

# Slagvaardiger preventief fouilleren?

Jan Brouwer en Jon Schilder<sup>1</sup>

Met het wetvoorstel verruiming fouilleerbevoegdheden heeft de regering enkele principiële uitgangspunten verlaten teneinde preventieve fouilleren slagvaardiger in te kunnen zetten. Maar is het nodig dat de burgemeester een zelfstandige bevoegdheid krijgt om een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen? Is het criterium dat sprake moet zijn van een 'onvoorzienbare, spoedeisende situatie' wel geschikt? Wat te zeggen van de principiële keuze om de hulpofficier van justitie bevelsbevoegdheid te geven als het optreden van de officier van justitie niet kan worden afgewacht? En van de expliciete mogelijkheid tot het geven van een mondeling bevel in spoedeisende gevallen? En is de keuze om de noodfouilleren bij nader inzien niet te regelen, wel een juiste geweest?

## 1. Inleiding

In 2002 werd de Wet preventief fouilleren ingevoerd. Het was een breuk met een eeuwenoude gedachte dat alleen verdachte personen gefouilleerd mogen worden. Niet verwonderlijk stuitte het initiatiefvoorstel-Van de Camp dat daaraan ten grondslag lag op hevig verzet, niet zozeer vanwege het verlaten van het oude uitgangspunt als wel om de manier waarop preventief fouilleren dreigde te worden mogelijk gemaakt. Een meerderheid in het parlement voelde niets voor een bevoegdheid van de burgemeester om een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen waarin de politie vervolgens preventief zou kunnen fouilleren. Haar, en ook de regering, stond een getrappt systeem voor ogen: de gemeenteraad attribueert bij verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens, dan wel bij ernstige vrees hiervoor aan de burgemeester een bevoegdheid om na overleg met de officier van justitie (OvJ) een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen. De OvJ ten slotte kan het bevel geven om daadwerkelijk preventief te fouilleren.

Zo is het uiteindelijk ook in art. 151b lid 1 Gemeentewet (Gemw) en art. 50, 51 en 52 Wet wapens en munitie (Wwm) komen te staan. De principiële discussie van toen ten spijt, ligt op dit moment bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel<sup>2</sup> waarin deze uitgangspunten worden verla-

ten. Het kan verkeren in tien jaren. Als reden wordt opgegeven dat het instrument preventief fouilleren slagvaardiger moet kunnen worden ingezet.

Hiertoe krijgt de burgemeester ten eerste een zelfstandige bevoegdheid om in onvoorzienbare, spoedeisende situaties een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen voor maximaal twaalf uren. Onvoorzienbaar lijkt ons niet alleen een onwerkbaar criterium, we vragen ons ook af of het wel past in de bestaande wetssystematiek.

Een tweede voorstel is veel principiëler van aard. Indien het optreden van de OvJ niet kan worden afgewacht, mag de hulpofficier (hulp-OvJ) voortaan het bevel tot het daadwerkelijk preventief fouilleren geven. Het lijkt ons dat de regering hiermee een verkeerde weg inslaat en we vragen ons hardop af of deze wijziging genade zal vinden bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

Een derde voorstel is om de (hulp-)OvJ expliciet toe te staan het bevel in spoedeisende situaties voortaan mondeling te geven met schriftelijke vastlegging achteraf, overigens zonder de bekendmaking te regelen.<sup>3</sup> In het oorspronkelijke voorstel was dit zelfs de hoofdregel. Na de nodige kritiek in de consultatiefase is de regering echter gedeeltelijk teruggekeerd op haar schreden. Maar, is dat ook ver genoeg?

In het consultatievoorstel wenste de regering ook de in de praktijk ontstane noodfouilleren te regelen. Die is na druk van burgemeesters weer verdwenen. Dat lijkt ons een verkeerde beslissing. Kortom, een viertal redenen om de voorstellen kritisch onder de loep te nemen.

## 2. Zelfstandige bevoegdheid burgemeester

Volgens het huidige art. 151b lid 3 Gemw kan de burgemeester na overleg met de OvJ in een onvoorziene situatie een spoedaanwijzing geven en mag hij de aanwijzing ach-

**De spoedaanwijzing slechts toelaten in een spoedeisende situatie die onvoorzienbaar is, is een onwerkbaar eis**

teraf op schrift stellen.<sup>4</sup> De raad dient hem hiertoe echter vooraf bij verordening gemachtigd te hebben. Dit is in de toekomst niet meer nodig, als het aan de regering ligt.

In het voorgestelde art. 174b Gemw beschikt de burgemeester in een spoedeisende situatie over een zelfstandige bevoegdheid om na overleg met de OvJ een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen voor maximaal twaalf uren. De burgemeester dient de gebiedsaanwijzing slechts zo spoedig mogelijk ter kennis van de raad te brengen. Bovendien kan hij zijn beslissing mondeling nemen; hij dient de aanwijzing achteraf zo spoedig mogelijk op schrift te stellen en bekend te maken.<sup>5</sup>

De regering verwacht dat hiermee het middel van preventief fouilleren kortdurend en flexibel kan worden ingezet, zodat het niet langer noodzakelijk is een wijk langdurig te boek te stellen als veiligheidsrisicogebied met als gevolg imagoschade.

