

Vergaderjaar 2012–2013

33 234

Voorstel van wet van het lid Helder tot verruiming van groepsaansprakelijkheid in het Wetboek van Strafrecht in geval van openlijke geweldpleging

Nr. 4

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INDIENER

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 11 juni 2012 en de reactie van de indiener d.d. 26 oktober 2012, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 18 april 2012 heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van het lid Helder tot verruiming van groepsaansprakelijkheid in het Wetboek van Strafrecht in geval van openlijke geweldpleging, met memorie van toelichting.

Het initiatiefwetsvoorstel strekt er in hoofdzaak toe dat alle personen die in vereniging openlijk geweld hebben gepleegd als bedoeld in artikel 141, eerste lid, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) tevens aansprakelijk zijn voor de eventuele strafverzwarende gevolgen uit het tweede lid (te weten: beschadiging van goederen, letsel of de dood) zonder dat hoeft te worden bewezen dat de betrokkene het gevolg heeft veroorzaakt. Tevens wordt voorgesteld om «het een ander brengen in een staat van bewusteloosheid of onmacht» onder geweldpleging te scharen.

De Afdeling merkt op dat het weliswaar als onbevredigend kan worden ervaren dat iemand die tot bijvoorbeeld vernieling of mishandeling is overgegaan daarop strafrechtelijk wordt aangesproken, terwijl een ander die daarbij betrokken was geheel vrijuit kan gaan. Het strafrecht voorziet evenwel reeds in mogelijkheden om dit laatste te voorkomen via de strafbaarstelling van deelneming, waaronder het medeplegen wordt begrepen. Tevens kan worden gewezen op de Wet van 25 april 2000 waarbij een verlichting van de bewijslast is ingevoerd met betrekking tot de vraag of iemand zich schuldig heeft gemaakt aan openlijke geweldpleging.¹ Door de thans voorgestelde groepsaansprakelijkheid zal de bewijslast ook worden verlicht met betrekking tot de strafverzwarende gevolgen. De Afdeling is van oordeel dat het voorstel niet proportioneel is

¹ Wet van 25 april 2000 tot wijziging van artikel 141 van het Wetboek van Strafrecht, Staatsblad 173, in werking getreden op 12 mei 2000.

ten opzichte van het probleem en niet in verhouding staat met andere relevante strafbaarstellingen. Bovendien kan door het voorstel de problematiek met betrekking tot de straftoemeting en -motivering worden vergroot. De Afdeling adviseert dan ook het wetsvoorstel te heroverwegen.

1. Aard en omvang van het probleem

Artikel 141, eerste lid, Sr bepaalt dat zij die openlijk in vereniging geweld plegen tegen personen of goederen, worden gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste vier jaar en zes maanden. Sinds de inwerkingtreding van de Wet van 25 april 2000 tot wijziging van artikel 141 van het Wetboek van Strafrecht wordt vereist dat de verdachte «een voldoende significante bijdrage» aan het geweld heeft geleverd.¹ Die kan bijvoorbeeld bestaan uit aanmoedigend joelen of klappen. De verdachte hoeft niet zelf een gewelddadige handeling tegen personen of goederen te hebben verricht, zoals voor genoemde wetswijziging werd vereist.²

In het tweede lid zijn drie strafverzwarende omstandigheden opgenomen:

1. Indien de verdachte opzettelijk goederen heeft vernield of het door hem gepleegde geweld enig letsel tot gevolg heeft gehad, kan zes jaar straf worden opgelegd;
2. indien het geweld zwaar letsel tot gevolg heeft gehad, kan negen jaar worden opgelegd;
3. indien het geweld de dood ten gevolge heeft gehad, kan twaalf jaar worden opgelegd.

¹ Staatsblad 173, in werking getreden op 12 mei 2000.

² Vgl. HR 9 oktober 1990, NJ 1990, 30 (Okeghemstraat). Bij de wetswijziging van 25 april 2000 zijn de bestanddelen «met verenigde krachten» in artikel 141, eerste lid, Sr vervangen door: in vereniging.

³ In de oorspronkelijke memorie van toelichting bij artikel 141 Sr wordt over de strafverzwarende omstandigheden gesteld: «Uit de voor de strafverzwaringen in geval van goederenvernietiging en van lichaamsleed gekozen bewoordingen blijkt ondubbelzinnig dat de zwaardere strafbedreiging beperkt is tot hen, die persoonlijk eenig goed hebben vernield of wier daden lichamenlijk leed, zwaar lichamenlijk letsel of den dood voor iemand ten gevolge hebben gehad. Onbillijk ware het, de verzwaring toe te passen op ieder, die deelneemt aan eene geweldpleging waarin door daden van anderen de bedoelde ernstige gevolgen zijn ontstaan.» H.J. Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, deel II, blz. 90.

Bij de Wet tot wijziging van artikel 141 van het Wetboek van Strafrecht van 25 april 2000, Stb. 173, is het eerste lid van artikel 141 verruimd, maar niet het tweede lid. In de Nota naar aanleiding van het verslag is gesteld: «De strafverhoging van het tweede lid ziet slechts op personen waarvan bewezen kan worden dat hun individuele gewelddadige handeling het intreden van het omschreven rechtsgevolg teweeg heeft gebracht.» (Kamerstukken II 1999/2000 26 519, nr. 6, blz. 2.)

⁴ Memorie van toelichting, par. 1.1, eerste alinea.

⁵ Memorie van toelichting, par. 4, laatste alinea.

⁶ Artikelsgewijze toelichting, tweede alinea.

⁷ Memorie van toelichting, par. 1.1, eerste alinea.

Deze strafverzwarende omstandigheden komen niet voor rekening van iedere openlijke geweldpleger. Bewezen dient te worden dat de verdachte zelf (opzettelijk) schade of letsel heeft toegebracht.³ Voorgesteld wordt om dit laatste – dat alleen sprake kan zijn van strafverzwarende omstandigheden als de betrokkene zelf (opzettelijk) schade of letsel heeft toegebracht – te wijzigen. Ook voor degene die zich schuldig heeft gemaakt aan openlijke geweldpleging maar niet zelf (opzettelijk) schade of letsel heeft veroorzaakt, moeten volgens het voorstel de strafbedreigingen van het tweede lid van artikel 141 Sr gelden.

