

Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme

VAR-reeks
138

Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme

Preadviezen uitgebracht door

Prof. mr. L.J.J. Rogier
Mr. M.A.D.W. de Jong
Mr. drs. C.M. Bitter en prof. mr. F.W. Bleichrodt

Voor de algemene vergadering
van de VAR Vereniging voor Bestuursrecht
op 11 mei 2007

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2007

Aanbevolen citeerwijze: VAR-reeks 138

© 2007 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-90-5454-556-9

NUR 823

www.bju.nl

Inhoud

De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht	7
Prof. mr. L.J.J. Rogier	
De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht?	57
Mr. M.A.D.W. de Jong	
Informatievoorziening in het kader van de bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme	119
Mr. drs. C.M. Bitter en prof. mr. F.W. Bleichrodt	
Bestuur en ereleden	185
Overzicht van de preadviezen uitgebracht door de VAR	187

De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht

Prof. mr. L.J.J. Rogier*

1 Inleiding

- 1.1 De ontdekking van het bestuursrecht als handhavingsrecht
- 1.2 Criminaliteit
- 1.3 Terrorisme
- 1.4 Aanpak en bestrijding
- 1.5 Beoordelingscriteria

2 Bestaande en komende bestuursrechtelijke maatregelen

- 2.1 De aanpak van criminaliteit
 - 2.1.1 Inleiding
 - 2.1.2 Grensgevallen
 - 2.1.3 Wet Bibob
 - 2.1.4 Betrouwbaarheidstoets in de financiële sector
 - 2.1.5 Artikel 13b Opiumwet
 - 2.1.6 OM-afdoening
 - 2.1.7 Naming & shaming
 - 2.1.8 Nieuwe maatregelen en ideeën
- 2.2 De aanpak van terrorisme
 - 2.2.1 Inleiding
 - 2.2.2 Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid
 - 2.2.3 Aanwijzing veiligheidsrisicogebied ex artikel 126zq Sv
 - 2.2.4 Persoonsgericht verstoren

3 Vergelijking en conclusies

- 3.1 Inleiding
- 3.2 Doelen
- 3.3 Legaliteitsbeginsel
- 3.4 Bestuursorgaan
- 3.5 Proportionaliteit en subsidiariteit
- 3.6 Procedurele normen
- 3.7 Conclusies

Stellingen

* Lodewijk Rogier is hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

I Inleiding

I.1 De ontdekking van het bestuursrecht als handhavingsrecht

‘Het wordt voor bestuursjuristen wel een leuke eeuw, denk ik.’ Zo besloot Nico Verheij in 1999 zijn preadvies voor deze vereniging.¹ Naar zijn stellige overtuiging leidt de geleidelijke verschuiving van de magische lijn tussen privaatrecht en bestuursrecht tot een beter en volwaardiger bestuursrecht.

Aan de andere kant van het bestuursrechtelijke spectrum was toen al enige tijd een andere grensverschuiving waarneembaar, waar velen minder enthousiast over zijn. Het betreft hier de grens tussen strafrecht en bestuursrecht. Een belangrijke oorzaak van deze grensverschuiving is de bestuurlijke boete. Michiels wees er in 1995 in zijn preadvies voor deze vereniging op dat de strafrechtelijke boete oorspronkelijk van bestuursrechtelijke aard was en afgezien van de fiscale boete destijds naar het strafrecht is overgeheveld.² Inmiddels is de bestuurlijke boete weer in het bestuursrecht teruggekeerd en is ze in talloze wetten opgenomen, onder meer om het ‘handhavingstekort’ te bestrijden. De bestuurlijke boete is een punitieve sanctie, zelfs een *criminal charge* in de zin van artikel 6 EVRM.³ Er wordt dus op grote schaal bestuursrechtelijk gestraft en daarvoor is het bestuursrecht volgens sommigen minder geschikt. Er zou dan ook geen sprake zijn van een simpele grensverschuiving, maar van ‘balanceren op een magische lijn.’⁴

Recente ontwikkelingen in het bestuursrecht gaan nog een stap verder. Het bestuursrecht is ‘ontdekt’ als alternatief voor het strafrecht. Als er met het strafrecht kan worden gestraft, waarom zou het bestuursrecht dan ook niet nog meer worden ingezet bij de bestrijding van criminaliteit en terrorisme? Bestaande en nieuwe bestuurlijke instrumenten worden daartoe op hun geschiktheid uitgetest. Het bestuursrecht biedt daarbij vanuit de overheid gezien belangrijke voordelen. De toepassing van bestuurlijke handhavingsmiddelen kunnen reeds worden ingezet nog voordat er sprake is van een strafbaar feit. De ‘vervolging’, sanctionering en uitvoering ligt dan in één hand, die van het bestuur. En het bestuursrechtelijke bewijsrecht is niet zo knellend als het strafrechtelijke. Bovendien toetst de rechter

-
1. Mr. N. Verheij, Een eigen recht(er). Recente verschuivingen in de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, VAR-reeks 122, Samsom, Alphen aan den Rijn 1999, p. 73.
 2. F.C.M.A. Michiels, Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling, VAR-reeks 114, Samsom, Alphen aan den Rijn 1995, p. 86.
 3. Zie stelling 3 van A.B. Blomberg, Handhaven binnen EVRM-grenzen, VAR-reeks 132, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004, p. 191.
 4. C.L.G.F.H. Albers, Rechtsbescherming bij bestuurlijke boeten. Balanceren op een magische lijn? (diss. UM), Sdu Uitgevers, Den Haag 2002.

het handhavende optreden van het bestuur, afgezien van de zwaarte van de punitieve sancties, slechts marginaal.

Tegenover de invoering van de bestuurlijke boete stond ik nog gematigd kritisch. In een strafrechtelijke context is de bestuurlijke boete bij eenvoudige verkeersovertradingen sinds de Wet Mulder volledig geaccepteerd, al heeft het de Hoge Raad handen vol werk gekost om de grenzen aan te geven.⁵ Voor de bestuurlijke boete in handen van het 'gewone'⁶ bestuur dient naar mijn mening het subsidiariteitsvereiste in acht te worden genomen. Het bestuur mag de boete slechts als laatste middel, na herstelsancties als bestuursdwang en de last onder dwangsom, en met mate inzetten. Pas als er geen herstelsanctie mogelijk is en het door het bestuur na te streven doel zou er onder lijden als er niet handhavend wordt opgetreden, pas dan mag het bestuur straffen.⁷

In dit preadvies neem ik de inzet van het bestuursrecht tegen criminaliteit en terrorisme kritisch onder de loep. Het bredere veiligheidsvraagstuk, de handhaving van de openbare orde en veiligheid, blijft buiten beeld. De aandacht is vooral gericht op de vraag of het bestuursrecht geen geweld wordt aangedaan. De bestrijding van criminaliteit en terrorisme is immers primair de taak van het strafrecht. Het bestuursrecht is ingericht om bestuursdoelen te realiseren en waarborgen te bieden aan hen die met het bestuur te maken krijgen en niet om criminaliteit en terrorisme te bestrijden. Bestuursrecht kan daarbij wel een ondersteunende rol vervullen. Van de preventieve inzet van het bestuursrecht ter voorkoming van criminaliteit bestaan al sprekende voorbeelden die echter niet allemaal even succesvol zijn.⁸

De opzet van dit preadvies is als volgt. De eerste vraag die moet worden beantwoord is: Wat bestrijden we eigenlijk? Wat is te verstaan onder 'criminaliteit' (par. 1.2) en 'terrorisme' (par. 1.3)? Wat bedoel ik met 'aanpak'? Is dat hetzelfde als bestrijden? Is het een vorm van 'handhaving' of gaat dat verder (par. 1.4)? Daarna beschrijf ik de criteria aan de hand waarvan de bestuurlijke maatregelen kunnen worden beoordeeld (par. 1.5). Ik hanteer daarbij vooral rechtsstatelijke en instrumentele criteria en kijk niet zozeer naar de rechtsbescherming. In hoofdstuk 2 inventariseer ik de bestaande en komende bestuurlijke maatregelen ter bestrijding van criminaliteit (par. 2.1) en terrorisme (par. 2.2). In hoofdstuk 3 vergelijk ik de verschillende maatregelen aan de hand van dezelfde criteria en trek ik enige conclusies.

5. Zie L.J.J. Rogier & J.W. van der Hulst, *De Wet Mulder, artikelsgewijs commentaar op de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften*, vierde druk, Kluwer, Deventer 2004, en de daarin genoemde arresten.

6. De bestuursorganen van het 'democratisch complex', zoals Zijlstra dat noemt. Zie S.J. Zijlstra, *Zelfstandige bestuursorganen in een democratische rechtsstaat* (diss. EUR), Vuga, Den Haag 1997.

7. L.J.J. Rogier, *Straffend bestuur* (oratie EUR), Gouda Quint, Deventer 2001, p. 12.

8. Zie L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving* (oratie EUR), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006.

1.2 Criminaliteit

Dit preadvies gaat over de aanpak van criminaliteit met bestuursrechtelijke middelen. Daarom dient allereerst duidelijk te zijn wat onder criminaliteit is te verstaan. Criminaliteit is strafbaar gesteld gedrag. Maar niet alle strafbaar gesteld gedrag is ook crimineel gedrag. Bij criminaliteit wordt vooral gedacht aan ernstige strafbare feiten en niet bijvoorbeeld aan de vervuiling van het trottoir door hondenpoep, ook al is dat strafbaar gesteld.⁹

Volgens Van Dijk c.s. gaat het bij crimineel gedrag in het algemeen om gedrag dat zodanig schadelijk wordt geacht voor de maatschappij in haar totaliteit of voor slachtoffers, dat de overheid zich genoodzaakt voelt ertegen op te treden. Schadelijkheid is echter geen absoluut criterium. Binnen het begrip criminaliteit wordt voorts onderscheid gemaakt tussen kleine en zware criminaliteit. Bij kleine criminaliteit gaat het om misdrijven waarvoor de rechter doorgaans gevangenisstraf een te zware straf vindt, maar die wel veel overlast bezorgen aan de slachtoffers, zoals fietsendiefstal, vandalisme en winkeldiefstal.¹⁰

Een ander criterium is de moraliteit van de gedraging. Bij criminaliteit zou het dan vooral gaan om de in ethisch opzicht meer afkeurenswaardige gedragingen.¹¹ Er is echter ook veel gedrag strafbaar dat nauwelijks afkeurenswaardig is. Dat gaat bijvoorbeeld op voor vele overtredingen. Men denke aan het bordje 'verboden toegang' (art. 461 Sr). En omgekeerd zijn er vele afkeurenswaardige gedragingen die niet strafbaar zijn gesteld. Een scherp onderscheid tussen crimineel en niet-crimineel strafwaardig gedrag is dus op zichzelf al moeilijk aan te geven.

Het onderscheid tussen crimineel en niet-crimineel gedrag was ook van belang voor de vraag welke overtredingen met een bestuurlijke boete kunnen worden afgedaan. In het beroemde Öztürk-arrest wees het EHRM ten aanzien van de in deze zaak gemaakte eenvoudige verkeersovertreding op de opvatting van de Duitse regering dienaangaande:

'In the opinion of the Commission – with the exception of five of its members – and of Mr. Öztürk, the offence committed by the latter was criminal in character.

For the [German] Government in contrast, the offence in question was beyond doubt one of those contraventions of minor importance – numbering approximately five million each year in the Federal Republic of Germany – which came within a category of quite a different order from that of criminal offences. The Government's submissions can be summarised as follows. By means of criminal law, society endeavoured to safeguard its very foundations as well as the rights and interests essential for the life of the

9. Zie bijv. art. 2.4.10 APV Rotterdam.

10. J.J.M. van Dijk, H.I. Sagel-Grande & L.G. Toornvliet, *Actuele criminologie*, vijfde herziene druk, Sdu Uitgevers, Den Haag 2006, p. 17. Zie voor de zogenoemde *Regulatory crime*, o.a. G.J.N. Bruinsma & W. Huisman, *Over de grenzen van de klassieke criminologie. Een beschouwing over nieuwe kennisvragen door de incorporatie van onveiligheid als object in de criminologie*, in: W. Huisman, L.M. Moerings & G. Suurmond (red.), *Veiligheid en recht. Nieuwe doelwitten en strategieën*. E.M. Meijers Instituut, RU Leiden, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006, p. 269-293.

11. Zie Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse Strafrecht*, dertiende herziene druk, bewerkt door J. Rammelink, Gouda Quint, Arnhem 1994, p. 26.

community. The law on *Ordnungswidrigkeiten*, on the other hand, sought above all to maintain public order. As a general rule and in any event in the instant case, commission of a 'regulatory offence' did not involve a degree of ethical unworthiness such as to merit for its perpetrator the moral value-judgement of reproach (*Unwerturteil*) that characterised penal punishment (*Strafe*). The difference between "regulatory offences" and criminal offences found expression both in procedural terms and in relation to the attendant penalties and other legal consequences.'

Het hier door de Duitse regering gemaakte onderscheid had niet tot gevolg dat artikel 6 EVRM (*criminal charge*) buiten toepassing moest blijven. Zelfs *minor offences* zijn naar het oordeel van het Hof *criminal offences* in de zin van artikel 6 EVRM. En ofschoon dit oordeel veel kritiek heeft ondervonden staat het nog steeds.¹²

Maar dat wil niet zeggen dat *minor offences* ook naar nationale opvattingen als criminaliteit zijn aan te merken. In dat opzicht kan de opvatting van de Duitse regering worden onderschreven.

In Nederland wordt op een vergelijkbare manier onderscheid gemaakt tussen gedragingen die wel en die niet in aanmerking komen voor handhaving door bestuurlijke boeten. De regering onderschreef voor wat daarvoor niet in aanmerking komt de volgende daartoe door de Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten ontwikkelde criteria:

- a. de wettelijke norm heeft een geringe normatieve lading;
- b. de overtreding van de norm pleegt in de regel geen letsel aan personen of schade aan goederen te veroorzaken;
- c. de wettelijke norm is zodanig duidelijk in de wet of in de nadere regelgeving omschreven dat het mogelijk is om op grond van de wettelijke normen in de praktijk een vaste gedragslijn te ontwikkelen;
- d. de ambtenaar of dienst die belast is met de handhaving beschikt over voldoende expertise om aan die handhaving adequaat gestalte te geven;
- e. voor de handhaving van de norm zijn geen vrijheidsbenemende of andere ingrijpende dwangmiddelen nodig.¹³

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Vierde tranche Awb wordt bij het onderdeel bestuurlijke boete verder onder meer de massaliteit van de overtredingen als een argument voor bestuurlijke afdoening genoemd en wordt nadruk gelegd op het in één hand brengen van de handhaving en de verantwoordelijkheid die het bestuur voor de handhaving draagt.¹⁴ Maar in dit wetsvoorstel, evenals in het kabinetsstandpunt Handhaving op niveau¹⁵ en ook in de literatuur worden nog meer criteria genoemd. Volgens Michiels zijn sommige criteria in hun vaagheid moeilijk bruikbaar, zoals het criterium dat de boete vooral geëigend zou zijn voor overtredin-

12. Zie o.m. T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, VAR-reeks 132, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2004, p. 62.

13. Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, *Handhaving door bestuurlijke boeten*, Ministerie van Justitie, CTW 94/1, 12 januari 1994. Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48.

14. Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 118.

15. Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 67.

gen met een geringe normatieve lading. Waar het om gaat is dat hooguit per wet kan worden gezien of, alle voors en tegens afwegend, een keuze voor de bestuurlijke boete doelmatig is. Een algemene afzonderlijke wetten overstijgende keuze is niet goed mogelijk.¹⁶

Hoewel de genoemde criteria niet in alle opzichten consequent worden toegepast en ook binnen het strafrecht door het OM misdrijven beboet (gaan) worden (zie par. 2.1.6), gaat het bij de bestuurlijke boete in het algemeen om overtredingen in de sfeer van de openbare orde, en (andere) overtredingen van ordeningswetgeving. Die worden niet beschouwd als criminele gedragingen en blijven in dit preadvies dus buiten beschouwing. Een uitzondering geldt wellicht voor het financiële bestuursrecht en het mededingingsrecht. Sommige bestuursrechtelijke overtredingen in deze sector leunen dicht tegen het strafrecht aan.¹⁷

1.3 Terrorisme

Dit preadvies gaat ook over de aanpak van terrorisme met bestuurlijke middelen. Wat onder terrorisme is te verstaan is zo mogelijk nog moeilijker te duiden dan criminaliteit. Terrorisme is geen recent verschijnsel. Multatuli schreef in zijn boek *Max Havelaar*:

‘Zò ook zou dan te Natal de samenzwering ontdekt wezen, die – als ze bestaan heeft, wat ik niet weet – Jang di Pertoean deed kennen als verrader. Volgens door den controleur van Natal afgenomen verklaringen van getuigen, zou hij gezamenlijk met zijn broeder Soetan Adam de Battakse Hoofden hebben doen verzamelen in een heilig bos, waar zij zouden gezworen hebben niet te rusten voor ‘t gezag der “christenhonden” in Mandhéling vernietigd was. Het spreekt vanzelf dat hij hiertoe een ingeving van de hemel had ontvangen. Ge weet dat dit bij zulke gelegenheden nooit uitblijft. Of nu inderdaad dit voornemen bij Jang di Pertoean bestaan heeft, kan ik niet verzeke- ren. Ik heb de verklaringen der getuigen gelezen, doch ge zult terstond inzien waarom daaraan niet onvoorwaardelijk geloof mag worden geslagen. Zéker is ‘t dat de man, wat zijn Islamse dweepzucht aangaat, wel tot zoiets kan in staat geweest zijn. Hij was, met de gehele Battakse bevolking, eerst kort tevoren door de Pradies (Mohammedaanse predikers uit Atjeh) overgehaald tot het ware geloof, en nieuwbekeerden zijn gewoon- lijk fanatiek.’¹⁸

-
16. F.C.M.A. Michiels, Strafsancties in het bestuursrecht: een begaanbare weg. *Strafblad*, Aflevering 4, 7 oktober 2005, Jaargang 3, p. 391-400.
 17. Er wordt dan ook gesproken over financieel-economische ‘criminaliteit’, bijv. bij voorwetenschap bij de handel in effecten. Zie Kamerstukken II 2006/07, 26 684 en 17 050, nr. 104. Vgl. in dat verband A.R. Hartmann, Strafrechtelijke handhaving van de financiële wetgeving: houden of weggeven?, *NJB* 2004, p. 1068-1073. Zie ook het voornemen om de Mededingingswet (weer) van strafsancties te voorzien: Kamerstukken I 2006/07, 30 071 A.
 18. Multatuli, *Max Havelaar*, of de koffieveilingen der Nederlandsche Handel-Maatschappij, verzorgd en toegelicht door Dr. G.W. Huygens, zestiende druk, Ad. Donker, Rotterdam 1979, p. 169.

Hoe Jang di Pertoean zijn plannen zou hebben willen verwezenlijken vertelt het verhaal niet, maar het lijkt niet waarschijnlijk dat het 'gezag der christenhonden' op een vreedzame wijze zou zijn vernietigd. Hij werd dan ook gevangengenomen op beschuldiging van hoogverraad. Tegenwoordig zouden zijn plannen vallen onder de artikelen 93 jo. 96 Sr (samenspanning tot een aanslag tegen de staat) en zou deze informatie worden opgenomen in de CT Infobox (zie daarover het preadvies van C.M. Bitter en F.W. Bleichrodt).

Hoewel Nederland ook in het betrekkelijk recente verleden wel geconfronteerd is met terroristische acties,¹⁹ is het (vooralsnog) verschoond gebleven van grootschalige terroristische aanslagen zoals op 11 september 2001 in New York, op 1 maart 2004 in Madrid en op 7 juli 2005 in Londen hebben plaatsgevonden. In een folder van de Nationale Coördinator Terrorismebestrijding die op grote schaal in Nederland is verspreid en die als titel draagt: 'Wat wordt er gedaan tegen terrorisme en wat kunt u doen?' wordt terrorisme omschreven als 'het plegen van zwaar geweld met als doel politieke of godsdienstige standpunten aan anderen op te leggen'. Artikel 83 Sr duidt deze daden aan als een 'terroristisch misdrijf' indien ze worden begaan met een 'terroristisch oogmerk'. En onder een 'terroristische oogmerk' wordt blijkens artikel 83a Sr verstaan: 'het oogmerk om de bevolking of een deel der bevolking ernstige vrees aan te jagen, dan wel een overheid of internationale organisatie wederrechtelijk te dwingen iets te doen, niet te doen of te dulden, dan wel de fundamentele politieke constitutionele, economische of sociale structuren van een land of een internationale organisatie ernstig te ontwrichten of te vernietigen'.

Het huidige terrorisme omvat dus meer dan alleen terreurdaden. Terrorisme is een vorm van politieke actie maar op een manier die niet in overeenstemming is met de gangbare normen en praktijken op het gebied van politieke actie.²⁰ Het moderne terrorisme kenmerkt zich door zijn doelbewuste streven naar menselijke slachtoffers of het nadrukkelijk incalculeren dat bij acties mensenlevens te betreuren zijn.²¹ Maar de moderne terreurdaden zijn evengoed criminele daden die onder het strafrecht vallen. De omschrijving in artikel 83a Sr geeft de essentie weer van waar het de moderne terroristen om gaat: het oogmerk om angst aan te jagen en de samenleving of delen daarvan te ontwrichten. Het is echter niet waarschijnlijk dat de 'aanjagers en plegers van het nieuwe terrorisme zich iets gelegen zullen laten liggen aan het feit dat de strafmaat voor hun misdaad hoger uitvalt dan wanneer die misdaad zonder terroristische bedoelingen wordt begaan. Zelfmoordcommando's zullen zich niet laten afschrikken door het vooruitzicht dat hun een extra zware straf op aarde in het vooruitzicht wordt gesteld'.²²

19. Zie de 'kalender van het terrorisme' in de jaren zeventig van de vorige eeuw in: Huub Angenent & Herman Steensma, *Onveilig Nederland?* Uitgeverij G.F. Kallenbach BV, Nijkerk 1976, die begint met de bezetting van de ambtswoning van de Indonesische ambassadeur in augustus 1970 en eindigt met de kaping van een KLM-toestel in september 1976.

20. R. Coolsaet, *Het islamistische terrorisme. Percepties wieden en kweekvijvers dreggen. Justitiële verkenningen*, jrg. 31, nr. 2, 2005, p. 9-26.

21. Zie de omschrijvingen van terrorisme door de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD) in: E.R. Muller, R.F.J. Spaaij & A.G.W. Ruitenber, *Trends in terrorisme*, Kluwer, Deventer 2004, p. 3.

22. Aldus Uri Rosenthal, Erwin Muller & Arnout Ruitenber, *Het terroristische kwaad, Diagnose en bestrijding*. Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2005, p. 102.

Het is bij de bestrijding van terrorisme dan ook noodzaak om meer accent te leggen op preventieve maatregelen. En daarvoor wordt nadrukkelijk gekeken naar het bestuursrecht. Het gaat bij de aanpak van terrorisme door het bestuur met behulp van het bestuursrecht derhalve om een bijzondere vorm van criminaliteitsbestrijding en vooral om preventieve maatregelen ter voorkoming van strafbare feiten met een terroristisch oogmerk. De noodzaak daartoe is volgens de regering niet zozeer gelegen in het tekortschieten van het strafrecht, maar in de sterk gevoelde wens om het instrumentarium in de strijd tegen het terrorisme zo veel mogelijk te completeren. Ook in situaties waarvan een zodanige dreiging uitgaat dat de nationale veiligheid in het geding is, maar waarin desondanks het strafrecht (nog) niet kan worden ingezet, moet toch preventief kunnen worden opgetreden.²³

1.4 Aanpak en bestrijding

Met de term ‘aanpak’ van criminaliteit en terrorisme wordt meer bedoeld dan de handhaving van het recht waar dat normen bevat gericht op criminaliteit en terrorisme. Zo is het voorstelbaar dat overheidsdiensten in hun strijd tegen criminaliteit en terrorisme gebruik maken van middelen die niet expliciet in het recht zijn verankerd. Waar het gaat om het gebruik van strafvorderlijke bevoegdheden heeft de Commissie van Traa duidelijk gemaakt dat behalve het reactieve ook het proactieve strafvorderlijk optreden op wettelijke bevoegdheden gebaseerd dient te zijn.

Dat uitgangspunt geldt ook voor het bestuursrecht. Voor zover het bestuurlijke optreden ter bestrijding van criminaliteit en terrorisme meer omvat dan voorlichting, waarschuwingen en surveillance en er in het bijzonder beperkingen van grondrechten in het geding zijn, dient het dan ook evenzeer als het strafrechtelijke optreden een deugdelijke wettelijke grondslag te hebben. Beide vormen van optreden zijn gebonden aan het legaliteitsvereiste, de belangrijkste hoeksteen van de rechtsstaat. Ik maak dan ook in juridische zin geen onderscheid tussen de termen ‘aanpak’ en ‘bestrijding’ van criminaliteit en terrorisme door de bestuurlijke overheid.

Handhaving is een bijzondere, meer juridisch ingeklede vorm van aanpak. Daarbij wordt impliciet uitgegaan van de gebondenheid aan het recht. Handhaving ziet op de naleving van rechtsregels en het beëindigen van overtredingen. Te denken is hier vooral aan toezicht, opsporing, vervolging, het toepassen van sancties en van andere maatregelen en aan het maken van afspraken. In het bestuursrecht bestaan sancties uit besluiten tot herstel of bestraffing.²⁴ Andere maatregelen hebben een meer feitelijk karakter. Meer toegespitst wordt handhaving opgevat als het synoniem voor het treffen van sancties en maatregelen. In dat geval wordt handhaving onderscheiden van toezicht (en opsporing).²⁵

23. Kamerstukken II 2006/07, 30 566, nr. 6, p. 3 (Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid).

24. Art. 5.o.2 Wetsvoorstel Vierde tranche Awb (Kamerstukken II 2003/04, 29 702).

25. Vgl. F.C.M.A. Michiels, Handhaving en handhavingsbeleid, hoofdstuk 1 in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland, Kluwer, Deventer 2006, p. 8.

Een extra complicatie is dat de bestuurlijke aanpak van criminaliteit en terrorisme soms bestaat uit daadwerkelijk optreden ter voorkoming van ongewenste gevolgen. Aanpak en bestrijding kan dus ook bestaan uit preventieve maatregelen. Dan is de wettelijke grondslag van dat optreden soms minder evident dan wanneer het gaat om een afgewogen sanctiebesluit dat op schrift is gesteld.

In het navolgende zal het accent liggen op de juridische grondslag voor de aanpak en bestrijding van criminaliteit en terrorisme die kan resulteren in bestuurlijke besluiten (gericht op rechtsgevolgen) en in (besluitvorming over) feitelijk handelen. Van belang daarbij zijn vooral de rechtsstatelijke vragen, namelijk of voor die aanpak en bestrijding een voldoende wettelijke grondslag bestaat, welk orgaan daarmee is belast en of dat past binnen de rechtsstatelijke verdeling van macht.

1.5 Beoordelingscriteria

Om een vergelijking mogelijk te maken van de verschillende hierna genoemde bestuurlijke maatregelen hanteer ik een aantal criteria. Daarbij ligt het accent, zoals gezegd, niet zozeer op de rechtsbescherming, maar op rechtsstatelijke vragen en op de instrumentaliteit van de maatregelen.

Eerste belangrijke vragen zijn: Waarom is deze bestuurlijke maatregel in het leven geroepen? Wat is de bedoeling daarvan? En als er inbreuken worden gemaakt op grondrechten, was dat noodzakelijk? In het kader van het bestuursrecht zullen er met bestuurlijke maatregelen vooral bestuursdoelen worden nagestreefd, zoals het bevorderen van de openbare orde en veiligheid. Soms vloeit het bestaan van bestuurlijke maatregelen zelfs voort uit een verdragsrechtelijke positieve verplichting van het bestuur tot bescherming van de grondrechten.²⁶ Maar als het bestuursrecht wordt ingezet bij de bestrijding van criminaliteit en terrorisme verschuift het doel naar het voorkomen of bestrijden van strafbare feiten.

Vele bestuurlijke maatregelen zijn preventief bedoeld, gericht op het voorkomen van wanordelijkheden of strafbare gedragingen die daarmee samenhangen en in die zin ook typisch bestuurlijk. Maatregelen ter handhaving van de openbare orde, zoals bestuurlijke ophouding,²⁷ hebben mede tot doel om strafbare feiten te voorkomen waardoor het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven in het gedrang komt of dreigt te komen. Expliciet gericht op het voorkomen van individueel of groepsgewijs gepleegde strafbare feiten zijn deze maatregelen veelal niet. Daarom blijven ze in dit preadvies buiten beschouwing.

Andere bestuurlijke maatregelen, zoals de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden door de burgemeester, hebben uitdrukkelijk mede het oog op de aanpak van criminaliteit en zijn expliciet gericht op de ondersteuning van het strafrecht. Zoals het strafrecht van oudsher het bestuursrecht ondersteunt door het strafbaar stellen van de overtreding van bestuurlijke normen,²⁸ zo ondersteunt het bestuursrecht ook

26. Zie o.a. EHRM 16 november 2004, AB 2004, 453 m.nt. T. Barkhuysen (*Gómez v Spanje*) en EHRM 30 november 2004, AB 2005, 43 m.nt. A.J.Th. Woltjer (*Öneryildiz v Turkije*).

27. Art. 154a en 176a Gemeentewet.

28. Zie bijv. art. 108 Woningwet dat het bouwen zonder bouwvergunning strafbaar stelt.

het strafrecht. Het bestuur als 'hulpsheriff'. De weigering of intrekking van een vergunning op grond van de Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob²⁹) bijvoorbeeld, is expliciet bedoeld om strafbare feiten te voorkomen. Deze bestuurlijke maatregelen worden hierna wel besproken.

Bovendien worden bestuurlijke maatregelen ingezet ter vervanging van het strafrecht bij de bestrijding van criminaliteit en terrorisme. Het doel is dan rechtstreeks bestraffing. De bestuurlijke boete ziet in het algemeen niet op criminaliteit, maar de OM-afdoening wel.

In alle gevallen is gelet op het doel van de bestuurlijke maatregelen het specialiteitsbeginsel van belang. Het bestuur moet bij het gebruik van zijn bevoegdheid de doelstelling van de desbetreffende wet in acht nemen, anders is de kans groot dat het zich schuldig maakt aan overtreding van het verbod van *détournement de pouvoir*.³⁰

Een tweede belangrijke vraag betreft het legaliteitsvereiste. De democratische rechtsstaat vereist dat de bestuurlijke maatregel berust op een voldoende wettelijke grondslag en dat de uitoefening door het bestuur van de desbetreffende bevoegdheid overeenkomstig het geschreven en ongeschreven recht geschiedt. Voor zover daarbij inbreuk wordt gemaakt op grondrechten eist de Grondwet een wet in formele zin als grondslag. Bovendien gelden er bijzondere verdragsrechtelijke eisen wanneer inbreuken op grondrechten worden gemaakt, zoals de eis dat de norm waartegen de maatregel zich richt uit een oogpunt van rechtszekerheid voldoende duidelijk moet zijn omschreven en ook voldoende voorzienbaar moet zijn wanneer deze wordt toegepast³¹ (zie voor deze verdragrechtelijke eisen het preadvies van M.A.D.W. de Jong). Waar het gaat om de vraag of de uitoefening van de bevoegdheid tot toepassing van de maatregel in overeenstemming is met het geschreven en ongeschreven recht is van belang hoeveel beleidsvrijheid, beoordelingsruimte en beoordelingsvrijheid er is gegeven.

Een derde belangrijk aspect en deelaspect van het legaliteitsbeginsel is welk bestuursorgaan met de toepassing van de maatregel is belast. Dit aspect hangt samen met de bevoegdheidsverdeling binnen de staats- en bestuursrechtelijke organisatiestructuur en betreft derhalve de machtscheiding. Niet alleen de toedeling van de bevoegdheid aan het desbetreffende bestuursorgaan, ook de vraag of de bevoegdheid kan worden gedelegeerd of gemandateerd en of, en zo ja in welke mate daarop bestuurlijk toezicht wordt uitgeoefend, is voor de toepassing van de maatregel van belang.

Een vierde aspect betreft de proportionaliteit en subsidiariteit. Is voor deze maatregel geen andere maatregel die minder zwaar is even geschikt? Is deze maatregel wel proportioneel gelet op het doel waarvoor ze wordt toegepast? En wanneer het gaat om een sanctie; is deze sanctie gelet op de ernst van de gedraging, waartegen ze is gericht en de mate van verwijtbaarheid en de omstandigheden van de overtreder wel gerechtvaardigd? Met deze eisen hangen de meer instrumentele eisen van effec-

29. Stb. 2002, 347.

30. R.J.N. Schlössels & F.A.M. Stroink, Kern van het bestuursrecht, tweede druk, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006, p. 82-83.

31. Zie Van de Pot, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht, vijftiende druk, bewerkt door D.J. Elzinga & R. de Lange m.m.v. H.G. Hoogers, Kluwer, Deventer 2006, p. 275-277.

tiviteit en efficiency nauw samen. Met de toepassing van de desbetreffende wettelijke maatregelen moet het beoogde doel kunnen worden bereikt. Bovendien moet dat doel tegen de laagste kosten worden bereikt. Die kosten kunnen ook bestaan uit de schade die daarmee voor de geadresseerde of voor derden optreedt. Schade moet binnen aanvaardbare grenzen blijven.

Ten vijfde is van belang welke procedurele normen er gelden bij de toepassing van de maatregel en of die door de rechter kunnen worden gecontroleerd. Deze normen dienen niet alleen de rechtsbescherming. Voor zover ze de bevoegdheidsuitoefening bepalen maken ze ook onderdeel uit van het legaliteitsvereiste. Hierbij is te denken aan procedurevoorschriften bij de voorbereiding van de maatregel, zoals het horen of het geven van een zienswijze vooraf en andere geschreven en ongeschreven regels van zorgvuldigheid.