Of dit nu een sterk argument is, wagen we te betwifelen. Op grond van de geldende regeling kan een aanwijzing niet langer duren dan strikt nodig is voor de handhaving van de openbare orde. En bovendien loopt een wijk de imagoschade niet op door de aanwijzing als veiligheidsrisicogebied, maar door de noodzaak een wijk als zodanig aan te wijzen en de bijkomende noodzakelijkheid om daar preventief te fouilleren. Indien het onder het voorgestelde recht noodzakelijk blijkt om in een bepaalde wijk regelmatig preventief te fouilleren zonder dat die wijk is aangewezen als veiligheidsrisicogebied, maakt dit voor de imagoschade van die wijk geen enkel verschil.

De spoedaanwijzing is in het voorstel slechts toegelaten in een spoedeisende situatie die onvoorzienbaar is.<sup>6</sup> Wie *The Black Swan* heeft gelezen, weet dat dit een onwerkbare eis is.<sup>7</sup> Wanneer is een gebeurtenis onvoorzienbaar? En stel dat er sprake is van een urgente situatie die de burgemeester wel had kunnen voorzien – lees: moeten voorzien –, maar hij nagelaten heeft het desbetreffende gebied aan te wijzen, moet het aanwijzingsbesluit dan maar achterwege blijven, omdat de burgemeester destijds nalatig is geweest? De regering wil natuurlijk voorkomen dat de burgemeester te vaak van deze bevoegdheid gebruikmaakt en hanteert om die reden niet het adjectief onvoorzien. Toch verdient dit verre de voorkeur.

Dat bewijst het in de toelichting gegeven voorbeeld wel. In een doorgaans rustige woonwijk – en daarom niet aangewezen als veiligheidsrisicogebied – vindt een steek- of schietpartij plaats; de dader met wapen wordt aangehouden, maar het blijft onrustig op straat en men vreest ‘voor openbare onrust of vechtpartijen, waarbij mogelijk wapens gebruikt gaan worden.’ In zo’n situatie is nu juist

redelijkerwijs voorzienbaar dat er escalatie gaat plaatsvinden waarbij het gebruik van wapens niet geschuwd zal worden. Het onvoorzienbare wapenincident maakt preventief fouilleren noodzakelijk.

De ordeverstoring door wapens is door de burgemeester niet voorzien, maar heeft zich wel inmiddels geconcretiseerd, zodat de maatregel van preventief fouilleren dringend is geboden. In de toelichting wordt gesproken van een plotselinge dreigende sfeer op een bepaalde plek, zodanig dat directe inzet van het middel preventief fouilleren gerechtvaardigd is. Goed beschouwd, stelt de regering hiermee zonder het zelf te beseffen dat het preventief fouilleren moet worden gezien als een optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde, zoals art. 5:23 Awb dit noemt. In zo’n onmiddelijkheidssituatie is het heel gebruikelijk dat de burgemeester maatregelen neemt die hun democratische legitimatie niet vinden in een besluit van de raad.<sup>8</sup>

## Met de bevelsbevoegdheid van de hulpofficier van justitie negeert de regering zwaarwegende adviezen

Met andere woorden, zo vreemd is het niet wat de regering hier voorstelt. Zij zou echter om de wetssystematiek in tact te laten, moeten aansluiten bij dit art. 5:23 Awb. Om dit doel te bereiken moet de voorgestelde bepaling gaan luiden: De burgemeester kan na overleg met de OvJ bij bevel voor de duur van twaalf uren een veiligheidsrisicogebied aanwijzen, indien dit noodzakelijk is ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde vanwege een verstoring door de aanwezigheid van wapens dan wel ernstige vrees hiervoor.

Aansluiten bij art. 5:23 Awb heeft ook als groot voordeel dat er duidelijkheid komt over wanneer wel en wanneer niet het bevel op schrift te stellen. We komen er in paragraaf 4 op terug.

### 3. Bevelsbevoegdheid hulpofficier van justitie

Het meest principiële wijzigingsvoorstel is dat voortaan de hulp-OvJ het bevel tot preventief fouilleren mag geven indien het optreden van de OvJ niet kan worden afgewacht.<sup>9</sup> Opmerkelijk is dat de regering hiermee zwaarwegende adviezen negeert.<sup>10</sup>

#### Auteurs

1. Prof. dr. J. G. Brouwer is hoogleraar Algemene rechtswetenschap en directeur van het Centrum voor Openbare Orde en Veiligheid (Rijksuniversiteit Groningen), prof. mr. A. E. Schilder is hoogleraar Staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Beiden participeren in het onderzoeksprogramma van het Netherlands Institute for Law and Governance ([www.nilg.nl](http://www.nilg.nl)).

#### Noten

2. Kamerstukken 33 112.  
3. Het wetsvoorstel voorziet de politie overigens ook nog van twee extra bevoegdheden tot fouilleren: een ‘aanhoudingsfouillering’ die – anders dan nu – óók inzetbaar moet zijn als er geen concrete dreiging is (art. 8 lid 3 Politiewet 1993) en een ‘insluitingsfouillering’, een onderzoek aan of in het lichaam voorafgaand aan detentie (art.