In de memorie van toelichting worden drie doelstellingen genoemd die met het voorstel gediend worden. In de eerste plaats vormt het ontbreken van «groepsaansprakelijkheid» met betrekking tot het tweede lid van artikel 141 Sr in de praktijk een «ernstige belemmering voor het openbaar ministerie (hierna: OM) om openlijke geweldpleging en de daaruit voortvloeiende gevolgen effectief te kunnen vervolven».⁴ In de tweede plaats acht de initiatiefnemer het voorstel nodig omdat mensen zich binnen de anonimiteit van een groep niet alleen onaantastbaar voelen, maar dit in de praktijk ook nagenoeg blijken te zijn.⁵ Ten slotte verwacht de initiatiefnemer dat het voorstel potentiële openlijke geweldplegers kan ontmoedigen.⁶

Wat de eerste doelstelling betreft, merkt de Afdeling op dat de praktische onderbouwing van dit probleem te wensen overlaat. Ter onderbouwing van het nut en de noodzaak wordt een krantenbericht aangehaald. Gesteld wordt dat de rechtbank Rotterdam de voorlopige hechtenis schorste van een persoon die er van werd verdacht een lawinepijl naar agenten te hebben gegooid. Volgens de memorie van toelichting was de reden voor de schorsing dat het volstrekt onduidelijk was wat precies was gebeurd en wie wat had gedaan. «Daardoor zal het potentiële bewijs waarschijnlijk niet tot een veroordeling leiden en zal de straf in ieder geval niet boven de zes maanden uitkomen», aldus de toelichting.⁷ Naar het oordeel van de Afdeling overtuigt het voorbeeld niet omdat niet blijkt dat het betrekking heeft op openlijke geweldpleging met strafverzwarende gevolgen, als

bedoeld in artikel 141, tweede lid, Sr. Daarnaast is de stelling dat de straf in ieder geval niet boven zes maanden zal uitkomen in zoverre onjuist dat het gronddelict van openlijke geweldpleging in de zin van artikel 141, eerste lid, Sr wordt bedreigd met een straf van vier jaar en zes maanden.¹

Gezien het feit dat uitspraken met betrekking tot het schorsen van voorlopige hechtenis en uitspraken van de politierechter niet openbaar zijn, is een krantenbericht gebruikt. Naar het oordeel van initiatiefnemer overtuigt het voorbeeld. De stelling dat de straf niet boven de 6 maanden uit zou komen is wel juist, omdat om die reden de voorlopige hechtenis werd geschorst. De voorlopige hechtenis zou anders langer duren dan de straf die hoogst waarschijnlijk zou worden opgelegd. Dat op het gronddelict vier jaar en zes maanden staat betekent in de praktijk niet dat dit ook standaard wordt opgelegd. Het krantenbericht is gebruikt ter illustratie en niet als limitatieve opsomming.

De Afdeling geeft aan dat het strafrecht reeds voorziet in mogelijkheden om te voorkomen dat iemand vrijuit gaat, terwijl een ander veroordeeld wordt. De Afdeling wijst in dat kader op de strafbaarstelling van deelneming, waaronder het medeplegen wordt begrepen. Dit is weliswaar juist, maar is geen oplossing voor het probleem dat initiatiefnemer met het wetsvoorstel zoveel mogelijk wenst op te lossen. Voor medeplegen is vereist dat sprake is van een bewuste (dus willens en wetens) en een nauwe (ofwel intensieve) samenwerking tussen de plegers van het strafbare feit. De plegers moeten opzettelijk samenwerken tot het verrichten van een delictuze handeling.

Verder gaat de Afdeling bij het wijzen op de Wet van 25 april 2000 voorbij aan het feit dat die wet enkel ziet op het delict openlijke geweldpleging en niet op de strafverzwarende gevolgen. De strafverzwarende gevolgen zijn nu net de kern van het voorstel van initiatiefnemer. Initiatiefnemer ziet de problemen niet waar de Afdeling op wijst.

Voorts stelt de Afdeling vast dat alternatieve vervolgingsmogelijkheden in de memorie van toelichting niet worden besproken. Het voorstel lijkt te zien op alle vormen van openlijke geweldpleging. Het kan grootschalige en gewelddadige verstoringen van de openbare orde betreffen, maar ook het in groepsverband begaan van doelloos geweld, vaak gericht tegen een concreet slachtoffer. Een voorbeeld daarvan was de situatie, leidend tot de dood van Meindert Tjoelker.² Indien niet kan worden vastgesteld dat de verdachte zelf het strafverzwarende gevolg heeft veroorzaakt, kan in voorkomende gevallen het vervolgen wegens het medeplegen van zware mishandeling met de dood als gevolg (artikel 47 jo. 302 Sr) soelaas bieden. Dat was succesvol in de Tjoelker-zaak.³

¹ Ook opmerkelijk is dat een bewijsprobleem leidt tot *schorsing* van de hechtenis. Indien er onvoldoende bewijs is voor de strafverzwarende gevolgen zal dat kunnen leiden tot een voortzetting van de hechtenis op grond van het onderzoeksbelang of tot opheffing van de hechtenis omdat geen sprake is van ernstige bezwaren tegen de verdachte of in verband met het anticipatiegebod, maar een schorsing ligt niet in de rede.

² HR 2 november 1999, NJ 2000, 14.

³ Het openbaar ministerie had in eerste aanleg alleen openlijke geweldpleging met de dood als gevolg ten laste gelegd. Het bewijs wie van de verdachte geweldplegers het slachtoffer de dodelijke trap had gegeven, was echter een probleem en in eerste aanleg volgde «slechts» een veroordeling wegens het eerste lid, met de consequenties voor de straftoemeting. In hoger beroep wijzigde het OM de tenlastelegging in primair doodslag en subsidiair zware mishandeling met de dood als gevolg (artikel 47 jo. 302 Sr).

In de memorie van toelichting is opgenomen dat in het geval van het tweede lid van artikel 141 van het Wetboek van Strafrecht (Sr) het niet mogelijk is om leden van een groep aan te pakken via de verschillende deelnemingsvormen (medeplegen, medeplichtig etc.). Bij de deelnemingsvorm medeplegen is het mogelijk om de strafverzwarende gevolgen als bestanddelen te verspreiden over de medeplegers, ofwel dat de medeplegers niet afzonderlijk alle bestanddelen van de delictomschrijving vervullen. Voor het tweede lid van artikel 141 Sr is dat anders. Alleen diegene die het gevolg heeft veroorzaakt en ook de opzet had op dat gevolg komt in aanmerking voor de strafverzwaring. Vereist is dat bewezen moet worden wie het gevolg heeft veroorzaakt en of diegene opzet op die gevolgen had. Daarmee blijft de zware bewijslast onveranderd. Initiatiefnemer wil dit met het wetsvoorstel veranderen.

In de zaak van Meindert Tjoelker had het Openbaar Ministerie (OM) uitsluitend openlijke geweldpleging de dood ten gevolge hebbende ten laste gelegd en niet het medeplegen van zware mishandeling de dood ten gevolge hebbende. Juist omdat de rechtbank Leeuwarden het dodelijke gevolg niet tot een individuele dader kon terugvoeren moest de veroordeling van de daders beperkt blijven tot openlijke geweldpleging met als gevolg lage(re) straffen voor de daders. In hoger beroep wijzigde het OM de tenlastelegging in die zin dat primair het gezamenlijk plegen van doodslag ten laste werd gelegd. De Hoge Raad keurde dit goed. Uiteindelijk werden de daders veroordeeld voor het medeplegen van zware mishandeling de dood ten gevolge hebbende.

