rehtens) van zijn vrijheid is beroofd...

Geen toegang tot gefinancierde rechtsbijstand voor niet-aangehouden verdachte

Maar komaan, niet te somber. Laten we uitgaan van welwillende Officieren van Justitie en correct optredende opsporingsambtenaren. Laten we ervan uitgaan dat de niet-aangehouden 'zich verwerende burger' voorafgaand aan zijn eerste verhoor alle gelegenheid krijgt zich met een advocaat te verstaan. Dan wordt de vraag: met welke advocaat?

De 'zich verwerende burger' is zéér veel beter af, als hij gewoon wordt aangehouden

Oorspronkelijk werd slechts aan in verzekering gestelde verdachten een piketadvocaat beschikbaar gesteld. De (herziene) piketregeling is gebaseerd op de door de EHRM en Hoge Raad voorgeschreven rechtsbijstand in de eerste fase na de aanhouding. De piketcentrale meldt verzoeken van aangehouden verdachten om *Salduz*-bijstand uit aan de piketadvocaat van dienst. Nu niet-aangehouden verdachten geen beroep op *Salduz*-bijstand toekomt, wordt voor de niet-aangehouden 'zich verwerende burger' geen piketadvocaat opgeroepen. De burger zal zelf op zoek moeten gaan naar een advocaat, en zal die advocaat ook zelf moeten betalen. Want ook voor een toevoeging op verzoek is het nog te vroeg.

Dus, in het beste geval, brengt de aanwijzing de onvermogen 'zich verwerende burger' in de positie, dat hij wellicht bij de gratie van de opsporingsautoriteiten nog de gelegenheid krijgt om een advocaat te raadplegen, maar dat hij zo'n advocaat vervolgens niet heeft, omdat hij die niet kan betalen.

Conclusie

Kort en goed: het niet-aanhouden van een verdachte van een mogelijk zeer ernstig feit (zwaar lichamelijk letsel of zelfs een levensdelict) vertroebelt zijn positie, stelt hem daardoor versterkt bloot aan pressie van verhorende ambtenaren en ontnemt hem essentiële rechten en waarborgen. Juist door hem niet aan te houden, ontnemt men de 'zich verwerende burger' het recht op rechtsbijstand, de waarborg dat zonder rechtsbijstand afgelegde verklaringen niet voor het bewijs mogen worden gebruikt en de toegang tot de gefinancierde rechtsbijstand in de eerste fase van het strafproces.

De aanwijzing zoals die nu van kracht is geworden, kan op die gronden alleen maar worden gekwalificeerd als goed bedoeld gepruts met zeer kwalijke onbedoelde neveneffecten. Het verlenen van de status van *getuige* aan de 'zich verwerende burger'¹² verdient die kwalificatie nog veel meer. Dat krijg je ervan, als je politiek hobbyisme onvoldoende doordacht in wetgeving of richtlijnen om gaat zetten.

Wil men vasthouden aan een uitzonderingspositie voor de verdachte die beweert in zelfverdediging te hebben gehandeld, dan dient de aanwijzing uitdrukkelijk te bepalen dat de niet-aangehouden verdachte slechts mag worden gehoord nadat hij heeft kunnen consulteren met een raadsman, dat de verdachte géén afstand kan doen van dat recht, dat verklaringen die zijn afgelegd vóórdat de verdachte een raadsman heeft geconsulteerd niet aan het bewijs mogen meewerken, en dient de piketregeling te worden uitgebreid tot dit soort niet-aangehouden verdachten. Tot het moment dat de Aanwijzing handwijze bij beroep op noodweer in deze zin is aangepast, is de 'zich verwerende burger' zéér veel beter af, als hij gewoon wordt aangehouden. •

¹². Vgl. Ten Voorde, a.w.