28 Ambtsinstructie voor de politie, de Koninklijke marechaussee en andere opsporingsambtenaren).

4. Art. 151b lid 4 laatste volzin Gemw.

5. Art. 174b lid 3 Gemw.

6. Art. 174b lid 1 Gemw.

7. Nassim Nicholas Taleb, *The Black Swan – The impact of the Highly Improbable*, Random House, New York: 2007 (in vertaling: *De Zwarte Zwaan, De impact van het*

*hoogst onwaarschijnlijke*, Uitgeverij Nieuwezijds, Amsterdam: 2008).

8. Zie art. 172, 174, 175 en 176a Gemw.

9. Het voorgestelde art. 151b Gemw.

10. Het gaat niet alleen om het advies van de Raad van State, maar ook van de VNG, het Genootschap van burgemeesters en de Raad voor de Rechtspraak (opgenomen als bijlagen bij *Kamerstukken II*, 33 112, nr. 3).



Banksy street art graffiti,  
Glastonbury Somerset England © Steven May/Alamy

Dat de wetgever het in een spoedeisende situatie mogelijk wil maken het bevel van de OvJ te vervangen door een bevel van een politiefunctionaris, is misschien nog voorstelbaar. Maar om dan binnen de politieorganisatie waarvan de burgemeester zelf het hiërarchische hoofd is op een hulp-OvJ uit te komen, is merkwaardig. Zijn we dan niet gewoon terug bij het eerste voorstel van Van de Camp in 2002? Een hulp-OvJ is geen lid van de rechterlijke macht, heeft nauwelijks meer opleiding genoten dan een agent en wordt aangestuurd door zijn burgemeester als het gaat om openbare-ordehandhaving.<sup>11</sup> En daarover gaat het bij preventief fouilleren.

Het bevel tot preventief fouilleren maakt immers geen deel uit van de opsporingsfase.<sup>12</sup> Het klassieke strafvorderlijke opsporingsbegrip wordt sinds 2001 gedefinieerd in titel IV van het Eerste Boek – dat is de betekenis – van het Wetboek van Strafvordering (Sv). Art. 132a Sv bepaalt dat het opsporingsonderzoek onder leiding van de OvJ – indien het niet gaat om de opsporing van georganiseerde criminaliteit – een aanvang neemt met een onderzoek naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.<sup>13</sup> Als we dit klassieke opsporingsbegrip toepassen op het bevel tot preventieve fouillering dan is per definitie geen sprake van opsporing, want van een redelijk vermoeden dat iemand een strafbaar feit heeft begaan, is op dat moment geen sprake.<sup>14</sup>

## Het is uiterst onwenselijk de Politiewet in de sfeer van dit soort ingrijpende instrumenten niet als uitputtend te beschouwen

In de praktijk zal een hulp-OvJ het verzoek van de burgemeester om tot preventief fouilleren over te gaan daarom niet kunnen weigeren. We kunnen met andere woorden niet meer met droge ogen beweren dat in de toekomst van een getrappt systeem sprake is in een spoedeisende situatie.

Hiermee zou een principiële stap worden gezet. Lossen we hier ook een probleem mee op? Volgens de regering kennen zelfs de grootstedelijke parketten geen permanente 24-uursbeschikbaarheid van de OvJ. Zou het met alle technologische hulpmiddelen van nu werkelijk niet mogelijk zijn om een permanente beschikbaarheid te organiseren? Het lijkt ons een retorische vraag. Het parlement zou nog eens goed moeten nadenken over het breken met het uitgangspunt scheiding van de machten dat zo kenmerkend is voor de huidige wet.<sup>15</sup>

### 4. Mondeling of schriftelijk bevel (hulp-)OvJ

In het bestaande systeem geeft de OvJ *mondeling* het bevel tot preventief fouilleren ook in situaties waar hiervoor geen enkele noodzaak bestaat. Wij zijn er altijd van uit gegaan dat wanneer de maatregel niet noodzakelijk is



ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde, een mondeling bevel rechtegens niet is toegestaan.<sup>16</sup> In omstandigheden dat de openbare orde onmiddellijk moet worden gehandhaafd, zijn volgens art. 5:23 Awb de eisen van de Awb – waaronder ook het schriftelijkheidsvereiste en de bekendmakingseis – niet, dan wel niet onverkort van toepassing op de maatregelen van burgemeester. De Gemeentewet spreekt om die reden van bevelen van de burgemeester en niet van besluiten.<sup>17</sup>

In het voorontwerp wilde de regering een mondeling bevel als algemene regel vastleggen,<sup>18</sup> en liet zij ook het vereiste van de schriftelijke motivering vervallen. Kritische geluiden hebben de regering echter tot inkeer gebracht. De regering volgt hier (onder meer) het advies van de Raad van State. Die stelt zich op het standpunt dat door de eis het bevel voorafgaand op schrift stellen de OvJ wordt gedwongen zich vooraf meer rekenschap te geven van de afweging van belangen. Bovendien voorkomt het misverstanden bij de uitvoering, bijvoorbeeld over de exacte omvang van het gebied (welke straten, of delen van straten) en de duur van de actie.<sup>19</sup>

In het concept dat nu voorligt, is het schriftelijkheidsvereiste de hoofdregel.<sup>20</sup> In een spoedeisende situatie mag de OvJ het bevel echter achteraf aan het papier toevertrouwen. Vreemd genoeg is de bekendmaking achteraf niet geregeld in de relevante artikelen van de Wwm, terwijl dit bij het aanwijzingsbesluit in art. 174a Gemw wel is gedaan.