Het klopt dat de deelnemingsvormen, bijvoorbeeld medeplegen, een uitkomst kunnen zijn indien het OM niet kan bewijzen wie precies het gevolg heeft veroorzaakt. Er is namelijk sprake van medeplegen in het geval dat twee of meer personen gezamenlijk een strafbaar feit plegen, waarbij niet alle delictsbestanddelen door beiden vervuld behoeven te zijn. In het geval van deelneming geldt het uitgangspunt dat ook de strafverzwarende gevolgen als bestanddelen vatbaar zijn voor verspreiding over de deelnemers terwijl dit is niet het geval is bij het tweede lid van artikel 141 Sr waar het gaat om groepsgeweld. Initiatiefnemer beschouwt de omweg via de deelnemingsvormen als een tekortkoming in het tweede lid van artikel 141 Sr inzake openlijke geweldpleging. Het beschermde belang van artikel 141 Sr is een andere dan die van deelneming met de daarbij behorende gronddelicten, namelijk de openbare orde. Artikel 141 Sr moet daarom zelf voorzien in het verspreiden van strafverzwarende gevolgen over verschillende personen/deelnemers in plaats van dat dit via alternatieve vervolgingsmogelijkheden wordt gerealiseerd.

Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven vindt initiatiefnemer het groepsverband en het belang van de openbare orde extra zwaar wegen omdat mensen zich binnen de anonimiteit van een groep onaantastbaar voelen. Daar komt bij dat men zich in een groep sterker voelt dan wanneer met minder personen of alleen wordt opgetreden. Ten slotte geldt dat de openbare orde wordt verstoord waardoor maatschappelijke onrust ontstaat en men zich onveilig kan gaan voelen. Om deze redenen acht initiatiefnemer de hoge maximumstraffen in het tweede lid van artikel 141 Sr dan ook proportioneel. De maximumstraf die bijvoorbeeld staat op het gevolg de dood in artikel 141, tweede lid, Sr is namelijk hoger dan wanneer de route van bijvoorbeeld het medeplegen van zware mishandeling de dood ten gevolge wordt gekozen. De rechter heeft in het geval van artikel 141, tweede lid, Sr dus een hoger plafond en meer vrijheid bij de straftoemeting.

Verder verandert er (ook) niets aan de vrijheid van het OM om de route van de deelnemingsvormen te kiezen in plaats van openlijke geweldpleging ten laste te leggen.

Het voorstel ziet inderdaad, zoals de Afdeling opmerkt, op alle vormen van openlijke geweldpleging. Voor de goede orde wordt desondanks opgemerkt dat het gaat om alle vormen van openlijke geweldpleging als bedoeld in artikel 141 Sr. Het kan grootschalige en gewelddadige verstoringen van de openbare orde betreffen, maar ook het in groepsverband begaan van doelloos geweld, vaak gericht tegen een concreet slachtoffer. Initiatiefnemer ziet dit niet als een probleem omdat, zoals in de memorie van toelichting ook wordt aangegeven, bewezen moet worden dat sprake is van een significante bijdrage van de betreffende persoon aan het groepshandelen. De rechter kan bij de straftoemeting ook rekening

houden met de ernst van het feit en de mate waarin een persoon een bijdrage heeft geleverd.

Ten slotte merkt de Afdeling op dat de beschrijving van het bewijsprobleem niet consistent is. Waar eerst melding wordt gemaakt van een ernstige belemmering voor het OM, wordt elders gesproken van «eventuele» problemen met betrekking tot de bewijslast.¹

De Afdeling adviseert om in de memorie van toelichting de aard en omvang van het probleem nader te beschrijven, mede gelet op alternatieve vervolgingsmogelijkheden.

De enige keer dat initiatiefnemer in de inleiding van de memorie van toelichting spreekt van «een ernstige belemmering voor het OM» is in de memorie van toelichting gewijzigd in «een ernstige belemmering voor het OM kan zijn».

Ten aanzien van de tweede doelstelling merkt de Afdeling op dat de stelling in de memorie van toelichting dat mensen zich binnen de anonimiteit van een groep niet alleen onaantastbaar voelen maar dit in de praktijk ook nagenoeg blijken te zijn, niet wordt onderbouwd.² Gegeven de hiervoor genoemde wetswijziging van 25 april 2000 waarbij de bewijslast met betrekking tot openlijke geweldpleging is verlicht, rijst de vraag of kan worden aangetoond dat deze wetswijziging geen of onvoldoende effect heeft gehad en een verdere verlichting van de bewijslast zoals thans wordt voorgesteld noodzakelijk is. Mede gelet hierop adviseert de Afdeling de stelling in de memorie van toelichting te motiveren.

Ter onderbouwing van de stelling dat mensen zich binnen de anonimiteit van een groep niet alleen onaantastbaar voelen, maar dat ook blijken te zijn haalt initiatiefnemer een artikel aan uit het tijdschrift van het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid, dat gaat over een onderzoek naar groepsgeweld.³ Hierin wordt geconcludeerd dat het aantal «samenplegers» toeneemt. Dat de anonimiteit een reden is om deel te nemen aan groepsgeweld blijkt uit een onderzoek naar aanleiding van de rellen in Hoek van Holland.⁴ Uit de factsheet «hooligans in beeld» blijkt dat men zich in een groep sterker voelt. Dat de groepsleden zich in de praktijk niet alleen sterker voelen maar dat ook zijn kan worden afgeleid uit het feit dat zij met meerderen zijn en dat door de anonimiteit de pakkans lager wordt. Zo is het in een grote massa bijvoorbeeld lastig voor de politie om alle relschoppers aan te houden. Ook kan het voor getuigen lastiger zijn iemand te herkennen. Met betrekking tot het tweede lid van artikel 141 Sr (de strafverzwarende gevolgen) is dit helemaal het geval vanwege de zware bewijslast. Indien het slachtoffer komt te overlijden, moet door het OM bewezen worden wie de dodelijke klap heeft gegeven. In groepsverband wordt de kans dus kleiner dat een verdachte wordt veroordeeld voor het ingetreden gevolg, namelijk de dood. De memorie van toelichting is met deze onderbouwing aangevuld.

De Afdeling gaat bij het wijzen op de Wet van 25 april 2000 voorbij aan het feit dat die wet enkel ziet op het delict openlijke geweldpleging en niet op de strafverzwarende gevolgen. De strafverzwarende gevolgen zijn nu net de kern van het voorstel van initiatiefnemer.

De wetswijziging van 25 april 2000 is in de memorie van toelichting uitgebreid aan de orde gekomen. Deze wijziging had betrekking op het eerste lid van artikel 141 Sr en dus niet op de strafverzwarende gevolgen zoals genoemd in het tweede lid van het betreffende artikel, welke nu net de kern zijn van het voorstel van initiatiefnemer. Wellicht heeft deze wet voldoende effect gehad met betrekking tot het eerste lid van artikel 141 Sr. Eenvoudig kan worden aangetoond dat deze wetswijziging geen of

¹ Memorie van toelichting, par. 4, eerste alinea.