2 Bestaande en komende bestuursrechtelijke maatregelen

2.1 De aanpak van criminaliteit

2.1.1 Inleiding

De aanpak van criminaliteit door middel van het bestuursrecht bestaat uit sancties en maatregelen die door het bestuur worden ingezet en die bestuursrechtelijk zijn genormeerd. Zoals hiervoor uiteengezet vallen daar niet onder de maatregelen die niet impliciet of expliciet op de aanpak van criminaliteit zijn gericht in de zin zoals aangegeven. De klassieke en meer recente bevoegdheden van de burgemeester ter handhaving van de openbare orde, zoals te vinden zijn in de Gemeentewet³² en daarbuiten³³ blijven dus buiten beschouwing. Verder blijven buiten beschouwing de bestuurlijke sancties voor zover die niet impliciet of expliciet zijn gericht op de bestrijding van criminaliteit, zoals de herstelsancties bestuursdwang³⁴ en last onder dwangsom, de intrekking van een begunstigende beschikking en de bestuurlijke boete.³⁵

Hierna worden achtereenvolgens eerst een aantal grensgevallen onder de loep genomen, waarbij criminaliteitsbestrijding niet voorop staat, maar wel (mede) is beoogd, zoals de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden door de burgemeester, cameratoezicht en het conceptwetsvoorstel Aanwijzingen ernstige overlast (par. 2.1.2). Daarna komen twee vormen van preventieve rechtshandhaving aan de orde, de Wet Bibob (par. 2.1.3) en de daaraan nauw verwante betrouwbaarheidstoets in de financiële sector (par. 2.1.4). Vervolgens worden een bijzondere vorm van bestuursdwang, de sluiting van drugsinrichtingen op grond van artikel 13b Opiumwet (par. 2.1.5), de OM-afdoening (par. 2.1.6) en een bijzondere bestuurlijke maatregel het zogenoemde *Naming & Shaming* (par. 2.1.7) besproken. Ten slotte worden een paar nieuwe maatregelen genoemd zoals het huisverbod en het zogenoemde ‘tegenhou-

32. Art. 172-176a Gemeentewet.

33. Zie voor een overzicht van de bevoegdheden van de burgemeester buiten de Gemeentewet M.A.D.W. de Jong & F.C.M.A. Michiels, *Bevoegdheden van de burgemeester*, Universiteit Utrecht, Instituut voor Staats- en Bestuursrecht, Utrecht 2004.

34. Zie daarvoor o.a. de Rotterdamwet, Stb. 2005, 726.

35. En daarmee dus ook de wetsvoorstellen Bestuurlijke boete overlast in de openbare ruimte (Kamerstukken II 2004/05, 30 101) en Bestuurlijke boete fout parkeren (Kamerstukken II 2004/05, 30 098).

den'. Daarbij kan gelet op de in acht te nemen omvang van dit preadvies helaas volstrekt onvoldoende recht worden gedaan aan de vaak opmerkelijk uitgebreide en doorwrochte toelichtingen op de geldende en voorgestelde regelingen – kennelijk realiseerden de opstellers zich dat hier in relatie tot criminaliteitsbestrijding wat uit te leggen viel – die in de (concept)parlementaire stukken zijn te vinden.

2.1.2 Grensgevallen

Zoals reeds opgemerkt hebben sommige bestuurlijke maatregelen uitdrukkelijk mede het oog op de aanpak van criminaliteit, hoewel men kan twijfelen aan de mate waarin de wetgever daarbij expliciet dan wel impliciet het doel van criminaliteitsbestrijding voor ogen heeft gestaan. Het zijn en blijven echter bestuurlijke maatregelen, in die zin dat de wetgever de toepassing daarvan in handen van het bestuur heeft gelegd.³⁶ Ik noem hier: de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden door de burgemeester (art. 151b Gemeentewet), de aanwijzing door de burgemeester van gebieden waar camera's kunnen worden opgehangen in de openbare ruimte (art. 151c Gemeentewet) en het conceptwetsvoorstel 'Aanwijzingen ernstige overlast'.

Veiligheidsrisicogebieden (art. 151b Gemeentewet)

De burgemeester kan op basis van artikel 151b Gemeentewet een veiligheidsrisicogebied aanwijzen *bij verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens, dan wel bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan*. De aanleiding tot de aanwijzing ligt in dit geval in de eerste plaats in de verstoring van de openbare orde. Daarom is de burgemeester het aangewezen bestuursorgaan om het gebied aan te wijzen.³⁷ Maar uit het eerste lid van artikel 151b blijkt dat er meer is bedoeld. Door de aanwijzing is de officier van justitie bevoegd in dat gebied gebruik te maken van de artikelen 50 lid 3, 51 lid 3 en 52 lid 3 van de Wet wapens en munitie (Wwm). De officier kan de politie opdracht geven om *eenieder*, dus ook niet-verdachte personen, op wapens te fouilleren en bagage en auto's op wapens te doorzoeken. De burgemeester zet derhalve met een bestuursbesluit de deur open voor de officier van justitie om van een bijzondere strafrechtelijke bevoegdheid gebruik te maken. Daarmee is het burgemeestersbesluit niet alleen gericht op het herstel van de openbare orde, maar ook op de bestrijding van criminaliteit, in casu de opsporing van wapens. Omdat door de mogelijkheid van foullering en het doorzoeken van bagage en auto's de privacy van burgers (art. 8 EVRM) in verdergaande mate kan worden aangetast dan buiten een veiligheidsrisicogebied mogelijk is, dient de aanwijzingsbevoegdheid van de burgemeester (en de daarop gebaseerde bevelsbevoegdheid van de officier van justitie) een deugdelijke wettelijke grondslag te hebben. Gesteld is wel dat niet de aanwijzing door de burgemeester op zichzelf een inbreuk op de privacy mogelijk maakt, maar

36. De scherpe scheiding der organen is de *pons asinorum* voor het onderscheid tussen strafrecht en bestuursrecht, aldus A.M. Donner a.w.[volledige literatuurverwijzing opnemen? Kan geen ander A.M. Donner vinden in de noten], p. 59.

37. Immers de burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde (art. 172 lid 1 Gemeentewet).

dat zulks pas mogelijk is wanneer de officier van justitie besluit van zijn bevoegdheid gebruik te maken. Dat is op zichzelf juist, maar de aanwijzing is wel een noodzakelijke voorwaarde voor de bevoegdheidsuitoefening. En de aanwijzing kan zodanige gevolgen hebben voor iemand die in zo'n gebied woont of daar een bedrijf heeft, dat deze persoon als belanghebbende bij het aanwijzingsbesluit kan worden aangemerkt en daartegen bij de bestuursrechter kan opkomen.³⁸ Daarmee is voldaan aan de eis dat bij beperking van artikel 8 EVRM daadwerkelijk in rechtsbescherming moet zijn voorzien (art. 13 EVRM).³⁹

Bij de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied heeft de burgemeester een grote beleidsvrijheid. De rechter toetst het aanwijzingsbesluit marginaal. Niet alleen de bestuursrechter, ook de strafrechter acht zich bevoegd om het besluit aan een oordeel te onderwerpen in de strafprocedure die kan volgen als geen medewerking wordt verleend aan de preventieve fouillering.⁴⁰

Cameratoezicht (art. 151c Gemeentewet)

Op basis van artikel 151c kan de burgemeester besluiten tot plaatsing van vaste camera's ten behoeve van het toezicht op een openbare plaats als bedoeld in artikel 1 van de Wet openbare manifestaties of andere bij verordening aan te wijzen plaatsen die voor eenieder toegankelijk zijn, indien dat *in het belang van de openbare orde noodzakelijk is*. De doelstelling is dus uitdrukkelijk de handhaving van de openbare orde. Daarom is ook hier de burgemeester het aangewezen bestuursorgaan. Maar de aanleiding tot het ophangen van camera's is niet zo toegespitst op criminaliteit als het aanwijzen van een veiligheidsrisicogebied. Van bepaalde (mogelijke) strafbare feiten hoeft geen sprake te zijn. Toch was de aanleiding om dit middel te gaan gebruiken dat er strafbare feiten werden gepleegd in gebieden waar onvoldoende permanent toezicht door de politie mogelijk was. Met camera's opgenomen beelden van drugshandel werden gebruikt in een strafzaak en leidden tot veroordeling. Daarbij was volgens de rechtbank weliswaar sprake van schending van de privacy in de zin van artikel 8 EVRM, maar een inbreuk op de privacy was in dit geval toegestaan omdat daarin bij wet was voorzien en deze nodig was in een democratische samenleving in het belang van de openbare veiligheid en het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten.⁴¹ De wettelijke grondslag werd destijds nog gevonden in artikel 2 Politiewet, op grond waarvan de politie bevoegd is tot 'daadwerkelijke

38. Zie reeds mijn noot onder V.zr. Rb. Alkmaar 16 juni 2003, Gst. 2003, 150. Later bevestigd in ABRvS 9 maart 2005, AB 2005, 251 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder (Den Helder). Zie in dezelfde zin ABRvS 9 november 2005, LJN AU3839 (Utrecht).

39. M.A.D.W. de Jong, *Recht en praktijk inzake lokale ordehandhaving*, hoofdstuk 15 in: Muller & Michiels 2006, p. 411.

40. Gerechtshof Amsterdam 23 augustus 2005, Gst. 2006, 16 m.nt. Woltjer onder nr. 15. Gerechtshof Amsterdam 10 februari 2006, LJN AV1477 en Gerechtshof Den Haag 21 maart 2006 Gst. 2006 m.nt. L.J.J. Rogier. Zie verder hierover L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving (oratie EUR)*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006, p. 23-24.

41. Rb. Rotterdam 29 augustus 2000, LJN AA6924. Vgl. HR 20 april 2004, NBStraf 2004/208, waarin de Hoge raad met instemming het Gerechtshof Den Haag citeert inzake het registreren van strafbare feiten door beweegbare camera's die in Rotterdam zijn opgehangen volgens het Reglement Cameratoezicht Rotterdam-Rijnmond.

handhaving van de rechtsorde'. Hoewel ook de Hoge Raad een kortdurende observatie met een camera geen ontoelaatbare inbreuk op de privacy acht,⁴² heeft de wetgever gemeend in een meer precieze regeling met betrekking tot cameratoezicht te moeten voorzien en zich de in de rechtsgeleerde literatuur algemeen geuite kritiek dat artikel 2 Politiewet een te smalle basis biedt voor het maken van inbreuken op grondrechten terecht aangetrokken.

Cameratoezicht heeft mede tot doel ordeverstoringen te voorkómen. Ook dit valt volgens de regering onder de noemer 'handhaving van de openbare orde'.⁴³ Dit betekent dat sprake moet zijn van een gebied waarin zich onveilige situaties of met enige regelmaat wanordelijkheden voordoen.⁴⁴ Verder mogen met camera's uitsluitend beelden worden gemaakt van de bij wet en verordening aangewezen openbare plaatsen. Opnamen van hetgeen zich binnenshuis afspeelt zijn dus verboden.

Artikel 151c bevat op twee plaatsen verbindingen met het strafrecht. Het tweede lid bepaalt dat de burgemeester na overleg met de officier van justitie de periode vaststelt waarin gebruik van de camera's wordt gemaakt en de daarmee opgenomen beelden rechtstreeks worden bekeken. Het zevende lid van artikel 151c Gemeentewet bepaalt dat de beelden die met de camera's worden opgenomen kunnen worden verstrekt ten behoeve van de opsporing van een gepleegd strafbaar feit. Volgens het zesde lid worden de beelden maar vier weken bewaard. Maar als er vermoedelijke strafbare feiten op de beelden waarneembaar zijn wordt de bewaartermijn verlengd tot de beelden niet meer nodig zijn voor de opsporing, vervolging en berechting van de zaak.⁴⁵ Uit evaluatie-onderzoek blijkt dat in alle gemeenten waar camera's zijn opgehangen camerabeelden worden gebruikt voor opsporingsdoeleinden.⁴⁶

Overigens zal cameratoezicht naar verwachting ook een grote rol gaan spelen bij de preventieve bestrijding van terrorisme. Volgens de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding Joustra zijn er nieuwe generaties 'slimme' camera's die beginnen met registreren als er in het publiek individuen zijn die een afwijkend patroon vertonen.⁴⁷

Cameratoezicht is dus geaccepteerd. '1984' van George Orwell ligt al lang achter ons. *Big Brother is watching us all the time* en dat vinden we doodnormaal (zelfs op de televisie). Voor wie zich daar toch zorgen over maakt heeft Kortmann een wat cynische troost: 'Alle verkregen gegevens zullen door mensen van vlees en bloed moeten worden gebruikt en verwerkt. Wordt het aantal van die gegevens erg groot, dan komt de overheid er vanzelf in om.'⁴⁸

42. HR 20 april 2004, NBStraf 2004/208.

43. Kamerstukken II 2004/05, 29 440, nr. 16, Nota van Wijziging.

44. Opvallend is wel dat de cameragebieden aanmerkelijk kleiner zijn dan de Veiligheidsrisicogebieden, maar dat hangt wellicht samen met de kosten. Camera's zijn duur. Daarover: Jochem Kort, Gebiedsaanwijzingen in het kader van de openbare orde: een noodzakelijk kwaad? (scriptie EUR, Faculteit der Rechtsgeleerdheid), Rotterdam 2004.

45. A.H.C.M. Smeets, Camera's in het publieke domein, Privacynormen voor het cameratoezicht op de openbare orde, College bescherming persoonsgegevens, Den Haag 2004, p. 57.

46. S. Dekkers & G. Homburg, Evaluatie cameratoezicht op openbare plaatsen, Regioplan, Amsterdam 2006.

47. NRC Handelsblad, 4 en 5 maart 2006, p. 1 en 6.

48. C.A.J.M. Kortmann (hoogleraar Staatsrecht RUN), Cameratoezicht in de Gemeentewet, Gst. 2005, 7242, nr. 190.

Aanwijzingen ernstige overlast

Op 16 november 2006 is een conceptwetsvoorstel 'aanwijzingen ernstige overlast' gepubliceerd⁴⁹ dat zowel voorziet in een nieuwe bevoegdheid voor de burgemeester tot het geven van een gebiedsaanwijzing aan een persoon ter beëindiging van ernstige verstoringen van de openbare orde, als ook in een nieuwe bevoegdheid van de officier van justitie tot het geven van een gedragsaanwijzing aan de verdachte ter beëindiging van ernstig overlastgevend gedrag. De bevoegdheden zouden moeten worden opgenomen in twee nieuwe artikelen: 172a en 172b van de Gemeentewet, respectievelijk een nieuw artikel 509hh van het Wetboek van Strafvordering. Met deze voorstellen is uitvoering gegeven aan de moties Weekers en Van Schijndel, waarin de regering was gevraagd om de burgemeester de bevoegdheid te geven om een gedragsaanwijzing op te leggen aan 'notoire lastpakken' en de officier van justitie ter bescherming van slachtoffers en getuigen van misdrijven een bevoegdheid te geven tot gedragsaanwijzing aan verdachten die slachtoffers en getuigen bedreigen.⁵⁰

In het kader van dit preadvies is vooral de aanwijzingsbevoegdheid van de burgemeester van belang. De voorgestelde artikelen 172a en 172b Gemeentewet bepalen kortgezegd dat de burgemeester aan personen die de openbare orde verstoren voor de periode van drie maanden een gebiedsontzegging kan opleggen eventueel aangevuld met een meldingsplicht (zie voor de letterlijke tekst het preadvies van M.A.D.W. de Jong).

In de toelichting op deze artikelen wordt vermeld dat het preventieve instrumentarium van de overheid om hinderlijk en veelal strafbaar gedrag, dat zeer belastend is voor de omgeving te kunnen voorkomen, dient te worden versterkt. De toegevoegde waarde van de nieuwe burgemeestersbevoegdheid bestaat hierin, dat de daarmee op te leggen gebiedsontzegging aanzienlijk langer kan duren dan de gebiedsontzegging die thans op grond van de zogenoemde lichte bevelsbevoegdheid ex artikel 172 lid 3 Gemeentewet kan worden opgelegd. Uit de jurisprudentie kan worden afgeleid dat bevelen op grond van dit laatste artikel die langer duren dan vier weken niet rechtmatig zijn.⁵¹ Bovendien verzet een APV-bepaling, op grond waarvan een verblijfsontzegging van maximaal vier weken kan worden opgelegd, zich tegen de toepassing waarbij tijdens een periode waarin reeds een verblijfsontzegging van kracht is verblijfsontzeggingen te blijven opleggen zodanig dat een aansluitende periode van ontzeggingen ontstaat die de voorgeschreven maximale duur van de ontzegging overschrijdt.⁵² De voorgestelde maatregel in artikel 172b Gemeentewet kan voor maximaal drie maanden worden opgelegd en telkens met die periode worden verlengd tot een maximum van één jaar.

Ter onderbouwing van het voorstel wordt gewezen op de bevoegdheid van de burgemeester tot handhaving van de openbare orde, die twee elementen bevat: 'de daadwerkelijke voorkoming van zich concreet voordoende of dreigende verstoringen van de openbare orde enerzijds en de algemene, bestuurlijke, voorkoming van

49. <www.minbzk.nl/actueel>.

50. Kamerstukken II 2005/06, resp. 30 300 VI, nr. 57 en 28 684, nr. 76.

51. Rb. Rotterdam 6 september 2002, Gst. 2002, 4 m.nt. L.J.J. Rogier.

52. ABRvS 1 maart 2006, LJN AV2938.

strafbare feiten anderzijds. De burgemeester heeft in het kader van deze bestuurlijke verantwoordelijkheid een algemene zorg voor de voorkoming van strafbare feiten die invloed hebben op de orde en rust in de gemeentelijke samenleving naast de preventieve functie die van het strafrecht uitgaat', aldus de opstellers van het concept. Naar aanleiding van de motie Van Schijndel had minister Remkes reeds gewezen op de noodzaak om de verantwoordelijkheden van de burgemeester en de officier van justitie goed van elkaar te scheiden en onderling af te bakenen. Dat de officier van justitie belast is met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde wil echter niet zeggen dat de burgemeester in het geheel geen strafbare feiten zou mogen meewegen bij zijn beslissing om in een concreet geval aan een overlastpleger een gedragsaanwijzing op te leggen in het belang van de openbare orde. Als uitgangspunt bij de nieuwe bepalingen geldt dat de burgemeester alleen dan optreedt als de officier van justitie afziet van het dagvaarden van de verdachte en het geven van een gedragsaanwijzing. Praktisch gezien komt dit er op neer dat de burgemeester voordat hij tot een gebiedsontzegging overgaat contact opneemt met de officier van justitie, aldus de toelichting.⁵³

De redactie van de voorgestelde artikelen 172a en 172b is ten dele ontleend aan de artikelen 2 en 3 van het Wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid (zie par. 2.2.2). De toepassingscriteria zijn verschillend, maar daaruit overgenomen is de mogelijkheid dat niet alleen aan een persoon die herhaaldelijk de openbare orde heeft verstoord, maar ook aan een persoon *die op grond van zijn gedragingen rechtstreeks in verband kan worden gebracht met het herhaaldelijk verstoren van de openbare orde* een gebiedsaanwijzing kan worden opgelegd (zie verder par. 3.3).

Aan de burgemeester is in het conceptartikel 172a Gemeentewet bij het toepassen van de gebiedsaanwijzing een grote beleidsvrijheid gelaten. Gelet op de toetsing die de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State uitvoert bij bestuurlijke ophouding is te verwachten dat de burgemeester wel de nodige feiten en omstandigheden zal moeten aanvoeren.⁵⁴

2.1.3 Wet Bibob

Waar het gaat om de directe ondersteuning door het bestuursrecht van de aanpak van criminaliteit is de Wet Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur (Wet Bibob)⁵⁵ misschien wel het beste voorbeeld. De considerans van de wet zegt 'dat het wenselijk is dat bestuursorganen over de mogelijkheid beschikken om bepaalde subsidies of vergunningen te weigeren of in te trekken, indien sprake is van gevaar dat strafbare feiten zullen worden gepleegd, als ook om bepaalde overheidsopdrachten niet te gunnen of een overeenkomst terzake te ontbinden, indien door bedrijven niet of niet meer wordt voldaan aan de vereisten inzake betrouwbaarheid, en dat bestuursorganen zich bij het nemen van die beslissingen kunnen laten adviseren'.⁵⁶

53. Kamerstukken II 2005/06, 28 684, nr. 86, p. 3.

54. Vgl. ABRvS 9 augustus 2006, AB 2006, 413 m.nt. Brouwer en Schilder.

55. Stb. 2002, 347.

Aanvankelijk lag het accent bij deze wet op het voorkomen van misbruik van het bestuursrecht, doordat personen van dat bestuursrecht een (strafrechtelijk) ongepast gebruik zouden maken. Daartegen moest het bestuursrecht worden 'gewapend'. Struiksma en Michiels spraken in dat verband van 'gewapend bestuursrecht'.⁵⁷ Maar allengs is het accent verschoven naar de integriteitsbeoordeling door het openbaar bestuur ter voorkoming van criminaliteit.

De wetgever realiseerde zich terdege dat de Wet Bibob vage omschrijvingen bevat. Daarom heeft het wetgevingsproces vrij lang geduurd. De wetgever was hier gelet op het vereiste van duidelijkheid bij wetgeving dan ook aan een waagstuk bezig. De wet geeft in artikel 3 aan dat een vergunning kan worden geweigerd of ingetrokken als er ernstig gevaar bestaat dat deze mede zal worden gebruikt om uit strafbare feiten verkregen geld wit te wassen of om strafbare feiten te plegen. Het artikel geeft tevens aan hoe de mate van gevaar in beide gevallen kan worden vastgesteld. Zulks geschiedt op basis van 'feiten en omstandigheden die erop kunnen wijzen of doen vermoeden dat de betrokkene in relatie staat tot die strafbare feiten'. De betrokkene staat in relatie tot strafbare feiten als hij deze zelf heeft begaan, leiding geeft aan een rechtspersoon die deze feiten heeft begaan of in een zakelijk samenwerkingsverband staat tot een ander die deze feiten heeft begaan. In de formulieren die dienen voor een aanvraag van een beschikking of die worden gebruikt in het kader van een aanbesteding, zijn vragen opgenomen die erop gericht zijn de mate van gevaar vast te stellen en daar onderzoek naar te doen. Een weigering van de betrokkene om die vragen te beantwoorden of om aanvullende gegevens te verstrekken wordt aangemerkt als een 'ernstig gevaar'.⁵⁸

In haar eerste uitspraak over de Wet Bibob komt de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State tot het oordeel dat de burgemeester van Den Haag een vergunning voor de exploitatie van een seksinrichting terecht had geweigerd, omdat er sprake was van een ernstige mate van gevaar dat de vergunning mede zou worden gebruikt om strafbare feiten te plegen, nu op basis van onderzoek een ernstig vermoeden bestond dat de dochter van de aanvragers en haar bv zich schuldig hadden gemaakt aan strafbare feiten. Er was sprake van een zakelijk samenwerkingsverband als bedoeld in artikel 3, lid 4, aanhef en onder c Wet Bibob tussen de seksinrichting van de aanvragers en de bv van de dochter. Het begrip zakelijk samenwerkingsverband is in die wet opgenomen voor de situatie waarin een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, van wie geen justitiële of politieke antecedenten bekend zijn, als aanvrager van een vergunning optreedt, terwijl er zakelijk banden

56. Overigens is de idee om strafbare feiten op deze wijze te voorkomen niet uniek. Justitie beschikt behalve over de Wet Bibob over nog drie instrumenten om de gelegenheid om strafbare feiten te plegen binnen, of misbruik te maken door middel van een rechtspersoon of organisatie te beperken: de Verklaringen omtrent het gedrag (VOG) voor het aangaan van een arbeidsrelatie in een gevoelige functie; de Verklaring van geen bezwaar (VvGB) bij de oprichting van een vennootschap of wijziging van de statuten en de informatieverstrekking ten aanzien van insolvente bedrijven op grond van de Faillissementswet. Kamerstukken II 2002/03, 28 6000 hoofdstuk VI, nr. 2 (Justitiebegroting) p. 62-63.

57. J. Struiksma m.m.v. F.C.M.A. Michiels, *Gewapend bestuursrecht*, W.E.J. Tjeenk Wilink, Zwolle 1994. Michiels legt in zijn oratie *Houdbaar handhavingsrecht*, Kluwer, Deventer 2006, p. 41 uit dat bedoeld was het bestuursrecht te verstevigen, zoals men beton 'wapent' door staven en vlechtwerk.

58. Resp. art. 8-26, 30 en 4 Wet Bibob.

bestaan met personen die dergelijke antecedenten wel bezitten. In casu was sprake van een familierelatie, allen waren in dezelfde branche werkzaam, er was sprake van een rekening-courant verhouding tussen beide bedrijven en de bv had de aanvragers een lening verstrekt.⁵⁹ Weigering en intrekking van een vergunning kan bovendien geschieden als er bij de aanvraag of de verkrijging een strafbaar feit is gepleegd.⁶⁰ De weigering of intrekking is zelf geen punitieve sanctie. Dat zulks door betrokkenen soms wel zo wordt ervaren doet daaraan niet af.⁶¹

De Wet Bibob is van toepassing op subsidies en vergunning op grond van de wetten genoemd in artikel 1 en, indien bij gemeentelijke verordening van toepassing verklaard, op gemeentelijke vergunningen voor inrichtingen aangewezen bij algemene maatregel van bestuur (AMvB) krachtens artikel 7 van de wet.⁶² Verantwoordelijk voor de toepassing van de Wet Bibob is het bestuursorgaan dat bevoegd is de vergunning of de subsidie te verlenen of de aanbesteding te doen. Langs deze weg worden gewone bestuursorganen ingeschakeld bij de bestrijding van criminaliteit. Ze worden daarin bijgestaan door het Bureau Bibob dat onder de Minister van Justitie ressorteert. Dit bureau heeft tot taak desgevraagd advies uit te brengen over de mate van gevaar en de ernst van de feiten en omstandigheden als hiervoor genoemd en over een overheidsaanbesteding. Het bureau verzamelt en analyseert daartoe persoonsgegevens uit openbare registers en andere bronnen. In 2004 is de wet aangevuld in die zin dat het Bureau bij het verzamelen van gegevens nu ook gebruik kan maken van het sociaal-fiscaalnummer.⁶³ Bijzonder aan de Wet Bibob is ook dat de officier van justitie het bestuur er op kan wijzen dat een vergunninghouder of aanvrager in relatie staat tot strafbare feiten die zijn gepleegd of vermoedelijk gepleegd zullen worden.

Ondanks alle kritische geluiden bij de aanvang van de Wet Bibob⁶⁴ lijken de eerste ervaringen positief uit te pakken.⁶⁵ Het eerste verslagjaar van het Bureau Bibob bestrijkt de periode van juni 2003 tot en met december 2004. In die periode hebben 41 bestuursorganen 58 adviezen gevraagd. Hiervan zijn er 43 uitgebracht.⁶⁶ Uit het tweede jaarverslag van het Bureau Bibob⁶⁷ blijkt dat 71 adviezen zijn uitgebracht in 2005. En het aantal aanvragen neemt nog steeds toe.

59. Zie ABRvS 24 mei 2006, JB 2006, 217 m.nt. G. Overkleeft-Verburg, Gst. 2006, 153 m.nt. A. van den Berg en JG 06.0087 m.nt. C.M. van der Heijden.

60. Aldus sterk vereenvoudigd de inhoud van art. 3 leden 2, 3, 4 en 6 Wet Bibob.

61. ABRvS 22 november 2006, LJN AZ2786.

62. Het Besluit Bibob (Stb. 2003, 180) noemt in art. 4 de volgende sectoren en inrichtingen: a. natte en droge horeca (met inbegrip van coffeshops), b. seksinrichtingen in ruime zin (maar geen seks-winkels), c. de escortbranche d. smartshops en growshops en e. de speelautomatenbranche.

63. Stb. 2004, 320.

64. Zie bijv. J. Struiksma, Bibob voltrefter of afzwaaijer, NTB 9 november 2000, p. 265-270. Struiksma vroeg zich onder meer af of het OM niet een te grote inbreng kreeg. Zie ook T.J. van der Reijt, De Wet Bibob; de aanstaande praktisering van een geforceerd wetgevingsproduct, Gst. 2003, 89. Van der Reijt concludeerde onder meer: 'Wat in de sfeer van het strafrecht niet realiseerbaar is, moeten bestuursorganen nu proberen te bewerkstelligen.'

65. Zie de brief van de ministers Donner en Remkes over het rapport 'Resultaten quick scan Wet Bibob'. Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VI, nr. 105.

66. Zie Kamerstukken II 2004/05, 29 800 VI, nr. 160.

67. Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VI, nr. 172.

Mij is slechts een enkele rechterlijke uitspraak bekend waarbij de weigering of intrekking van een vergunning – want daar gaat het toch meestal om – onrechtmatig is geoordeeld of waarbij een voorlopige voorziening in het voordeel van de vergunningaanvrager of -houder is toegewezen.⁶⁸ Overigens biedt de wet meer mogelijkheden dan tot op heden door gemeentebesturen worden benut.⁶⁹ Maar het is niet allemaal hosanna. Naar aanleiding van de rigoureuze aanpak van de Amsterdamse Wallen met de Wet Bibob is de vrees uitgesproken dat de zaken daar in handen vallen van buitenlandse investeerders en stromannen, waar deze wet geen greep op zou hebben.⁷⁰ Maar deze vrees is geen wettelijk afwegingscriterium. En het is de vraag of de overheid zich daardoor zou moeten laten weerhouden de Wet Bibob toe te passen. De wet bepaalt overigens dat het Bureau Bibob de terzake bevoegde autoriteiten in het buitenland kan verzoeken na te gaan of aldaar strafrechtelijke gegevens bekend zijn van personen tot wie het onderzoek zich uitstrekt.⁷¹

2.1.4 Betrouwbaarheidstoets in de financiële sector

De Wet Bibob is niet van toepassing op vergunningen in het financiële bestuursrecht, hoewel dat op zichzelf best denkbaar zou zijn, want daar worden dezelfde doelen nagestreefd: het voorkomen van strafbare feiten. De financiële sector kent echter eigen regels om overtredingen te voorkomen en het goed functioneren van de verschillende financiële markten te bevorderen. De toezichthouders op deze markten, de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en De Nederlandsche Bank (DNB) beschikken over een aantal bevoegdheden om strafbare feiten in de financiële sector te voorkomen. Eén daarvan is de betrouwbaarheidstoets van bestuurders en beleidsbepalende personen van financiële ondernemingen. Deze personen dienen aan eisen van betrouwbaarheid en van deskundigheid te voldoen. Voorheen waren deze eisen te vinden in de verschillende financiële sectorwetten en in beleidsregels.⁷² Sinds 1 januari 2007 is het vereiste van betrouwbaarheid opgenomen in de Wet op het financieel toezicht, die op de hele financiële sector van toepassing is en die de sectorale wetten vervangt.⁷³ De wijze waarop wordt vastgesteld of de betrouwbaarheid van bestuurders en beleidsbepalende personen van financiële ondernemingen buiten twijfel staat en welke feiten en omstandigheden daarbij in aanmerking worden genomen is niet langer geregeld in beleidsregels maar in twee Algemene maatregelen van bestuur, het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit

68. Zie bijv. ABRvS 3 januari 2007, LJN AZ5492. Zie over de Wet Bibob ook het preadvies van C.M. Bitter & F.W. Bleichrodt.

69. Dat geldt in het bijzonder voor de verdovende middenbranche, de zogenoemde smartshops, growshops en coffeeshops. Zie daarover G. Overkleeft-Verburg, Toezicht en handhaving in het lokale veiligheidsbeleid, in: L.J.J. Rogier & H. de Doelder (red.), Toezicht, Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006, p. 87-88.

70. Zie Financieel Dagblad 1 december 2006, p. 3: Gemeente zet ondernemers buiten spel.

71. Art. 13 Wet Bibob.

72. Zie onder meer de desbetreffende artikelen in de Wet toezicht kredietwezen 1992, de Wet toezicht beleggingsinstellingen en het Besluit toezicht beleggingsinstellingen, de Wet toezicht effectenverkeer 1995 en het Besluit toezicht effectenverkeer 1995, de Wet toezicht verzekeringswezen 1993 en de Beleidsregels betrouwbaarheidstoetsing Stcr. 2005, nr. 20, p. 22.

73. Stb. 2006, 475, art. 3.9, 3.99 en 4.10 Wft.

gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.⁷⁴ Daarmee voldoet de betrouwbaarheidseis beter aan het legaliteitsvereiste.

In de AMvB's is bepaald dat de beoordeling van de betrouwbaarheid wordt vastgesteld aan de hand van strafrechtelijke, financiële, toezichts-, fiscaal bestuursrechtelijke en overige antecedenten. Onder strafrechtelijke antecedenten worden niet alleen veroordelingen terzake van relevante strafbare feiten begrepen, zoals witwassen van geld, maar ook transacties met het OM, (voorwaardelijk) sepot, vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging en processen-verbaal of rapporten waaruit betrokkenheid bij strafbare feiten blijkt. Onder overige antecedenten vallen onder meer tuchtrechtelijke en disciplinaire maatregelen.