## 5. Preventief fouilleren in noodverordening

In de praktijk van de laatste jaren kennen we ook de zogenaamde preventieve noodfouillering. Zo vigeerde in Amsterdam tijdens en na de Dodenherdenking van 4 mei 2009 op de Dam een noodverordening waarvan art. 2 bepaalde: 'Eenieder die zich bevindt in het gebied ... dient zich te onderwerpen aan fouillering aan kleding en tassen door de politie, wanneer daar naar het oordeel van de politie – in verband met het in art. 1 bepaalde – aanleiding toe is (...)'.<sup>21</sup>

Daartegen bestaan ten minste drie bezwaren. Bij een dreigende noodsituatie kan de burgemeester gebruikmaken van noodbevelen of noodverordeningen, waarin hij volgens art. 175 en 176 Gemw zelfs van wetten in formele zin kan afwijken. Hij kan echter niet van de Grondwet

## Alsof de rechter als enige trouw zweert aan de Grondwet

afwijken, hetgeen betekent dat een inbreuk op het grondwettelijke recht op privacy niet toelaatbaar is.<sup>22</sup> Dit impliceert dat het de burgemeester niet is toegestaan om door middel van een noodverordening een verplichting voor burgers op te nemen om zich te onderwerpen aan preventief fouilleren.

Naast dit ongrondwettigheidsargument zijn er nog twee onoverkomelijke bezwaren. Ten eerste is de normadressant van een noodverordening de burger, de politie kan dit niet zijn.<sup>23</sup> Ten tweede is het uiterst onwenselijk de Politiewet in de sfeer van dit soort ingrijpende instrumenten niet als uitputtend te beschouwen en een decentraal overheidslichaam een opening te bieden de politie uit te rusten met bevoegdheden die de formele wetgever haar niet wenst toe te delen.<sup>24</sup>

Aan de ongrondwettige fouilleerpraktijk wenste de regering aanvankelijk een basis in het wetsvoorstel te verschaffen. In het voorontwerp stelde zij een wijziging voor van art. 176 Gemw op grond waarvan de burgemeester in een noodverordening, na overleg met de OvJ, ook een veiligheidsrisicogebied mag aanwijzen. De politie zou op bevel van de (hulp-)OvJ concrete fouilleeracties kunnen uitvoeren. Naar aanleiding van kritiek van zowel de Vereniging van Nederlandse Gemeenten als het Nederlandse Genootschap van burgemeesters is dit voorstel van tafel gegaan.<sup>25</sup>

Beide instanties geven aan dat de noodrechtbevoegdheden in de Gemeentewet algemeen omschreven zijn en dat het niet nodig is om daarbij een verbijzondering aan te brengen voor noodrechtsituaties waarin het middel van preventief fouilleren moet worden ingezet. Gevreesd wordt dat een verbijzondering zoals voorgesteld ertoe zou kunnen leiden dat voortaan in andere gevallen waarin noodrecht dient te worden ingezet ook een wettelijke verbijzondering nodig is.

In de definitieve toelichting schrijft de regering nu laconiek over de noodrechtfouillering: 'Hoewel in de literatuur kanttekeningen zijn geplaatst bij het toepassen

11. Om hulp-OvJ te worden moet men een opleiding doen van 52 uren, waarvan 28 uren zelfstudie; zie <[http://www.spvc.nl/mambo/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2835](http://www.spvc.nl/mambo/index.php?option=com_content&task=view&id=2835)>.

12. Anders L.J.J. Rogier (zie zijn commentaar bij art. 151b Gemw in T&C OO&V, 2011, aant. 2).

13. *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3.

14. Volgens O.J.D.M.L. Jansen (*Het handhavingsonderzoek*, Nijmegen: 1999, diss., p. 50) refereert art. 1:6 Awb aan dit klassieke opsporingsbegrip.

15. Zie ook het NGB in zijn reactie van 27 mei 2011 op het voorontwerp: 'Het is aan het Openbaar Ministerie om tot een goede

taak- en piketverdeling tussen de OvJ binnen de arrondissementen te komen voor die gevallen waarin het tot dusverre tot problemen heeft geleid. Als dat niet te realiseren is, dan zou eerder de burgemeester dan een hulp-OvJ het bevel moeten kunnen geven.'

16. Zie de noot van J.G. Brouwer onder Rb. Alkmaar (vzr.) 16 juni 2003, *AB 2003/419*.

17. Zij het dat door de Voetbalwet – art. 172a – het gebruik van het begrip bevel in de Gemeentewet is gecontamineerd.

18. In een voorgesteld zesde lid in het voorontwerp van art. 50 en 51 Wet wapens en munitie: 'Het bevel (...) kan mondeling worden gegeven'.

19. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 112, nr.

3, p. 45.

20. Het nu voorgestelde zesde lid van art. 50 en 51 en het vijfde lid van art. 52 Wet wapens en munitie luidt: 'Het bevel wordt schriftelijk gegeven, tenzij dit omwille van de spoed niet mogelijk is. In dat geval wordt het bevel zo spoedig mogelijk op schrift gesteld.'

21. Art. 1 van de noodverordening houdt een verbod in om 'voorwerpen of stoffen voorhanden te hebben die aanwezig zijn in dat gebied in gevaar kunnen brengen, of met de kennelijke bedoeling om daarmee in dat gebied de openbare orde te verstoren'.