² Memorie van toelichting, par. 4, laatste alinea.

³ Secondant, maart 2012, 26^{ste} jaargang, «Jonge daders vaker met anderen op pad».

⁴ Eindrapport fenomeenonderzoek Ordeverstoringen en groepsgeweld bij evenementen en grootschalige gebeurtenissen. Scherpte en alertheid, 2010, p. 80

onvoldoende effect heeft gehad met betrekking tot het wetsvoorstel van initiatiefnemer, omdat deze wet niets heeft veranderd aan het tweede lid van artikel 141 Sr. Aangezien het tweede lid onveranderd is gebleven heeft deze wetswijziging daarom dus geen effect gehad.

Met betrekking tot de derde doelstelling, de afschrikwekkende werking, merkt de Afdeling het volgende op. De indiener stelt dat wie niet voor de gevolgen van gedragingen van zijn mededader wil boeten, er goed aan doet zich in het geheel niet met het misdrijf van openlijke geweldpleging in te laten. «Te verwachten valt dan ook, dat hiervan een sterk ontmoedigende impuls op potentiële daders van dit misdrijf uit kan gaan.»¹ De Afdeling acht enige afschrikwekkende werking mogelijk, maar is van oordeel dat de voorgestelde oplossing niet proportioneel is in verhouding tot het gestelde probleem, zoals hierna onder 2 nader aan de orde komt. Dat is temeer van belang nu het voorstel, zoals de initiatiefnemer zelf opmerkt, een ingrijpende wijziging betreft.²

Initiatiefnemer deelt deze mening met betrekking tot de proportionaliteit van de Afdeling niet. De rechter heeft vrijheid bij de straftoemeting. Hier zal initiatiefnemer onder punt 2 op terugkomen. De afschrikwekkende werking is een bijkomstigheid en geen hoofddoel.

2. Groepsaansprakelijkheid in het strafrecht

De initiatiefnemer beoogt de groepsaansprakelijkheid bij openlijke geweldpleging te verruimen. Dit houdt in dat «alle deelnemers aan openlijke geweldpleging opdraaien voor de gevolgen», ook als de verdachte niet zelf de strafverzwarende gevolgen heeft veroorzaakt.¹ In de memorie van toelichting wordt kort ingegaan op de regeling van groepsaansprakelijkheid in het civiele recht in artikel 6:166 BW en op enige verschillen met het strafrecht, namelijk de risicoaansprakelijkheid en de mogelijkheid tot regres op groepsleden van de schade.³ De Afdeling merkt op dat niet wordt ingegaan op fundamentele verschillen tussen het civiele recht en het strafrecht. Waar aansprakelijkheid in het civiele recht doorgaans leidt tot een verplichting tot schadevergoeding, kan strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden tot aanzienlijke vrijheidsstraffen. In dat verband is het schuldbeginsel in het strafrecht van groot gewicht. Dat brengt mee dat de verdachte pas mag worden bestraft indien een zekere schuld bij hem is vastgesteld. Dit beginsel legt een sterke nadruk op individuele aansprakelijkheid in het strafrecht. De individuele aansprakelijkheid in het strafrecht, zoals gestoeld op het schuldbeginsel, wordt in het voorstel met betrekking tot de strafverzwarende gevolgen bij openlijke geweldpleging verlaten. In verband daarmee heeft de Afdeling de volgende opmerkingen.

Om in te gaan op het schuldverband merkt initiatiefnemer op dat de verwijtbaarheid (juridisch: de schuld) daarin zit dat wanneer iemand deel uitmaakt van een groep en de sfeer omslaat in een sfeer waarin de kans op het begaan van strafbare feiten voor een objectief persoon als aannemelijk wordt geacht, de deelnemer geacht wordt de groep te verlaten dan wel in te grijpen zodat er niets strafbaars gebeurt. Wanneer de deelnemer dit niet doet, of wanneer iemand besluit in een dergelijke sfeer de groep te versterken, dan is dat naar mening van initiatiefnemer verwijtbaar. Indien de schuld voor wat betreft het eerste lid is vastgesteld, en dus vaststaat dat degene schuldig is aan openlijke geweldpleging, is degene vervolgens automatisch strafrechtelijk aansprakelijk voor de ingetreden gevolgen van de openlijke geweldpleging. Doordat er nog altijd sprake moet zijn van een bijdrage (hieruit blijkt de schuld) en doordat de rechter bij de straftoemeting rekening kan houden met de

¹ Memorie van toelichting, artikelsgewijs, tweede alinea.

² Memorie van toelichting, artikelsgewijs, eerste alinea.

³ Memorie van toelichting, par. 1.1, voorlaatste alinea.

ernst van de bijdrage aan het geweld, wordt de individuele aansprakelijkheid in het strafrecht niet verlaten.

Ter illustratie wordt in dit kader gewezen op de ernstige rellen die zijn uitgebroken in de gemeente Haren naar aanleiding van «Project X.» Meerdere relschoppers gaven aan te voelen dat de sfeer ging omslaan, maar te zijn gebleven uit nieuwsgierigheid en sensatiezucht. Ook melden meerdere jongeren dat een stoer-doensfeertje ontstond: wie durft de winkel binnen te gaan?, wie durft er iets te pakken? Verder wordt gemeld dat jongeren zich lieten opjatten door hun vrienden en de ter plaatse aanwezige mobiele eenheid gingen bekogelen met alles wat los en vast zat. Initiatiefnemer wil met het wetsvoorstel bewerkstelligen dat al deze jongeren veel eenvoudiger strafrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gesteld via artikel 141 lid 2 Sr dan nu het geval is.

a. Mate van verwijtbaarheid

In de toelichting wordt ingegaan op de verwijtbaarheid:

«Wie deelneemt aan een openlijke geweldpleging, neemt het risico dat een mededader mogelijk verder is gegaan bij het vernielen van goederen dan de eerstbedoelde persoon had beoogd. Toch wordt eenieder binnen de groep voor de gevolgen strafrechtelijk verantwoordelijk gehouden. Het meedoen aan openlijke geweldpleging heeft namelijk de sfeer gecreëerd waarin sommige deelnemers ertoe komen om zover te gaan dat zij daadwerkelijk personen mishandelen of goederen vernielen. Dat dit kan gebeuren is voor ieder der deelnemers te voorzien. Zij kunnen besluiten zich te distantiëren of in te grijpen. Doen zij dat niet, dan is er alle reden om een ieder voor de teweeggebrachte gevolgen te bestraffen».¹