Bij de beantwoording van de vraag of de betrokkene betrouwbaar is, moet de toezichthouder in beginsel alle betrokken belangen afwegen, tenzij het gaat om dermate ernstige antecedenten dat een belangenafweging achterwege kan blijven. Een gedraging die geen direct verband houdt met de financiële sector zal in het algemeen minder verstrekkende consequenties hebben dan een financieel relevante gedraging.⁷⁵ In het verleden bleek de AFM zwaar te tillen aan (mogelijke) overtredingen van de in dat verband genoemde bepalingen uit hoofdstuk XII Wte 1995, zoals transacties met voorwetenschap die mede als misdrijf zijn aangemerkt.⁷⁶ De jurisprudentie van vóór 2007 lijkt dan ook nog analoog van toepassing.⁷⁷

Het zal duidelijk zijn dat het hier om gevoelige persoonlijke gegevens gaat en dat daarmee de privacy van bestuurders in het geding is. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB), de hoogste rechter in dezen, stelt dan ook hoge motiveringseisen aan de vaststelling van de onbetrouwbaarheid van een bestuurder van een financiële instelling door de AFM. Zo oordeelde het CBB in een geval waarin bestuurders van een financiële instelling werden verdacht van handel in aandelen met voorwetenschap dat zorgvuldig dient te worden onderzocht en vastgesteld of er sprake is van koersgevoelige informatie en of er door bestuurders wordt gehandeld met voorwetenschap, bij gebreke waarvan niet kan worden geoordeeld dat deze bestuurders onbetrouwbaar zijn en het veld zouden moeten ruimen. Een marginale toetsing door de rechter van relevante feiten terzake volstaat in zulke gevallen niet.⁷⁸

In een ander geval oordeelde het CBB dat ook zonder dat sprake is van een oordeel van de strafrechter over strafbare feiten de toezichthouder zich op het standpunt kan stellen dat de betrouwbaarheid van een kandidaat-bestuurder van een financiële instelling niet buiten twijfel staat. De verdenking van een relevant strafbaar feit kon worden aangemerkt als een 'overig antecedent' in de zin van de eerdergenoemde beleidsregels. Dat de officier van justitie mogelijk zou afzien van vervolging maakte dat niet anders. De bedoeling van de wetgeving is om het vertrouwen in de financiële markten en instellingen te waarborgen.⁷⁹

74. Stb. 2006, 519 en 520.

75. Toelichting bij de beide besluiten genoemd in de vorige noot.

76. C.A. Doets & A.J.P. Tillema, Toezicht en handhaving, in: D.R. Doorenbos, S.C.J.J. Kortmann & M.P. Nieuwe Weme, Marktmisbruik, Kluwer, Deventer 2006, p. 344.

77. Vgl. CBB 14 november 2006, AB 2007, 42 m.nt. O.J.D.M.L. Jansen over de houder van een geldtransactiekantoor die niet in het daartoe bestemde register was ingeschreven en daarom als onbetrouwbaar werd aangemerkt.

78. CBB 12 september 2006, LJN AY7979.

79. CBB 18 april 2002, JOR 2002, 117.

2.1.5 Artikel 13b Opiumwet

Gemeenten staan bij de bestrijding van drugs en drugsoverlast twee soorten maatregelen ter beschikking, directe en indirecte. De indirecte maatregelen richten zich onder meer op de overlast die met de handel in en het gebruik van drugs gepaard gaat. Zo zijn in sommige gemeenten coffeeshops en growshops aan een vergunningplicht (met toepassing van de Wet Bibob) onderworpen. Een ander indirect instrument tegen drugsoverlast dat de gemeenten ten dienste staat is de bevoegdheid van de burgemeester om op grond van artikel 174a Gemeentewet een woning te sluiten, indien de openbare orde rond de woning wordt verstoord of de ernstige vrees bestaat voor verstooring van de openbare orde, onder meer door drugshandel.

Een meer direct instrument daartegen is artikel 13b Opiumwet, op grond waarvan de burgemeester drugsinrichtingen kan sluiten met bestuursdwang.⁸⁰ De burgemeester is overigens niet alleen bevoegd bestuursdwang toe te passen, maar middels artikel 5:32 lid 1 Awb in plaats daarvan ook bevoegd een andere herstelsanctie, een last onder dwangsom op te leggen, voor zover het belang dat de Opiumwet beoogt te beschermen zich daartegen niet verzet (art. 5:32 lid 3 Awb).

Het bijzondere van artikel 13b Opiumwet is dat de burgemeester bevoegd is bestuursdwang toe te passen niet omdat de openbare orde wordt verstoord, maar omdat in de inrichting drugs 'worden verkocht, afgeleverd, verstrekt dan wel daartoe aanwezig zijn'. Binnenkort zal de bevoegdheid zich ook uitstrekken tot woningen en daarmee wordt artikel 174a Gemeentewet voor drugswoningen overbodig⁸¹ (zie over art. 13b Opiumwet nader het preadvies van M.A.D.W. de Jong).

2.1.6 OM-afdoening

Niet zozeer als strafrechtelijk alternatief voor de bestuurlijke boete, maar als verbetering van de strafrechtelijke transactie is de OM-afdoening ontwikkeld, die onder meer bestuursrechtelijke beboeting in het strafrecht mogelijk maakt. In de Wet OM-afdoening⁸² is bepaald dat de officier van justitie een strafbeschikking – die onder meer kan bestaan uit een geldboete – kan uitvaardigen, indien hij vaststelt dat een overtreding is begaan, dan wel een misdrijf waarop een gevangenisstraf van maximaal zes jaar staat (art. 257a Sv). In dat opzicht is aangesloten bij de huidige transactiebevoegdheid van de officier van justitie in artikel 74 Sr die op den duur door de OM-afdoening zal worden vervangen, maar die na de inwerkingtreding van de wet (naar verwachting in najaar 2007) in een overgangsfase voorlopig nog even naast de OM-afdoening zal blijven bestaan.⁸³ Voor een OM-afdoening komen behalve overtredingen misdrijven als

80. Lid 1 van art. 13b Opiumwet luidt: 'De burgemeester is bevoegd tot toepassing van bestuursdwang indien in voor het publiek toegankelijke lokalen en daarbij behorende erven een middel als bedoeld in lijst I of II wordt verkocht, afgeleverd, verstrekt dan wel daartoe aanwezig is.' De leden 2 en 3 zijn hier niet van belang.

81. Zie wetsvoorstel Kamerstukken II 2005/06, 30 515.

82. Stb. 2006, 330. Zie daarover A.R. Hartmann, Stafbeschikkingen door bestuursorganen in de Wet OM-afdoening: bestuursstrafrecht exit? Strafbld, 2005 (4), p. 432-443.

83. M. Kessler, De Wet OM-afdoening, *Ars Aequi* 56 (2007) 1, p. 86-90.

eenvoudige mishandeling, diefstal en vernieling in aanmerking.⁸⁴ Met een strafbeschikking is dan ook onmiskenbaar bedoeld criminaliteit te bestrijden.

De bevoegdheid van de officier van justitie tot het opleggen van een boete kan in bij AMvB te bepalen gevallen ook worden verleend aan opsporingsambtenaren (art. 257b Sv). Bovendien kan bij AMvB in daarbij te bepalen gevallen de bevoegdheid tot het opleggen van een strafbeschikking worden verleend aan ‘gewone’ bestuursorganen, zoals de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders (art. 257ba Sv).⁸⁵ De uitoefening van deze bevoegdheid gebeurt dan onder toezicht van en volgens richtlijnen van het College van Procureurs-Generaal. Hiermee wordt het dus mogelijk dat bestuurlijke instanties een bestraffende sanctie kunnen gaan opleggen via het strafrecht. Een bestuurlijke strafbeschikking waarin een geldboete wordt opgelegd, is in wezen een in het strafrecht ingekaderde bestuurlijke boete, een door het bestuur opgelegde strafrechtelijke geldboete.

Overigens lijkt het de minister van justitie mogelijk bestuursorganen, waar dat verantwoord is, ook zelfstandige wettelijke bevoegdheden te geven een strafbeschikking uit te vaardigen. Deze laatste mogelijkheid vereist evenwel een afzonderlijk wetsvoorstel en is aan de orde indien toezicht door het OM op de buitengerechtelijke afdoening niet geïndiceerd is. Bepalend daarvoor is onder meer de verbondenheid van de aan het bestuursorgaan toe te delen strafbare feiten met andere vormen van criminaliteit, aldus de minister.⁸⁶

Het lijkt, gelet op het voorgaande derhalve niet uitgesloten dat ‘gewone’ bestuursorganen, zoals de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders, in de toekomst – al dan niet onder toezicht van het OM – een grotere rol krijgen toebedeeld bij de bestrijding van gewone criminaliteit.⁸⁷

Naast deze strafrechtelijke afdoening door het bestuur blijft evenwel de handhaving met bestuurlijke boeten in gevallen die zich daarvoor lenen mogelijk, bijvoorbeeld als het gaat om schending van ‘ethisch neutrale normen’ die eenvoudig kan worden geconstateerd, waarbij geen ingrijpende bevoegdheden nodig zijn en waarbij het OM geen rol hoeft te spelen. Van bestrijding van criminaliteit, in de in hoofdstuk 1 aangegeven zin, is in dat laatste geval geen sprake.

2.1.7 Naming & shaming

De financiële sector kent naast de betrouwbaarheidstoets nog een ander instrument om (verdere) overtredingen in deze sector te voorkomen. Dat is de mogelijkheid om een openbare waarschuwing uit te vaardigen bij overtreding van de regels en om het

84. Art. 300, 310 en 350 Sr.

85. Vgl. het ook door de OM-afdoening vervangen art. 37 WED en daarover: A.B. Blomberg, S. Verberk & F.C.M.A. Michiels, Een gunstig aanbod, Een onderzoek naar de werking van het transactiebesluit milieudelicten, Universiteit Utrecht, Centrum voor Omgevingsrecht en beleid/NILOS en B&A Groep, november 2002, p. 34.

86. Kamerstukken I 2005/06, 29 849 E, p. 2 en 12. Vgl. de huidige zelfstandige transactiebevoegdheid van de Fiscus (art. 76 Awr) die in de Wet OM-afdoening is vervangen door een zelfstandige bevoegdheid tot het opleggen van een strafbeschikking.

87. Keren we dan terug naar de justitiële ‘politie’ (in de zin van bestuur) uit de Franse tijd? Zie daarover; F.H. van der Burg, Preventieve justitie en plaatselijke politie (diss. RUL), Leiden 1961.

opleggen van boete- en dwangsbesluiten te publiceren.⁸⁸ De laatste mogelijkheid bestaat ook in het mededingingsrecht en in het milieurecht.⁸⁹ Verder zijn er plannen om ook op andere terreinen daartoe over te gaan.

Gaat het bij openbaarmaking volgens de wetgever en de toezichthouders primair om bescherming van de markt en het milieu, in de beleving van hen op wier gedag de waarschuwing en de sanctiebesluiten betrekking hebben ligt dat toch anders. Doorenbos noemt de openbaarmaking van bestuurlijke sanctiebesluiten en controleresultaten *naming & shaming* en hij ziet er zelfs een punitieve sanctie in, waarop artikel 6 EVRM van toepassing is. Hij voert daartoe drie redenen aan. De openbaarmaking vindt plaats op grond van de stelling dat sprake is van een wetsovertreding die in veel gevallen een economisch delict oplevert. De openbaarmaking is gekoppeld aan de overtreding van normen die in beginsel tot eenieder zijn gericht. En de aard en het gewicht van de sanctie zijn zodanig dat de conclusie dat sprake is van een *criminal charge* volgens hem alleszins gerechtvaardigd is. Doorenbos wijst ter vergelijking op de strafrechtelijke bijkomende straf van openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak (art. 9 lid 1 sub b 3^o Sr).⁹⁰

Michiels is genuanceerder. Wanneer de gegevens generiek zijn – bijvoorbeeld slechts aangeven dat in een bepaalde branche een zeker percentage van bedrijven bepaalde overtredingen pleegt – dan is volgens hem nog geen sprake van een sanctie. Bij een op een bedrijf of persoon toegespitste openbaarmaking van een overtreding en/of sanctie is dat wel het geval. Het gaat dan immers om een belastende maatregel jegens iemand die door de overheid wordt getroffen als reactie op niet-naleving en daarmee om een sanctie.⁹¹ Maar niet om een sanctie in de zin van artikel 5.0.2 lid 1 onder a Vierde tranche Awb, want ze bestaat niet uit een opgelegde verplichting of onthouden aanspraak.

Met de huidige regeling van openbaarmaking in de Wft is volgens de wetgever een verruiming beoogd van de publicatiemogelijkheden van toezichthouders ten opzichte van de voormalige sectorale wetgeving. De regeling is niet zonder discussie tot stand gekomen en in een laat stadium van het wetgevingsproces nog aangepast. Beoogd is beter duidelijk te maken dat het doel van publicatie niet is het straffen van de overtreder, maar het waarschuwen van partijen op de financiële markt.⁹²

In de eerste plaats kan de toezichthouder een openbare waarschuwing uitvaardigen, bij overtreding van de verbodsbepalingen en enkele andere bepalingen in de Wft.⁹³ De bedoeling is een betere voorlichting en bescherming van de consument. Maar gegeven de beleidsvrijheid die in de bevoegdheid besloten ligt is de belangen-

88. Art. 1:94-1:100 Wft.

89. Art. 65 Mededingingswet en art. 18.16p Wet milieubeheer. Vgl. art. 30 lid 2 Vo. EG 1/2003: 'In de bekendmaking worden de namen van de partijen en de belangrijkste punten van de beschikking, waaronder de opgelegde sancties [curs. LR], vermeld.'

90. D.R. Doorenbos, Voor altijd aan de schandpaal dankzij internet (oratie RU Nijmegen), 22 november 2006 (uitgesproken versie), <www.ru.nl>.

91. F.C.M.A. Michiels, Houdbaar handhavingsrecht (oratie UvT), Kluwer, Deventer 2006, p. 36.

92. Kamerstukken II 2005/06, 29 708 en 28 985 nr. 36.

93. Art. 1:94 Wft.

afweging uiteraard van groot belang.⁹⁴ Een publicatie mag bovendien de onschuld-presumptie geen geweld aan doen. De toezichthouder stelt de betrokkene vooraf in kennis van zijn voornemen om een openbare waarschuwing uit te vaardigen. En het uitvaardigen van de openbare waarschuwing geschiedt niet eerder dan dat vijf werkdagen zijn verstreken na de inkennisstelling. Indien in die periode wordt verzocht om een voorlopige voorziening, wordt de werking van het besluit opgeschort tot er een uitspraak is van de voorzieningenrechter.⁹⁵

In de tweede plaats kan de toezichthouder een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete terzake van zware overtredingen na het opleggen publiceren, eveneens nadat vijf werkdagen zijn verstreken. Alleen de gevallen die geleid hebben tot een ernstige inbreuk op de financiële toezichtwetgeving of een specifiek genoemd belang hebben geschaad, komen in aanmerking voor deze automatische publicatie. Maar als de openbaarmaking in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het toezicht op de naleving van de wet blijft deze achterwege. En ook hier wordt de openbaarmaking opgeschort, indien er een voorlopige voorziening is aangevraagd tot de uitspraak terzake. In alle overige gevallen maakt de toezichthouder het besluit tot oplegging van een boete openbaar nadat het rechtens onaantastbaar is geworden, behalve – ook hier – wanneer er strijd is of zou kunnen komen met het doel van het toezicht.⁹⁶

In de derde plaats vindt publicatie van de last onder dwangsom automatisch plaats nadat de dwangsom is verbeurd, tenzij ook deze publicatie in strijd is of zou kunnen komen met het doel van het toezicht. Wanneer een dwangsom wordt opgelegd, wordt de onderneming een periode gegund om de overtreding te beëindigen. In die periode wordt geen dwangsom verbeurd en zal ook geen publicatie plaatsvinden. En ook bij de last onder dwangsom kan de openbaarmaking door de voorzieningenrechter worden opgeschort.⁹⁷

In alle gevallen geldt dat de toezichthouder onverwijld overgaat tot openbaarmaking van een openbare waarschuwing, een boetebesluit of een dwangsombesluit, indien de belangen die de Wft beoogt te beschermen geen uitstel toelaten.⁹⁸ De motivering voor openbaarmaking zal in dat geval zwaarder zijn. Ook hier blijkt dat de bescherming van de belangen die de Wft op het oog heeft bij openbaarmaking vooropstaat.

Met deze regeling lijkt de discussie over het sanctiekarakter van de openbaarmaking verstomd, zoals ook Doorenbos in zijn oratie al aangaf. Ik ben van mening dat de openbaarmaking, noch van de door de toezichthouder gesignaleerde overtreding, noch van het boete- of dwangsombesluit een bestuurlijke sanctie is, laat staan een punitieve sanctie. Dat het veelal een belastende maatregel is als reactie op de niet-naleving van verplichtingen, maakt nog niet dat de reactie ook *strekt* tot herstel of

94. Vgl. CBB 1 september 2005, AWB 05/96 en 05/97 (niet gepubliceerd). Vgl. ook de onrechtmatige perspublicatie over geconstateerde overtredingen in een mededingingszaak, Hof Den Haag, 24 februari 2005, NJF 2005/178.

95. Art. 1:95 en 1:96 Wft.

96. Art. 1:97 en 1:98 Wft.

97. Art. 1:99 Wft.

98. Art. 1:96 lid 3 en 1:100 Wft.

bestrafing. Het is dus geen herstelsanctie noch een bestraffende sanctie, de enige twee smaken die het bestuurlijke sanctierecht kent.⁹⁹

2.1.8 Nieuwe maatregelen en ideeën

Er komen ook steeds nieuwe ideeën op om criminaliteit met bestuurlijke middelen te bestrijden. De politie heeft het soms over ‘tegenhouden’ en er wordt voortdurend gesproken over de verbetering van de uitwisseling van met informatietechnologie verkregen informatie. En voor het tegengaan van huiselijk geweld is een wetsvoorstel ingediend dat een tijdelijke uithuisplaatsing (huisverbod) mogelijk moet maken. Ik kijk daar eerst naar en daarna nog even naar de beide andere ideeën.

Huisverbod

In augustus 2006 heeft de regering een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer ingediend dat strekt tot het opleggen van een tijdelijk huisverbod aan personen van wie een ernstige dreiging van huiselijk geweld uitgaat.¹⁰⁰ Het huisverbod houdt in een ‘beschikking houdende een last tot het onmiddellijk verlaten van een bepaalde woning en een verbod tot het betreden van, zich ophouden bij of aanwezig zijn in die woning en een verbod om contact op te nemen met degenen die met de persoon tot wie de beschikking is gericht in dezelfde woning wonen of daarin anders dan incidenteel verblijven’ (art. 1). Het verbod wordt voor maximaal tien dagen opgelegd door de burgemeester of namens hem door een hulpofficier van justitie ‘indien uit feiten of omstandigheden’ blijkt dat de aanwezigheid van de persoon tot wie het huisverbod zich richt ‘in de woning ernstig en onmiddellijk gevaar oplevert voor de veiligheid van één of meer personen die met hem in de woning wonen of daarin anders dan incidenteel verblijven of indien op grond van feiten of omstandigheden een ernstig vermoeden van dit gevaar bestaat’ (art. 2 lid 1).

Het zal duidelijk zijn dat hier een aantal grondrechten in het geding is. De toelichting noemt de persoonlijke levenssfeer en het gezinsleven (art. 10 Grondwet en art. 8 EVRM), het huisrecht (art. 12 Grondwet en art. 8 EVRM), het recht op bewegingsvrijheid (art. 2 Vierde Protocol EVRM en art. 12 IVBPR) en het recht op ongestoord genot van eigendom (art. 1 lid 1 eerste zin Eerste Protocol EVRM). Een huisverbod vereist derhalve een legitiem doel en een stevige fundering in de wet.

Het bestuur is in dit geval geen ‘hulpsheff’, maar het bestuurlijke ingrijpen dient om in een concreet geval strafbare feiten te voorkomen, waar het strafrecht tekort-

99. In die zin is de omschrijving van een sanctie in H.D. van Wijk, W. Konijnenbelt & R.M. van Male, Hoofdstukken van bestuursrecht, dertiende druk, Elsevier Juridisch, Den Haag 2005, p. 430, waarnaar ook Michiels in zijn aangehaalde oratie onvolledig verwijst. W. Duk, Inleiding tot het bestuursrecht, tweede druk, Samsom, H.D.Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1988, p. 72, omschrijft sancties vollediger als reacties op overtredingen voor zover zij ertoe strekken de overtreder rechtstreeks in zijn belang te treffen. Zie ook W. Duk, Recht en slecht, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999, p. 212. Art. 5.0.2 Awb Vierde tranche bevat die strekking ook als lid 1 in zijn geheel wordt gelezen.

100. Kamerstukken II 2005/06, 30 657.

schiet. Het is echter de vraag of het bestuursrecht zich daarvoor moet lenen, zeker als er zulke zware inbreuken op grondrechten worden gemaakt.

Andere ideeën

Als bijzonder idee voor de bestrijding van criminaliteit trekt de aandacht de in Amsterdam ontwikkelde praktijk van het zogenoemde ‘tegenhouden’.¹⁰¹ Dit concept houdt in ‘het zodanig beïnvloeden van gedrag en van omstandigheden, dat criminaliteit of andere inbreuken op de veiligheid en de maatschappelijke integriteit worden voorkomen of vroegtijdig worden beëindigd door middel van een systeemgerichte, multidisciplinaire aanpak door verschillende actoren, die elk vanuit hun eigen kerntaken en verantwoordelijkheden opereren’.¹⁰² De politie maakt daarbij op ‘creatieve en innovatieve wijze’ gebruik van al haar middelen en bevoegdheden in onderlinge samenhang, zoals toezichtuitoefening, verkeerscontroles, staandhoudingen op grond van de Vreemdelingenwet, identiteitscontroles, enzovoort. Alle informatie uit deze activiteiten wordt bijeengebracht en systematisch geanalyseerd.¹⁰³ Zo treedt de Amsterdamse politie in dat kader niet op tegen strafbaar gedrag of vermeend strafbaar gedrag met strafvorderlijke middelen om zaken in het strafrechtelijke traject te doen afhandelen, maar om dit gedrag met inzet van alle beschikbare middelen te stoppen. Volgens de Amsterdamse politiefchef Kuiper is veiligheid meer een bestuurlijk dan een justitieel probleem.¹⁰⁴ De bewegingen van criminelen kunnen aan de hand van kentekens van auto’s worden gevolgd. Het gaat erom ‘het kwaad buiten te houden. Met camera’s kun je bijvoorbeeld zien wat er in Amsterdam binnen rijdt. En ik kan u vertellen, daar is opmerkelijk veel mis’, aldus Kuiper. Een ander voorbeeld betreft Nigeriaanse vrouwen die op het vliegtuig naar Nigeria werden gezet. Zij werden verdacht van straatprostitutie buiten de tippelzones en van het beroven van hun klanten. Hiervan werd echter geen proces-verbaal opgemaakt. De vrouwen werden met toepassing van de Vreemdelingenwet uit Nederland verwijderd.¹⁰⁵ Het zal duidelijk zijn dat deze vormen van bestuurlijk/politiek optreden op gespannen voet kan staan met het specialiteitsbeginsel.

Een andere idee is om *toezichttechnologie* aan te wenden niet alleen voor de uitoefening van toezicht, maar ook in toenemende mate bij de opsporing en vervolging van strafbare feiten. Hiervoor is reeds gewezen op cameratoezicht. Maar toezichttechnologie kent meer toepassingsmogelijkheden, zoals het toezicht op de telecommunicatie (o.a. het mobiele telefoonverkeer) en de toegangscontrole, plaatsbepaling en identificatie van personen en goederen en de bestandskoppeling.¹⁰⁶ Ingeval de daar-

101. Zie daarover ook het rapport ‘Spelverdeler in de opsporing’ van de Projectgroep Forensische Opsporing van de Raad van Hoofdcommissarissen, december 2004.

102. Zie het rapport ‘Tegenhouden troef’ van de Projectgroep Opsporing – 2 van de Raad van Hoofdcommissarissen, november 2003.

103. ‘Tegenhouden troef’, p. 42 en 43.

104. NRC-Handelsblad 20 december 2003, p. 41.

105. H. van de Bunt & R. van Swaaningen, Van criminaliteitsbestrijding naar angstmanagement, in: E.R. Muller (red.), Veiligheid, Kluwer, Deventer 2004, p. 674.

106. R.V. De Mulder, K.H. Oey & P.C. van Schelven, Veiligheid en Informatietechnologie, in: E.R. Muller (red.), Veiligheid, Kluwer, Deventer 2004, p. 711-740.

bij verkregen gegevens worden ingezet voor de bestrijding van criminaliteit dient een afweging te worden gemaakt tussen de bestuursrechtelijk beschermde privacy en het belang van opsporing en vervolging, veelal uitgedrukt in termen van veiligheid. Betoogd is dat de reikwijdte van het privacybegrip, zowel als de invulling daarvan, mede moeten worden begrepen tegen de achtergrond van de technologische ontwikkelingen en van de maatschappelijke ontwikkelingen.¹⁰⁷ Dat daarbij in toenemende mate de bestuursrechtelijke privacywetgeving betrokken raakt zal duidelijk zijn. Het is hier niet de plaats om daar uitgebreid op in te gaan, maar de Wet Bibob, hiervoor besproken, laat dat reeds zien. Ik verwijs verder naar het preadvies van C.M. Bitter en F.W. Bleichrodt.

2.2 De aanpak van terrorisme

2.2.1 Inleiding

Bij de bespreking van de aanpak van terrorisme door middel van het bestuursrecht is de focus gericht op maatregelen die door het bestuur worden ingezet en die onderworpen zijn aan het bestuursrecht. Zoals hiervoor uiteengezet vallen daar niet strafrechtelijke maatregelen onder. Maar de bestuurlijke aanpak sluit voor wat betreft de term terrorisme wel aan bij de strafrechtelijke terminologie.

Hierna wordt achtereenvolgens allereerst aandacht besteed aan het Wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid (par. 2.2.2); daarna aan de Aanwijzing van veiligheidsrisicogebied ter bestrijding van terrorisme (par. 2.2.3) en ten slotte aan het verschijnsel 'verstoren' (par. 2.2.4).

2.2.2 Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid

Voor de bestuurlijke aanpak van de bestrijding van terrorisme is op 19 mei 2006 een wetsvoorstel aan de Tweede Kamer aangeboden (Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid) waarvan de behandeling bij het schrijven van dit preadvies was gevorderd tot de Nota van wijziging (nr. 7).¹⁰⁸ Ik beperk mij in dit preadvies tot de rechtsstatelijke¹⁰⁹ en instrumentele aspecten van het voorstel.

De kern van het wetsvoorstel is de bevoegdheid die aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) wordt toegekend om, 'indien dat noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid, aan een persoon die op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan, een maatregel op te leggen strekkende tot beperking van de vrijheid van beweging' (art. 2 lid 1). Deze maatregel kan

107. Vgl. P. Kleve, R.V. De Mulder & C. van Noortwijk, Toezichttechnologie en recht, in: L.J.J. Rogier & H. de Doelder, Toezicht, Opstellen over veiligheidstoezicht en markttoezicht, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006, p. 211-236.

108. Kamerstukken II 2005/06, 30 566.

109. Zie daarover ook C.J.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar? NJB 2006, p. 2522-2530.

bestaan uit een verblijfsverbod voor een bepaald gebied (gebiedsverbod) en/of de nabijheid van bepaalde personen (persoonsverbod) en/of een meldingsplicht bij de politie (art. 2 lid 2). Een maatregel kan dus bestaan uit een van de genoemde beperkingen, maar ook uit een combinatie van twee of drie beperkingen. Het gebiedsverbod kan op twee manieren worden ingevuld: een verbod om zich in de omgeving van een bepaald object (bijvoorbeeld het Binnenhof) te bevinden, dan wel een verbod om zich in een bepaald deel van Nederland te bevinden (bijvoorbeeld de regio Rijnmond). Het persoonsverbod heeft betrekking op 'de nabijheid van' – dit zal in het besluit precies moeten worden aangegeven – van een bepaalde persoon (bijvoorbeeld een politicus). Bij de meldingsplicht wordt een politiebureau aangewezen waar de betrokkene zich periodiek moet melden.¹¹⁰ Een maatregel geldt voor een periode van drie maanden en kan telkens met een periode van drie maanden worden verlengd, maar niet langer duren dan twee jaren (art. 3).¹¹¹

Behalve in deze maatregel voorziet de wet in de mogelijkheid dat een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning wordt afgewezen of ingetrokken als de aanvrager, ontvanger of houder daarvan in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten en ernstig gevaar bestaat dat de beschikking mede zal worden gebruikt ten behoeve van terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan (art. 5). Dat lijkt zeer op de Wet Bibob. Aanvankelijk was het plan om deze bepaling in de Wet Bibob te incorporeren, maar bij nader inzien werd die wet daartoe niet geschikt bevonden. De Wet Bibob is slechts op een beperkt aantal sectoren van toepassing. En in het algemeen zijn deze niet van groot belang voor de bestrijding van terrorisme. Voorts hebben de weigeringsgronden van de Wet Bibob betrekking op (vermoedelijk) gepleegde of nog te plegen strafbare feiten, terwijl de preventie van terroristische activiteiten ruimer is geformuleerd. Daarom is er een aparte regeling in deze wet opgenomen.

Vanuit rechtsstatelijk oogpunt trekken vooral het toepassingscriterium van de maatregelen en het feit dat het hier gaat om een bestuurlijke bevoegdheid de aandacht. Het toepassingscriterium sluit aan bij de doelstelling van de wet. En deze is, zoals mede uit de considerans blijkt, de bescherming van de nationale veiligheid door de bestrijding van terrorisme. Het begrip nationale veiligheid is ontleend aan het EVRM. Daar is het een van de doelcriteria op grond waarvan onder meer het recht op vrijheid van beweging, dat hier in het geding is, kan worden beperkt. Overigens is het begrip in de jurisprudentie van het EHRM niet nader omljnd. Voor de omschrijving van 'terroristische activiteiten' is aansluiting gezocht bij het strafrecht. Het moet gaan om activiteiten die worden verricht met een terroristisch oogmerk als bedoeld in artikel 83a Sr (zie par. 1.3). Het wordt echter noodzakelijk geacht om reeds in een eerder stadium dan het strafrecht mogelijk maakt de bewegingsvrijheid van de betrokkene aan banden te leggen met als doel terroristische activiteiten of de steun daaraan te bemoeilijken en waar mogelijk te voorkomen.¹¹²

110. Kamerstukken II 20 566, nr. 3, p. 24-25.

111. Vergelijk het conceptvoorstel Aanwijzingen ernstige overlast, par. 2.2. hiervoor, dat voor de burgermeestersmaatregel ook termijnen kent van maximaal 3 maanden, maar met een maximale termijn bij verlenging van 1 jaar. Kennelijk kan de dreiging van terrorisme langer duren dan die van overlast.

112. Kamerstukken II 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 3.

2.2.3 Aanwijzing veiligheidsrisicogebied ex artikel 126zq Sv

Naar het voorbeeld van de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied door de burgemeester in verband met de aanwezigheid van wapens (zie par. 2.1.2), is door de wetgever ook de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied ter bestrijding van terrorisme mogelijk gemaakt. Maar in dat geval geschiedt de aanwijzing door de regering bij AMvB. Bij indicaties van een terroristisch misdrijf is de politie bij bevel daartoe van de officier van justitie op basis van de artikelen 126zq, 126zr en 126zs Sv reeds bevoegd voorwerpen en vervoermiddelen te onderzoeken en personen te fouilleren. Maar in de op basis van deze artikelen aangewezen gebieden kan dat ook zonder bevel van de officier van justitie.¹¹³

Inmiddels zijn in Nederland het Binnenhof in Den Haag, de centrale stations van de vier grote steden, de Nederlandse luchthavens alsmede de daaraan grenzende gebieden, de kerncentrale te Borssele en het Mediapark te Hilversum aangewezen als veiligheidsrisicogebied in deze zin.¹¹⁴ De aanleiding tot deze aanwijzing lag in de aanslag op de trein in Madrid op 11 maart 2004. Daarna is de bestaande regelgeving doorgelicht met het oog op terrorismebestrijding. Het lag volgens de regering 'niet in de rede stil te blijven zitten tot de vaststelling dat bestaande bevoegdheden te kort schieten met praktijkvoorbeelden kan worden gestaafd.'¹¹⁵

Met de aanwijzing van terrorismegebieden is – net zoals in een stedelijk veiligheidsrisicogebied – een aparte rechtsruimte in het leven geroepen waar een ander rechtsregiem geldt dan in de reguliere rechtsruimte in die zin dat in terrorismegebieden de aanleiding tot mogelijke inbreuken op grondrechten ruimer is en de aanwijzing niet aan tijd is gebonden. In dat verband kan men zich afvragen of hiermee wellicht een noodtoestand in het leven is geroepen zoals bedoeld in artikel 15 EVRM, op grond waarvan afwijkingen van het EVRM, zoals in casu van artikel 8 EVRM zij het voor bepaalde gebieden, dienen te worden gemeld bij de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa. Niet duidelijk is immers of onder artikel 15 EVRM ook die situaties vallen waarbij wel wordt afgeweken van het normale grondrechtenregime, maar zonder dat door de desbetreffende verdragsstaat uitdrukkelijk is verklaard dat er sprake is van een noodsituatie als bedoeld in artikel 15 EVRM.¹¹⁶

2.2.4 Persoonsgericht verstoren

Bij persoonsgericht verstoren gaat het er om een persoon van wie een (terroristische) dreiging uitgaat zodanig in de gaten te houden dat het hem of zijn omgeving duidelijk wordt dat hij onderwerp is van enigerlei overheidsoptreden, zonodig met gebruikmaking van andere wettelijke bevoegdheden, zodat de persoon feitelijk geen

113. De wettelijke grondslag voor het aanwijzen van terrorismegebieden, lid 4 van art. 126zq Sv, luidt: 'In bij algemene maatregel van bestuur aangewezen veiligheidsrisicogebieden kan voor de uitoefening van een in dit artikel bedoelde bevoegdheid onder bij die algemene maatregel van bestuur gestelde voorwaarden een bevel van de officier van justitie achterwege blijven.'