22. Zie onze bijdrage 'Nood breekt wet,

maar ook de Grondwet?', in: *Ramp en Recht* (redactie E.R. Muller & C.J.J.M. Stolk), Boom Juridische uitgevers, Den Haag: 2001, p. 259-277.

23. Zie hierover H.P.J.A.M. Hennekens, 'Fouilleringsbevoegdheid bij noodverordening', *Gst.* 2009, 70.

24. Zie ook A.J. Wierenga, 'Beveiliging staatshoofd weinig royaal, Van Koninklijke noodverordeningen en noodbevelen', *NJB* 2012/711, afl. 12, p. 792.

25. Zie bijlagen bij *Kamerstukken II 2011/12*, 33 112.

van preventief fouilleren in een noodverordening, stellen wij vast dat er thans nog geen jurisprudentie is die tot aanpassing noopt.' Dat is een weinig principiële benadering. Alsof de rechter als enige trouw zweert aan de Grondwet.<sup>26</sup>

De regering is kennelijk vergeten dat zij in 1996 al naar buiten bracht dat er een noodzaak bestaat om de wettelijke regeling voor het gebruik van noodbevoegdheden aan te passen in verband met de invoering van het recht op privacy in art. 10 Grondwet.<sup>27</sup>

## 6. Rechtsbescherming

Om te kunnen vaststellen hoe het met de rechtsbescherming in het voorstel is gesteld, moeten we de aanwijzing van de burgemeester en het bevel van de OvJ apart behandelen. Eveneens moeten we onderscheiden de voorziene en de onvoorziene spoedeisende verstoring van de openbare orde met wapens. Eerst aandacht voor de voorziene situatie.

De rechter ziet op dit moment in de aanwijzing van het veiligheidsrisicogebied een concretiserend besluit van algemene strekking. Het besluit van de burgemeester bepaalt naar plaats en tijd de potentiële werkingsfeer van de relevante bepalingen van de Wet wapens en munitie. De rechtsgevolgen van dit besluit zijn echter zeer beperkt. In feite ontgrendelt de burgemeester slechts de deur die de OvJ toegang verschaft tot de in het derde lid van art. 50, 51 en 52 Wwm toegekende bevoegdheid. Die gaat pas echt open op het moment dat de OvJ daadwerkelijk het bevel geeft aan de opsporingsambtenaren tot preventief fouilleren ex art. 50, 51 of 52 Wwm.

## Een interessante vraag is hoe dit voorstel zich verhoudt tot het EVRM

Op grond hiervan oordeelde de Alkmaarse voorzieningenrechter dat het onmogelijk is dat de belangen van burgers ooit rechtstreeks bij een aanwijzingsbesluit zullen zijn betrokken.<sup>28</sup> De Afdeling bestuursrechtspraak hanteert in dit verband echter een *sui generis* belanghebbendebegrip en verklaart sommige burgers ontvankelijk, hierbij duidelijk rekening houdend met de wens van de initiatiefnemer van de wet dat tegen het aanwijzingsbesluit volwaardige rechtsbescherming open moet staan.<sup>29</sup>

De toetsing op een mogelijke inbreuk op het recht op privacy kan echter per definitie niet veel voorstellen: de concrete aantasting van de persoonlijke levenssfeer doet zich pas voor in de vervolgfase, namelijk wanneer opsporingsambtenaren het bevel tot preventief fouilleren van de OvJ krijgen en dit ten uitvoer leggen.<sup>30</sup> De bestuursrechter kan het aanwijzingsbesluit slechts marginaal toetsen: heeft de raad de burgemeester daadwerkelijk geattribueerd, is de omvang van de gebiedsaanwijzing niet te groot en is de duur niet te lang?<sup>31</sup> Ook kan de rechter toetsen of het aanwijzingsbesluit voldoende is gemotiveerd en of het bekend is gemaakt. Het wetsvoorstel brengt hierin geen verandering.

In de voorgestelde wijzigingen in art. 50, 51 en 52 Wwm wordt de OvJ als regel verplicht om het bevel te motiveren en op schrift te stellen. Indien het een niet-spoedeisende situatie betreft valt het bevel niet onder optreden ter onmiddellijke handhaving van art. 5:23 Awb en is het volledig Awb-plichtig. Het zal derhalve ook bekend dienen te worden gemaakt om in werking te kunnen treden. In dat geval is er sprake van een appellabel besluit in de zin van art. 8:1 Awb. De uitzondering van art. 1:6 Awb speelt hier niet omdat het bevel van de officier geen deel uitmaakt van de fase van opsporing van strafbare feiten.<sup>32</sup> De bestuursrechtelijke rechtsbescherming is met andere woorden ten volle aanwezig.

Hoe staat het met de rechtsbescherming in de niet-voorziene, spoedeisende situatie als de burgemeester zonder machtiging van de raad een veiligheidsrisicogebied aanwijst? Dan gaat het om een optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde zoals bedoeld in art. 5:23 Awb. Tegen een dergelijke beslissing kan geen voorafgaande bestuursrechtelijke rechtsbescherming openstaan. Dat is de prijs die betaald moet worden voor maatregelen die noodzakelijk zijn ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Vanwege de verplichting tot het op schrift stellen in art. 174b lid 3 is in theorie achteraf wel rechtsbescherming mogelijk, maar dit heeft – evenals bij een regulier aanwijzingsbesluit slechts marginale betekenis.