De Afdeling merkt op dat er een balans dient te zijn tussen de mate van het verwijt dat de verdachte kan worden gemaakt en de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor door andere daders veroorzaakte strafverzwarende gevolgen. Deze balans wordt door de voorgestelde ingrijpende wetswijziging verstoord. Het meedoen aan openlijke geweldpleging waardoor een bepaalde sfeer in de groep ontstaat, rechtvaardigt naar het oordeel van de Afdeling niet dat alle deelnemers strafrechtelijk aansprakelijk worden gehouden voor alle strafverzwarende gevolgen. Ter illustratie kan het volgende voorbeeld dienen. Een groep demonstranten heeft het plan opgevat om eieren tegen de gevel van een ambassade te gooien van een land, waarvan de demonstranten vinden dat het zich schuldig maakt aan oorlogsmisdaden. Het is mogelijk dat een van de actievoerders verder gaat dan was afgesproken en een politieagent mishandelt, die als gevolg daarvan komt te overlijden. Nu het gooien van eieren tegen de ambassade volgens een ook in de toelichting vermelde uitspraak van de Hoge Raad een «voldoende significante bijdrage» aan het openlijk geweld tegen goederen oplevert², zijn alle eiergooiers volgens het wetsvoorstel strafrechtelijk aansprakelijk voor de dood van de agent en kunnen zij allen worden bestraft met een straf van twaalf jaar wegens openlijke geweldpleging met de dood als gevolg. Een dergelijke groepsaansprakelijkheid mist de aansluiting met de mate van verwijtbaarheid en is daarom te vergaand, ook al kan bij de feitelijk op te leggen straf rekening worden gehouden met ieders aandeel (zie onder d).

Voorts valt niet uit te sluiten dat de opgerekte aansprakelijkheid voor gevolgen die men niet zelf heeft veroorzaakt of gewild en die met hoge straffen worden bedreigd, de uitoefening van het grondrecht op de vrijheid van betoging raakt, zoals gewaarborgd in artikel 9 van de Grondwet en artikel 11 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Naar aanleiding van het hiervoor genoemde

¹ Memorie van toelichting, par. 4, vierde alinea.

² Vergelijk HR 11 november 2003, nr. 02782/02 (Eieren tegen ambassade).

voorbeeld van een uit de hand gelopen demonstratie valt bijvoorbeeld te denken aan demonstranten die vreedzame bedoelingen hebben en niet op de hoogte waren van het plan om eieren te gooien. Sinds de eerdergenoemde wetswijziging van 2000 is een «voldoende significante bijdrage» aan het geweld tegen goederen toereikend om schuldig te zijn aan openlijke geweldpleging; deze voldoende significante bijdrage kan worden aangenomen in geval van joelen of klappen dan wel het anderszins ondersteunen van de eiergooiers. Aan deze verlichte bewijslast ten aanzien van de vraag of iemand zich schuldig heeft gemaakt aan openlijke geweldpleging voegt het voorstel toe een verlichting van de bewijslast ten aanzien van de strafverzwarende gevolgen. Deze combinatie en de omstandigheid dat niet altijd voor iedereen voorzienbaar hoeft te zijn dat een ander zal overgaan tot vernieling of mishandeling (zie onder c) kan – mede gelet op de hoge strafbedreigingen – een remmende werking vormen om aan een betoging deel te nemen. In zoverre kan de uitoefening van het grondrecht op vrijheid van betoging worden geraakt.

Ten slotte is het de vraag of en in hoeverre het voorgestelde past bij de wijze waarop het schuldverband bij in dit kader relevante andere strafbaarstellingen vorm is gegeven. Tekenend is namelijk dat de eiergooiers niet voor medeplegen van mishandeling van een ambtenaar in functie met de dood als gevolg (artikel 47. jo. 300, derde lid, jo. 304 Sr) kunnen worden veroordeeld aangezien hun opzet niet gericht was op de mishandeling (ook niet in voorwaardelijke vorm).¹ Waar, bij gebrek aan opzet, geen veroordeling kan volgen voor mishandeling die de dood tot gevolg heeft (met een strafbedreiging van ten hoogste acht jaren), zijn alle eiergooiers volgens het voorstel aansprakelijk voor de dood van de agent met een zwaardere strafbedreiging (twaalf jaren). Het feit dat het bij openlijke geweldpleging – anders dan bij mishandeling – gaat om een misdrijf tegen de openbare orde, maakt naar het oordeel van de Afdeling nog niet dat daarmee de voorgestelde groepsaansprakelijkheid als passend kan worden beschouwd ten opzichte van de wijze waarop het schuldverband bij andere strafbaarstellingen vorm is gegeven.

Initiatiefnemer merkt op dat dit voorbeeld dat de Afdeling gebruikt volstrekt onjuist is. Het is zeker niet hetgeen initiatiefnemer met dit voorstel beoogt. Het mishandelen van een ter plaatse gekomen agent kan nimmer het strafverzwarende gevolg zijn van het gooien van eieren. Dit vanwege het simpele feit dat aan het mishandelen van een agent een nieuw besluit ten grondslag ligt. Wel is de rest mede verantwoordelijk als ze een bijdrage aan die mishandeling gaan leveren door bijvoorbeeld te joelen of het aan te moedigen, maar dan voor het leveren van een significante bijdrage aan de mishandeling. Voor de volledigheid wijst initiatiefnemer in dit kader op hetgeen in Tekst & Commentaar Strafrecht ten aanzien van medeplegen is opgenomen (8^e druk, pagina 438, aantekening 6): «de medeplegers kunnen alleen worden gestraft voor elkaars gedragingen voor zover deze binnen hun gezamenlijk (voorwaardelijk) opzet kunnen worden gebracht. Wanneer één van de medeplegers verder gaat dan hetgeen waarop zijn compa(a)n(en) opzet had(den), bijvoorbeeld wanneer deze de geplande diefstal gepaard laat gaan met geweld is/zijn de compa(a)n(en) alleen voor diefstal en niet voor het geweld aansprakelijk.»

Het gooien van eieren tegen een ambassade gebouw is door de Hoge Raad aangemerkt als geweld (HR 11 november 2003, LJN AL6209). Een strafverzwarend gevolg van het gooien van eieren tegen een ambassadegebouw kan dus wel zijn dat iemand van de ambassade een ei tegen het hoofd krijgt, hetgeen als mishandeling betiteld kan worden, terwijl het «slechts» de bedoeling was het gebouw van de ambassade te besmeuren met eieren of dat er schade aan het gebouw wordt toegebracht. Het eerste

¹ Zie voor het medeplegen van mishandeling met de dood als gevolg, verder onder b.

lid van artikel 141 Sr moet bewezen worden, daar verandert initiatiefnemer niets aan. Indien het eerste lid bewezen wordt, zijn de betreffende personen inderdaad automatisch ook strafrechtelijk aansprakelijk voor de gevolgen.