114. Stb. 2006, 730 (AMvB) in werking getreden tezamen met o.a. de art. 126zq, 126zr en 126zs Sv op 1 februari 2007 (Stb. 2006, 731).

115. Kamerstukken II 2005/06, 30 164, nr. 3, p. 3.

116. Vgl. R. de Lange, Noodrecht en grondrechten, NJCM-Bulletin, jrg. 30 (2005), nr. 5 p. 549.

rol meer zal kunnen spelen in aan terrorisme gerelateerde zaken.¹¹⁷ Deze vorm van overheidsoptreden tegen terrorisme staat naast strafrechtelijk optreden, het hantieren van de vreemdelingenwet (vgl. het 'tegenhouden' in par. 2.1.8) of andere vormen van indirect optreden tegen criminaliteit (zie de 'grensgevallen' hiervoor genoemd in par. 2.1.2). Verstoren geschiedt door de politie onder verantwoordelijkheid van de burgemeester.¹¹⁸ Het politieoptreden kan onder meer bestaan uit het brengen van een huisbezoek door de wijkagent; het uitnodigen op het politiebureau; het benaderen van contacten uit de omgeving van de persoon (familie, werk, of school), het bezoeken van ontmoetingsplaatsen (beluizen, cafés), het verspreiden van 'Meld Misdad Anoniem'-kaartjes in de woonomgeving,¹¹⁹ opvallend surveilleren, regelmatig opbellen en aanbellen, bij het surveilleren voor de woning van de betrokkene stilhouden en het regelmatig voeren van gesprekken met de betrokkene.

Uit de jurisprudentie zijn twee gevallen van 'verstoren' bekend, beide uit Amsterdam. In het ene geval oordeelde de Amsterdamse rechter in kort geding het verstoren onrechtmatig.¹²⁰ In het andere geval oordeelde dezelfde rechtbank in kort geding de verstoringsactie niet op voorhand onrechtmatig.¹²¹ Over de wettelijke grondslag voor de bevoegdheid tot 'verstoren' is wel het nodige op te merken (zie daarvoor het preadvies van M.A.D.W. de Jong).

117. Kamerstukken II 2003/04, 29 754, nr. 1, p. 11.

118. Zie het antwoord op kamervragen inzake een rechterlijke uitspraak over verstoringsacties, Kamerstukken II 2005/06, aanhangsel 693, waar minister Donner van Justitie spreekt over 'het besluit van de burgemeester om (...) te verstoren (...)'.¹¹⁹

119. J.P.H. Donner, minister van Justitie & J.W. Remkes, minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Kritiek op persoonsgerichte aanpak onjuist, Binnenlands Bestuur, 21 juli 2006.

120. Rb. Amsterdam 1 december 2005, NBStraf 2006/97, NJF 2006, 57, AB 2006, 284 m.nt. J.G. Brouwer. De minister van Justitie wees er op dat deze uitspraak niet zozeer de vraag betrof of de verstoringsactie op zichzelf onrechtmatig werd geacht, als wel de vraag van de proportionaliteit op het moment dat de zaak speelde. Kamerstukken II 2005/06, 29 754, nr. 64, p. 7.

121. Rb. Amsterdam 9 maart 2006, AB 2006, 389 m.nt. J.G. Brouwer.

3 Vergelijking en conclusies

3.1 Inleiding

Bij de beschrijving van de verschillende hiervoor genoemde bestuurlijke maatregelen heb ik mij vooral gericht op rechtsstatelijke en instrumentele criteria. Het doel, de bedoeling van de wetgever, en in dat kader de noodzakelijkheid van de maatregel, stond daarbij voorop. Verder is gekeken naar het legaliteitsvereiste, de wettelijke grondslag van de maatregel, en naar de vraag welk bestuursorgaan met de toepassing van de maatregel is belast. En ten slotte is gekeken naar de proportionaliteit en subsidiariteit en naar procedurele normen en bewijs.

Hierna volgen aan de hand van deze criteria enkele vergelijkende beschouwingen ten aanzien van de beschreven maatregelen en enkele conclusies.

3.2 Doelen

Zoals uit het voorgaande blijkt hebben de maatregelen ter bestrijding van criminaliteit en terrorisme verschillende doelstellingen. Bij de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden, de plaatsing van camera's in de publieke ruimte en bij de aanwijzingen ter voorkoming van ernstige overlast staat niet de bestrijding van criminaliteit, laat staan terrorisme, voorop. De aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied door de burgemeester geschiedt bij verstoring van de openbare orde of bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan (art. 151b Gemeentewet). De criminaliteitsbestrijding (het zoeken naar wapens) wordt vervolgens door de officier van justitie en de politie ter hand genomen. Maar bij de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied bij AMvB ter bestrijding van terrorisme is niet expliciet aangegeven op grond waarvan de aanwijzing geschiedt en blijkt slechts uit de context dat het gaat om aanwijzingen van terroristische misdrijven. En de strijd tegen het terrorisme, in het bijzonder het voorkomen van terroristische aanslagen, heiligt sinds *nine eleven* en wat daarop volgde vele middelen. Daarvoor moeten de grondrechten wijken.¹²²

Camera's worden opgehangen in de publieke ruimte in het belang van de handhaving van de openbare orde, maar de daarmee opgenomen beelden kunnen ook worden gebruikt ten behoeve van de opsporing van een strafbaar feit (art. 151c lid 7 Gemeentewet). De voorgestelde bepalingen met betrekking tot een gebiedsontzegging en een

122. 'Terreur is voor ons bekend terrein. De staat heeft de plicht om de onschuldige bevolking te beschermen', aldus de president van het EHRM, justice Jean-Paul Costa in een interview in NRC Handelsblad van 10/11 februari 2007, p. 19.

meldingsplicht ter bestrijding van terrorisme en de in concept voorgestelde bepalingen inzake de Aanwijzingen door de burgemeester ter voorkoming van ernstige overlast dienen ter bescherming van de nationale veiligheid, respectievelijk de openbare orde en daarmee worden indirect criminaliteit, terroristische misdrijven, respectievelijk strafbare feiten die invloed hebben op de openbare orde, bestreden.

Het doel van ‘persoonsgericht verstoren’ is het voorkomen van terroristische activiteiten, criminaliteit dus. Het gaat in elk geval niet (primair) om de openbare orde (zie het preadvies van M.A.D.W. de Jong). Ter onderbouwing van de voorgestelde ‘gedragsaanwijzing’ door de officier van justitie wordt expliciet gesteld dat het doel is ‘het onmiddellijk voorkomen of beëindigen van strafbaar gedrag dat belastend is voor bewoners in een buurt of voor andere personen’. Strafbaar gedrag in een concrete situatie dus en niet de preventie van criminaliteit in het algemeen. Bij dat laatste heeft het bestuur en het bestuursrecht een taak.

De bedoeling van het huisverbod is volgens de toelichting dat de voortdurende spanningen en de eventueel aan huiselijk geweld ten grondslag liggende geweldspiraal wordt weggenomen. Op dit moment is het nog niet mogelijk om in een dreigende situatie waarin gevaar kan ontstaan voor lijf en leden van één of meer personen van overheidswege op te treden, omdat er (nog) geen (aantoonbare) strafbare feiten zijn gepleegd.¹²³

Het doel van de publicatiemogelijkheden in de financiële sector is preventie van financiële criminaliteit. Ook al denken anderen daar anders over (*naming & shaming*), het gaat daar volgens de wetgever primair om de bescherming van de financiële markt en ik ben het daar mee eens.

Expliciet gericht op het voorkomen van mogelijke criminele gedragingen is de Wet Bibob. En dat geldt ook voor de betrouwbaarheidstoets in de financiële sector en de ‘bibobmaatregelen’ ter voorkoming van terroristische activiteiten. Ook het zogenoemde ‘tegenhouden’ en de aanwending van toezichttechnologie is bedoeld voor situaties waarin nog onbepaalde criminaliteit dreigt.

Artikel 13b Opiumwet gaat echter een stap verder. Dat artikel voorziet in een bestuurlijke sanctie (bestuursdwang of last onder dwangsom) bij de overtreding van de Opiumwet in concrete gevallen en is daarmee gericht op het feitelijk verhinderen of verder voorkomen van deze vorm van criminaliteit. Dat geldt ook voor het voorgestelde huisverbod. Deze maatregelen horen in het strafrecht thuis.

De OM-afdoening is ook gericht op criminaliteit. Ze is ontwikkeld als een verbetering van de strafrechtelijke transactie, maar het is in wezen een in het strafrecht ingekaderde bestuurlijke boete. Van dat laatste zou ook sprake kunnen zijn wanneer ‘gewone’ bestuursorganen een zelfstandige in het strafrecht ingekaderde strafbevoegdheid zouden krijgen. Daarmee zou het gewone bestuur criminaliteit gaan bestrijden. En dat is uit een oogpunt van rechtsstatelijke bevoegdheidsverdeling onwenselijk. Ook al kunnen criminele gedragingen bij de bestuurlijke handhaving gewicht in de schaal leggen,¹²⁴ de functie van het bestuursrecht is niet criminaliteitsbestrijding in individuele gevallen.

123. Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 1.

3.3 Legaliteitsbeginsel

Over de wettelijke fundering van de in dit preadvies genoemde maatregelen is al veel geschreven. Voor de verdragsrechtelijke eisen die daarbij gelden verwijs ik naar het preadvies van M.A.D.W. de Jong. Ik beperk mij in deze par. tot de (onvoldoende) wettelijke grondslag en de (on)duidelijkheid van sommige bepalingen.

Wettelijke grondslag

Uit de wetsgeschiedenis van de artikelen 151b (veiligheidsrisicogebieden) en 151c (cameratoezicht) en de toelichting op de in concept opgestelde artikelen 172a en 172b Gemeentewet blijkt duidelijk waarom hier een specifieke formeelwettelijke grondslag is vereist om inbreuken op de bij de toepassing van deze artikelen in het geding zijnde grondrechten mogelijk te maken. Zo biedt artikel 2 Politiewet onvoldoende grondslag voor cameratoezicht, al had de strafrechter daar aanvankelijk weinig moeite mee, en biedt artikel 172 lid 3 Gemeentewet onvoldoende basis voor langdurige verblijfsontzeggingen. Het is dan ook niet goed te begrijpen waarom de wettelijke grondslag voor de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden ter bestrijding van terrorisme in artikel 126zq Sr (zie par. 2.2.3) zo zuinig is geredigeerd en waarom bij maatregelen als ‘tegenhouden’ en ‘verstoren’ zo weinig aandacht is voor een deugdelijke wettelijke grondslag. Niet duidelijk is waar ‘tegenhouden’ wettelijk op is gebaseerd.¹²⁵ De algemene toezichthoudende taak van de politie (art. 2 Politiewet) lijkt daarvoor in elk geval een te smalle basis, als bijvoorbeeld de privacy in het geding is. Wanneer gebruik wordt gemaakt van de controle- en handhavingsbevoegdheden in de Vreemdelingenwet of van de Wegenverkeerswet om criminaliteit te bestrijden (zie hiervoor par. 2.1.8) maken politie en bestuur zich schuldig aan *détournement de pouvoir*.

Over de wettelijke grondslag voor het zogenoemde persoonsgerichte ‘verstoren’ is veel te doen. De wettelijke grondslag voor dit optreden van de politie wordt door de verantwoordelijke ministers en burgemeesters gezocht in artikel 172 Gemeentewet en in de artikelen 2 en 12 Politiewet.¹²⁶ Maar niet iedereen is het daarmee eens. Onder meer Brouwer, Elzinga en ik hebben daartegen stelling genomen.¹²⁷ Noch artikel 172 Gemeentewet, noch de artikelen 2 en 12 Politiewet bieden een bevoegdheidsgrondslag voor de politie om ‘persoonsgericht verstorend’ te kunnen optreden

124. Zie behalve de voorkoming van criminele gedragingen bij de handhaving van de openbare orde, ABRvS 30 maart 2001, AB 2001, 189 m.nt. Damen. In deze zaak werd de standplaatsvergunning van een marktkoopman op de Albert Cuypmarkt in Amsterdam in het belang van de rust en orde op de markt voor de duur van één week ingetrokken, omdat deze zijn buurman met de stang van een kledingrek had afgetuigd.

125. Uit de rapporten ‘Spelverdeler’ en ‘Tegenhouden troef’ (zie de noten 101 en 102) en de bijlagen bij Kamerstukken II 26 684, nr. 92, Naar een veiliger samenleving, Achtste voortgangsrapportage, oktober 2006, p. 25 en de bijlage daarbij p. 52 blijkt dat niet.

126. Zie het antwoord van minister Donner op kamervragen, Kamerstukken II 2005/06, Aanghangsel 693.

127. J.G. Brouwer, Van nachtbrakers tot terroristen, Over persoonsgericht verstoren (oratie RUG), 13 juni 2006, Groningen, D.J. Elzinga, Burgemeester strafbaar bij persoonlijk verstoren, Binnenlands bestuur, 2006, p. 19 en L.J.J. Rogier, Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving (oratie EUR), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006.

(zie daarover meer uitgebreid het preadvies van M.A.D.W. de Jong). De conclusie moet dan ook zijn dat het optreden van de politie onder gezag van de burgemeester bij persoonlijke verstoringsacties in strijd is met de wet en daarmee onrechtmatig. Brouwer acht de burgemeester zelfs strafbaar als hij opdracht geeft tot verstoringsacties van meer dan geringe intensiteit.¹²⁸

Duidelijkheid

Bij mate van (on)duidelijkheid van sommige van de hiervoor genoemde maatregelen zijn (ook) wel enige kanttekeningen te maken. Ten aanzien van de formuleringen in artikel 3 van de Wet Bibob, *ernstig gevaar, in relatie staan tot strafbare feiten en zakelijke samenwerkingsverband* (zie par. 2.1.3) is ernstig betwijfeld of deze voldoende duidelijk zouden worden bevonden. Maar de rechter lijkt er tot op heden geen problemen in te zien. Het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen ter bestrijding van terrorisme sluit daarbij aan waar het bepaalt dat een subsidie, vergunning, ontheffing of erkenning wordt afgewezen of ingetrokken als de aanvrager, ontvanger of houder daarvan *in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten en ernstig gevaar bestaat dat de beschikking mede zal worden gebruikt ten behoeve van terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan* (art. 5). Maar het probleem zit hier in de term ‘terroristische activiteiten’ (zie hierna).

In de financiële sector zit de onduidelijkheid in de vraag wanneer iemand als ‘betrouwbaar’ kan worden aangemerkt. Daar heeft de wetgever ervoor gekozen meer duidelijkheid te geven middels twee algemene maatregelen van bestuur (zie par. 2.1.4). Bij de publicatiemogelijkheden in de financiële sector (*naming & shaming*) daarentegen ligt het probleem niet zozeer in de onduidelijkheid van de desbetreffende bepalingen, maar in de beleidsvrijheid tot toepassing en daarmee in de voorspelbaarheid daarvan. Het is aan de toezichthouder of deze van oordeel is of de bescherming van de markt gebiedt dat een waarschuwing wordt uitgevaardigd of dat een besluit tot het opleggen van een boete of een last onder dwangsom al dan niet (en zonder uitstel) wordt gepubliceerd. De door de wet ingebouwde vertragingstermijn van vijf dagen, waarbinnen de rechter kan worden benaderd, biedt evenwel mogelijkheden tot vermindering van de onzekerheid (zie par. 2.1.7).

Het toepassingscriterium van het voorstel van Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid (zie par. 2.2.2), waar het gaat om *een persoon die op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan*, roept ook de nodige vragen op. Bij ‘ondersteuning’ moet worden gedacht aan het behulpzaam zijn bij het verrichten van terroristische activiteiten door een ander of het verschaffen van gelegenheid, middelen of inlichtingen tot het verrichten van terroristische activiteiten door een ander. Dat stemt geheel overeen met wat strafrechtelijk onder ‘medeplichtigheid’ wordt verstaan en maakt de afbakening met het strafrecht niet duidelijker.¹²⁹ De indicatie dat de betrokkene ‘in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan’, moet

128. Brouwer 2006, p. 39.

129. Art. 48 Sr.

zijn gegrond op gedragingen van de betrokkene. Dit biedt een waarborg voor de objectieve toetsbaarheid, aldus de toelichting.¹³⁰ Maar een AMvB of een ministeriële regeling waarin is vastgelegd hoe tot dat oordeel wordt gekomen en welke omstandigheden daarbij in aanmerking worden genomen (vgl. de betrouwbaarheidstoets) ontbreekt hier. Het is te hopen – en dat geldt evenzeer voor de hierna genoemde vage termen en begrippen – dat er in elk geval beleidsregels komen die meer duidelijkheid en voorspelbaarheid geven. Immers, de aansluiting bij de strafrechtelijke terminologie geeft in dit geval weliswaar enig houvast, maar of daarmee een helder en toetsbaar toepassingscriterium is gegeven, kan worden betwijfeld.¹³¹

De redactie van de in concept voorgestelde bepalingen 172a en 172b Gemeentewet (Aanwijzingen ernstige overlast) blinkt, zo mogelijk, nog minder uit in helderheid. Een gebiedsaanwijzing kan worden opgelegd aan *een persoon die herhaaldelijk de openbare orde heeft verstoord, of die op grond van zijn gedragingen rechtstreeks in verband kan worden gebracht met het herhaaldelijk verstoren van de openbare orde*. Weliswaar merkt de toelichting op dat uit een oogpunt van voorzienbaarheid niet kan worden geëist dat voor ieder concreet geval de norm zo precies wordt geformuleerd dat deze geheel is toegesneden op het desbetreffende geval. Maar de redactie is nog vager dan die in het Wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid. Daar wordt gesproken van gedragingen ‘in verband met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan’. Al kan aan de toepasbaarheid van deze omschrijving worden getwijfeld, voor het begrip terrorisme kan in elk geval nog aansluiting worden gezocht bij het strafrecht.¹³² Verstoringen van de openbare orde zijn veel lastiger te bepalen, laat staan hoe men daarmee op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht. In een AMvB (vgl. de betrouwbaarheidstoets en het huisverbod, paragrafen 2.1.4 en 2.1.8) of een ministeriële regeling die daarin meer duidelijkheid zouden kunnen scheppen, is niet voorzien en beleidsregels zijn niet in het vooruitzicht gesteld. De toelichting op dat punt biedt ook niet veel houvast. Er moet in elk geval sprake zijn van gedragingen van de betrokkene. ‘Hierbij kan onder meer worden gedacht aan personen die anderen aanzetten tot verstoring van de openbare orde of personen die een regierol vervullen bij het verstoren van de openbare orde.’ Het kan blijkens de toelichting zelfs gaan om *dreigend* belastend gedrag, al blijkt dat niet uit de redactie van de beide burgemeestersbepalingen. Als het gaat om strafbare feiten waardoor de openbare orde wordt verstoord, komt de maatregel gevaarlijk ver op het terrein van het strafrecht en overschrijdt ze de grenzen van het bestuursrecht. Dan is veeleer te denken aan strafbare voorbereidingshandelingen, aan uitlokking en ‘doen plegen’.

De redactie van de bepaling op grond waarvan een huisverbod kan worden opgelegd (zie par. 2.1.8) ten slotte, bevat ook een aantal vage formuleringen: *feiten en omstandigheden, ernstig en onmiddellijk gevaar voor de veiligheid van één of meer personen en een ernstig vermoeden van dit gevaar*. Ook hier is het de bedoeling dat wordt opgetreden in een stadium nog voordat het strafrecht bruikbaar is. En ook hier is de afbakening

130. Kamerstukken II 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 18.

131. C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, *Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?*, NJB 2006, p. 2522-2530.

132. Art. 83a Sr omschrijft wat onder een terroristisch oogmerk dient te worden verstaan.

met het strafrecht niet eenvoudig te bepalen. Maar belangrijker is hier de vraag waarom de burgemeester als bevoegd orgaan is aangewezen. Daarover hierna.

3.4 Bestuursorgaan

De bestrijding van criminaliteit en terrorisme is in eerste instantie opgedragen aan het OM. In die zin is de OM-afdoening ook geen nieuws. De officier is en blijft het bevoegde orgaan, maar hij krijgt met deze bevoegdheid wel een zelfstandiger positie. Ter uitvoering van de andere hiervoor genoemde bestuurlijke maatregelen ter bestrijding van criminaliteit en terrorisme wordt een beroep gedaan op andere bestuursorganen. In de meeste gevallen op de burgemeester.

Bij criminaliteit

Dat de burgemeester, gezien zijn verantwoordelijkheid voor de handhaving van de openbare orde, bij de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden (art. 151b Gemeentewet) cameragebieden (art. 151c Gemeentewet) en bij de conceptvoorstellen 'aanwijzingen ernstige overlast' indirect bijdraagt aan de aanpak van criminaliteit is nog goed te verdedigen, omdat de verstoring van de openbare orde veelal mede plaatsvindt door criminaliteit. Bij de sluiting van een inrichting (en straks ook een woning) op grond van artikel 13b Opiumwet, bij het 'huisverbod' en bij 'tegenhouden' door de politie onder verantwoordelijkheid van de burgemeester is de aanwijzing van de burgemeester als bevoegd en verantwoordelijk bestuursorgaan minder goed te verdedigen.

De burgemeester is een vreemde eend in de bijt van de Opiumwet. Hij heeft geen specifieke taken bij de bestrijding van drugs. Met het toezicht op de naleving van de Opiumwet zijn de onder de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ressorterende ambtenaren van het Staatstoezicht op de volksgezondheid belast.¹³³ Hennekens zoekt als verklaring voor de aanwijzing van de burgemeester het tekort aan inzet van justitiële middelen en het Staatstoezicht voor de volksgezondheid, maar toch vooral het noodzakelijk geachte optreden tegen de grote drugsoverlast, veelal gepaard gaande met crimineel gedrag.

Uit een oogpunt van staatsrechtelijke bevoegdheids- en verantwoordelijkheidsverdeling is het ook vreemd dat de burgemeester met het geven van een huisverbod wordt belast. Dit is volgens de toelichting 'een geheel nieuwe op zichzelf staande bevoegdheid'. Het gaat bij het huisverbod niet om een algemene, maar om een concrete individuele maatregel. Dat laatste is weliswaar mogelijk als de maatregel strekt tot het voorkomen van strafbare feiten die verband houden met de verstoring van de openbare orde, maar dat is hier niet het geval. Huiselijk geweld speelt zich af achter de voordeur in de privésfeer.¹³⁴ De bestrijding van criminaliteit is wel mogelijk in de privésfeer, maar niet door de burgemeester.¹³⁵ Wanneer de burgemeester individuele aanwijzingen zou geven ter voorkoming van bepaalde strafbare feiten

133. Art. 8j Opiumwet.

overschrijdt hij zijn bevoegdheid en komt hij op het terrein van de officier van justitie, die belast is met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.¹³⁶ De bevoegdheid behoort niet tot het complex van handhavingsbevoegdheden met betrekking tot de openbare orde die zijn opgenomen in de Gemeentewet, merkt de toelichting terecht op.¹³⁷ Het is dan ook een bevoegdheid die niet pas in de huidige staatsrechtelijke verhoudingen.¹³⁸ Dat er bij huiselijk geweld hulpdiensten moeten worden ingeschakeld, vormt daarvoor een onvoldoende rechtvaardiging.¹³⁹ En het eveneens in de toelichting genoemde artikel 12 Politiewet kan voor deze bevoegdheid van de burgemeester helemaal geen wettelijke grondslag bieden (vgl. ‘verstoren’, par. 2.1.8). In mijn oratie¹⁴⁰ heb ik opgemerkt dat over zo’n huisverbod niet het bestuur, maar de rechter zou moeten beslissen. Want het gaat hier om het voorkomen van dreigende of verdergaande strafrechtelijke vergrijpen in een concreet geval. Dat valt onder de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en niet onder de bestuursrechtelijke handhaving van de openbare orde.¹⁴¹

Het voorstel hinkt trouwens op twee gedachten doordat de burgemeester aan de hulpofficier van justitie mandaat, onderscheidenlijk machtiging, kan verlenen en de minister van justitie nadere regels kan geven met betrekking tot het huisverbod. Wanneer de burgemeester geen mandaat aan de hulpofficier van justitie verleent zal hij veelal ook met de hulpofficier van justitie overleggen over de vraag of een huisverbod moet worden opgelegd. Gezien zijn opleiding en ervaring is deze in staat in een feitelijke situatie de primaire afweging te maken of een strafrechtelijke aanpak of een bestuursrechtelijk huisverbod aangewezen is, aldus de toelichting.¹⁴² Het accent ligt dus bij de politie, waarvan de hulpofficier van justitie deel uitmaakt. Dat is ook niet zo vreemd, want het wetsvoorstel is gemaakt naar Duitse en Oostenrijkse voorbeelden, waar de bevoegdheid tot het geven van een huisverbod echter *geheel* bij de

-
134. De Lange signaleert in zijn opstel ‘De transformatie van de publieke ruimte’ (K.J. de Graaf e.a. (red.), *Op tegenspraak*, Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006, p. 46-47) een vervaging tussen de persoonlijke levenssfeer en de openbare sfeer: ‘Met de GlazenHuisProblematiek (GHP) wordt bedoeld dat er allerlei regelingen tot stand zijn gebracht die openbare ordehandhaving in de privé-sfeer mogelijk maken.’
135. Ook de VNG maakt in haar advies terzake bezwaar tegen de aanwijzing van de burgemeester als bevoegd orgaan in dezen.
Zie <www.vng.nl/Documenten/vngdocumenten/kabinet_BJZ200515156.pdf>.
136. Zie voor de positiebepaling van de officier van justitie in dit soort gevallen het rapport ‘Perspectief op 2010’ van het OM, bijlage bij Kamerstukken II 2006/07, 26 684, nr. 98, waar wordt opgemerkt dat het OM geen inhoudelijke actieve rol vervult als het gaat om bestuurlijke preventiemaatregelen (p. 7), maar zich wel richt op de persoonsgebonden aanpak van veelplegers en jeugddelinquenten (p. 21).
137. Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 2 en 22.
138. In het voorlopig verslag zijn daar terecht vraagtekens bij gezet. Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 5 p. 5.
139. Zie Kamerstukken II 2006/07, 26 684, nr. 92, Naar een veiliger samenleving, Achtste voortgangsrapportage, oktober 2006, Bijlagen p. 46, waar wordt gesproken van een landelijk dekkend netwerk voor regionale en lokale samenwerkingsverbanden waar gemeenten de regie nemen.
140. Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006, p. 35.
141. Zie E.R. Muller & Th. De Roos, *Tekst en Commentaar, Openbare orde en Veiligheid*, J.L.M. Boek, commentaar bij art. 2 Politiewet, p. 482-283. Zie ook J.G. Brouwer, *Van Nachtractors tot terroristen, Over persoonsgericht verstoren (oratie RUG)*, Groningen 2006, p. 12.
142. Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 3.

politie ligt en is ingekaderd in het strafrecht en de strafvordering.¹⁴³ Voor het huisverbod zou het dus beter zijn om aan te sluiten bij het strafrecht en zo nodig de strafwet daartoe aan te passen in die zin, dat op grond van dezelfde feiten en omstandigheden (zie de huidige richtlijnen van het OM terzake en de nog op te stellen AMvB) die – zoals voorgesteld – tot het bestuurlijke huisverbod kunnen leiden, kan worden besloten dat er reden is om een strafrechtelijk huisverbod op te leggen. Dit huisverbod zou – gelet op de in het geding zijnde grondrechten – op vordering van de officier van justitie door de rechter moeten worden opgelegd of daartoe zou aan de officier van justitie toestemming door de rechter(-commissaris) gegeven moeten worden. Slechts in noodsituaties en voor korte tijd zou een huisverbod door de officier van justitie zelfstandig mogen worden opgelegd.

Bij het zogenoemde ‘tegenhouden’ kan men zich vergelijkbare vragen stellen. Als ‘tegenhouden’ een onderdeel van het veiligheidsbeleid en daarmee meer een bestuurlijk dan een justitieel probleem is, zoals de Amsterdamse politie propageert, zijn ook de bestuurlijke autoriteiten, en in het bijzonder de burgemeester als gezagsdrager voor de niet-strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde door de politie daarvoor verantwoordelijk. Voor optreden in individuele gevallen tegen personen die mogelijk strafbare feiten zouden kunnen gaan plegen is de burgemeester echter niet het juiste orgaan.

Tot beoordeling van de betrouwbaarheid in de financiële sector teneinde onder meer criminele gedragingen aldaar te voorkomen, zijn terecht de toezichthouders in deze sector, de AFM en DNB, belast omdat zij daarvoor specialistische kennis in huis hebben. Deze toezichthouders zijn ook bevoegd tot het opleggen van bestuurlijke sancties, zoals het geven van aanwijzingen, het intrekken van vergunningen en het opleggen van bestuurlijke boetes en lasten onder dwangsom.¹⁴⁴ Daarnaast is voor een groot deel van dezelfde gedragingen die bestuursrechtelijk gesanctioneerd kunnen worden de Wet op de economische delicten (WED) van toepassing.¹⁴⁵ Het is geen bezwaar dat zelfstandige bestuursorganen daar criminaliteit bestrijden, maar er moet wel een keuze worden gemaakt tussen strafrecht en bestuursrecht. Het commune strafrecht blijft sowieso van toepassing, bijvoorbeeld bij valsheid in geschrift (art. 225 Sr).

Met de uitvoering van de Wet Bibob en daarmee met het bestrijden van criminaliteit zijn alle bestuursorganen belast die bevoegd zijn tot het verlenen en intrekken van de desbetreffende vergunning of subsidie, of het doen van aanbestedingen. Waar het gaat om vergunningen zijn dat in hoofdzaak de burgemeester en het college van burgemeester en wethouders.

143. Zie K.D. Lünemann, P.J. Tak & D.J.G. Piechocki, Interventie door uithuisplaatsing, De juridische mogelijkheden van uithuisplaatsing van plegers van huiselijk geweld in Oostenrijk en Duitsland, Verweij-Jonker Instituut, Utrecht 2002, p. 23 en 92. Zie ook K.D. Lünemann & A. Overgaag, De pleger het huis uit. Knelpunten bij crisisinterventie en juridische mogelijkheden tot uithuisplaatsing van plegers van geweld binnenshuis, Verweij-Jonker Instituut 2003, p. 73: 88 ‘De meeste agenten houden liever vast aan de verdenking van een strafbaar feit als grond voor het opleggen van de crisismaatregel.’ Dat is niet onbelangrijk als primair de politie de maatregel moet uitvoeren.

144. Zie L.J.J. Rogier, Het bestuursrechtelijke handhavingsinstrumentarium in de Wet financieel toezicht, in het bijzonder de aanwijzing en de last onder dwangsom, FR 2006, nr. 3, p. 44-48.

145. Ondanks het pleidooi voor het zogenoemde A-model van A.R. Hartmann, NJB 2004.

Bij terrorisme

Het bevoegde orgaan dat is aangewezen om gebieds- en persoonsverboden te geven ter bestrijding van terrorisme is de minister van BZK. Het gaat hier uitdrukkelijk om bestuurlijke maatregelen, waarbij de preventieve bescherming van de nationale veiligheid voorop staat. De minister van BZK draagt daarvoor de primaire verantwoordelijkheid. Het gaat met andere woorden om de algemeen bestuurlijke preventie van strafbare feiten met een terroristisch oogmerk en niet om maatregelen met een punitief karakter. Maar het is de vraag of een bestuursorgaan hier zelfstandig verantwoordelijkheid moet dragen bij zulke zware ingrepen in de vrijheidsrechten van burgers. De rechter komt slechts achteraf aan een beoordeling van de bestuurlijke maatregel toe, als deze reeds is opgelegd en dan nog alleen als de betrokkene daartegen beroep instelt (bezwaar is uitgesloten. Zie art. 4 lid 1). In de kamerstukken noch in het advies van de Raad van State wordt aandacht besteed aan de wenselijkheid van een mogelijke rechterlijke toetsing vooraf. De regering maakt melding van het feit dat waarschijnlijk het Verenigd Koninkrijk als enige land in de strijd tegen het terrorisme naast strafrechtelijke ook bestuurlijke maatregelen hanteert.¹⁴⁶ Door de Secretary of State kan een *non derogation control order* (een vrijheidsbeperkende maatregel, zoals een gebiedsverbod) worden opgelegd, maar de Secretary of State dient daarbij wel vooraf een machtiging van de rechter te vragen. Wat er ook zij van de omvang van de toetsing vooraf – de rechter kan zijn toestemming slechts aan de order onthouden wanneer zij *obviously flawed* is (kennelijke gebreken vertoond) – er bestaat in elk geval controle vooraf. Ook in de Amerikaanse Anti-terroriswet, de zogenoemde *Patriot Act*,¹⁴⁷ is de bevoegdheid tot het maken van inbreuk op grondrechten uitdrukkelijk afhankelijk gesteld van voorafgaande toestemming door de rechter. In die zin lopen wij in Nederland dus uit de pas. Als men bedenkt dat in het strafrecht voor maatregelen, zoals telefoontaps,¹⁴⁸ en bij gijzeling ter invordering van boetes¹⁴⁹ wel vooraf toestemming van de rechter(-commissaris) nodig is,¹⁵⁰ komen deze zware bestuurlijke ingrepen in een schril daglicht te staan. Van de rechter mag men een onafhankelijk oordeel verwachten over de bescherming van grondrechten. Rechter zijn er niet om bestuurlijke doelen te dienen maar om de rechtsstaat te beschermen.¹⁵¹

De aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden in verband met de bestrijding van terrorisme geschiedt niet door de minister van BZK, noch door de burgemeester, zoals bij de aanwijzing van gemeentelijke veiligheidsrisicogebieden, maar door de regering bij AMvB. De aanwijzing door de burgemeester ziet slechts op wapens en munitie en werd met het oog op de bestrijding van terrorisme ontoereikend geacht. Voorts werd de aanwijzing door de burgemeester te beperkt geacht. Het strafvorder-

146. Kamerstukken II 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 8-9 en nr. 6, p. 7.

147. Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism (USA PATRIOT ACT) Act of 2001, H.R. 3162. In the Senate of the United States, October 24, 2001.