Het bevel van de OvJ volgend op de aanwijzing om daadwerkelijk preventief te gaan fouilleren, is evenzeer een optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde in de zin van art. 5:23 Awb. Er is immers sprake van een onmiddellijk dreigende, dan wel reeds actuele verstoring van de openbare orde met wapens. Voorafgaande opschriftstelling, noch voorafgaande bekendmaking is vereist. Dientengevolge is voorafgaande rechtsbescherming geen optie. Om bestuursrechtelijke rechtsbescherming achteraf mogelijk te maken, dient het bevel wel op schrift te worden gesteld. Of rechtsbescherming veel zin heeft nu het momentum zo kort is – twaalf uren – is evenwel de vraag.

Indien er wordt opgetreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde is het met andere woorden droevig gesteld met de rechtsbescherming, maar dat is niet nieuws. In beginsel geldt dit voor alle bevelen in een dergelijke situatie. Dat is een reden te meer om met dit soort van bevoegdheden uiterst terughoudend om te gaan.

## 7. Verhouding met EVRM

Een interessante vraag is hoe dit voorstel zich verhoudt tot het EVRM. Het EHRM heeft recentelijk de regeling tot preventief fouilleren in Engeland/Wales als een ontoelaatbare beperking van het in art. 8 EVRM verankerde recht op privéleven gekwalificeerd.<sup>33</sup> In Engeland bestaat al heel lang een bevoegdheid van de politie om (anders dan bij arrestatie) te fouilleren. De Public Stores Act van 1875 kent al aan een constable de bevoegdheid toe om bij personen en in voertuigen te zoeken naar gestolen voorwerpen 'if there is reason to suspect that any of Her Majesty's stores stolen or unlawfully obtained may be found, or any person reasonably suspected of having or conveying in any manner any of Her Majesty's stores stolen or unlawfully obtained'. In de loop van de twintigste eeuw zijn hier

niet alleen steeds nieuwe fouilleerbevoegdheden aan toegevoegd, maar zijn ook de toepassingsvoorwaarden steeds soepeler geworden.

In art. 1 Police and Criminal Evidence Act 1984 is het criterium nog 'reasonable grounds for suspecting that he will find stolen or prohibited articles'. In art. 60 Criminal Justice and Public Order Act gaat het moment waarop de fouilleerbevoegdheid ontstaat in tijd nog weer verder naar voren. Het is voldoende als de politiefunctaris 'reasonably believes (a) that incidents involving serious violence may take place in any locality in his police area, and that it is expedient to give an authorisation under this section to prevent their occurrence ...'; of (b) that persons are carrying dangerous instruments or offensive weapons in any locality in his police area without good reason ...'<sup>34</sup>

Volgens art. 44 Terrorism Act van 2000, mag de politie al tot 'stop and search' overgaan: 'if the person giving the authorisation considers it expedient for the prevention of acts of terrorism'.<sup>35</sup> Een zo lage drempel van doelmatigheid wordt volgens de wetgever gerechtvaardigd door de dreiging van terrorisme. Tegen die laagdrempelige toepassingsvoorwaarde verzetten Gillan en Quinton zich in 2003 en uiteindelijk met succes. Volgens het EHRM zijn zowel de bevoegdheid tot het geven van de machtiging, als ook die van staande houden en fouilleren zelf,<sup>36</sup> zodanig vaag omschreven dat niet is voldaan aan de eis dat een inmenging voldoende nauwkeurig in de wet is vastgelegd. Met een toepassingsvoorwaarde als 'expedient', dat niet veel meer betekent dan 'advantageous' of 'helpful', valt in de autorisatiefase niet te bepalen of het preventief fouilleren 'necessary' is. Dientengevolge kan de proportionaliteit van de maatregel niet worden ingeschat. De door het 'Ministry of Interior' opgestelde 'Code of Practice' met daarin beleidsregels over hoe de bevoegdheid tot preventief fouilleren toe te passen, biedt volgens het Hof evenmin voldoende waarborgen tegen willekeurige inmenging. Een zodanig gebrek aan juridische waarborgen weegt volgens het Hof niet op tegen het belang van zo'n bevoegdheid.<sup>37</sup>

Die conclusie is veelzeggend. Het voorkomen van terroristische activiteiten is immers geen gering belang, toch acht het Hof de bevoegdheid tot preventief fouilleren in

## De werkelijke bescherming tegen lichtvaardig gebruik van de aanwijsbevoegdheid zou wel eens kunnen komen van een politiek orgaan

strijd met het EVRM. Is er dan wel hoop voor de bestaande Nederlandse bevoegdheid, die slechts betrekking heeft op de handhaving van de openbare orde?