In de memorie van toelichting is uitgebreid ingegaan op de waarborgen in het eerste lid van artikel 141 Sr. Initiatiefnemer is van mening dat de gewijzigde delictsomschrijving nog voldoende waarborgen biedt om te voorkomen dat een onschuldige passant wordt veroordeeld. Weliswaar hoeft niet meer te worden bewezen dat een verdachte opzet had op een bepaald gevolg, maar nog steeds moet worden bewezen dat een verdachte een significante of wezenlijke bijdrage heeft geleverd. Er moet dus sprake zijn van een gedraging die het geweld heeft bevorderd. De enkele omstandigheid dat iemand aanwezig is in een groep die openlijk geweld pleegt is niet zonder meer voldoende. De huidige jurisprudentie blijft in dit kader leidend en de rechter zal dus bepalen of er sprake is van een dergelijke bijdrage. De rechter kan een passende straf opleggen en daarbij, net als in het Burgerlijk Wetboek, ook rekening houden de ernst van de bijdrage aan het geweld.

Daarnaast is er voor de onschuldige betoger/passant die niet had voorzien dat het uit de hand zou lopen altijd nog de mogelijkheid om zich te distantiëren of er in ieder geval niet aan mee te doen. Ook is het enkel getalsmatig versterken van de groep vaak niet genoeg om als bijdrage te worden aangemerkt. Voor een strafrechtelijke veroordeling is een significante bijdrage vereist. Vreedzame demonstranten hebben derhalve niets te vrezen en het grondrecht vrijheid van betoging komt niet in het geding (artikel 9 Grondwet en artikel 11 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens). Sterker nog, initiatiefnemer is van mening dat dit grondrecht beter beschermd wordt door de personen die een betoging misbruiken om openlijk geweld te plegen hard aan te pakken en er zo voor te zorgen dat vrijheid van betoging ook in de toekomst behouden blijft.

Om in te gaan op het schuldverband merkt initiatiefnemer nogmaals op dat de verwijtbaarheid (juridisch: de schuld) zit in het gegeven dat wanneer iemand deel uitmaakt of gaat uitmaken van een groep en de sfeer omslaat in een sfeer waarin de kans op het begaan van strafbare feiten voor een objectief persoon als aannemelijk wordt geacht, de deelnemer geacht wordt de groep te verlaten, dan wel in te grijpen zodat er niets strafbaars gebeurt. Wanneer de deelnemer dit niet doet, of wanneer iemand besluit in een dergelijke sfeer de groep te versterken, dan is dat naar mening van initiatiefnemer verwijtbaar. Initiatiefnemer merkt op dat dit schuldverband in het kader van het eerste lid van artikel 141 Sr al door het OM dient te worden aangetoond. Niet voor niets staat er in dit artikellid «in vereniging». In Tekst & Commentaar staat in de toelichting bij het eerste lid van artikel 141 Sr ook dat enerzijds het enkele deel uitmaken van de groep onvoldoende is, maar dat anderzijds het plegen van een gewelddadige handeling niet vereist is. Er moet sprake zijn van een significante bijdrage, zoals bijvoorbeeld vocale aanmoedigingen. Hierin zit de verwijtbaarheid. Initiatiefnemer meent dat het leveren van een significante bijdrage ook voldoende is om strafrechtelijk aansprakelijk te zijn voor de strafverzwarende gevolgen zoals genoemd in het tweede lid van artikel 141 Sr.

b. Risico van het intreden van gevolgen

In de memorie van toelichting is gesteld dat wie deelneemt aan een openlijke geweldpleging, het risico neemt dat een mededader mogelijk verder gaat bij het vernielen van goederen dan de eerstbedoelde persoon had beoogd. Bij deze veronderstelling acht de Afdeling het van belang te

bezien hoe de risicotoerekening bij relevante andere delicten is gereguleerd. Daartoe wordt openlijke geweldpleging vergeleken met twee andere strafbaarstellingen.

De eerste is het deelnemen aan een vechterij (artikel 306 Sr), de tweede betreft het medeplegen van zware mishandeling met de dood als gevolg (artikel 47 jo. 302 Sr). Ook bij het deelnemen aan een vechterij¹ hoeft – conform de bedoeling van de wetgever – niet te worden bewezen dat het zwaar lichamelijk letsel of de dood door de verdachte zelf is veroorzaakt.² Bij het medeplegen van zware mishandeling met de dood als gevolg komt het strafverzwarende gevolg van de dood doorgaans voor rekening van alle daders. Als criterium voor medeplegen geldt «een nauwe en bewuste samenwerking.»³ Wel wordt opzet van de medepleger op de eigen gedraging en op de mishandeling vereist, maar niet hoeft te worden bewezen dat de medepleger zelf de volledige delictsomschrijving heeft vervuld. Indien bijvoorbeeld twee mensen afspreken om iemand zwaar te mishandelen en het slachtoffer komt als gevolg daarvan te overlijden, kan de persoon die het slachtoffer alleen heeft vastgehouden en niet heeft geslagen, toch worden veroordeeld voor medeplegen van zware mishandeling met de dood als gevolg.

Zowel bij deelnemen aan vechterij als bij medeplegen van zware mishandeling met de dood als gevolg is het risico van de dood van het slachtoffer veel groter, aangezien een vechterij en mishandeling opzettelijk fysiek contact met personen met zich brengt. Bij openlijke geweldpleging is dat risico minder groot. Zoals eerder vermeld hoeft openlijke geweldpleging immers helemaal niet gericht te zijn tegen personen, maar kan het zich ook richten tegen goederen. Hiermee komt de andere aard van de strafbaarstelling van openlijke geweldpleging tot uitdrukking, namelijk primair strekkend tot bescherming van de openbare orde.⁴ Naar het oordeel van de Afdeling verhoudt de voorgestelde groepsaansprakelijkheid bij openlijke geweldpleging zich dan ook niet goed met de strafrechtelijke aansprakelijkheid bij deelnemen aan een vechterij en het medeplegen van zware mishandeling. Dit geldt temeer gegeven de wettelijke strafmaxima. Deelnemen aan een vechterij met de dood als gevolg kan worden bestraft met maximaal drie jaar gevangenisstraf. Daarentegen wordt openlijke geweldpleging met de dood als gevolg, zoals eerder vermeld, bedreigd met een gevangenisstraf van maximaal twaalf jaar.

De Afdeling concludeert dat de risico's van het intreden van de strafverzwarende gevolgen bij openlijke geweldpleging minder groot zijn dan bij deelname aan een vechterij waarbij een persoon komt te overlijden⁵ of het medeplegen van zware mishandeling met de dood als gevolg, terwijl de voorgestelde aansprakelijkheid met betrekking tot de strafverzwarende gevolgen bij openlijke geweldpleging beduidend ruimer is dan de bestaande aansprakelijkheden bij de twee genoemde andere delicten. Daarmee is er geen balans in de verhouding van het voorstel tot relevante, andere strafbaarstellingen.