148. Art. 126l en 126m Sv.

149. Art. 577c Sv en art. 28 WAHV.

150. Art. 126l en 126m Sv.

151. Vgl. H. de Doelder, *Terrorisme en de rol van de rechter*, Erasmus Law Lectures, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2006.

lijk belang eist dat de bevoegdheid ‘ook zonder omwegen’ moet kunnen worden gehanteerd. En ten slotte moeten veiligheidsrisicogebieden ter bestrijding van terrorisme ‘op semi-permanente basis kunnen worden aangewezen.’¹⁵² De regering – *de facto* de minister van Justitie – is bevoegd verklaard om de onderhavige veiligheidsrisicogebieden aan te wijzen, omdat het hier in de eerste plaats gaat om de bestrijding van terroristische misdrijven. Dat vergt afstemming met de minister van BZK, die bestuurlijke maatregelen ter bestrijding van terrorisme zal gaan uitvaardigen. Uitgangspunt daarbij is kennelijk dat het strafrecht voorgaat, want de toepassing van bestuurlijke maatregelen mag er niet toe leiden dat een strafrechtelijk onderzoek in de wielen wordt gereden.¹⁵³ In tegenstelling tot bij het uitoefenen van bevoegdheden op grond van de Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid¹⁵⁴ is in afstemming bij (de voorbereiding tot) het aanwijzen van veiligheidsrisicogebieden slechts voorzien door de mogelijkheid van overleg binnen de ‘regering’.

Het ‘verstoren’ ter bestrijding van terrorisme ten slotte, geschiedt door de politie onder verantwoordelijkheid van de burgemeester. Over het ontbreken van een voldoende wettelijke grondslag daarbij is hiervoor al het nodige opgemerkt. Evenmin als bij het ‘tegenhouden’ is te zien waarom hier een taak voor de burgemeester zou zijn weggelegd. Natuurlijk hebben terroristische aanslagen gevolgen voor de openbare orde en veiligheid in de desbetreffende gemeente. Maar verstoren is individueel gericht op het voorkomen van strafbare feiten met een terroristisch oogmerk. Hier ligt toch in de eerste plaats een taak voor justitie en zo daartoe de benodigde bevoegdheden ontbreken, voor de wetgever om daarin te voorzien.

3.5 Proportionaliteit en subsidiariteit

Het voorzien in en het toepassen van maatregelen ter bestrijding van criminaliteit en terrorisme dient te voldoen aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Daarbij is te letten op de zwaarte van de maatregel in relatie tot het doel waarvoor deze wordt ingezet. In dat verband zijn ook de meer instrumentele eisen van effectiviteit en efficiency van belang. Kan het beoogde doel met deze maatregelen worden bereikt en kan dat tegen de laagst mogelijke kosten? Gegeven het beperkte kader van dit preadvies worden ten aanzien van deze vereisten slechts enkele vragen opgeworpen.

Bij criminaliteit

De aanwijzing van een gemeentelijk veiligheidsrisicogebied mag niet langer duren dan strikt noodzakelijk is en mag ook niet gelden voor een groter gebied dan strikt noodzakelijk is voor de handhaving van de openbare orde.¹⁵⁵ De aanwijzing dient dan ook te berusten op een deugdelijke en kenbare motivering en proportioneel te zijn in verhouding tot de dreigende schending van het privéleven van een ieder in het

152. Kamerstukken II 2005/06, 30 164, nr. 3, p. 14.

153. Kamerstukken II 2005/06, 30 164, nr. 12, p. 6.

154. Art. 1, lid 2 van dit wetsvoorstel bepaalt: ‘Onze Minister oefent de hem in deze wet verleende bevoegdheden uit in overeenstemming met Onze Minister van Justitie.’

aangewezen gebied.¹⁵⁶ Zodra de (vrees voor) verstoring van de openbare orde is geweken dient de burgemeester de gebiedsaanwijzing in te trekken.¹⁵⁷

Voorstellen voor het installeren van camera's op bepaalde locaties dienen te worden onderbouwd met analyses van de veiligheidssituatie ter plekke. Aan de hand daarvan moet komen vast te staan dat cameratoezicht een proportioneel instrument is in relatie tot het beoogde doel.¹⁵⁸ Daarmee wordt tegemoet gekomen aan de door het EHRM bij inbreuken op de privacy gestelde eis van een 'dringende maatschappelijke behoefte' (*pressing social need*). Of dit in een concrete situatie het geval is, zal in eerste instantie door het bestuur moeten worden beoordeeld en vervolgens door de rechter worden getoetst aan de hand van de motivering van het plaatsingsbesluit en de gegevens over de concrete feiten en omstandigheden in het desbetreffende gebied.¹⁵⁹

Ging het bij de beide voorgaande maatregelen om besluiten van algemene strekking, de in concept voorgestelde 'aanwijzingen ernstige overlast' betreffen individuele maatregelen. Bij een gedragsaanwijzing zijn uit een oogpunt van proportionaliteit meer vraagtekens te zetten. Dat is, zoals de toelichting ook opmerkt, een vrijheidsbeperkende maatregel. Ze is nodig om ernstige overlast te voorkomen. Daarbij kan niet worden afgegaan op één incident, maar zal een dossier moeten worden opgebouwd en een risicotaxatie moeten worden gemaakt van het gedrag. Het besluit dient te vermelden welke gedragingen van diegenen die de openbare orde hebben verstoord aanleiding zijn voor het opleggen van de maatregelen. Alleen bij structurele overlast die door de betrokkene wordt veroorzaakt is een ingreep in zijn bewegingsvrijheid volgens de toelichting gerechtvaardigd. Maar de voorspelbaarheid van gedrag is gering. En het is de vraag of de bescherming van de openbare orde zo'n zware ingreep rechtvaardigt en of de openbare orde daardoor ook effectief wordt beschermd. Een meldingsplicht roept minder bezwaren op.

De weigering dan wel intrekking van een vergunning op grond van de Wet Bibob vindt slechts plaats indien deze evenredig is met de mate van gevaar en de ernst van de strafbare feiten, die mede met de vergunning kunnen worden gepleegd.¹⁶⁰ Van

155. In Amsterdam werd een gebied aanvankelijk aangewezen voor 24 maanden. Later is dat teruggebracht tot 12 maanden. In Rotterdam geldt een aanwijzingstermijn van 3 maanden. Maar deze wordt meestal meer dan eens met 3 maanden verlengd. Zie E.J. van der Torre e.a. Evaluatie Preventief Fouilleren in Amsterdam, COT, Instituut voor Veiligheid en Crisismanagement, Den Haag 11 mei 2006 en Lokale gezagsdriehoek Rotterdam, Wapenfeiten 2005, Jaarrapportage preventief fouilleren, februari 2006.

156. Kamerstukken II 2000/01, 26 865, nr. 3, p. 8 en nr. 11, p. 7. Zie voor het proportionaliteitsvereiste EHRM 26 april 1979, NJ 1980/146, (Sunday Times). Met name op het punt van evenredigheid heeft mr. N.M. Schröder haar twijfels. Zie haar stelling 3 bij: Veiligheid en privacy in de openbare ruimte, Jonge VAR-reeks 3, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2005, p. 51: 'Preventief fouilleren kan een ontoelaatbare beperking van het recht op privacy meebrengen omdat de regeling toelaat dat: a. gebieden voor onevenredig lange perioden worden aangewezen als veiligheidsrisicogebied. b. onevenredig grote gebieden worden aangewezen als veiligheidsrisicogebied. En c. gebruik wordt gemaakt van onevenredig ingrijpende methoden als lokaliteiten en horecacontroles.'

157. Art. 151b lid 6 Gemeentewet.

158. Kamerstukken II 2003/04, 29 440, nr. 3 (MvT) p. 4.

159. Vgl. N.M. Schröder 2005, p. 38.

160. Art. 3, lid 5 Wet Bibob. Zie over de toepassing van dit artikel Rb. Amsterdam 27 juli 2005, AB 2006, 56 m.nt. A.E.M. van den Berg.

geval tot geval dient het bestuursorgaan af te wegen of een vergelijkbaar resultaat niet op een andere, minder vergaande wijze, kan worden verkregen.¹⁶¹ De rechter komt, marginaal toetsend, echter tot op heden niet snel tot het oordeel dat het aanvragen van een Bibob-advies in strijd is met de subsidiariteit of proportionaliteit.¹⁶² Zo oordeelde de Haagse voorzieningenrechter dat in de parlementaire geschiedenis geen steun is te vinden voor de stelling dat slechts aanleiding bestaat voor het aanvragen van een Bibob-advies in geval van verdenking van georganiseerde criminaliteit.¹⁶³

Bij artikel 13b Opiumwet dient zich, nu het hier gaat om een bevoegdheid tot het toepassen van een herstelsanctie, de vraag aan of ook alle daarbij gebruikelijke leerstukken van toepassing zijn of dat het bijzondere karakter van deze vorm van bestuursdwang dat anders doet zijn. Zo kan men zich afvragen of de voor herstelsancties geldende beginselplicht tot handhaving hier van toepassing is. Het feit dat in verschillende gemeenten een gedoogbeleid wordt gevoerd ten aanzien van coffeeshops laat reeds zien dat daarvan geen sprake is. Van een verplichting tot het voeren van een gedoogbeleid is overigens ook weer geen sprake. Het is niet nodig dat er een vastgesteld en gepubliceerd gemeentelijk coffeeshopbeleid bestaat om toepassing te geven aan artikel 13b Opiumwet.¹⁶⁴ Veel gemeenten en hun burgemeesters volgen bij de uitoefening van hun sluitingsbevoegdheid het justitiële gedoogbeleid, de zogenoemde AHOJ-G-criteria. Deze zijn niet goed in te passen in de uitzonderingen van de beginselplichtformule dat 'zicht op legalisatie bestaat' of dat 'handhavend optreden zo onevenredig kan zijn in verhouding tot de daarmee te dienen belangen, dat van optreden in die concrete situatie behoort te worden afgezien'.¹⁶⁵ Coffeeshops die zich niet houden aan de AHOJ-G-criteria worden dan ook zonder pardon gesloten.¹⁶⁶ En de vraag of bestuursdwang in de zin van artikel 13b Opiumwet ook preventief kan worden toegepast, zoals bij herstelsancties mogelijk is,¹⁶⁷ is in de jurisprudentie weliswaar positief beantwoord, maar gelet op de wetsgeschiedenis kan ernstig betwijfeld worden of dat ook de bedoeling was.¹⁶⁸ Als preventief strafrechtelijk optreden bij strafbare feiten op grond van de Opiumwet niet mogelijk is, waarom zou dan wel preventief bestuurlijk optreden mogelijk zijn?

Het preventieve huisverbod vormt een aanvulling op de mogelijkheden die het strafrecht biedt om een huisverbod op te leggen, zoals bij het voorwaardelijk sepot, de voorwaardelijke schorsing van de voorlopige hechtenis, het rechterlijk bevel tot handhaving van de openbare orde (art. 540 Sv) en de voorwaardelijke veroordeling.¹⁶⁹ De Raad van State had in zijn advies onder verwijzing naar het hiervoor (in par. 2.1.2) genoemde voorstel om de officier van justitie de bevoegdheid te verlenen

161. Vزر. Rb. Den Haag 21 maart 2005, AB 2005, 335 m.nt. Knijff.

162. Zie o.a. Vزر. Rb. Den Haag, 21 maart 2005, AB 2005, 335 m.nt. C.L. Knijff.

163. Vزر. Rb. Den Haag, 10 maart 2005, AB 2005, 334 m.nt. C.L. Knijff.

164. ABRvS 4 februari 2004, Gst. 2004, 142 m.nt. L.J.J. Rogier.

165. ABRvS 30 juni 2004, JB 2004, 293 m.nt. G.L.G.F.H.A.

166. Aldus ook het coalitie-accord van het kabinet Balkenende IV, 7 februari 2007, par. V, punt 10.

167. Zie het voorgestelde art. 5.0.7 Vierde tranche Awb: 'Een herstelsanctie kan worden opgelegd zodra het gevaar voor de overtreding klaarblijkelijk dreigt' dat het reeds geldende recht weergeeft.

168. ABRvS 24 mei 2006, Gst. 2006, 110 m.nt. L.J.J. Rogier.

169. Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 6.

een gedragsaanwijzing (straat- of contactverbod) op te leggen, de regering in overweging gegeven nader in te gaan op de noodzaak en het belang van de voorgestelde regeling. De regering wijst er op dat het in die gevallen gaat om een maatregel aan iemand die reeds verdacht is van een strafbaar feit. Bij een huisverbod gaat het om situaties waarin nog geen sprake is van strafbare feiten maar wel van de dreiging daarvan. Dat betekent dat de proportionaliteit en effectiviteit van de maatregel grote aandacht verdient. Dat laatste gaat ook op voor ‘tegenhouden’. Bij deze maatregel heiligt het doel de middelen niet. Maar belangrijker is hier dat zelfs de wettelijke grondslag onvoldoende is.

Bij *naming & shaming* is van groot belang dat de evenredigheid tussen de openbaarmaking van de waarschuwing, boetebesluit of het dwangsombesluit en de bedoeling daarvan, de bescherming van de markt, in acht wordt genomen. De belangenafweging in concreto staat bij de uitvoering van deze maatregel voorop. Daarvoor zijn de nodige waarborgen in de wet opgenomen (zie par. 2.1.7).

De overige (voorgestelde) maatregelen ter bestrijding van criminaliteit roepen uit een oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit minder vragen op. De Wet Bibob en de betrouwbaarheidstoets in de financiële sector zijn streng geclausuleerd, opdat de mogelijke gevolgen bij de toepassing van deze regelingen binnen de perken blijven, zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de beoogde werking van deze regelingen.

Bij terrorisme

De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid wijdt aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit niet meer woorden dan dat daaraan voldaan moet zijn en dat de maatregel effectief moet zijn. Het zal, mede gelet op de genoemde vage formuleringen, voor de minister in de praktijk razend lastig zijn om deze criteria toe te passen alsmede om de belangen juist af te wegen en voor de rechter op zijn beurt om deze belangenafweging te toetsen.¹⁷⁰ Verder merkt de regering op dat het niet goed mogelijk is om het aantal personen te noemen dat op dit moment in aanmerking zou (kunnen) komen voor de voorgestelde maatregelen. Een beslissing omtrent het opleggen van een bestuurlijke maatregel is immers afhankelijk van de informatie van verschillende overheidsdiensten. Die informatie moet worden gewogen mede in het licht van eventuele alternatieven. Dit moet uiteraard met de nodige zorgvuldigheid gebeuren, gelet op de ingrijpende gevolgen van het opleggen van een maatregel voor de betrokkene. De minister heeft daarbij een eigen discretionaire bevoegdheid. De betrokken overheidsdiensten kunnen hooguit adviseren omtrent het opleggen van een maatregel. Mocht de intrekking van een subsidie, vergunning of ontheffing in verband met terroristische

170. ‘What clearly is important is that, in a situation of anxiety about the threat of terrorism, we should not lose sight of the importance of personal privacy and individual autonomy. Governments find control very attractive, and that is something everyone should be cautious about.’ Aldus Lord Justice Stephen Sadley of the Court of Appeal of England and Wales, bij zijn bezoek aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op 24 november 2006, geïnterviewd in het verenigingsblad van de Juridische Faculteitsvereniging Rotterdam, *Fiat Justitia*, Jaargang 19, nr. 2, januari 2007, p. 24.

activiteiten leiden tot de ‘ontneming’ van eigendom, dan dient het bestuursorgaan te voorzien in het aanbieden van compensatie.¹⁷¹

De bevoegdheid tot aanwijzing van terrorismegebieden is veel minder geclausuleerd. Van verstoring van de openbare orde of van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan door de aanwezigheid van wapens, zoals bij stedelijke veiligheidsrisicogebieden, behoeft geen sprake te zijn. Ook de AMvB waarbij gebieden kunnen worden aangewezen, geeft geen aanknopingspunten voor de aanwijzing van een gebied. De regering heeft bij de aanwijzing van terrorismegebieden dan ook een grote beleidsvrijheid. Het aanwijzingsbesluit is wel een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht en het zal derhalve met inachtneming van de daarin opgenomen regels genomen moeten worden en ook verder niet in strijd moeten zijn met het geschreven en ongeschreven recht. De AMvB waarbij de genoemde gebieden zijn aangewezen is echter slechts summier onderbouwd en doet willekeurig aan. Gelet op de proportionaliteit en subsidiariteit is het van belang dat een toetsbare afweging plaats vindt van de reden waarom zo’n gebied is aangewezen en de mogelijke nadelen die dat oplevert voor hen die in dat gebied wonen en werken en de mogelijke alternatieven om het beoogde doel te bereiken. Maar het zal zeer de vraag zijn of de redenen tot aanwijzing volledig in de openbaarheid komen.

Bij ‘verstoren’ ten slotte, heiligt het doel de middelen evenmin als bij het al genoemde ‘tegenhouden’. Belangrijker is ook hier dat een voldoende wettelijke grondslag ontbreekt, waardoor de proportionaliteit en subsidiariteit niet aan de hand van wettelijke doelstellingen en maatstaven zichtbaar is te maken.

3.6 Procedurele normen

Procedurele normen die gelden bij de toepassing van de maatregelen ter bestrijding van criminaliteit zijn onderdeel van het legaliteitsvereiste. Hierbij is niet alleen te denken aan procedurevoorschriften bij de voorbereiding en uitvoering van de maatregelen, maar ook aan het bewijs en aan de verschillen die in dat opzicht bestaan tussen het strafrecht en het bestuursrecht. Ook ten aanzien van deze aspecten legt het bestek van dit preadvies beperkingen op.

Bij de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied door een burgemeester geldt een aantal procedurele voorwaarden. Artikel 151b Gemeentewet bepaalt dat de gemeenteraad de burgemeester de bevoegdheid kan verlenen tot het aanwijzen van zo’n gebied. Hier is sprake van gelede attributie. De wetgever verschaft een bevoegdheid aan de gemeenteraad, die op zijn beurt de bevoegdheid tot aanwijzing kan verlenen aan de burgemeester. Daarmee is ook enige democratische inbreng gewaarborgd. Bovendien gaat de burgemeester niet over tot aanwijzing van een gebied dan na overleg met de officier van justitie.¹⁷²

Bij de aanwijzing van terrorismegebieden ontbreken deze waarborgen echter. De bevoegdheid tot aanwijzing van de gebieden is, anders dan bij de gemeentelijke

171. Kamerstukken II 2005/06, 30 566, nr. 3, p. 16-17.

172. Art. 8 EVRM.

gebieden niet via gelede attributie, maar direct bij AMvB toegekend, zodat democratische inbreng slechts via de voorhangprocedure mogelijk is.¹⁷³ De officier van justitie behoeft ook niet vooraf te worden geconsulteerd, zoals bij de aanwijzing van stedelijke veiligheidsrisicogebieden wel het geval is. De desbetreffende burgemeester zal in voorkomende gevallen wel vooraf worden geïnformeerd, zodat overleg mogelijk is.¹⁷⁴ Het had echter niet misstaan als dit ook in de wet of in de AMvB was bepaald. Maar volgens de regering vindt de aanwijzing ook zonder overeenstemming plaats.¹⁷⁵ De selectie van de gebieden heeft plaatsgevonden op basis van dreiging en risico, vastgesteld aan de hand van beschikbare dreigingsinformatie afkomstig van de diverse inlichtingen- en veiligheidsdiensten, aldus de toelichting.¹⁷⁶

Voor het besluit tot plaatsing en gebruik van camera's gelden ook een aantal procedurele regels. Volgens het eerste lid van artikel 151c is de burgemeester pas bevoegd tot het (laten) plaatsen van camera's wanneer de gemeenteraad hem daartoe bij verordening heeft gemachtigd. Ook hier is dus sprake van gelede normstelling en democratische controle vooraf. De verordening kan regels bevatten voor de aanwijzing van gebieden door de burgemeester. De verordening kan bijvoorbeeld bepalen dat slechts een beperkt gedeelte van de gemeente daarvoor in aanmerking komt. Bovendien dient de burgemeester in overleg te treden met de officier van justitie voor het vaststellen van de periode waarin daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt van de camera's en de beelden rechtstreeks worden bekeken (art. 151c lid 2 Gemeentewet). Dat het ophangen van camera's noodzakelijk is in het belang van de openbare orde dient deugdelijk te worden onderbouwd. Daarvoor is een veiligheidsanalyse van het desbetreffende gebied noodzakelijk. Het gaat bij de aanwijzing van een gebied volgens de toelichting niet uitsluitend om de daadwerkelijke handhaving van de openbare orde (optreden bij ordeverstoringen), maar ook om het *preventieve* karakter van het toezicht. En zoals hiervoor is uiteengezet (par. 2.1.2) wordt hier een duidelijk verband gelegd met de bestrijding van criminaliteit. De wet bepaalt voorts dat de aanwezigheid van camera's op een duidelijke wijze kenbaar moet zijn gemaakt aan een ieder die het aangewezen gebied betreedt. Bij of krachtens AMvB zijn regels gesteld voor de uitvoering van het toezicht, in het bijzonder met betrekking tot het 'uitkijken' van de beelden.

In het conceptwetsvoorstel inzake Aanwijzingen ernstige overlast ontbreken procedurele regels inzake de voorbereiding en totstandkoming van deze aanwijzingen. Het wetsvoorstel inzake Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid bepaalt in procedurele zin slechts dat de beslissing daartoe uiteindelijk wordt genomen door de minister van BZK, in overeenstemming met de minister van Justitie.¹⁷⁷ Maar de toelichtingen bij beide wetsvoorstellen verwijzen uitdrukkelijk naar de hoofdstukken 3 en 4 Awb. De burgemeester, respectievelijk de minister van BZK zal zich bij de oplegging van een aanwijzing een beeld moeten vormen van de ernst van de situatie,

173. In dit geval werd de lichtste vorm van de voorhangprocedure gevolgd. Het Besluit is genomen op 21 december 2006 en het trad in werking op 1 februari 2007 (Stb. 2006, 731). Er was derhalve maar een korte periode voor de Tweede Kamer om in te grijpen.

174. Stb. 2006, 730, p. 5.

175. Minister Hirsch Ballin, Handelingen I, 7 november 2006, Kamerstukken I 5-229.

176. Stb. 2006, 730, p. 5.

177. Kamerstukken II 2005/06, 30 566 nr. 3 p. 3.

de noodzaak om het bevel in het belang van de openbare orde, respectievelijk de nationale veiligheid te geven en andere relevante feiten en omstandigheden. In de beschikkingen moet worden vermeld op grond van welke gedragingen van de persoon, dan wel waarmee deze rechtstreeks in verband kan worden gebracht, de aanwijzing wordt gegeven. Dat vereist, gelet op de bewijskracht, een nauwkeurige rapportage die dient te voldoen aan de maatstaven die gelden voor een strafrechtelijk proces-verbaal. Het nauwe verband van een aanwijzing door de burgemeester terzake van ernstige overlast met het strafrecht blijkt voorts uit het feit dat – volgens de toelichting – de burgemeester niet overgaat tot het geven van een bevel dan na overleg met de officier van justitie. Waarom staat dat laatste niet in de conceptwet?

Bij de toepassing van de Wet Bibob, bij de betrouwbaarheidseis en de openbaarmaking van overtredingen en sancties in de financiële sector, bij de OM-afdoening en in zekere zin ook bij de maatregel ‘verstoren’ spelen de zorgvuldigheid van de procedure bij de vaststelling van feiten en omstandigheden en de bewijskracht daarvan eveneens een grote rol. In al die gevallen is sprake van strafbare feiten of de vrees voor het ontstaan daarvan, zonder dat deze feiten in strafrechtelijke zin zijn bewezen. Dat vereist een buitengewoon zorgvuldige vaststelling van wat er is gebeurd door het bestuur. Bij de toepassing van de Wet Bibob en de betrouwbaarheidstoets wordt het Bibob-advies en het betrouwbaarheidsoordeel gebaseerd, niet slechts op strafrechtelijke veroordelingen, maar ook op niet doorgezette strafzaken en soms slechts op politierapportages. En bij een Bibob-advies kan het bovendien niet alleen gaan om antecedenten van de aanvrager of houder van een vergunning enzovoort, maar ook om met wie deze een zakelijk samenwerkingsverband staat. Daarom is het van groot belang dat zorgvuldig wordt omgegaan met het verstrekken en bewaren van gegevens. Hiermee wordt onder meer voorkomen dat personen voor langere tijd op een ‘zwarte lijst’ worden geplaatst.¹⁷⁸ De keerzijde van Bibob is immers: *eens crimineel, altijd crimineel*, of: *eens criminele vrienden, voor altijd verdacht*. De wet staat daarmee op gespannen voet met de resocialisatiegedachte en het vrije ondernemerschap.¹⁷⁹ Bij de openbaarmaking van overtredingen in de financiële sector geldt eveneens dat deze in rechte nog niet zijn vastgesteld. Bij de openbaarmaking van sancties in deze sector kan de overtreding al wel in rechte zijn vastgesteld, maar dat gaat niet in alle gevallen op.

Bij ‘verstoren’ is helemaal niet duidelijk welke gegevens een rol spelen, laat staan hoe die worden vastgesteld en welk gewicht zij in de schaal leggen. De voorbereiding en de vaststelling van feiten bij de OM-afdoening geschiedt echter, net zoals bij de bestuurlijke boete op een wijze die vergelijkbaar is met die in het reguliere strafproces. Weliswaar zijn de regels omtrent het bewijs voor de strafrechter niet op de strafbeschikking van toepassing verklaard, maar zij werpen hun schaduw vooruit, omdat bij verzet tegen de beschikking de zaak wel aan de hand van deze regels wordt afgedaan.¹⁸⁰

178. Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VI, nr. 105, p. 3.

179. Zie daarover Y. Buruma, *Bibob and all that jazz*, RM Themis 1999/10, p. 359-363.

180. Vgl. A.R. Hartmann, *Bewijs in het bestuursstrafrecht* (diss. EUR.), Gouda Quint, Deventer 1998 en G.T.J.M. Jurgens, *Harmoniseren of integreren? De strafbeschikking en de bestuurlijke boete verzeleken*. Preadvies voor de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, 2006.

3.7 Conclusies

De laatste decennia is het handhavende bestuursrecht belangrijk uitgebreid. Vooral de bestuurlijke boete is op grote schaal ingevoerd. En dat is zo gek nog niet,¹⁸¹ als ze maar niet gebruikt wordt om criminaliteit en terrorisme te bestrijden. Daar is het strafrecht – inclusief de OM-afdoening – veel beter voor geschikt.¹⁸² Er is dan ook geen reden om de bestuurlijke boete te vervangen door de OM-afdoening. Het zou bovendien niet van realiteitszin getuigen om alle bestaande bestuurlijke boeteregelingen door de OM-afdoening te vervangen. Een uitzondering geldt wellicht voor de Wet Mulder (WAHV) die uitdrukkelijk wel als een alternatief voor het strafrecht was bedoeld.

De problemen liggen veeleer bij (andere) bestuurlijke maatregelen, waarvoor (terroristische) strafbare feiten impliciet of expliciet de aanleiding vormen. Bij de aanwending van deze maatregelen dient er in de eerste plaats voor te worden gewaakt dat ze niet worden misbruikt voor een ander doel dan waarvoor ze zijn gegeven. Als een bevoegdheid dient ter handhaving van de openbare orde, staat niet de bestraffing van criminaliteit voorop. Voorts is bij de voorbereiding van deze maatregelen een buitengewone zorgvuldigheid geboden ten aanzien van de selectie en vaststelling van feiten, vooral als het gaat om strafbare feiten die (nog) niet in strafrechtelijke zin zijn bewezen verklaard. In het bestuursrecht ontbreken echter wettelijke bewijsregels. Daar geldt de vrije bewijsleer, die in eerste instantie wordt toegepast door het bestuur. De algemene zorgvuldigheidsregels van de Awb bieden in dit soort gevallen, waarbij niet zelden grondrechten in het geding zijn, echter onvoldoende houvast. Bepalend is dan vooral of het besluit is voorzien van een deugdelijke motivering.

Bestuurlijke maatregelen zijn er om bestuurlijke doelen te dienen. Daaronder valt onder meer het voorkomen en bestrijden van criminaliteit en terrorisme in algemene zin. Het bestuursrecht is echter niet toegesneden op de bestrijding van criminaliteit en terrorisme in individuele gevallen.¹⁸³ De Politiewet en de Gemeentewet bieden geen bevoegdheidsgrondslag voor het bestrijden van criminaliteit en terrorisme in individuele gevallen. Het is in strijd met de staatsrechtelijke verdeling van bevoegdheden om bestuursorganen met deze taak te belasten. En daar waar de wetgever die grondslag wel heeft gegeven, zoals bijvoorbeeld in artikel 13b Opiumwet, of van plan is te geven, zoals bij het huisverbod, wordt de staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling geweld aangedaan. De burgemeester en de politie, voor zover onder diens gezag gesteld, en de ‘gewone’ bestuursorganen dienen niet de bevoegdheid te krij-

181. Zie H.E. Bröring & G.T.J.M. Jurgens, De bestuurlijke boete is zo gek nog niet!, NTB 2006/10, p. 340-348.

182. In die zin ben ik het eens met Kwakman: ‘Toch zal moeten worden erkend dat de systematiek van het straf(proces)recht – als het resultaat van deze eeuwenlange traditie – en het hele “strafrechtelijke apparaat” dat daarop is toegesneden, een belangrijke reden kan vormen om de nodige terughoudendheid te betrachten bij het overplanten van de punitieve handhaving naar een (andere) bestuursrechtelijke systematiek.’ N.J.M. Kwakman, De bestuurlijke boete: publiekrechtelijke eigenrichting, NTB 2006/10, p. 337.

183. Daarvoor ontbreekt in het bestuursrecht de instrumentaliteit, de *technicité*. Zie daarover reeds L.H.C. Hulsmann, Handhaving van recht (oratie Rotterdam), Kluwer, Deventer 1965.

gen zelfstandig criminaliteit te bestrijden. Het is niet wenselijk terug te keren naar de justitiële politie uit de tijd van kort na de Franse revolutie.

Daar waar het gaat om maatregelen die inbreuk maken op individuele rechten en vrijheden bij de bestrijding van criminaliteit en terrorisme dient de rechter(-commissaris) veel eerder in de voorbereiding betrokken te worden en vooraf toestemming te verlenen.

Ten slotte dient bij de aanwending van alle maatregelen de proportionaliteit en subsidiariteit nadrukkelijk in acht te worden genomen. Het gaat hier immers om maatregelen die veelal zware inbreuken maken op grondrechten. De desbetreffende wettelijke regelingen geven daarvoor helaas veel te weinig aanknopingspunten. Noodrecht wordt steeds vaker gewoonterecht. Als daar onvoldoende legitimatie bestaat doordat daarbij geen of onvoldoende de democratische organen betrokken worden en er geen of onvoldoende procedurele regels bestaan, legt dat een te zware verantwoordelijkheid bij het bestuur.

Stellingen

1. De functie van het bestuursrecht is niet criminaliteitsbestrijding in individuele gevallen (par. 3.2).
2. Vage wettelijke termen op basis waarvan bij de bestrijding van criminaliteit en terrorisme inbreuken worden gemaakt op grondrechten dienen te worden verduidelijkt in lagere regelgeving of in beleidsregels (par. 3.3 onder duidelijkheid en par. 3.5).
3. Een huisverbod mag – behalve in acute noodsituaties voor zeer korte tijd – niet zonder voorafgaande toestemming van de rechter(-commissaris) worden opgelegd (par. 3.4 onder *criminaliteit*).
4. Waar in het financiële bestuursrecht tegen dezelfde gedragingen zowel bestuursrechtelijk als strafrechtelijk kan worden opgetreden, moet een keuze gemaakt worden tussen strafrecht en bestuursrecht (par. 3.4 onder *criminaliteit*).
5. Een zelfstandige bevoegdheid van gewone bestuursorganen tot het bestrijden van criminaliteit en terrorisme in een strafrechtelijke context is onwenselijk (par. 3.4).
6. Noodrecht wordt steeds vaker gewoonrecht. Als daarvoor onvoldoende democratische legitimatie en procedurele normen bestaan, legt dat een te zware verantwoordelijkheid bij het bestuur (par. 3.6 en 3.7).

De burgemeester als misdadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht?

Mr. M.A.D.W. de Jong*

1 Inleiding

2 Persoonsgericht verstoren

- 2.1 De burgemeester en terrorismebestrijding
- 2.2 Vormen van persoonsgericht verstoren
- 2.3 Hoe komt de burgemeester tot een beslissing?
- 2.4 Wettelijke grondslag
 - 2.4.1 Visie van de ministers
 - 2.4.2 Jurisprudentie en literatuur
- 2.5 Analyse van de wettelijke grondslag
 - 2.5.1 Opzet van de analyse
 - 2.5.2 Persoonsgericht verstoren is geen ordehandhaving
 - 2.5.3 Strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde
 - 2.5.4 Politiebevoegdheden
 - 2.5.5 Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer
- 2.6 Conclusie

3 Opiumwetdelicten

- 3.1 Inleiding
- 3.2 De rol van het bestuursrecht bij de aanpak van Opiumwetdelicten
 - 3.2.1 Historische ontwikkeling
 - 3.2.2 Het belang van sluiting op grond van het bestuursrecht
- 3.3 Wetsvoorstel 30 515
 - 3.3.1 Aanpassing artikel 13b Opiumwet
 - 3.3.2 Onderbouwing van het wetsvoorstel
 - 3.3.3 Relatie tot het EVRM
 - 3.3.4 Noodzakelijke wijziging?
 - 3.3.5 Artikel 174a moet blijven voor drugsoverlast
- 3.4 Conclusie

4 Gedragsaanwijzing

- 4.1 De Diamantbuurt
- 4.2 Conceptwetsvoorstel gedragsaanwijzing
- 4.3 Zorgwekkende zorgmijders en andere probleemgevallen
- 4.4 Grondrechten

* Rian de Jong is universitair docent bij de sectie Staatsrecht van de Radboud Universiteit Nijmegen.