Sanderink is sceptisch; hij ziet vooral overeenkomsten: ook in ons land zijn fouilleringen toegestaan zonder een redelijk vermoeden van aanwezigheid van wapens, terwijl de kwaliteit van de rechtsbescherming zeer matig is te noemen. Want als gevolg van de ruime omvang van de bevoegdheidsomschrijving is het moeilijk zo niet onmogelijk om aan te tonen dat de gebiedsaanwijzing, het bevel van de OvJ of de feitelijke fouillering onterecht was.<sup>38</sup>

Van Sasse van Ysselst ziet vooral de verschillen. Hij wijst op de uiteenlopende beoordelingsmomenten in het getrapte systeem van de bevoegdheidstoedeling – raad, burgemeester en ten slotte OvJ – die allemaal moeten motiveren waarom preventief fouilleren noodzakelijk is.<sup>39</sup> Van Sasse vindt ook het verplichte overleg met de OvJ voorafgaand aan het aanwijzingsbesluit een pluspunt. Van belang is verder de plicht van de burgemeester om het aanwijzingsbesluit in te trekken zodra de grond voor de aanwijzing zich niet meer voordoet. Bovendien bevat de wet volgens Van Sasse – anders dan de Terrorism Act – een helder toepassingscriterium – verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens dan wel vrees hiervoor – op grond waarvan zowel tijdens de rit als ook achteraf kan worden vastgesteld of het preventief fouilleren werkelijk noodzakelijk is.<sup>40</sup>

Daarin brengt het wetsvoorstel geen verandering. Anders dan in het conceptwetsvoorstel heeft de regering de plicht in de relevante artikelen in de Wet wapens en munitie voor de OvJ gehandhaafd om met feiten en

26. Daarbij komt dat door dit wetsvoorstel de burgemeester zich vaker gedwongen zal zien, gebruik te maken van een (onrechtmatige) noodrechtfouillering, omdat hij in de voorgestelde regeling alleen mag overgaan tot een spoedaanwijzing in het geval de wapen gereleerde verstoring van de openbare orde onvoorzienbaar was; in de huidige wet is dit een ongedausuleerde bevoegdheid.

27. Gemeentelijke noodbevoegdheden,

Standpunt inzake aanbevelingen

onderzoeksrapport *Het gebruik van*

*gemeentelijke noodbevoegdheden*, Ministerie van Binnenlandse Zaken, maart 1995.

Zie voor het genoemde rapport zelf:

M.A.D.W. de Jong, H.R.B.M. Kummeling,

M.C. Burkens, *Het gebruik van gemeen-*

*telijke noodbevoegdheden*, Zwolle: 1994.

28. Rb. Alkmaar (vzr.) 16 juni 2003, *Gst.*

2003/150 m.nt. L.J.J. Rogier, *AB* 2003/419,

m.nt. J.G. Brouwer.

29. ABRvS 9 maart 2005, *AB* 2005/251 en

ABRvS 9 november 2005, *AB* 2006/90 m.

nt. J.G. Brouwer/A.E. Schilder.

30. Zie uitbreider onze noot bij ABRvS 9

november 2005, *AB* 2006/90.

31. Art. 151b Gemw bepaalt immers dat de

omvang van een veiligheidsrisicogebied niet

groter mag zijn (en niet langer mag duren)

dan strikt noodzakelijk is in verband met de

openbare orde.

32. Zie noot J.G. Brouwer, Rb. Alkmaar

(vzr.) 16 juni 2003, *AB* 2003/419.

33. EHRM 12 januari 2010, *NJ* 2010/325,

m.nt. E.J. Dommering, *Gst.* 2010/52, *ECHR*

2010/30 (m.nt. Van Sasse van Ysselst). Op

dit moment heeft het Hof een klacht in

behandeling waarin de huidige Nederlandse

regeling voorwerp vormt van onderzoek;

EHRM-klacht nummer 49458/06, *Colon v.*

*Nederland.*

34. Art. 60 lid 1 Criminal Justice and Public

Order Act.

35. Vgl. *Foka v. Turkey*, 28940/95, *ECHR*

2008/554.

36. Het daadwerkelijk toepassen van de

bevoegdheid tot preventief fouilleren is

uiterst ruim: The power conferred by an

authorisation under section 44(1) or (2) —

(a) may be exercised only for the purpose

of searching for articles of a kind which

could be used in connection with terrorism,

and (b) may be exercised whether or not

the constable has grounds for suspecting

the presence of articles of that kind.

37. *Gillan and Quinton v. The United King-*

*dom*, 4158/05, *EHRM* 2010, afl. 3, nr. 30,

m.nt. P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselst, *NJ*

2010/325, m.nt. E.J. Dommering, *Gst.*

2010/52; *LJN* BL6886. De procedure is nog

niet afgesloten, Engeland heeft de zaak aan

de Grote Kamer voorgelegd.

38. D.G.J. Sanderink, 'Ongericht fouilleren

in het Verenigd Koninkrijk en Nederland.

Het arrest van het EHRM inzake Gillan en

Quinton tegen het Verenigd Koninkrijk',

*Gst.* 2010/50.

39. De rol van de raad is in het wetsvoorstel

geringer dan in de huidige regeling.

40. Van Sasse van Ysselst onder *Gillan and*

*Quinton v. The United Kingdom*, 4158/05,

*EHRM* 2010, afl. 3, nr. 30.

omstandigheden aan te tonen waarom een preventief fouilleeractie noodzakelijk is. En dat is een verstandige keuze. Dat het in de Nederlandse regeling slechts gaat om het voorkomen van wapengeweld en in de Engelse regeling van terrorisme, lijkt vooral een kwestie van schaalverschil. Gevolgen voor de EVRM-toets hoeft dit niet te hebben.