Initiatiefnemer wijst op hetgeen eerder met betrekking tot deelneming is opgemerkt. Initiatiefnemer vindt het vreemd dat in het geval van deelneming het uitgangspunt geldt dat ook de strafverzwarende gevolgen als bestanddelen vatbaar zijn voor verspreiding over de deelnemers terwijl dit is niet het geval is bij het tweede lid van artikel 141 Sr waar het gaat om groepsgeweld. Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven vindt initiatiefnemer dit extra zwaar wegen omdat mensen zich binnen de anonimiteit van een groep onaantastbaar voelen. Daar komt bij dat men zich in een groep sterker voelt dan wanneer met minder personen of alleen wordt opgetreden. Het beschermde belang, namelijk de openbare orde rechtvaardigt ook een hoge maximumstraf. Daar komt

¹ Artikel 306 Sr luidt: «Zij die opzettelijk deelnemen aan een aanval of vechterij waarin onderscheiden personen zijn gewikkeld, worden, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de bijzondere door hem bedreven feiten, gestraft: met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren (...), indien de aanval of vechterij alleen zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft; met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren (...), indien de aanval of vechterij iemands dood ten gevolge heeft.»

² Zo wordt in de toelichting op artikel 306 Sr gesteld: «Bij een aanval of een vechterij waarin een groot aantal personen zijn betrokken, kunnen zeer ernstige verwondingen worden toegebracht zonder dat het mogelijk is met juistheid te bepalen in welke mate iedere afzonderlijke strijder daaraan schuldig is.» «Hoe uitgebreider en verwoeder de aanval of vechterij wordt, hoe meer personen daaraan deelnemen, hoe meer slagtoffers er vallen, des te bezwaarlijker zal het in den regel zijn, een volledig bewijs te leveren omtrent het aandeel dat ieder in dit bedrijf toekomt. Noodzakelijk is het mitsdien, het opzettelijk deelnemen aan een dergelijk bedrijf als zoodanig te treffen met een matige straf, zodra iemand zwaar lichamelijk letsel heeft geleden of van het leven is beroofd.»

³ In HR 29 oktober 1934, NJ 1934, 1 673 (Wormerveerse brandstichting) formuleerde de Hoge Raad een volledige en nauwe samenwerking als criterium voor medeplegen. In HR 8 mei 2000, NJ 2001, 480 (Bacchus) spreekt de Hoge Raad over een «bewuste en nauwe samenwerking».

⁴ Openlijke geweldpleging is onderdeel van Boek 2, Titel V: Misdrijven tegen de openbare orde.

⁵ Bij het deelnemen aan een vechterij (artikel 306 Sr) is zwaar letsel of de dood weliswaar een strafbepalend gevolg en geen strafverzwarend gevolg, maar dat is hier verder niet van belang.

bij dat artikel 141 tweede lid Sr weliswaar een hoger strafmaximum kent, maar rechters bij de straftoemeting altijd rekening kunnen houden met de ernst van de bijdrage van de betreffende verdachte bij het groepshandelen. Daarnaast blijft gelden dat het OM de vrijheid heeft de route van deelneming te kiezen. Initiatiefnemer verandert daar niets aan.

Het risico dat er strafverzwarende gevolgen intreden is volgens de Afdeling in de huidige wetgeving groter bij mishandeling en vechterij dan bij openlijke geweldpleging, terwijl de straf op die delicten met meer risico nou net lager is. Volgens initiatiefnemer is er geen enkele reden om aan te nemen dat het risico bij mishandeling en vechterij groter is. Openlijke geweldpleging bestaat vaak uit mishandeling, vechterij, bekladden, vernielen, etc. Indien de sfeer in een groep omslaat en men zich daarvan niet terugtrekt of meedoet is er evenveel risico. Als openlijke geweldpleging bestaat uit bijvoorbeeld vechterij, is er niet een minder groot risico op het intreden van strafverzwarende gevolgen, bijvoorbeeld het overlijden van het slachtoffer, dan bij gewone vechterij. Het feit dat er bij openlijke geweldpleging, zoals bedoeld in artikel 141 Sr, ook de openbare orde in gevaar wordt gebracht en het feit dat in een groep wordt gehandeld rechtvaardigen het hogere strafmaximum juist. De balans wordt naar mening van de initiatiefnemer hersteld.

Ook hier gaat de Afdeling er aan voorbij dat het OM zelf bepaalt welk delict het de verdachte ten laste legt. Het is niet zo dat het OM in beginsel kiest voor artikel 141 Wetboek van Strafrecht daar waar een species van dat delict (ook) gebruikt kan worden in de tenlastelegging. De Hoge Raad beschouwt artikel 141 Sr ook als een gekwalificeerde vorm van bijvoorbeeld artikel 300 Sr (eenvoudige mishandeling).

c. Subjectieve voorzienbaarheid van het intreden van de gevolgen

De memorie van toelichting vermeldt dat voor iedere deelnemer voorzienbaar is dat door het meedoen aan openlijke geweldpleging een zodanige sfeer wordt gecreëerd dat sommige deelnemers overgaan tot mishandeling of vernieling. De Afdeling plaatst vraagtekens bij de voorzienbaarheid voor iedere deelnemer. Bij openlijke geweldpleging is immers niet zelden sprake van grote groepen, waarin tal van gewelddadige activiteiten tegen personen en of goederen van een verschillend karakter plaatsvinden.¹ Op deze praktijksituaties gaat de toelichting niet in. De Afdeling merkt tevens op dat vraagtekens bij de voorzienbaarheid veelvuldig aanleiding kunnen geven tot verwerpen van verdachten van openlijke geweldpleging met strafverzwarende gevolgen, neerkomende op de afwezigheid van alle schuld. De memorie van toelichting gaat hier evenmin op in.

De Afdeling merkt op dat zij vraagtekens plaatsen bij de voorzienbaarheid voor iedere deelnemer. Initiatiefnemer merkt hierbij op dat de Afdeling hiermee ten onrechte impliceert dat de voorzienbaarheid een bestanddeel is van de delictomschrijving van artikel 141 Sr. Dit is onjuist.

Verder wijst initiatiefnemer er op dat door het meedoen aan openlijke geweldpleging een zodanige sfeer wordt gecreëerd dat sommige deelnemers overgaan tot mishandeling of vernieling. Wanneer men deelneemt aan openlijke geweldpleging, begaat men al een strafbaar feit. Dat is al iets wat men niet moet doen. Op dat moment is men al strafwaardig aan het handelen. Initiatiefnemer beoogt echter niet de voorzienbaarheid van het eventueel intreden van gevolgen tot een criterium te maken dat bewezen dient te worden. Initiatiefnemer wil de bewijslast juist verminderen. De rechter moet «slechts» tot een bewezenverklaring van het eerste lid van artikel 141 Sr (openlijke geweldpleging) komen. Als dat

¹ Vgl. Kamerstukken II 1999–2000, 26 519, nr. 6, blz. 22.

is gebeurd is de betreffende persoon automatisch aansprakelijk voor de gevolgen van de openlijke geweldpleging. Initiatiefnemer verwijst in dit kader voor wat betreft de onderbouwing van de voorzienbaarheid en de verwijtbaarheid naar hetgeen reeds is opgemerkt in onderdeel 2.