- 4.5 Een overdaad aan keuzemogelijkheden
- 4.6 Conclusie

5 Tijdelijk huisverbod

- 5.1 Privégeweld, publieke zaak
- 5.2 Het wetsvoorstel
 - 5.2.1 Waarom de burgemeester?
 - 5.2.2 Grondrechten
- 5.3 Analyse
- 5.4 Conclusie

6 Bevindingen

Stellingen

I Inleiding

Ordehandhaving is van oudsher een taak van de burgemeester. Al bij het tot stand komen van de Gemeentewet van 1851 werd hij met deze taak belast. Gedurende lange tijd is op dit terrein weinig veranderd, maar de laatste twintig jaar gaan de ontwikkelingen snel. Met de komst van de politieregio's raakten de burgemeesters het directe beheer over de politie kwijt. Binnen de gemeente is de burgemeester steeds meer een gemeentebestuurder geworden in plaats van een vertegenwoordiger van het rijk. Weliswaar benoemt en ontslaat de Kroon de burgemeester nog, maar de invloed van de gemeenteraad op deze beslissingen is zeer groot geworden. De invloed van de lokale politieke ontwikkelingen op de positie van de burgemeester en op zijn openbare-ordebeleid is toegenomen.

Grote veranderingen zijn er ook in de bevoegdheden van de burgemeester. Toen de huidige Gemeentewet in 1994 in werking trad, werd daarin voor het eerst de dagelijkse ordehandhaving expliciet geregeld, naast de al lang gecodificeerde bevoegdheid van de burgemeester om toezicht te houden op de horeca en zijn noodbevoegdheden.¹ Dat werd in 1994 voldoende geacht. Tevens blijkt uit de parlementaire behandeling van de Gemeentewet dat de Staten-Generaal er destijds huiverig voor was om de burgemeester de bevoegdheid te geven de uitoefening van grondrechten aan te tasten. Bij de dagelijkse ordehandhaving was hooguit beperking van de bewegingsvrijheid toegestaan en voor de situatie dat zich een lokale noodsituatie voerde werd na lange discussie uiteindelijk schoorvoetend toegestaan dat de burgemeester de uitoefening van enkele grondrechten kon beperken.

In dertien jaar is dit beeld sterk gewijzigd. De burgemeester heeft in die periode de bevoegdheid gekregen woningen te sluiten, personen een dag vast te laten houden en gebieden aan te wijzen waarin preventief fouilleren en cameratoezicht is toegestaan. Stuk voor stuk bevoegdheden waarmee de burgemeester de uitoefening van grondrechten kan beperken.² Het gebruik van deze bevoegdheden dient bovendien steeds

1. Resp. art. 172, 174 en 175-176 Gemeentewet.

2. Te weten art. 6 en 9 lid 2 Grondwet, in situaties dat de Wet Openbare Manifestaties geen oplossing biedt. Voorts art. 7 lid 3 Grondwet en de verspreidingsvrijheid. Zie over de ontwikkeling 1994-2004 uitgebreider: M.A.D.W. de Jong, De opgetuigde burgemeester, *Gst.* 2004 7219, p. 673-685. Zie voor een recente bespreking van de betreffende bevoegdheden het uitgebreide commentaar van C.A.J.M. Kortmann & M.A.D.W. de Jong in: C.A.J.M. Kortmann & C.J. Verstedden (red.), *De Gemeentewet en haar toepassing*, Alphen aan den Rijn: Kluwer (losbladig).

minder de klassieke onmiddellijke ordehandhaving. Meer en meer treedt de burgemeester preventief op³ met als doel voor een langere termijn ordeverstoringen en het plegen van strafbare feiten te voorkomen. Het begrip openbare ordehandhaving wordt daartoe ver uitgerekt: soms lijkt het vereenzelvigd te worden met veiligheid en criminaliteitsbestrijding. In een enkel geval, zoals bij de sluitingsbevoegdheid van het huidige artikel 13b Opiumwet, wordt de burgemeester ingeschakeld zonder dat daarbij een verband met overlast en met openbare orde wordt gelegd. Een kunstmatige oprekking van de openbare-ordetaak van de burgemeester is daarmee voorkomen.

Het ontwerpen van steeds nieuwe bevoegdheden ontaardt af en toe in regeldrift. Bij sommige onderwerpen ontstaat een stapeling van bestuursrechtelijke bevoegdheden, waardoor het soms moeilijk wordt om te achterhalen welke bestuursbevoegdheid de burgemeester in een bepaalde situatie moet gebruiken. Bovendien is daarnaast vaak ook nog strafrechtelijk optreden mogelijk; een burgemeester heeft op dat terrein weliswaar geen bevoegdheden, maar dient soms wel af te wegen of strafrechtelijk optreden in een bepaald geval niet beter is dan een optreden op basis van het bestuursrecht.

Tekenend is de afwijzende reactie van het genootschap van burgemeesters op het conceptwetsvoorstel gedragsaanwijzing ernstige overlast. Het genootschap gaf aan vooral behoefte te hebben aan een evaluatieonderzoek naar de bevoegdheden van de burgemeester en niet voor elke situatie een nieuwe bevoegdheid te wensen.⁴

Als we een aantal voorgenomen wetswijzigingen bezien, dan rijzen enkele vragen. Ten eerste de vraag of alle bevoegdheden werkelijk noodzakelijk zijn of dat er veeleer een ontwikkeling gaande is dat de regering en Kamer(leden) reageren op incidenten en daarop (te?) snel nieuwe bevoegdheden wensen die dan naast of bovenop het strafrecht en op bestaande bestuurlijke bevoegdheden komen.

Daarenboven lijkt men het tegenwoordig normaal te vinden dat een bestuursorgaan als de burgemeester bij de dagelijkse ordehandhaving grondrechten kan beperken. Verdient het wellicht meer aandacht dat de burgemeester steeds meer een bestuurder wordt die voor zijn herbenoeming afhankelijk is van de gemeenteraad en – indirect – van de lokale bevolking? Dit geeft hem een andere, potentieel meer afhankelijke positie dan de officier van justitie. Ook dit aspect is relevant bij de keuze of een probleem via het strafrecht dan wel via de burgemeester wordt aangepakt. Zeker als grondrechten in het geding zijn. In het verlengde hiervan moet ook de vraag gesteld worden of in een aantal gevallen niet veel beter de rechter een taak zou moeten krijgen.

Tegen de achtergrond van deze vragen worden in dit preadvies enkele actuele ontwikkelingen inzake de bevoegdheden van de burgemeester bij de bestrijding van criminaliteit en terrorisme besproken.

3. Zie in meer algemene zin hierover L.J.J. Rogier, Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006. J.G. Brouwer gebruikt in zijn oratie (Van nachtbrakers tot terroristen, RuG 2006) voor dwingend, vroegtijdig optreden van de overheid de term 'prepressief optreden'.

4. Zie hfdst. 4 over het conceptwetsvoorstel. De reactie van het Genootschap is te raadplegen op <www.burgemeesters.nl>.

Allereerst komt de nieuwe praktijk van het persoonsgericht verstoren in het belang van terrorismebestrijding (hoofdstuk 2) aan bod. Vervolgens behandel ik enkele wetsvoorstellen waarin wordt voorgesteld de burgemeester een bevoegdheid toe te kennen die bedoeld is om criminaliteit⁵ te voorkomen of te bestrijden. Het betreft bevoegdheden waarmee de burgemeester de uitoefening van één of meer grondrechten kan beperken.

Daarna komt de bestrijding van drugshandel door sluiting van panden (hoofdstuk 3) aan bod. Vervolgens passeren het conceptwetsvoorstel gedragsaanwijzing bij extreme overlast (hoofdstuk 4) en het wetsvoorstel aanpak huiselijk geweld (hoofdstuk 5) de revue. Het geheel wordt afgesloten met conclusies en stellingen.

5. Zie voor een omschrijving van dit begrip het preadvies van L.J.J. Rogier.

2 Persoonsgericht verstoren

2.1 De burgemeester en terrorismebestrijding

In de periode die volgt op een eventuele terroristische aanslag zal de burgemeester een belangrijke rol kunnen spelen. Hij coördineert immers het optreden van politie, brandweer en hulpverlening en veel wetgeving die in bijzondere omstandigheden geldt kent de burgemeester belangrijke bevoegdheden toe.⁶

Voor het overige komt de burgemeester echter een bescheiden plaats toe bij de bestrijding van terrorisme. De overheid tracht (potentiële) terroristen vooral via het strafrecht aan te pakken. Daarvoor zijn deels nieuwe, ingrijpende bevoegdheden in het leven geroepen. Uitoefening van deze bevoegdheden kan leiden tot een forse aantasting van grondrechten.⁷ In een rechtsstaat plegen dergelijke bevoegdheden door de politie en justitie in het kader van een gerechtelijke procedure, onder toezicht van een rechter(-commissaris) te worden uitgeoefend. Toekenning van deze bevoegdheden aan een bestuurder zoals de burgemeester ligt niet voor de hand.

Als de wetgever desondanks kiest voor bestuurlijke bevoegdheden, dan worden deze aan bestuursorganen van de centrale overheid toegekend. Achterliggende gedachte is onder meer dat de problematiek de gemeentegrenzen overschrijdt, dat informatie op centraal niveau moet worden verzameld en verwerkt en dat daar dus ook het beleid wordt gemaakt en de beslissingen worden genomen. Bovendien betreft het bevoegdheden die de overheid naar verwachting slechts in een beperkt aantal gevallen of voor een beperkt aantal locaties gebruikt. Het ligt dan eerder voor de hand om deze aan één bestuursorgaan op centraal niveau toe te kennen, dan aan (alle) burgemeesters. Deze gedachtegang ziet men onder meer terug bij het wets-

6. Zie hierover E.T. Brainich von Brainich Felth, *Het systeem van crisisbeheersing. Bevoegdheden en verplichtingen bij de voorbereiding op en het optreden tijdens crises*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2004.

7. O.a. Wet van 20 november 2006, Stb. 2006, 580 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven: in geval van verdenking van terrorisme zijn 'ernstige bezwaren' niet nodig voor een bevel tot bewaring. Tevens is verlenging van een bevel tot gevangenhouding met maximaal twee jaar mogelijk. Ook regelt deze wet een vergaande vorm van stelselmatige observatie, infiltratie, aftappen, fouilleren. Zie hierover: P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Het conceptwetsvoorstel voorkoming, opsporing en vervolging van terroristische misdrijven: terrorisme bestrijding door marginalisering strafvorderlijke waarborgen*, NJB 2005, p. 397-400; Th. de Roos, *De nieuwe wetsvoorstellen helpen niet. Opsporingsbevoegdheden verruimd in de strijd tegen terrorisme*, *Advocatenblad* 2006, p.176-180; S.L.J. Janssen, *De strafbare intentie is bijna een feit*, NJB 2006, p. 1005-1006.

voorstel voor de Wet Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid⁸ en bij de regeling van de bevoegdheid om bepaalde locaties, zoals luchthavens, grote stations en het mediapark, voor langere tijd aan te wijzen als veiligheidsrisicogebieden waarin de politie onder meer preventief kan fouilleren.⁹ Deze onderwerpen komen hierna niet meer aan bod.

Sinds een jaar komt de burgemeester in relatie tot terrorismebestrijding toch nadrukkelijk in het nieuws en wel door publiciteit rond het zogenoemde persoonsgericht verstoren.

2.2 Vormen van persoonsgericht verstoren

Bij persoonsgericht verstoren houdt de politie (de omgeving van) een persoon van wie een terroristische dreiging uitgaat zo opzichtig in de gaten, dat het die persoon en zijn omgeving duidelijk wordt dat de politie belangstelling voor hem heeft. Zodoende moet het voor betrokkene moeilijk(er) worden om een bijdrage te leveren aan (de voorbereiding van) een terroristische activiteit.¹⁰

De politie kan onder meer verstoren door zichtbare surveillances bij een huis, gebedshuis of andere ontmoetingsplaats. Daarnaast kunnen (wijk) agenten huisbezoeken bij betrokkene afleggen en familie, werk, school of burens benaderen.¹¹ De politie kan bijvoorbeeld in de buurt kaartjes verspreiden met 'Meld misdaad anoniem'.

Naarmate de politie meer van de genoemde verstoringsacties combineert, wordt het persoonsgericht verstoren ingrijpender. Er zijn dus meerdere vormen van persoonsgericht verstoren mogelijk. De twee rechtszaken dit tot dusver zijn gevoerd illustreren dit. In het minst ingrijpende geval is het een vorm van verscherpte surveillance in de (woon)omgeving van een bepaald persoon. Zo postte de Amsterdamse politie aanvankelijk vijf, later drie keer per etmaal gedurende korte tijd bij een pand waarvan betrokkene de eerste verdieping bewoonde.¹² In het uiterste geval is het openlijk, hinderlijk volgen en doet persoonsgericht verstoren bijna denken aan *stalking* door de politie. Dit zien we in het eerste geval van persoonsgericht verstoren dat in de publiciteit kwam. De politie surveilleerde onder meer intensief voor de woning van een Amsterdamse moslima, belde regelmatig aan en op om te zien of betrok-

8. Kamerstukken II 2006/07, 30 566, nrs. 1-3 e.v. Regels inzake het opleggen van beperkende maatregelen aan personen met het oog op bescherming van de nationale veiligheid en inzake het weigeren of intrekken van beschikkingen met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid (Wet bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid), m.n. nr. 3, p. 19-22. Over dit wetsvoorstel: C.L.G.F.H. Albers & R.J.N. Schlössels, Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?, NJB 2006, p. 2522-2530.

9. Art. 126zq lid 4 Sv jo. art. 3 lid 1 Besluit opsporing terroristische misdrijven met de daarbij behorende Bijlage, Stb. 2006, 730.

10. Kamerstukken II 2005/06, 29 754, nr. 60, p. 6.

11. Kamerstukken II 2005/06, 29 754, nr. 60, p. 6 en nr. 64, p. 7; J.P.H. Donner & J.W. Remkes, Kritiek op persoonsgerichte aanpak onjuist, Binnenlands bestuur, 21 juli 2006. Op p. 5 van het Beleidskader Aanpak Radicaliseringshaarden (Bijlage bij Kamerstukken II 2005/06, 29 754, nr. 61) wordt aan deze omschrijving toegevoegd dat uit feiten en omstandigheden blijkt dat betrokkene zover is geradicaliseerd dat hij/zij bereid is geweld te gebruiken om zijn doel te bereiken.

12. Zie Rb. Amsterdam 9 maart 2006, AB 2006, 389 (Persoonsgericht verstoren II).

kene thuis was en ‘om met haar in gesprek te blijven’ en volgde haar.¹³ De politie paste hier meerdere verstoringsacties cumulatief toe. Een zekere mate van cumulatie zal in veel gevallen essentieel zijn voor het al dan niet succesvol verstoren: de politie wil immers voorkomen dat betrokkene met bepaalde mensen omgaat. Om dat te bereiken dient de politie planmatig, frequent, op meerdere plaatsen een oog op hem te houden.

De civiele rechter oordeelde het persoonsgericht verstoren in één geval disproportioneel, in het andere geval vooralsnog niet onrechtmatig.¹⁴ Belangrijke vragen, onder meer naar de precieze wettelijke grondslag van de bevoegdheid en de relatie tot het recht op privacy, werden in deze procedures niet uitputtend beantwoord.

Persoonsgericht verstoren is niet expliciet in de wet geregeld. De achtergrond en de reikwijdte van dit overheidsoptreden zijn vooral in beleidsstukken geschetst.¹⁵ Brouwer heeft recentelijk het wettelijke kader onderzocht waarin de burgemeester en de politie bij persoonsgericht verstoren werken. Hij concludeerde dat de Politiewet 1993 en de Gemeentewet onvoldoende grondslag bieden voor persoonsgericht verstoren en pleitte voor een wettelijke regeling.¹⁶ Daarop gaven de ministers Donner en Remkes in een ingezonden brief in vrij scherpe bewoordingen aan dat de wettelijke grondslag deugdelijk was, dat Brouwer een onjuiste schets (‘karikatuur’) van persoonsgericht verstoren gaf en dat hij het voor het overige ook bij het verkeerde eind had.¹⁷ Reden genoeg dus om deze problematiek nog eens onder de loep te nemen. Temeer omdat het bepaald wel ‘ergens over gaat’.

Hierna licht ik kort toe welke instanties bij persoonsgericht verstoren betrokken zijn. Daarna komt de vraag aan bod of het huidige recht een basis biedt voor persoonsgericht verstoren. Ik sluit af met een korte beschouwing naar aanleiding van de vraag wat er met persoonsgericht verstoren moet gebeuren.

Uitgangspunt van mijn betoog is dat de politie cumulatief verschillende verstoringsacties toepast. Dat zal in de meeste gevallen immers nodig zijn om het beoogde resultaat te bereiken.¹⁸

13. Vgl. Rb. Amsterdam 1 december 2005, AB 2006, 284, m.n. r.o. 5 (Persoonsgericht verstoren I).

14. Rb. Amsterdam 1 december 2005, AB 2006, 284 (Persoonsgericht verstoren I); Rb. Amsterdam 9 maart 2006, AB 2006, 389 (Persoonsgericht verstoren II).

15. Kamerstukken II 2003/04, 29 754, nr. 1, p. 11 (Brief van de ministers van BZK en Justitie over terrorismebestrijding); Kamerstukken II 2005/06, 29 754, nr. 60, p. 6 (Derde voortgangsrapportage terrorismebestrijding). Deze zienswijze van de ministers komt in par. 2.4.1 uitgebreider aan bod.

16. J.G. Brouwer, Van nachtbrakers tot terroristen. Over persoonsgericht verstoren (oratie RUG), Groningen 2006. Zie voorts zijn annotaties onder de hiervoor aangehaalde twee rechtbankuitspraken (AB 2006, 284 en AB 2006, 389). Brouwer onderzocht art. 2 en 12 Politiewet 1993 en de openbare ordebevoegdheden uit van de burgemeester uit de Gemeentewet (art. 172 e.v.).

17. J.P.H. Donner & J.W. Remkes, Kritiek op persoonsgerichte aanpak onjuist, Binnenlands bestuur, 21 juli 2006.

18. Het standpunt van de ministers dat Brouwer een ‘karikatuur’ van persoonsgericht verstoren schetst, is mijns inziens dan ook onjuist.

2.3 Hoe komt de burgemeester tot een beslissing?

Vanaf 2004 bestaat de Contra-Terrorisme Infobox (CT Infobox), een samenwerkingsverband dat is ondergebracht bij de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD). In de CT Infobox werken de politie, AIVD, Immigratie- en Naturalisatiedienst en de Militaire Inlichtingen- en Veiligheidsdienst samen. De CT Infobox is opgericht met als doel informatie te verzamelen en te analyseren over personen en/of groepen die betrokken zijn bij terrorisme.¹⁹ In een 'regiegroep persoonsgericht verstoren' werken de genoemde diensten samen. Deze regiegroep bekijkt van tijd tot tijd op basis van recente informatie of personen (nog) in aanmerking komen voor persoonsgericht verstoren. Zonodig kunnen de deelnemende diensten, binnen het wettelijke kader voor gegevensuitwisseling, de informatie aan elkaar verstrekken.

De afzonderlijke diensten van de CT Infobox kunnen mededeling doen over door hen verwerkte informatie aan instanties buiten het samenwerkingsverband. Zo kan de burgemeester van de AIVD informatie ontvangen over personen jegens wie aanleiding zou kunnen bestaan voor persoonsgericht verstoren (art. 36 lid 1 Wet op de Inlichtingen en Veiligheidsdiensten 2002).²⁰ De burgemeester beslist uiteindelijk of de politie moet overgaan tot persoonsgericht verstoren, instrueert de politie (art. 12 Politiewet 1993) en bepaalt op welke wijze het verstoren zal gebeuren.

2.4 Wettelijke grondslag

2.4.1 Visie van de ministers

In de kamerstukken bestaat aanvankelijk weinig aandacht voor de wettelijke grondslag van het persoonsgericht verstoren. Men treft over dit onderwerp enkele passages aan, waarin aan de orde is welke taak de politie uitvoert bij persoonsgericht verstoren. Daarbij wordt de indruk gewekt dat zij optreedt in het kader van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.²¹

Nadat de Rechtbank Amsterdam op 1 december 2005 het persoonsgericht verstoren van een Amsterdamse moslima onrechtmatig oordeelde, veranderde dit. De ministers van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) betogen vanaf dat moment – samengevat – het volgende. De burgemeester en de politie zijn bevoegd om tot persoonsgericht verstoren over te gaan op grond van hun taak om de

-
19. Kamerstukken II 2004/05, 29 754 en 29 925, nr. 21; Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding & COT Instituut voor Crisis- en veiligheidsmanagement (red.), *Handreiking terrorismebestrijding op lokaal niveau*, Den Haag: Deltahage 2006, p. 59-62. Zie voor een meer uitgebreide bespreking van de CT Infobox het preadvies van C.M. Bitter en F.W. Bleichrodt.
 20. Via landelijke en regionale informatieknooppunten kan de politie informatie krijgen. Zie over de wettelijke grondslag van het verstrekken van gegevens en informatie-uitwisseling het preadvies van C.M. Bitter en F.W. Bleichrodt. Zie voorts Rb. Amsterdam 1 december 2005, AB 2006, 284, r.o. 1 (Persoonsgericht verstoren I).
 21. Zo wordt aanvankelijk vermeld dat het OM, de AIVD en de politie op basis van strafvordering optreden bij persoonsgericht verstoren: Kamerstukken II 2003/04, 29 754, nr. 1, p. 10; Kamerstukken II 2003/04, 27 925, nr. 123, p. 8.

openbare orde te handhaven.²² De ‘handhaving van de openbare orde’ – waarmee de burgemeester is belast, bevat twee elementen: enerzijds de daadwerkelijke voorkoming van zich concreet voordoende of dreigende verstoringen van de openbare orde en anderzijds de algemene, bestuurlijke voorkoming van strafbare feiten. De burgemeester heeft dus een algemene zorg voor de voorkoming van strafbare feiten die invloed hebben op de orde en rust in de gemeentelijke samenleving. Persoonsgericht verstoren past derhalve binnen die taakopdracht.²³

Voorts betogen de ministers dat persoonsgericht verstoren binnen de surveillance-taken van de politie valt. De wettelijke basis ligt in artikel 172 lid 2 Gemeentewet, artikel 2 en 12 Politiewet 1993. Deze bepalingen geven een deugdelijke grondslag voor persoonsgericht verstoren. Jurisprudentie van de Hoge Raad en van de civiele rechter bevestigen dit, aldus nog steeds de ministers. Dit overstijgt niet de bevoegdheden van een lokale gezagsdrager zoals de burgemeester. Immers, uit artikel 16 Politiewet 1993 blijkt dat de burgemeester maatregelen kan treffen ter voorkoming van ordeverstoringen in andere gemeenten. Tot slot beroepen de ministers zich op artikel 2 EVRM: deze bepaling brengt met zich dat de overheid zich actief moet inspannen om de burgers te beschermen tegen terrorisme, aldus de ministers.²⁴

2.4.2 Jurisprudentie en literatuur

De jurisprudentie geeft geen uitsluitsel over de vereiste wettelijke basis voor persoonsgericht verstoren. In de eerste zaak waar de rechter zich over boog ging het om een vrouw wier kinderen korte tijd naar school werden gebracht door iemand die banden had met de Hofstadgroep. Verder zouden er explosieven en een cassettebandje met een oproep voor de Jihad en een soort ‘gebruiksaanwijzing’ voor het doorsnijden van de keel in haar woning aanwezig zijn. Bij een inval van de woning werd echter niets concreets gevonden. De vrouw was bekeerd tot de islam en leefde steeds strengere regels na. De rechter in kort geding oordeelde dat de overheid disproportioneel optrad, zonder dat de rechter daarbij expliciet op de wettelijke grondslag van het optreden inging.²⁵ Dat is gelet op de aard van de procedure (kort geding) niet verwonderlijk, maar het is wel jammer.

In de tweede zaak over persoonsgericht verstoren ging de rechtbank wel in op de wettelijke grondslag. In dat geval betrof het een man die contact had met leden van

22. Kamerstukken II 2005/06, 29 754, nr. 64, p. 7: De minister van Justitie stelt onder meer: ‘Als het gezag van de burgemeester moet worden ingezet met het oog op het verstoren, gaat het om bevoegdheden die mede in het belang van de openbare orde worden toegepast bij deze of andere vormen van dreiging. Hierbij is het strafrecht in eerste instantie niet aan de orde. De verantwoordelijkheid van de burgemeester vloeit voort uit de aard van de zaak. Wanneer je dit wettelijk probeert te regelen, kan het een averechts effect hebben, in die zin dat je er geen greep meer op hebt.’ Zie in dezelfde zin: Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding & COT Instituut voor Crisis- en veiligheidsmanagement (red.), *Handreiking terrorismebestrijding op lokaal niveau*, Den Haag: Deltahage 2006, p. 59.

23. J.P.H. Donner & J.W. Remkes, *Kritiek op persoonsgerichte aanpak onjuist*, Binnenlands bestuur, 21 juli 2006.

24. Kamerstukken II 2006/07, 29 754, nr. 84, p. 10; J.P.H. Donner & J.W. Remkes, *Kritiek op persoonsgerichte aanpak onjuist*, Binnenlands bestuur, 21 juli 2006.

25. Rb. Amsterdam 1 december 2005, AB 2006, 284 (Persoonsgericht verstoren I).

de Hofstadgroep, zo bleek uit politieonderzoek. De politie vermoedde dat hij via MSN een oproep tot de Jihad had gedaan. Het persoonsgericht verstoren hield in deze zaak in dat de politie drie keer per etmaal gedurende korte tijd met een surveillanceauto postte voor het pand waar betrokkene woonde. De rechtbank oordeelde dat dit geen stelselmatige observatie was. Gezien de aard en de omvang van de verstoring bood artikel 12 Politiewet 1993 een grondslag voor het optreden van de burgemeester en de politie, aldus de rechtbank. Deze vorm van surveillance acht de rechtbank vergelijkbaar met het toezicht dat de politie in bepaalde wijken of naar aanleiding van bepaalde gebeurtenissen uitoefent. De burgers zien dat de politie aanwezig is en het uiteindelijke doel van dit politieoptreden is preventie in het belang van de openbare orde, zo stelde de rechtbank. De burgemeester kan in het kader van artikel 12 Politiewet 1993 aanwijzingen geven om groepen, maar ook individuen in de gaten te houden, aldus de rechter.²⁶

Dit oordeel lijkt mij onjuist. Artikel 12 Politiewet 1993²⁷ belast de burgemeester met het gezag over de politie als zij haar taak betreffende ordehandhaving en hulpverlening uitvoert. De burgemeester kan de politie in dit kader aanwijzingen geven (art. 12 lid 2 Politiewet 1993). Artikel 12 verleent de burgemeester en de politie geen bevoegdheid tot optreden jegens burgers.²⁸ Evenmin is dit een bepaling die direct feitelijk handelen jegens burgers toestaat. In combinatie met artikel 2 Politiewet 1993 en eventueel met artikel 172 Gemeentewet is dat overigens wél het geval, maar artikel 12 van de Politiewet 1993 kan op zichzelf geen basis zijn voor persoonsgericht verstoren. Dezelfde redenering gaat overigens op voor artikel 13 Politiewet 1993.

In de literatuur heeft vooral Brouwer aandacht besteed aan deze problematiek. Brouwer komt na een uitgebreide beschouwing van artikel 2 en 12 Politiewet 1993 en van artikel 172 Gemeentewet tot de conclusie dat noch de Gemeentewet noch de Politiewet 1993 een grondslag biedt voor dit optreden. Als persoonsgericht verstoren in de toekomst gebruikt wordt, dan pleit hij voor een wettelijke regeling van dit middel, waarbij de officier van justitie de bevoegde instantie wordt.²⁹ Rogier betwist eveneens dat persoonsgericht verstoren op artikel 12 en/of artikel 2 Politiewet 1993 kan worden gebaseerd.³⁰ Ik verwerk deze opvattingen in mijn eigen analyse.

26. Rb. Amsterdam 9 maart 2006, AB 2006, 389, r.o. 9 en 10 (Persoonsgericht verstoren II). In de uitspraak wordt bij de proportionaliteitsvraag nog expliciet naar voren gebracht dat de inbreuk op het privacyrecht in dit geval beperkt was, omdat betrokkene op de tweede verdieping woonde en de politie niet de mogelijkheid had om vanaf de straat de woning in te kijken (r.o. 15).

27. Art. 12 luidt: '(1) Indien de politie in een gemeente optreedt ter handhaving van de openbare orde en ter uitvoering van de hulpverleningstaak, staat zij onder gezag van de burgemeester. (2) De burgemeester kan de betrokken ambtenaren van politie de nodige aanwijzingen geven voor de vervulling van de in het eerste lid bedoelde taken.'

28. In deze zin ook J.G. Brouwer 2006, p. 23-24.

29. J.G. Brouwer 2006. Zie ook zijn annotatie onder Rb. Amsterdam 9 maart 2006, AB 2006, 389 (Persoonsgericht verstoren II).

30. L.J.J. Rogier, Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving, (oratie EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 36-38.

2.5 Analyse van de wettelijke grondslag

2.5.1 Opzet van de analyse

Hierboven is beschreven dat de Rechtbank Amsterdam en de ministers er vooralsnog van uit gaan dat de burgemeester opdracht kan geven tot persoonsgericht verstoren in het kader van de uitvoering van zijn taak de openbare orde te handhaven en zorg te dragen voor preventie van strafbare feiten (art. 172 lid 1 Gemeentewet). Daarnaast verwijzen de ministers naar artikel 2 Politiewet 1993, waarin is neergelegd dat de politie tot taak heeft de orde feitelijk te handhaven. Persoonsgericht verstoren geschiedt volgens de ministers ter uitvoering van deze taak. De politie staat daarbij onder gezag van de burgemeester (art. 12 Politiewet 1993). Dat laatste artikel is volgens de rechtbank Amsterdam de wettelijk grondslag voor persoonsgericht verstoren.

De eerste vraag is of persoonsgericht verstoren binnen de genoemde taak van de burgemeester en de politie valt: heeft het betreffende overheidsoptreden tot doel de openbare orde te handhaven of valt het binnen de preventietaak die onderdeel is van de taak de openbare orde te handhaven?

Als dat het geval is rijst de vraag of aan het persoonsgericht verstoren een bevoegdheid van de burgemeester ten grondslag ligt en/of een bevoegdheid van de politie. Hierbij moet de jurisprudentie op artikel 2 Politiewet 1993 onderzocht te worden, omdat de Hoge Raad aanneemt dat uit de taakomschrijving van artikel 2 enkele bevoegdheden voor de politie afgeleid kunnen worden. Deze jurisprudentie is omstreden,³¹ omdat algemeen is aanvaard dat de overheid bevoegdheden heeft als en voor zover deze krachtens attributie of delegatie zijn toegekend. Een taak schept geen bevoegdheid. In de eerder vermelde jurisprudentie heeft de Hoge Raad echter toch het standpunt ingenomen dat een uit een taakomschrijving een bevoegdheid kan worden afgeleid.³²

Ik kom hierna uiteindelijk tot de conclusie dat de taak om de orde te handhaven zich niet zo ver uitstrekt dat daaronder persoonsgericht verstoren valt (par. 2.5.2). De bevoegdheden die de burgemeester en de politie bij ordehandhaving kunnen uitoefenen bieden mijns inziens geen grondslag voor persoonsgericht verstoren.

Daarom onderzoek ik vervolgens of persoonsgericht verstoren kan worden gebaseerd op artikel 13 jo. artikel 2 Politiewet 1993 (par. 2.5.3). Mag de politie, onder gezag van de officier van justitie ter uitvoering van haar taak om zorg te dragen voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde tot persoonsgericht verstoren overgaan? Kan persoonsgericht verstoren geschieden op basis van bevoegdheden die de rechter uit artikel 2 Politiewet 1993 afleidt? Daarbij is van belang of, en zo ja in welke mate het recht op privacy wordt aangetast door persoonsgericht verstoren (paragrafen 2.5.4 en 2.5.5).

Aangezien mijns inziens het huidige recht geen t geval is, sta ik tenslotte stil bij de vraag of er een wettelijke regeling moet komen over persoonsgericht verstoren (par. 2.6).

31. C.J.A.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (vijfde druk), Deventer: 2005, p. 36-38.

32. Ik ga in par. 2.5.4 verder op deze jurisprudentie in.

2.5.2 Persoonsgericht verstoren is geen ordehandhaving

Openbare-ordehandhaving in de gemeente door de burgemeester³³ en de politie³⁴ heeft, uitzonderingen daargelaten,³⁵ alleen betrekking op het voor het publiek toegankelijke domein. Dit ligt in het element 'openbaar' besloten. Door ordehandhaving beoogt de burgemeester de rust en de normale gang van zaken in de openbare ruimte te bewaren. Dit gebeurt met het doel om burgers de ruimte te laten benutten, overeenkomstig de bestemming die daaraan op dat moment is gegeven. De burgemeester beoogt dus de (mede) door het gemeentebestuur bepaalde normale gang van zaken te bewaren of te herstellen (lokale openbare orde in enge zin).³⁶ Onderwerpen die tot de lokale openbare orde in ruime zin kunnen worden gerekend, zoals de zorg voor het esthetisch aanzien van de openbare ruimte, vallen buiten de taak van de burgemeester. Het college van burgemeester en wethouders zal zich als dagelijks bestuur van de gemeente met deze onderwerpen bezig houden (art. 160, lid 1 sub b Gemeentewet).