Positief onderdeel van de Engelse boven de Nederlandse regeling is dat art. 45 Terrorism Act voorschrijft dat iemand die preventief is gefouilleerd op zijn verzoek een schriftelijke verklaring ter hand moet worden gesteld. Positief is ook dat art. 45 Terrorism Act voorschrijft dat een agent 'may detain the person or vehicle for such time as is reasonably required to permit the search to be carried out at or near the place where the person or vehicle is stopped'.<sup>41</sup> De Wvm bevat hierover niets.

Een groot pluspunt van de Nederlandse regeling is dat de politie na een bevel van de (hulp-)OvJ slechts maximaal twaalf uren over de preventief-fouilleerbevoegdheid beschikt. Volgens art. 44 Terrorism Act is de Engelse politie hier gedurende de hele looptijd van de aanwijzing toe bevoegd. Die looptijd kan in Engeland maximaal 28 dagen zijn, bovendien is verlenging betrekkelijk eenvoudig mogelijk.

Ander sterk punt van onze regeling is dat het de OvJ is die beslist over daadwerkelijk fouilleren. De OvJ is onafhankelijk en lid van de rechterlijke macht. In Engeland is het een politiefunctaris die hierover beslist. De staatssecretaris kan die beslissing eventueel terugdraaien, maar dat laat het principiële verschil met onze regeling onverlet. Mede om deze reden verdient het aanbeveling om de mogelijkheid van vervanging door de hulp-OvJ ernstig te heroverwegen. We hebben onze bezwaren hiervoor al op een rijtje gezet.

Een laatste duidelijk positief aspect van het wetsvoorstel is de plicht om gebiedsaanwijzing zo spoedig mogelijk aan de raad ter kennis te brengen. Weliswaar wordt hier alleen politieke controle op een aanwijzingsbesluit gefaciliteerd,<sup>42</sup> toch kan een raad de burger behoeven tegen het al te lichtvaardig gebruik van het instrument van preventief fouilleren.

## 8. Slot

Na weging van alle voors en tegens zijn we gematigd positief over het ingediende concept. In de bestaande regeling heeft de burgemeester altijd toestemming van de raad nodig om een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen. In de nieuwe regeling beschikt hij in art. 174b Gemw over een zelfstandige bevoegdheid. Waarom deze aanpassing nodig is, wordt men in de op de vele punten tekortschietende motivering niet gewaar. Is er een gemeenteraad in dit

land te vinden die weigert de burgemeester een aanwijsbevoegdheid toe te kennen, terwijl er in die gemeente sprake is van (dreigend) wapengeweld?

In het bestaande systeem moet de burgemeester zijn besluit vooraf op schrift stellen. In spoedeisende incidenten kan hij zijn besluit achteraf op papier zetten en bekendmaken. In het wetsvoorstel verandert er wat dit betreft niets. Wel echter in de toepassingsvoorwaarde. In de huidige regeling kan de burgemeester in een spoedeisende situatie zonder verdere voorwaarden een veiligheidsrisicogebied aanwijzen. Volgens het voorgestelde art. 174b Gemw moet er sprake zijn van een 'onvoorzienbare, spoedeisende situatie'. Dat is een onwerkbaar criterium en past niet in de bestaande wetsystematiek. Op grond hiervan stellen wij voor de bepaling te herformuleren en hierbij aansluiting te zoeken bij art. 5:23 Awb waarin staat dat op een optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde de Awb niet onverkort van toepassing is.

In de reguliere situatie is sprake van rechtsbescherming tegen zowel het aanwijzingsbesluit van de burgemeester als het bevel van de OvJ, maar beide stellen de facto weinig of niets voor. Bij een onvoorzien, spoedeisend incident kan er eenvoudigweg geen voorafgaande rechtsbescherming tegen een aanwijzingsbesluit worden geboden. Die concessie is nodig bij onmiddellijke handhaving van de openbare orde.

De werkelijke bescherming tegen lichtvaardig gebruik van de aanwijsbevoegdheid zou wel eens kunnen komen van een politiek orgaan. De wet voorziet in een plicht tot zo spoedig mogelijke mededeling aan de raad. De bescherming die de raad kan bieden, is van een andere orde dan die van de rechter. De raad kan alle relevante aspecten van het aanwijzingsbesluit in zijn (politieke) beoordeling betrekken, maar het besluit bijvoorbeeld niet schorsen. Het moeten afleggen van verantwoording zal de burgers echter kunnen behoeden voor een lichtvaardig gebruik van de bevoegdheid.

Een dergelijke controle is er niet bij het bevel van de OvJ en al evenmin bij een bevel van de hulp-OvJ. Om die reden zou de bevoegdheid tot het geven van een bevel tot preventief fouilleren niet aan een hulp-OvJ moeten worden gegeven. De OvJ is onafhankelijk en van de rechterlijke macht deel uitmakend. Dat gegeven zou wel eens het verschil kunnen maken bij een eventuele klacht bij het EHRM. •

<sup>41</sup>. Overigens duurde het preventief fouilleren in het geval van Kevin Gillan onevenredig lang: twintig minuten.

<sup>42</sup>. Die bestaat in Engeland ook als gevolg van art. 46 lid 3 Terrorism Act: The person who gives an authorisation shall inform the Secretary of State as soon as is reasonably practicable.