Initiatiefnemer benadrukt nogmaals dat het OM openlijke geweldpleging (het eerste lid) moet bewijzen. Dat moet onder andere bewijzen dat een verdachte een significante of wezenlijke bijdrage heeft geleverd, alvorens de rechter een persoon veroordeeld wegens openlijke geweldpleging. Zo moet het OM in de tenlastelegging aangeven waar het geweld uit bestond. Pas als daaraan is voldaan is de betreffende persoon automatisch strafrechtelijk aansprakelijk voor het intreden van de strafverzwarende gevolgen van de openlijke geweldpleging. Hierbij blijft uiteraard wel causaal verband vereist tussen de openlijke geweldpleging (van de groep) en de strafverzwarende omstandigheden (schade, letsel, dood), maar is de verhoogde aansprakelijkheid dus niet langer beperkt tot het groepslid dat die omstandigheden (opzettelijk) heeft teweeg gebracht. Het enige waar de rechter zich dan nog over moet buigen is de straftoemeting waarbij hij rekening kan houden met de ernst van de bijdrage die bij het bewijzen van het eerste lid al is vastgesteld. Er moet dus sprake zijn van een gedraging die het geweld heeft bevorderd. De enkele omstandigheid dat iemand aanwezig is in een groep die openlijk geweld pleegt is niet zonder meer voldoende.

d. Toemeten van de sanctie

De Afdeling stelt vast dat de initiatiefnemer bij de straftoemetersvraag uitgaat van strafrechtelijke aansprakelijkheid «naar de mate van de bijdrage die een verdachte heeft geleverd aan het geweld.»¹ «De rechter kan een passende straf opleggen en daarbij, evenals in het Burgerlijk Wetboek, rekening houden met de ernst van en de bijdrage aan het geweld, aldus de memorie van toelichting.»²

De Afdeling wijst er op dat het voorstel met betrekking tot de straftoemeting problematisch is. Hoewel het aandeel van de verdachte bij het veroorzaken van de strafverzwarende gevolgen niet langer van belang is met het oog op de bewijsvraag, zal het vaststellen van zijn aandeel toch nodig zijn met het oog op het toemeten van een passende straf. In de memorie van toelichting wordt weliswaar onderkend dat sprake behoort te zijn van een straf die passend is, maar wordt niet ingegaan op de problemen waarmee de rechter wordt geconfronteerd bij de voorgestelde groepsaansprakelijkheid. Ten aanzien van iedere deelnemer zal immers de straf bepaald en gemotiveerd moeten worden. Het komt de Afdeling voor dat, waar het voorstel beoogt het bewijs voor het OM te verlichten, het probleem van de straftoemeting en -motivering navenant wordt vergroot.

Het aandeel van de verdachte bij het veroorzaken van de strafverzwarende gevolgen is inderdaad niet langer meer van belang met het oog op de bewijsvraag. Wel kan de rechter bij de straftoemeting voor het strafverzwarende gevolg de ernst van de bijdrage meenemen die moet worden vastgesteld om het eerste lid van artikel 141 Sr te bewijzen. Voor überhaupt gekeken wordt naar het tweede lid is in het kader van de bewijsvraag in het eerste lid al het aandeel van de verdachte vastgesteld. Het OM moet namelijk in de huidige situatie al aantonen dat een verdachte een significante of wezenlijke bijdrage heeft geleverd aan het geweld. Dat bepaalt het eerste lid van artikel 141 Sr waar initiatiefnemer geen verandering in aanbrengt. Initiatiefnemer wijst in dit kader op het arrest Anja Joos waarin de rechter al motiveerde dat wanneer een verdachte deel blijft uitmaken van de groep en het slachtoffer door iemand uit de groep voor ieder zichtbaar wordt getrapt terwijl het

¹ Nota bene: De Hoge Raad heeft de regel afgewezen dat de straf *uitsluitend* door de mate van schuld zou moeten worden bepaald. HR 10 september 1957, NJ 1958, 5.

² Memorie van toelichting, par. 3, derde alinea.

slachtoffer op de grond lag, een en ander zonder dat verdachte zich op enig moment van de gebeurtenissen heeft gedistantieerd, sprake is van een voldoende significante bijdrage aan het openlijk geweld.¹ Bij de straftoemeting kan de rechter rekening houden met de bijdrage in die zin dat het niet zich distantiëren een minder zware straf tot gevolg heeft dan de straffen voor diegenen die daadwerkelijk hebben staan trappen. Er is geen sprake van extra bewijslast en initiatiefnemer voorziet geen problemen met betrekking tot de motivering. Immers, de rechter moet in het huidige recht ook al motiveren waar de bijdrage uit bestaat.

e. Conclusie

Naar het oordeel van de Afdeling leidt het voorstel tot invoering van een vergaande vorm van groepsaansprakelijkheid in ons strafrecht dat is gebaseerd op het beginsel van individuele schuld. Het verwijt dat de verdachte kan worden gemaakt (de «significante bijdrage» aan de openlijke geweldpleging van het eerste lid van artikel 141 Sr) is in het licht van het voorgaande niet voldoende ernstig om alle deelnemers tevens strafrechtelijk aansprakelijk te houden voor door anderen veroorzaakte gevolgen uit het tweede lid van artikel 141 Sr, waarop bovendien hoge straffen zijn gesteld. Voorts is onevenwichtig dat het risico van het intreden van de strafverzwarende gevolgen bij openlijke geweldpleging minder groot is in vergelijking met relevante andere delicten, terwijl de voorgestelde aansprakelijkheid met betrekking tot de strafverzwarende gevolgen bij openlijke geweldpleging beduidend ruimer is dan de bestaande aansprakelijkheden op grond van andere delicten. Daarnaast hoeft volgens het voorstel de vaststelling van het aandeel van de verdachte in het veroorzaken van de gevolgen niet meer bij de bewijsvraag aan de orde te komen, terwijl dit de facto wel bij de straftoemeting en -motivering aan de orde is en daar problematisch kan zijn.

Slotconclusie

De Afdeling concludeert naar aanleiding van onderdeel 1 en 2 dat de voorgestelde groepsaansprakelijkheid met betrekking tot de strafverzwarende gevolgen bij openlijke geweldpleging niet proportioneel is ten opzichte van het probleem dat het voorstel beoogt op te lossen en niet in verhouding is met andere relevante strafbaarstellingen. Bovendien kan door het voorstel de problematiek met betrekking tot de straftoemeting en -motivering worden vergroot. Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling het voorstel te heroverwegen.

*De vice-president van de Raad van State,
J. P. H. Donner*

Initiatiefnemer heeft naar aanleiding van het advies van de Afdeling aanpassingen aangebracht in de memorie van toelichting. Daarnaast is een tweetal technische wijzigingen in het wetsvoorstel aangebracht (een technische verbetering van het opschrift en een technische correctie in artikel I, onder 1).

Helder

¹ HR 20 juni 2006, LJN AV7268.