De politie heeft tot taak de openbare orde te handhaven (art. 2 Politiewet 1993).³⁷ Het gaat dan om feitelijke, fysieke ordehandhaving.³⁸ De politie opereert onder gezag van de burgemeester (art. 12 Politiewet 1993) en treedt op als regels niet (dreigen te) worden nageleefd, waardoor de orde en rust in het openbare leven worden bedreigd (art. 2 Politiewet 1993 en art. 172 lid 2 Gemeentewet). Ordehandhaving door de burgemeester en de politie heeft primair een reparatoir of preventief karakter. De maatregelen die zij nemen ter uitvoering van deze taak moeten hetzelfde karakter dragen (doelcriterium).

-
33. Zie voor een uitgebreide bespreking: M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid* (Diss. UU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 16-23; de hier gehanteerde omschrijving van openbare-ordehandhaving is grotendeels aan deze publicatie ontleend. Zie voorts: H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Handhaving van de openbare orde; taken en bevoegdheden van de burgemeester*, Den Haag: VUGA 1990; B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving, actoren, instrumenten en waarborgen* (diss. VU; Serie: Bestuursrecht, theorie en praktijk, nr. 13), Deventer: Kluwer 1993; D.J. Elzinga P.H.S. van Rest & J. de Valk, *Het Nederlandse politierecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 435-436; H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orderecht*, (Serie: Bestuursrecht in praktijk, nr. 5), Deventer: Kluwer 2004, p. 4-15; A.H.M. Dölle, D.J. Elzinga m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse Gemeenterecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 387-395; J.G. Brouwer 2006.
 34. Zie voor een uitgebreide bespreking van de taakomschrijving van de politie: D.J. Elzinga, P.H.S. van Rest, J. de Valk 1995, p. 35-88; M.A.D.W. de Jong 2000, p. 16-24 en p. 72-76; J.G. Brouwer 2006, p. 24-29.
 35. In sommige gevallen kan de burgemeester in het kader van ordehandhaving reageren op gedragingen in niet voor het publiek toegankelijk domein. Dit kan toelaatbaar zijn omdat de betreffende gedragingen gevolgen hebben voor de openbare orde. Zie bijvoorbeeld art. 174a Gemeentewet, besproken in hoofdstuk 3.
 36. Zie over het begrip ordehandhaving in enge zin: Vzng. Rb. Arnhem 15 november 2002, Gst. 2003 7181, 38; Rb. Maastricht 19 juli 2004, JB 2004, 334 (Heerlen); HR 11 oktober 2005, LJN AS9222 en AS 9224 (Nijmegen). Deze jurisprudentie wordt besproken door M.A.D.W. de Jong 2006, p. 400-401.
 37. Art. 2 luidt: 'De politie heeft tot taak in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven.' Handhaving van de rechtsorde omvat openbare ordehandhaving, strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en hulpverlening.
 38. *Handelingen I*, 13 december 1988, p. 11-370.

De literatuur en de jurisprudentie, maar ook de praktijk van ordehandhaving rond bijvoorbeeld voetbalwedstrijden laten zien dat de grens tussen ordehandhaving en strafrechtelijk optreden soms erg vaag is. Toch is het van belang om het begrip ordehandhaving niet te ver op te rekken en het doelcriterium scherp in het oog te houden.

Dit ten eerste vanwege het feit dat een te ruime uitleg kan leiden tot competentieconflicten met het OM (art. 13 Politiewet 1993). Evenmin moet de situatie ontstaan dat geen van beide organen aangeeft bevoegd en verantwoordelijk te zijn voor een bepaald politieoptreden. Met name als sprake is van politieoptreden waarvan wordt betwijfeld of het rechtmatig is, kan de situatie ontstaan dat bestuursorganen naar elkaar verwijzen als de bevoegdheids- en verantwoordelijkheidsvraag wordt gesteld.³⁹ Ten tweede is een niet te ruime uitleg van de ordehandhavende taak belangrijk, omdat de overheid bij ordehandhaving meer vrijheid toekomt dan bij strafrechtelijke handhaving. Het is onvermijdelijk dat openbare-ordebevoegdheden een zekere vaagheid in zich hebben: vooraf is niet geheel te voorspellen in welke vorm ordeverstoringen zich voor zullen doen. Met deze ruim geformuleerde taken en bevoegdheden kan de overheid soms ingrijpende maatregelen nemen. Dat is nodig en acceptabel omdat een overheid die chaos en wanordelijkheden laat voortduren, ernstig tekortschiet in haar taak om de burgers in het publieke domein te beschermen. Een van de belangrijkste voorwaarden waaraan het overheidsoptreden bij ordehandhaving moet voldoen, is de eis dat de taak en de bijbehorende bevoegdheden gekoppeld zijn aan daadwerkelijke of concreet dreigende ordeverstoringen in de gemeente. Het moet als het ware om vluchtig overheids-optreden gaan: geen structurele en/of langetermijnmaatregelen, maar maatregelen die gelden voor een korte periode tot een acute dreiging of ordeverstoring is bestreden of voldoende is afgenomen. De burgemeester moet dit alles voldoende kunnen objectiveren en motiveren.⁴⁰ Bij preventieve maatregelen dient de burgemeester aan te kunnen geven dat er een redelijke verwachting is dat een bepaald feit zich zal voordoen in de gemeente. Dat kan hij eventueel doen door, zoals bij verblijfsontzeggingen, aan te geven dat een persoon binnen een bepaalde tijdspanne de orde een aantal keren heeft verstoord en daarbij aannemelijk te maken dat betrokkene dat in de naaste toekomst weer zal doen. Voor een beperkte periode kan dan in het belang van ordehandhaving een preventieve maatregel worden getroffen.

Om al deze redenen moet ordehandhaving in beginsel beperkt zijn tot daadwerkelijke ordehandhaving en het voorkomen van actueel dreigende, concrete ordeverstoringen. Zijn langetermijnmaatregelen nodig, structurele maatregelen, of maatregelen die zeer ingrijpend zijn, dan past dat niet meer binnen het bestuurlijk optreden van de burgemeester en de politie. Daarvoor dient een wetgever een regeling te treffen, dan wel een specifieke bevoegdheid in het leven te roepen.⁴¹

39. Zie bijvoorbeeld de gang van zaken bij de Eurotop, besproken door de Commissie voor de Politieklachten Amsterdam-Amstelland (Commissie Schalken), Onderzoek naar politieoptreden Eurotop Amsterdam juni 1997, Amsterdam 1997.

40. In de jurisprudentie komt dit naar voren bij het situatie- en het doelcriterium.

41. Onder meer art. 174 lid 2, 174a-176 Gemeentewet.

Persoonsgericht verstoren past niet in de ordehandhavende taak van de burgemeester en de politie, omdat dit overheidsoptreden een wezenlijk ander karakter heeft. Het betreft personen waarvan niet genoegzaam vaststaat dat zij in het verleden de openbare orde hebben verstoord en waarvan het nog maar de vraag is of zij dat in de naaste toekomst wel zullen doen. Het is immers onzeker of de betreffende personen zich in de toekomst daadwerkelijk zullen aansluiten bij een terroristisch netwerk.⁴² Zelfs als zij zich zouden aansluiten, dan is daarmee nog niet gezegd dat zij in de toekomst de openbare orde zullen aantasten.⁴³ Niet elk terroristisch misdrijf tast de lokale openbare orde (in enge zin) aan, zoals ook niet elk strafbaar feit de openbare orde aantast. Het enkele feit dat een strafbaar feit wordt gepleegd heeft dus niet altijd tot gevolg dat de burgemeester in het kader van ordehandhaving mag optreden. Denk bijvoorbeeld aan bedreigingen of aan het plan om iemand te vermoorden. Een moord kan de openbare orde aantasten, maar dat hoeft niet het geval te zijn. Het is echter wel een strafbaar feit, en dus kunnen de politie en het OM op basis van het strafrecht optreden.

Hiermee valt het belangrijkste argument weg om persoonsgericht verstoren als een optreden te zien dat als doel heeft de openbare orde te handhaven. Het persoonsgericht verstoren lijkt vooral een preventieve veiligheidsmaatregel te zijn. Niet een openbare-ordemaatregel die de burgemeester mag treffen.

In de visie van de ministers past persoonsgericht verstoren in de preventietaak die – tot op zekere hoogte – deel uitmaakt van ordehandhaving. Dat lijkt mij echter niet goed te verdedigen, maar enige voorzichtigheid is hier geboden. Het is namelijk lastig te achterhalen wat de preventietaak precies inhoudt.

De burgemeester dient in het kader van zijn preventietaak onder meer beleid te ontwikkelen en kan de politie instructies geven om (extra) aandacht te besteden aan bepaalde plaatsen, feiten of personen (art. 12 Politiewet 1993). De politie kan onder meer door surveillances en voorlichting aan preventie bijdragen.⁴⁴ De burgemeester hoeft niet het voorkomen van elke vorm van criminaliteit tot zijn taak te rekenen, maar bij hem berust wel een algemene zorg voor preventie van criminaliteit die invloed heeft op de orde en rust in de gemeentelijke samenleving. Dit houdt in dat hij met inachtneming van de bevoegdheidsverdeling tussen de gemeentelijke organen, bijvoorbeeld bestuurlijke preventieprojecten kan starten of verhoogde surveillance kan bevelen.⁴⁵ Hoe ver dit gaat, is niet helemaal duidelijk. De parlementaire geschiedenis biedt weinig houvast, mede doordat het onderwerp bij drie wetsvoorstellen over de Politiewet 1993 en het wetsvoorstel voor de nieuwe Gemeentewet aan de orde is geweest.⁴⁶

Er zijn twee opvattingen die voortdurend terugkomen: een meer beperkte opvatting dat de preventietaak van de burgemeester een relatie houdt met artikel 172 lid 2 Gemeentewet. De burgemeester is in die visie belast met preventie van criminaliteit

42. Hierbij dient bedacht te worden dat er jegens de betreffende personen blijkbaar onvoldoende aanwijzingen zijn om op basis van het strafrecht op te treden. Onder de huidige terrorismewetgeving wil dat wat zeggen.

43. Zie J.G. Brouwer 2006, p. 35-37.

44. Daarnaast heeft hij bevoegdheden die hij kan gebruiken als hij vreest dat de orde verstoord zal worden, zie o.a. art. 172 lid 3 en art. 175 Gemeentewet.

45. Handelingen I, 13 december 1988, p. 11-370.

die gevolgen heeft voor (het gebruik van) de openbare ruimte. Er bestaat aldus een directe band met zijn ordehandhavende taak (art. 172 Gemeentewet).⁴⁷ De ruime opvatting gaat ervan uit dat de burgemeester meer in het algemeen verantwoordelijk is voor preventie van criminaliteit. Algemene voorkoming van criminaliteit hoort bij het handhaven van de orde en rust in de gemeente, zo luidt die redenering.⁴⁸ Hoe de preventietaak in het kader van ordehandhaving moet worden ingevuld, is al met al niet erg helder geworden.

Meer duidelijkheid biedt de discussie in de Staten-Generaal over de vraag hoe de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en de daarbij behorende taak om strafbare feiten te voorkomen, moet worden ingevuld. Die discussie bevat aanknopingspunten voor de stelling dat persoonsgericht verstoren bij de strafrechtelijke handhaving en het daarbij behorende preventiebeleid thuishoort en niet bij openbare ordehandhaving.

2.5.3 Strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde

Strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde omvat onder meer het optreden dat primair is gericht op het daadwerkelijk voorkomen, opsporen en beëindigen van strafbare feiten.⁴⁹ Voor wat betreft preventie ziet het daadwerkelijk voorkomen van strafbare feiten op een dadergerichte aanpak, waarmee wordt bedoeld: preventie gericht op één of meer individuen die een strafbaar feit willen plegen. Het doel is dus te voorkomen dat een concreet dreigend delict wordt gepleegd: om de een of andere reden is strafrechtelijk optreden (nog) niet mogelijk en justitie wil voorkomen dat het tot een strafbaar feit komt. Als voorbeeld wordt in de parlementaire geschiedenis genoemd: het posten in een opvallende surveillanceauto voor een bankgebouw, waarvan bekend is dat het mogelijkwijs overvallen zal worden.⁵⁰ Volgens de parlementaire geschiedenis valt algemene preventie onder het gezag van de officier van justitie, voor zover het optreden van justitie betreft dat wordt ingegeven door de

-
46. Kamerstukken II 1980/81, 16 812, nrs. 1-2 (Wetsvoorstel vaststelling van een nieuwe Politiewet 1993); Kamerstukken II 1985/86, 19 535, nrs. 1-2 Wetsvoorstel partiële wijziging van de Politiewet 1993; Kamerstukken II 1991/92, 22 562, nrs. 1-2 Wetsvoorstel vaststelling van een nieuwe Politiewet 1993; Kamerstukken II 1985/86, 19 403, nrs. 1-2 Wetsvoorstel nieuwe bepalingen met betrekking tot gemeenten (Gemeentewet).
 47. Kamerstukken I 1988/89, 19 535, nr. 3b, p. 1-2, en p. 5; Handelingen I, 13 december 1988, p. 11-354-355; Kamerstukken II 1992/93, 22 562, nr. 10, p. 88-89 en nr. 16, p. 37-38; Handelingen II, 16 juni 1992, p. 89-5490.
 48. Kamerstukken II 1987/88, 19 535, nr. 5, p. 30 en nr. 10, p. 18; Handelingen II, september 1988, p. 99-5558, 5564 en 5580; Kamerstukken I 1988-1989, 19 535, nr. 3c, p. 7-8; Handelingen I, 13 december 1988, p. 11-370.
 49. O.a. Kamerstukken II 1980/81, 16 812, nr. 3, p. 6, 33 en 34; Kamerstukken II 1985/86, 19 535, nr. 3, p. 6; Kamerstukken I 1988/89, 19 535, nr. 3c, p. 7-8; Handelingen I, 13 december 1988, p. 11-365-370; Handelingen II, 16 juni 1992, p. 89-5489-5490; Handelingen II, 17 maart 1993, p. 56-4014-4016.
 50. In hoeverre preventie precies onder strafrechtelijke handhaving valt is niet met zekerheid uit de kamerstukken op te maken, zie o.a. Kamerstukken II 1981/82, 16 812, nr. 6, p. 15 en p. 24-25; Kamerstukken II 1986/87, 19 535, nr. 4, p. 27-30; Kamerstukken II 1987/88, 19 535, nr. 5, p. 29-30 en nr. 9, p. 16-18; Kamerstukken II 1992/93, 22 562, nr. 9, p. 8-9. Zie voorts D.J. Elzinga, P.H.S. van Rest & J. de Valk 1995, p. 40-41.

overweging dat door een bepaald optreden jegens iemand ook anderen van het plegen van (dergelijke) strafbare feiten worden afgehouden. Deze vorm van preventie is direct verbonden met het vervolgingsbeleid. De vervolgingsbeslissing is dan dus mede ingegeven door de intentie om een voorbeeld te stellen, ofwel om anderen af te schrikken om een dergelijk feit te plegen.⁵¹

Het persoonsgericht verstoren past niet echt bij de preventietaak van justitie. Er is immers geen strafbaar feit gepleegd en er zijn ook onvoldoende aanwijzingen dat er in de toekomst een strafbaar feit gepleegd zal worden. Het politieoptreden benadert echter het meest de situatie van de surveillanceauto voor de bank. Het past mijns inziens dan ook – als het al ergens past – meer bij de preventietaak die bij justitie ligt, dan bij die van de burgemeester.⁵²

Samengevat: persoonsgericht verstoren past niet binnen de ordehandhavende taak van de burgemeester. Met enige moeite is het binnen de strafrechtelijke handhaving te plaatsen. Blijft de vraag of er binnen het huidige recht een wettelijke grondslag voor het betreffende politieoptreden bestaat. Artikel 2 Politiewet 1993 belast de politie met de taak om zorg te dragen voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. De daarvoor benodigde bevoegdheden zijn echter in wetsartikelen neergelegd⁵³ die de politie niet heeft gebruikt bij persoonsgericht verstoren. Blijkens de uitlatingen van de bewindslieden moet de grondslag in artikel 2 Politiewet 1993 en de daarop gebaseerde jurisprudentie worden gevonden. Daar ga ik dieper op in.

2.5.4 Politiebevoegdheden

Op grond van de taakomschrijving van artikel 2 Politiewet 1993 kan de politie feitelijk optreden. Daarbij dient zij binnen de grenzen van het recht te opereren. Artikel 2 biedt aldus een basis voor bijvoorbeeld surveilleren, zonodig een straat ontruimen en vragen stellen aan voorbijgangers.⁵⁴ De politie mag – uiteraard – doen wat elke burger doet of zou kunnen doen: rondkijken, opletten, vragen stellen en meer van dergelijke dingen.⁵⁵

Uit deels oude, overbekende en veel bekritiseerde jurisprudentie blijkt dat de rechter uit bovengenoemde taakopdracht een aantal politiebevoegdheden afleidt die zij

51. Handelingen II, 1 september 1988, p. 99-5558; Kamerstukken I 1988/89, 19 535, nr. 3c, p. 7-9 en nr. 3e, p. 3; Handelingen I, 13 december 1988, p. 11-365-368.

52. Vgl. de redenering van de regering in par. 3.3.1 van de MvT bij het conceptwetsvoorstel Aanwijzingen ernstige overlast, te raadplegen op <www.justitie.nl>: 'De bevoegdheid van de officier [om een gedragsaanwijzing te geven; MdJ] strekt tot strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde door de betrokken persoon te beletten nieuwe strafbare feiten te plegen. Deze bevoegdheid heeft daarmee een persoonsgericht karakter en is (...) preventief van aard.'

53. Bijv. art. 8 en 9 Politiewet 1993 en de bevoegdheden in het Sv.

54. Kamerstukken II 1989/90, 19 403, nr. 16, p. 38. Rb. Breda 2 maart 2004, LJN AO4764 (Breda): de politie mag op grond van art. 2 Politiewet 1993 naar het bezit van wapens vragen voordat zij start met preventief fouilleren; ABRvS 17 juli 2001, AB 2001, 285 (Papieren) en Rb. Den Haag 20 september 2001, LJN AD5090 (Papieren): de politie is op grond van art. 2 Politiewet 1993 bevoegd om naar papieren te vragen.

55. G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, vijfde druk, Arnhem: Kluwer 2005, p. 106.

in het kader van ordehandhaving en/of strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde kan aanwenden. Op deze bevoegdheden kom ik hierna terug. De rechter heeft in deze zaken onvoldoende oog gehad voor het onderscheid tussen taak en bevoegdheden (dan wel bewust het onderscheid niet willen maken).⁵⁶ Met die bevoegdheden kan de politie, in tegenstelling tot het feitelijk handelen, rechten van burgers aantasten, dan wel hen verplichtingen opleggen. Normaliter is daarvoor uit hoofde van het legaliteitsbeginsel een expliciete wettelijke grondslag nodig. De rechter acht in enkele gevallen niettemin de taakomschrijving voldoende, onder de voorwaarde dat het om niet al te ingrijpende bevoegdheden gaat⁵⁷ en dat aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is voldaan. Een beperkte aantasting van grondrechten, te weten het recht op bewegingsvrijheid (art. 2 Vierde Protocol EVRM) en het recht op privacy (art. 10 Grondwet; art. 8 EVRM), acht de Hoge Raad geoorloofd. Deze jurisprudentie strookt niet met het legaliteitsbeginsel en evenmin met het systeem van grondrechtenbescherming dat geldt voor grondwettelijk beschermde grondrechten.

Welke bevoegdheden heeft de rechter uit artikel 2 Politiewet 1993 afgeleid? In het kader van ordehandhaving mag de politie op grond van artikel 2 Politiewet 1993 voorwerpen in beslag nemen als deze aanleiding geven tot ordeverstoringen. Voorts personen het bevel geven om zich van een bepaalde plaats te verwijderen en een persoon vastpakken en naar huis begeleiden.⁵⁸

Voor wat betreft de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde mag de politie op basis van artikel 2 Politiewet 1993⁵⁹ in de voorfase van opsporing personen doen stilstaan en vragen stellen,⁶⁰ observeren (door ze te volgen en/of met een camera gade te slaan) en fotograferen. De Hoge Raad neemt ook hier het standpunt in dat een beperkte aantasting van het recht op privacy op grond van artikel 2 Politiewet 1993 geoorloofd is. Toezicht door middel van camera's op basis van artikel 2 Politiewet 1993 acht de rechter toelaatbaar, mits het niet om stelselmatig toezicht gaat en de beelden niet worden bewaard, dan wel snel worden gewist. Voor de meer ernstige vormen van aantasting, zoals stelselmatige observatie, is vereist dat de politie en justitie op basis van een daartoe gecreëerde, specifieke bevoegdheid opereren (art. 126 g en k Sv).⁶¹

Bovenstaande jurisprudentie biedt onvoldoende grond om – zoals de bewindslieden doen – aan te nemen dat persoonsgericht verstoren op de bevoegdheid van artikel 2 Politiewet 1993 kan worden gebaseerd.

56. Zie voor een bespreking van het belang van dit onderscheid en voor kritiek op deze jurisprudentie: H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Politiebevelen en burgervrijheden*, NJB 1984, p. 321-326 en B.M.J. van der Meulen 1993, p. 47-59 en de daar genoemde literatuur. Zie voorts C.A.J.M. Kortmann 2005, p. 36-38.

57. De politie kan er bijv. niet de bevoegdheid aan ontlenen een demonstratie te beëindigen: HR 17 oktober 2006, LJN AU6741 ('s-Gravenhage). Evenmin mag ze geweld toepassen, zoals iemand bij de keel grijpen: Hof Amsterdam 28 augustus 2002, Nbr. Strafrecht 2003, 65 (Bolletjesslikker).

58. HR 22 februari 1977, NJ 1977, 288 (Rode vlag); HR 24 oktober 1961, NJ 1962, 86 (Zejijense nachtbraker); HR 12 november 1963, NJ 1964, 205 (Kloosterling).

59. Vaak in combinatie met art. 141 Sv genoemd.

60. O.a. ABRvS 17 juli 2001, JN 2001, 235 (Vragen); ABRvS 4 augustus 2003, JV 2003, 409 (Vragen).

De jurisprudentie over de bevoegdheden die de politie heeft in het kader van ordehandhaving, betreft geen overheidsoptreden dat ook maar enigszins vergelijkbaar is met persoonsgericht verstoren. Het betreft andersoortig, vluchtig overheidsoptreden. Ook openlijk cameratoezicht in het kader van ordehandhaving is niet vergelijkbaar. Bij deze vorm van toezicht kan een individu zich onttrekken aan het toezicht door bepaalde plaatsen te mijden. Daarnaast is aantasting van de privacy minder groot omdat deze vorm cameratoezicht niet speciaal op een bepaald individu is gericht, dan wel het individu niet stelselmatig in zijn directe woonomgeving wordt bekeken. Het toezicht zal zich in het algemeen niet tot diverse aspecten van het leven van een individu uitstreken aangezien de camera's in een bepaald gebied staan. Bij persoonsgericht verstoren kan de politie diverse locaties uitkiezen waar iemand veelvuldig is, inclusief het woonhuis, de werkplek en/of de school en daar gericht toezicht houden.

De jurisprudentie over politiebevoegdheden in de fase die aan opsporing vooraf gaat is niet zonder meer relevant, aangezien deze een andersoortig politieoptreden betreft. Het heimelijk observeren van personen heeft een ander karakter dan het persoonsgericht verstoren. In het eerste geval treedt de politie onzichtbaar voor de burger op, in het tweede geval wordt iemand juist openlijk in de gaten gehouden. De eventuele aantasting van de privacy is daarmee anders van karakter. Bovendien is het doel van het optreden verschillend: heimelijk observeren geschiedt in een voorfase van opsporing met het oogmerk uiteindelijk tot opsporing te geraken, terwijl bij persoonsgericht verstoren een persoon zo opzichtig in de gaten wordt gehouden dat de fase van opsporing vrijwel zeker niet meer zal aanbreken.⁶²

Als men deze verschillen in het oog blijft houden, kan niettemin mijns inziens met enige voorzichtigheid een aanknopingspunt worden gevonden in die jurisprudentie. Zowel bij ordehandhaving als bij de voorfase van de opsporing acht de Hoge Raad immers een beperkte aantasting van de privacy mogelijk. De kernvraag is dan: is bij persoonsgericht verstoren waarbij de politie cumulatief verstoringsacties toepast, sprake van een beperkte aantasting van de privacy? Voor de beantwoording van die vraag is het allereerst noodzakelijk om iets dieper op het recht op privacy in te gaan.

61. O.a. HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 564 (Schaduw I); HR 14 oktober 1986, NJ 1988, 511 (Schaduw II); HR 13 oktober 1992, NJ 1993, 223 (Fotograferen); HR 19 december 1995 (Charles Z.), NJCM-bulletin 1996, p. 244-291, m.n. p. 252-261 en 278-281; HR 25 januari 2000, NJ 2000, 279 (Observatie bedrijf); HR 5 juni 2001, NJ 2001, 518 (Observatie diverse objecten); Rb. Leeuwarden 17 juli 2001, Nbr. Strafrecht 2001, 321 (Wijktoezicht); HR 16 januari 2001, NJ 2001, 207 (Observatie woonhuis); HR 12 februari 2002, NJ 2002, 301 (Camera); HR 20 april 2004, NJ 2004, 525 (Camera). Zie voorts: G.P.M.F. Mols, *Wie niet weg is is gezien*. Justitieel onderzoek in en rondom de woning, in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings (red.), *Er is meer, opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief*, Deventer: Gouda Quint bv 1996, p. 191-200; G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse Strafrecht*, vijfde druk, Arnhem: Kluwer 2005, p. 269-270. Zie over cameratoezicht: N.M. Schröder, *Veiligheid en privacy in de openbare ruimte*, Jonge VAR-reeks 3, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

62. Ook Brouwer wijst op dit verschil in zijn annotaties onder de eerdergenoemde rechtbankuitspraken (AB 2006, 284 en 389).

2.5.5 Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer is een klassiek grondrecht. De contouren van de reikwijdte van dit grondrecht zijn soms vaag, maar de kern van het privacyrecht is vrij duidelijk. Privacy betreft onder meer persoonlijke autonomie, het privéleven/persoonlijke relaties, lichamelijke en geestelijke integriteit, communicatie, het domein van de woning en het opslaan en verwerken van persoonsgegevens.⁶³ Bescherming van de persoonlijke levenssfeer betekent dat een burger in beginsel binnen dit domein met rust wordt gelaten.⁶⁴ Onder meer door de snelle technologische ontwikkelingen en door de discussie over veiligheid, criminaliteit en terrorisme, is (het denken over) de bescherming van het privacyrecht in vergelijking met andere grondrechten sterk aan verandering onderhevig. Soms heeft het meer weg van erosie dan van verandering.⁶⁵

Bij de grondwetsherziening ging de regering er van uit dat artikel 10 lid 1 van de Grondwet een klassiek grondrecht bevat dat de burger beschermt tegen overheidsingrijpen (onthoudingsplicht).⁶⁶ De jurisprudentie op artikel 8 EVRM laat zien dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) onder omstandigheden ook aanneemt dat de overheid zich actief moet inspannen om de persoonlijke levenssfeer te beschermen (positieve verplichting).⁶⁷

De Grondwet regelt verschillende onderdelen van het recht op privacy. De meest algemene bepaling is opgenomen in het al genoemde artikel 10 lid 1 Grondwet: het recht op eerbiediging van de persoonlijk levenssfeer.⁶⁸ Daarnaast bevat de Grondwet in de artikelen 10 tot en met 13 een specifieke regeling van enkele onderdelen van het privacyrecht, zoals de bescherming van persoonsgegevens (art. 10 lid 2 en 3 Grondwet) en het huisrecht. Alle in de Grondwet genoemde aspecten van het privacyrecht vallen binnen de reikwijdte van artikel 8 EVRM. Deze bepaling noemt expliciet het

-
63. G. Overkleeft-Verburg, Artikel 10, in: A.K. Koekoek (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Derde druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 157. Zie voorts L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy* (diss. UU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 192-203.
 64. O.a. G. Overkleeft-Verburg 2000, p. 176-177. Zie voor art. 8 EVRM de beschouwing in: EHRM 29 april 2002, par. 50 (Pretty/VK). De in dit preadvies vermelde jurisprudentie van het EHRM is opgenomen in de databank HUDOC, te raadplegen op <www.echr.coe.int/ECHR/>. Tenzij anders vermeld, heb ik van deze databank gebruik gemaakt.
 65. 'Eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer wordt in onze samenleving thans terecht beschouwd als een essentiële voorwaarde voor een menswaardig bestaan en als een van de grondslagen van onze rechtsorde', aldus de MvT waarin werd uiteengezet waarom het privacyrecht in de Gw van 1983 een plaats moest krijgen, Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 39. Vanaf de jaren negentig lijkt met het toenemen van de aandacht voor veiligheid, criminaliteit- en terrorismebestrijding, de aandacht voor deze 'essentiële voorwaarde voor een menswaardig bestaan' in rap tempo tanende. Vgl. A.H. Vedder, J.G.L. van der Wees & B.J. Koops, *Big Brother's bevoegdheden zijn er – nu hij zelf nog?*, NJB 2006, p. 1814 e.v. Zie ook de bespreking van wetsvoorstel 30 515 in hfdst. 3.
 66. Kamerstukken II 1979/80, 16 086, nr. 3, p. 6.
 67. Het betreft vooral de verplichting om de woonomgeving van burgers te beschermen tegen grote aantasting van het milieu (bijv. geluidsoverlast) en de medewerking aan het instandhouden van het gezinsleven door één of meer gezinsleden bijv. niet het land uit te zetten. Zie voor een bespreking van deze jurisprudentie: A.W. Heringa & L. Zwaak, *Right to respect for privacy (Article 8)*, in: P. van Dijk e.a. (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 739-746; G. Overkleeft-Verburg 2000, p. 161-162.
 68. Zie hierover G. Overkleeft-Verburg 2000, p. 155-178.

recht op eerbiediging van het privéleven, gezinsleven, de woning en correspondentie.⁶⁹ De rechter heeft de genoemde elementen soms meer uitgewerkt.⁷⁰

Voor dit betoog is met name het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer van belang (art. 10 lid 1 Grondwet; in art. 8 EVRM aangeduid als: *right to respect for private and family life*).⁷¹ Ik duid dit hierna kortweg aan als het recht op privacy. Het omvat ruw gezegd het recht om zonder ongewenste inmenging van de overheid een eigen leven te leiden. Daarbij kan op de eerste plaats worden gedacht aan het leven binnen de beslotenheid van de eigen woning. Het is echter niet ruimtelijk begrensd tot die woning. Onder omstandigheden kan er ook een bedrijfsruimte onder vallen.⁷² De ruimte die direct aan de woning grenst, behoort soms ook bij de privé-sfeer.⁷³ De rechter neemt bovendien aan dat een beroep op dit grondrecht mogelijk is als personen zich in de publieke ruimte ongestoord en privé kunnen wanen (*reasonable expectation of privacy*).⁷⁴ Wanneer vanuit de openbare ruimte systematisch informatie over iemand wordt verzameld door de woning van betrokkene in de gaten te houden, al dan niet met behulp van een camera en/of door betrokkene systematisch in de openbare ruimte te volgen, dan zal in de regel het recht op privacy worden aangetast.⁷⁵ Het recht op privacy omvat daarnaast onder meer de vrijheid om relaties aan te gaan. Het biedt eveneens bescherming tegen aantasting van de eer en goede naam van een persoon.⁷⁶

-
69. Art. 8 luidt: (1) 'Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. (2) There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.'
70. Zie uitbreider hierover A.W. Heringa & L. Zwaak, Right to respect for privacy (Article 8), in: P. van Dijk e.a. (Eds.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Fourth Edition, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 663-750; G. Overkleeft-Verburg 2000, p. 176-182.
71. Daarnaast roept het vergaren van gegevens over de persoon die later het onderwerp wordt van persoonsgerichte verstoring, vragen op over privacybescherming. Dat geldt eveneens voor het gebruik en de opslag van informatie die de politie verzamelt tijdens het persoonsgericht verstoren. Zie voor deze meer algemene vragen over bescherming van persoonsgegevens, het preadvies van C.M. Bitter en F.W. Bleichrodt.
72. EHRM 16 december 1992, par. 29 (Niemitz); EHRM 25 juni 1997, par. 44-46 (Halford/VK); EHRM 17 juli 2003 (Perry/VK), par. 36-37. Het Hof hanteert bij de vraag of men buiten de woning een beroep op art. 8 EVRM kan doen het criterium dat sprake moet zijn van een 'reasonable expectation of privacy'.
73. Vgl. HR 20 maart 2004, Nbr. Strafrecht 2004, 175 (Observatie straat en/of woning).
74. G.J.M. Corstens bespreekt en bekritiseert jurisprudentie van het EHRM waarin wordt aangegeven dat een persoon die delicten pleegt er rekening mee moet houden dat de politie hem in de gaten kan houden, bijvoorbeeld door een infiltrant in te zetten. Dit kan in de weg staan aan een succesvol beroep op het recht op privacy. Zie: Het Nederlands strafprocesrecht, vijfde druk, Arnhem: Kluwer 2005, p. 267-268.
75. Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. [...?], p. 40. Zodra het registreren verder gaat dan de gegevens die normaliter op een identiteitsbewijs staan kan art. 8 in het geding zijn: A.W. Heringa & L. Zwaak 2006, p. 666-669. Zie o.a. HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edam); HR 11 november 1994, NJ 1995, 400 (Wierden); HR 12 februari 2002, Nbr. Strafrecht 2002, 208 (Stelselmatige observatie?); EHRM 17 juli 2003 (Perry/VK), par. 38-41.
76. Zie m.b.t. art. 8 EVRM: EHRM 21 september 1994, (Fayed/VK), m.n. par. 67.

De Grondwet maakt beperking van het recht op privacy bij of krachtens de wet mogelijk (art. 10 lid 1 Grondwet). De formele wetgever is dus in eerste instantie tot beperking bevoegd, maar hij kan de beperkingsbevoegdheid delegeren. Indien de wetgever tot delegatie overgaat, moet hij de beperkingsbevoegdheid expliciet via een specifieke wetsbepaling overdragen, althans uit de wetgeving moet voldoende blijken dat de formele wetgever bewust de beperkingsbevoegdheid betreffende één of meer grondrechten overdraagt.⁷⁷

De beperkingsclausule van artikel 8 lid 2 EVRM steekt anders in elkaar.⁷⁸ Beperking van het recht op privacy is mogelijk bij wet (*by law*). Onder 'wet' in de zin van het EVRM vallen normen die divers van aard zijn.⁷⁹ Zo kunnen regelgeving, jurisprudentie, bevelen en (andere) vormen van (on)geschreven recht als wet worden aangemerkt. De bescherming die uitgaat van de voorwaarde dat een beperking bij wet voorzien moet zijn, schuilt in de materiële eisen die de rechter aan de norm (*law*) stelt: deze moet allereerst voldoende toegankelijk of kenbaar (*adequately accessible*) zijn voor betrokkene, zodat deze een idee kan hebben welke rechtsregels op zijn situatie van toepassing zijn.⁸⁰ Daarnaast moet de norm voldoende duidelijk geformuleerd zijn (*formulated with sufficient precision*), zodat de burger eventueel zijn gedrag daarop kan afstemmen en/of de gevolgen van bepaalde gedragingen kan inschatten, eventueel na het raadplegen van een deskundige. De rechter erkent echter onder bepaalde voorwaarden de noodzaak van vage termen in regelgeving, om deze zodoende voldoende flexibel en duurzaam te maken. Met behulp van (beleids)regels en/of jurisprudentie kan een dergelijke norm concreet ingevuld worden. Wettelijke blanketbevoegdheden voor het bestuur of voor de rechter acht hij echter in strijd met de rechtsstaatsgedachte en daarom ontoelaatbaar.⁸¹

Belangrijk onderdeel van de beperkingsclausule van het tweede lid van artikel 8 EVRM is de proportionaliteitstoets. De overheid moet kunnen aantonen dat een bepaalde beperking van het privacyrecht noodzakelijk is in een democratische samenleving ter bescherming van één of meer van de door artikel 8 opsomde doelen. Daarbij krijgen de nationale instanties een zekere beoordelingsvrijheid (*a margin of appreciation*). Tot slot dient de beperking in het belang te zijn van een van de in het tweede lid opgesomde doelcriteria.

77. Zie over de beperking van grondwettelijk beschermde grondrechten: C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, vijfde druk, Deventer: Kluwer 2005, p. 400-407 en de daar genoemde literatuur.

78. Zie over de beperkingssystematiek van het EVRM: Y. Arai, *The System of Restrictions*, in: P. van Dijk e.a. (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Fourth Edition), Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 333-350.

79. Zie het standaardarrest: EHRM 26 april 1979, par. 49 (Sunday Times/VK).

80. Het is vaak voldoende als de norm, beleidsregels voor invulling van die norm of jurisprudentie die de norm concretiseert gepubliceerd is. Zie o.a. EHRM 2 augustus 1984, par. 66 (Malone); EHRM 24 mei 1988, par. 29 (Müller e.a.); EHRM 30 maart 1989, par. 56 (Chappell); EHRM 25 augustus 1998, par. 35-38 (Hertel); EHRM 2 juni 2002, JB 2002, 266 (Landvreugd/NL) en EHRM 2 juni 2002, AB 2002, 407 (Oliveira/NL).

81. O.a. EHRM 25 maart 1983, par. 90 (Silver e.a.); EHRM 24 april 1990, par. 30 (Kruslin) en par. 29 (Huvig), waar het Hof overweegt dat 'it would be contrary to the rule of law for legal discretion granted to the executive – or to a judge – to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity (...) to give the individual adequate protection against arbitrary interference.'

Privacy vergaand aangetast

Zoals ook al uit de eerder aangehaalde rechtbankuitspraken bleek, zal persoonsgericht verstoren in de meeste gevallen het recht op privacy aantasten. De vraag is dan: is die aantasting zo groot dat de politie daarvoor een specifieke bevoegdheid nodig heeft? Er is geen scherpe grens te trekken tussen de situatie waarin de privacy niet in het geding is, beperkt wordt aangetast, dan wel vergaand wordt aangetast, maar aan de hand van een aantal criteria kan toch een richtlijn worden geschetst. De Hoge Raad beziet meestal of al dan niet een min of meer volledig beeld van bepaalde aspecten van het leven van iemand wordt verkregen. De Hoge Raad beantwoordt die vraag aan de hand van één of meer van de volgende vragen:

1. Wat is de duur en de frequentie van de aantasting van de privacy? Gaat het om planmatig, frequent of continu observeren?
2. Op welke plaats en in welke omstandigheden wordt iemand in de gaten gehouden? Is dat een woonhuis of andere plaats behorend bij de sfeer waar men zich ongestoord en privé kan wanen? Of gaat het slechts om registratie van feiten die iedereen in de openbare ruimte kan waarnemen? Indien iemand in de openbare ruimte wordt bekeken, is dan toch het privacyrecht in het geding vanwege het feit dat het aspecten betreft die gewoonlijk voor het publiek verborgen blijven?
3. Wat is het doel en onderwerp van de observatie? Gaat het om het verzamelen van gegevens over één of meer individuen of wordt een bepaalde locatie in de gaten gehouden?
4. Met welke middelen wordt geobserveerd? Door functionarissen die achteraf verslag doen, of met inzet van technische hulpmiddelen waarmee wordt geregistreerd zodat achteraf (telkens) een exacte weergave verkregen kan worden van hetgeen is waargenomen?⁸²

Na toepassing van deze criteria op persoonsgericht verstoren kom ik tot de conclusie dat persoonsgericht verstoren in de meeste gevallen een zodanige aantasting van de privacy vormt dat artikel 2 Politiewet 1993 geen grondslag biedt voor dit optreden. Dit baseer ik op de volgende overwegingen.

De burgemeester beslist vooraf, al dan niet in samenspraak met de politie, dat de politie jegens een individu één of meerdere verstoringsacties toepast met een zekere frequentie. Er is sprake van een op het individu gerichte, planmatige opzet.

De politie opereert weliswaar vanuit de openbare ruimte, zichtbaar of merkbaar voor betrokkene, maar bekijkt deze persoon grotendeels in de sfeer waarin hij zich ongestoord en privé kan wanen. Zo is persoonsgericht verstoren meestal gericht op het kortdurend, frequent voor de woning posten (ook 's avonds). Daarbij wordt de woning in de gaten gehouden, evenals de personen die de woning betreden dan wel verlaten.⁸³ De buurt, eventuele werkkring of school en de familie worden alert gemaakt, betrokkene wordt gebeld, de politie belt soms ook aan en volgt personen. Gelet op het doel van het verstoren zal dit in de regel met een vrij hoge frequentie

82. HR 18 mei 1999, NJ 2000, 104; HR 12 februari 2002, Nbr. Strafrecht 2002, 18 (Stelselmatig observeren?).

83. Zie de weergave van de feiten in Rb. Amsterdam 1 december 2005, AB 2006, 284 (Persoonsgericht verstoren I); Rb. Amsterdam 9 maart 2006, AB 2006, 389 (Persoonsgericht verstoren II).

(meerdere keren per dag) geschieden en zal het verstoren vaak meerdere locaties en facetten van het leven van betrokkene bestrijken. Zowel voor de betreffende persoon als (een deel van) zijn omgeving moet immers duidelijk worden dat de politie hem in de gaten houdt. Alleen zo wordt hij onbruikbaar voor een terroristische organisatie. Met elke dag één keer langs rijden zal dat effect niet snel worden bereikt. Persoonsgericht verstoren onderscheidt zich in dit opzicht wezenlijk van het in de gaten houden van voetbalvandalen voorafgaand en na de voetbalwedstrijd. Door de individuele aanpak onderscheidt het zich ook van bijvoorbeeld het verscherpte toezicht houden op een probleemwijk of locatie waar problemen zijn.

Het persoonsgericht verstoren is door zijn openlijk karakter zeer ingrijpend voor zowel betrokkene als gezinsleden. Zonder dat betrokkene het wil, komt hij op een negatieve manier in de aandacht. De naaste omgeving wordt erop gewezen dat er 'iets loos' is met hem/haar. Dit is een andersoortige inbreuk op het privacyrecht dan het gebruikmaken van heimelijke observaties, en zeker beschadigend. Het verstoren schaadt de (goede) naam en het aanzien van betrokkene en mogelijk ook van zijn gezinsleden. Met het beëindigen van het verstoren (op eigen initiatief van de overheid of naar aanleiding van een rechterlijk vonnis) zal dat effect niet meteen weg zijn. In wezen is sprake van een soort 'besmet' verklaren van betrokkene. Ook om deze reden gaat het persoonsgericht verstoren verder dan de verscherpte surveillance waar bijvoorbeeld supporters van de harde kern op de dag van een voetbalwedstrijd vaak mee worden geconfronteerd. Bij dit alles moet in het oog worden gehouden dat het hier niet om personen gaat die strafrechtelijk als verdachte aangemerkt kunnen worden.

Het is de vraag wat de politie doet met de informatie die met het persoonsgericht verstoren wordt verzameld. Op basis van artikel 2 Politiewet 1993 kan de politie weliswaar bepaalde gegevens vragen, maar als persoonsgegevens en andere informatie (systematisch) worden verwerkt dan is sprake van een inbreuk op de privacy waarvoor een meer specifieke grondslag nodig is (art. 10 Grondwet jo. Wet bescherming persoonsgegevens).⁸⁴ De burgemeester overlegt regelmatig met de politie of voortzetting van het verstoren nodig is. De benodigde informatie daarvoor zal ongetwijfeld in een dossier vastliggen.

De mogelijke cumulatie van verstoringsacties maakt persoonsgericht verstoren tot een instrument waarmee het recht op privacy vergaand kan worden aangetast. De geboden (rechts)bescherming en waarborgen tegen willekeur steken daar mager bij af: er is niets geregeld ten aanzien van de rechtsbescherming of het raadplegen van betrokkene in de procedure rond de beslissing tot verstoren. Om een voorbeeld te noemen: in de Amsterdamse zaken stelde de burgemeester de betreffende persoon vooraf in kennis, maar hij is niet gehouden om dat te doen. Bezwaar is niet mogelijk nu het hier feitelijk handelen betreft. Betrokkene kan naar de civiele rechter (art. 6:162 BW), maar als het verstoren dan al bezig is, zal een uitspraak van de rechter niet altijd de eventuele (imago)schade repareren.

84. Vgl. G. Overkleef-Verburg 2000, p. 177-178.

2.6 Conclusie

Persoonsgericht verstoren waarbij intensief, openlijk bij de woning van betrokkene wordt gesurveilleerd en/of waarbij de politie cumulatief verschillende verstoringsmaatregelen neemt, tast in de regel het recht op privacy aan.

Persoonsgericht verstoren past niet binnen de taak van de burgemeester om de openbare orde te handhaven. Het vertoont eerder verwantschap met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde: op basis van een gedetailleerde voorstudie wordt een individu stelselmatig openlijk in de gaten gehouden, om betrokkene zo ervan te weerhouden hand- en spandiensten te verrichten voor een terroristische organisatie. Niet vereist is dat betrokkene de openbare orde heeft verstoord, en evenmin hoeft aannemelijk te zijn dat betrokkene dat in de toekomst gaat doen. Het doel van verstoren is betrokkene af te houden van een strafbaar feit, zonder dat er echte aanwijzingen zijn over de aard en plaats van dat strafbare feit. Op centraal niveau wordt informatie verzameld en beoordeeld welke personen voor persoonsgericht verstoren in aanmerking komen en wordt tussentijds bezien of de maatregel verlengd moet worden. De burgemeester is eerder een verlengstuk van dat beleid, dan dat hij als lokaal bestuurder een beslissing neemt in het belang van de ordehandhaving in de gemeente.

De civiele rechter heeft voornamelijk artikel 12 Politiewet 1993 als basis voor persoonsgericht verstoren aangemerkt.⁸⁵ Deze bepaling geeft de burgemeester de bevoegdheid om aanwijzingen aan de politie te geven. Het artikel biedt echter geen basis voor optreden jegens burgers. Artikel 16 Politiewet 1993 biedt evenmin een grondslag voor persoonsgericht verstoren.

De taakomschrijving van artikel 2 Politiewet 1993 en de daaruit afgeleide bevoegdheden van de politie bieden geen grondslag voor persoonsgericht verstoren. Dat geldt zowel voor de bevoegdheden in het kader van ordehandhaving als voor de bevoegdheden die de politie in de proactieve fase van de opsporing gebruikt. De inbreuk die persoonsgericht verstoren kan maken op het recht op privacy is te groot om deze met een beroep op dergelijke bevoegdheden te rechtvaardigen

Mijns inziens moet de overheid in de toekomst afzien van persoonsgericht verstoren. De huidige, aangescherpte anti-terrorisme wetgeving maakt overheidsoptreden op basis van het strafrecht al in een zeer vroeg stadium mogelijk. Zo kan onder bepaalde voorwaarden al een verkennend onderzoek worden gestart als er 'aanwijzingen' zijn dat binnen een groep personen een misdrijf wordt beraamd (art. 126gg lid 1 Sv). Een redelijk vermoeden (art. 27 Sv) is daarvoor nog niet noodzakelijk. Ten aanzien van de strafbare voorbereiding van bepaalde misdrijven (art. 46 Sr) en van samenspanning zijn in het belang van terrorismebestrijding de regels voor justitie en politie verruimd.⁸⁶ De grenzen zijn al zo ver opgerekt dat optreden in een nog vroeger stadium via persoonsgericht verstoren in veel gevallen disproportioneel zal zijn.

85. Art. 16 Politiewet 1993 biedt evenmin een grondslag voor persoonsgericht verstoren. Zie par. [check drukproef XXX] van het preadvies van L.J.J. Rogier.

Gegeven het feit dat met het persoonsgericht verstoren een vergaande inbreuk op het recht op privacy wordt gemaakt, waarbij voor langere tijd schade aan de naam en reputatie van een persoon en zijn huisgenoten kan worden toegebracht, zou mijns inziens dan ook in de toekomst van dit soort overheidsoptreden moeten worden afgezien.

Als de overheid toch gebruik wil blijven maken van persoonsgericht verstoren, dan zou, gelet op de potentieel grote inbreuk op het privacyrecht, een wettelijke regeling noodzakelijk zijn. Daarbij rijzen echter moeilijk te beantwoorden vragen. Welk criterium zou voor persoonsgericht verstoren moeten gelden? Kan dit ingrijpende overheidsoptreden gerechtvaardigd zijn als er slechts vage aanwijzingen zijn?

86. Zie Wet van 24 juni 2004 tot wijziging en aanvulling van het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten in verband met terroristische misdrijven (Wet terroristische misdrijven), Stb. 2004, 290 en Wet van 20 november 2006 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten ter verruiming van de mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, Stb. 2006, 580. Zie over deze wetgeving Th. de Roos, *De nieuwe wetsvoorstellen helpen niet. Opsporingsbevoegdheden verruimd in strijd tegen terrorisme*, *Advocatenblad* 2006, p. 176-178. Zie over het verkennend onderzoek: G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, vijfde druk, Arnhem: Kluwer 2005, p. 259-260.

3 Opiumwetdelicten

3.1 Inleiding

De rol van het bestuursrecht bij de bestrijding van de handel in verdovende middelen is de laatste decennia snel groter geworden. Voor dit doel zijn er in verschillende wetten bevoegdheden voor het lokale bestuur opgenomen. Zo bevat de Gemeentewet sinds 1997 de bevoegdheid van de burgemeester tot sluiting van (drugs)woningen en niet voor het publiek toegankelijke lokalen (art. 174a Gemeentewet).⁸⁷ Sinds 1999 kent de Opiumwet hem een specifieke bestuursdwangbevoegdheid toe voor openbare inrichtingen⁸⁸ waarin bijvoorbeeld drugs worden verhandeld (art. 13b Opiumwet).⁸⁹ Het college van burgemeester en wethouders kan op grond van artikel 97 Woningwet onder meer panden sluiten als daarin wietkwekerijen zijn gevestigd.⁹⁰ Daarnaast kan het college sinds 2002 diverse beheersmaatregelen treffen als een pand wegens drugsdelicten en/of drugsoverlast is gesloten. Het college kan de rechthebbende onder meer aanschrijven het pand in gebruik te geven en in uiterste gevallen kan het pand onteigend worden.⁹¹

Nu komt er weer een nieuwe loot aan de stam. Wetsvoorstel 30 515 heeft de strekking artikel 13b Opiumwet zodanig te wijzigen dat daarin ook de bevoegdheid tot het sluiten van woningen wordt opgenomen.⁹² De beoogde regeling zal de burge-

87. Wet van 13 maart 1997, Stb. 1997, 132.

88. Openbare, of voor het publiek toegankelijke gebouwen, zijn lokalen die voor een ieder, al dan niet met enige belemmering, zoals entreegeld, toegankelijk zijn. Niet openbaar zijn onder meer verenigingsgebouwen met een vast ledenverband. Een woning is een locatie die feitelijk als woning dienst doet. Zie over deze begrippen uitbreider: M.A.D.W. de Jong & P. van der Ree, Handhaving in 'het milieu', in: *Lex Dura Sed Lex*. Opstellen over handhaving van omgevingsrecht, Ch. Backes e.a. (red.), Deventer: Kluwer 2005, p. 109-111.

89. Wet van 18 maart 1999, Stb. 1999, 167.

90. Dit kan bovendien, evenals andere overtredingen van de Opiumwet, reden zijn voor ontbinding van de huurovereenkomst. Zie art. 11 Wet grootstedelijke problematiek, Stb. 2005, 726 jo. art. 97 Woningwet en art. 7:231 BW.

91. Wet van 28 mei 2002, Stb. 348, ook wel de 'wet Victor' genoemd. Zie over deze wet: J.A.M.A. Sluysmans, De wet Victor kritisch beschouwd, *Gst.* 2001 7144, p. 337-343. De betreffende bevoegdheden zijn o.m. opgenomen in art. 16a Woningwet en art. 77 Onteigeningswet. Zie ook Kamerstukken I 2006/07, nr. A, Wijziging van de Woningwet en enkele andere wetten (verbetering naleving, handhaafbaarheid en handhaving bouwregelgeving), m.n. art. 13-14.

92. Kamerstukken II 2005/06, 30 515, nrs. 1-3 (Wetsvoorstel Wijziging van de Opiumwet in verband met het creëren van de mogelijkheid voor de burgemeester om bestuursdwang toe te passen ter handhaving van de art. 2 en 3 van de Opiumwet in woningen, lokalen of bij woningen of lokalen behorende erven). Bij het schrijven van dit preadvies was de behandeling gevorderd tot en met nr. 7 (Nota van Wijziging).

meester in de toekomst onder meer de bevoegdheid verlenen woningen te sluiten als van daaruit soft drugs worden verkocht. Het betreffende wetsartikel stelt niet de voorwaarde dat door die verkoop overlast voor de omgeving ontstaat. Naar geldend recht is dat voor sluiting van woningen en niet voor het publiek toegankelijke lokalen wel het geval (art. 174a Gemeentewet).

Om een oordeel te kunnen geven over nut en noodzaak van het wetsvoorstel, sta ik allereerst stil bij het huidige recht. Waarom is een bestuurlijke aanpak van drugshandel en drugsgebruik noodzakelijk naast de strafrechtelijke aanpak?⁹³

3.2 De rol van het bestuursrecht bij de aanpak van Opiumwettelicten

3.2.1 Historische ontwikkeling

Veel (middel)grote gemeenten en grensgemeenten kampen met (over)last van drugsverslaafden en drugsdealers. Voor een deel is dit probleem ontstaan door het beleid van het OM om het gebruik van verdovende middelen en kleinschalige handel niet te vervolgen.⁹⁴ Gemeentebesturen hebben daarop zelf actie ondernomen en ontwikkelden een mix van bestuursrechtelijke en via het strafrecht gesanctioneerde bevoegdheden. Aanvankelijk richtte het lokale beleid zich vooral op de bestrijding van overlast op straat. Zo verschenen vanaf het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw drugsoverlastbepalingen in de Algemene Plaatselijke Verordening (APV), waarin de straathandel in drugs en allerlei daarop gerichte voorbereidingshandelingen werden verboden. De bepalingen vertonen grote gelijkenis met de bekende tippelverboden. Met het OM werden afspraken gemaakt over vervolging van overtreders. Door het strafbaar stellen van voorbereidingshandelingen was optreden in een zeer vroeg stadium mogelijk.⁹⁵

In wijken waar het woon- en leefklimaat ernstig werd aangetast doordat voortdurend dealers en verslaafden op straat rondhingen, ontwikkelden burgemeesters op basis van hun bevoegdheden uit de Gemeentewet het instrument van de verblijfsontzeggingen.⁹⁶ Daarmee verbiedt de burgemeester een persoon om gedurende een bepaalde periode in het gebied te komen waar betrokkene eerder overlast veroorzaakte. Door verslaafden en dealers uit probleemwijken te weren, neemt de druk op

93. Hieronder bespreek ik onder meer de bevoegdheid om panden te sluiten op grond van art. 174a Gemeentewet en art. 13b Opiumwet. Deze bevoegdheden strekken zich uit tot de daarbij behorende erven. Omwille van de leesbaarheid vermeld ik de 'daarbij behorende erven' hieronder niet telkens. Om dezelfde reden kort ik de zinsnede 'woningen en niet voor het publiek toegankelijke lokalen' in tot 'woningen'.

94. Zie hierover: H.Ph.J.A.M. Hennekens, Gemeenten en drugs in de nota Drugbeleid, Gst. 1995 7022, p. 645-654; E.Ch. Lisser, Drugs, een voorwerp van aanhoudende zorg, Enkele nieuwe(re) instrumenten nader beoordeeld op hun bruikbaarheid bij de bestrijding van de drugsoverlast, NTB 1997, p. 302-319; C.J.A.M. Merckx, Horeca en coffeeshops, in: F.C.M.A. Michiels & E. Muller (red.), Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland, Deventer: Kluwer 2006, p. 460-472.

95. Hierover G. Mols, De Groningse Opiumverordening: een kwestie van gewenning, NJB 1984, p. 621-624; art. 2.7.1. Model-Algemene Plaatselijke Verordening (Model-APV), Den Haag: VNG uitgeverij (losbl.). De bepalingen hebben een ander doel dan de Opiumwet: HR 17 november 1992, NJ 1993, 409 (Amsterdam).

een dergelijke wijk tijdelijk af. Met deze bevelen tast de burgemeester de bewegingsvrijheid van een persoon aan (art. 2 Vierde Protocol (VP) EVRM), maar beperking van dit grondrecht door burgemeestersbevelen is binnen zekere grenzen mogelijk.⁹⁷ De verblijfsontzeggingen zijn in veel gemeenten inmiddels in de APV geregeld. Meestal gaat het om ontzeggingen voor een periode van acht uur tot enkele weken met een maximum van vier weken. Ook andere varianten worden in de praktijk gebruikt. Zo legt de Rotterdamse burgemeester op grond van zijn zogenoemde lichte bevelsbevoegdheid (art. 172 lid 3 Gemeentewet) ontzeggingen voor drie maanden op. De hoogste rechter moet zich nog over deze constructie uitspreken.⁹⁸

Met de bestuurlijke/strafrechtelijke aanpak springen gemeentebesturen als het ware in het gat dat door het justitiële gedoogbeleid is veroorzaakt. Het drugsgebruik en de kleinschalige drugshandel in de openbare ruimte worden in het belang van bescherming van het woon- en leefklimaat en/of ordehandhaving aangepakt. Die bestuursrechtelijke aanpak heeft overigens vaak het strafrecht als sluitstuk. Als iemand een drugsoverlastbepaling of een verblijfsontzegging overtreedt, volgt soms een nieuwe bestuursrechtelijke maatregel, maar uiteindelijk vaak een strafrechtelijke procedure.⁹⁹ Zeker bij de handhaving van verblijfsontzeggingen werken het OM en de burgemeester in veel steden nauw samen.

Midden jaren tachtig richtte de aandacht zich nadrukkelijker op de drugshandel vanuit panden. In de gemeentelijke verordeningen verschenen bepalingen die het college van burgemeester en wethouders de bevoegdheid verleenden om een drugs-pand te sluiten of de bewoners van een drugs-pand te verbieden bezoekers te ontvangen. In 1995 oordeelde de rechter echter dat dergelijke bepalingen het recht op privacy (art. 10 Grondwet) aantasten.¹⁰⁰ Gegeven het beperkingssysteem van de Grondwet mag de gemeenteraad niet op grond van zijn algemene verordenende bevoegdheid (art. 108 lid 1 jo. art. 147 en 149 Gemeentewet) dergelijke bevoegdheden in het leven roepen.¹⁰¹

Dit probleem is opgelost doordat de wetgever vervolgens in artikel 174a Gemeentewet een bevoegdheid opnam, waarmee de burgemeester het recht op privacy kan beperken:

-
96. Zie over de verblijfsontzeggingen, de relatie tot de bewegingsvrijheid en de ontwikkeling in de jurisprudentie: J.G. Brouwer, A.E. Schilder, *Beperking bewegingsvrijheid ter handhaving van de openbare orde, van verblijfsontzeggingen of verwijderingsbevelen*, NJCM-bull. 1997, p. 421-436; M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid* (diss. UU), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, m.n. p. 108-129 en 143-209 en M.A.D.W. de Jong, *Recht en praktijk inzake lokale ordehandhaving*, in: F.C.M.A. Michiels & E. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2006, p. 403-408.
97. EHRM 4 juni 2002, AB 2002, 19 (Landvreugd); EHRM 4 juni 2002, AB 2002, 407 (Oliveira), m.nt. van A.E. Schilder & J.G. Brouwer.
98. Hof Den Haag 21 maart 2006, AB 2006, 396 (Rotterdam). Zie over het Rotterdamse beleid: A. Lit-tooij, *Langdurige gebiedsontzeggingen: nieuw instrument tegen drugsoverlast*, Gst. 2003 7181, p. 125-131.
99. Zie resp. art. 154 Gemeentewet en art. 184 Sr. Na inwerkingtreding van art. 257a Sv kan de officier van justitie de zaak ook zelf afdoen: Wet van 7 juli 2006, Stb. 2006, 330 (Wet OM-afdoening).
100. P.J.H.M. Brouns, *De Groningse opiumverordening*, NJB 1984, p. 299-302; Rb. Roermond 3 januari 1995, Gst. 1995 7006, 6 en in hoger beroep: ABRvS 28 augustus 1995, Gst. 1995 7019, 5 (Venlo).
101. Zie par. 2.5.5 over beperking van het recht op privacy.

- ‘1. De burgemeester kan besluiten een woning, een niet voor het publiek toegankelijk lokaal of een bij die woning of dat lokaal behorend erf te sluiten, indien door gedragingen in de woning of het lokaal of op het erf de openbare orde rond de woning, het lokaal of het erf wordt verstoord.
2. De in het eerste lid genoemde bevoegdheid komt de burgemeester eveneens toe in geval van ernstige vrees voor verstoring van de openbare orde op de grond dat de rechthebbende op de woning, het lokaal of het erf eerder een woning, een niet voor het publiek toegankelijk lokaal of een bij die woning of dat lokaal behorend erf op een zodanige wijze heeft gebruikt of doen gebruiken dat die woning, dat lokaal of dat erf op grond van het eerste lid is gesloten, en er aanwijzingen zijn dat betrokkene de woning, het lokaal of het erf ten aanzien waarvan hij rechthebbende is eveneens op een zodanige wijze zal gebruiken of doen gebruiken.
- 3.(...).
4. Bij de bekendmaking van het besluit worden belanghebbenden in de gelegenheid gesteld binnen een te stellen termijn maatregelen te treffen waardoor de verstoring van de openbare orde wordt beëindigd. De eerste volzin is niet van toepassing, indien voorafgaande bekendmaking in spoedeisende gevallen niet mogelijk is. (...)’

De wetgever heeft met deze bepaling niet het bezoekersverbod, maar alleen de vergaande maatregel van een woningsluiting in de Gemeentewet geregeld. Een sluiting verplicht de bewoners om een (deel van) de woning te verlaten. Het betreden van de woning is strafbaar en in het algemeen wordt dat ook onmogelijk gemaakt doordat de gemeente deuren en ramen bijvoorbeeld met stalen platen sluit.¹⁰² Heeft de rechthebbende op de woning eerder voor ernstige overlast gezorgd en zijn er concrete aanwijzingen dat hij dat opnieuw zal doen, dan is zelfs preventieve sluiting mogelijk (art.174a lid 2 Gemeentewet).

Woningsluiting tast het recht op privacy aan. Betrokken kunnen de woning niet meer gebruiken en zijn genooddakt elders onderdak te zoeken. De bevoegdheid is dan ook aan de nodige voorwaarden gebonden. Ten eerste dient de burgemeester pas tot sluiting over te gaan als minder ingrijpende bevoegdheden geen oplossing bieden.¹⁰³ Spoedeisende situaties daargelaten, krijgen belanghebbenden een termijn waarbinnen zij een einde aan de overlast kunnen maken en zo daadwerkelijke sluiting kunnen voorkomen (art. 174a lid 4). De rechter acht woningsluiting alleen gerechtvaardigd in geval van *ernstige* [curs. MdJ] verstoring van de openbare orde die gevaar oplevert voor de veiligheid en gezondheid van omwonenden. Een enkele keer overwoog de rechter dat de burgemeester ook bij burenruzies en/of burengerucht een woning zou kunnen sluiten, maar ook daarbij houdt hij in de

102. Zie over de praktijk: C.C.M. Oostdam & A. Littooi, Artikel 174a Gemeentewet in de praktijk. Dweilen helpt als je de kraan dicht draait, Gst. 1999 7093, p. 117-124; E.C.M. Smits & A.J.H. Smallembroek 2002, p. 14-27. De verbodsbepaling is opgenomen in art. 2.4.1. Model-APV, Den Haag: VNG uitgeverij (losbl.).

103. O.a. ABRvS 28 augustus 1995, AB 1996, 204 (Venlo); ABRvS 10 juli 2002, Gst. 2003 7179, 23 (Venlo 8 EVRM).

regel¹⁰⁴ vast aan de eis dat sprake moet zijn van maatschappelijke ontwrichting.¹⁰⁵ De burgemeester moet dan ook met een gedegen dossier komen.¹⁰⁶ Daarnaast moet de burgemeester nagaan of hij voor vervangende woonruimte moet zorgen. Dit vloeit voort uit artikel 3:2 en 3:4 Awb en uit de proportionaliteits eis van artikel 8 lid 2 EVRM. Voor de bewoners wie de overlast niet valt te verwijten maar die niettemin het pand moeten verlaten, kan het aanbieden van vervangende woonruimte noodzakelijk zijn. Het feit dat een verhuurder al het mogelijke heeft gedaan om een malafide verhuurder uit de woning te krijgen, staat sluiting niet in de weg. De gemeente hoeft in die situatie de gemiste huurinkomsten niet te vergoeden.¹⁰⁷

Woningsluiting is aldus aan meer voorwaarden gebonden dan uit de tekst van artikel 174a Gemeentewet blijkt. Tegen het sluitingsbevel staat beroep op de bestuursrechter open (art. 1:3 lid 2 Awb) voor bewoners en (andere) rechthebbenden op het pand.¹⁰⁸ Burgemeesters in sommige grote steden en in enkele grensgemeenten maken frequent gebruik van artikel 174a Gemeentewet.¹⁰⁹

Voor de door het gemeentebestuur gedoogde handel in soft drugs vanuit coffeeshops ontwikkelden gemeentebesturen een beleid dat nauwelijks afweek van het reguliere horecabeleid.¹¹⁰ Het expliciet toestaan en reguleren van coffeeshops in een gemeentelijke verordening is weliswaar strijdig met de Opiumwet, maar de regels voor publieke inrichtingen, zoals neergelegd in een overlastverordening, gelden ook voor coffeeshops. Via dergelijke regelgeving is regulering mogelijk.¹¹¹ Het coffeeshopbeleid onderscheidde zich door een veelal streng maximeringsbeleid. Vanaf midden jaren negentig van de vorige eeuw streven veel gemeenten zelfs een

104. Zie Vzng. Groningen 4 maart 2003, Gst. 2003 7185, 85 (Burenruzie). In een eerdere publicatie heb ik aangegeven waarom dit m.i. een onjuiste uitspraak is, maar Rogier denkt daar iets anders over: zie M.A.D.W. de Jong, De opgetuigde burgemeester. Over de uitbreiding van bevoegdheden tot handhaving van de openbare orde, Gst. 2004 7219, p. 673-685. Reactie van L.J.J. Rogier met naschrift De Jong in Gst. 2005 7224, p. 96-97.

105. Rb. Maastricht 27 augustus 1998, Gst. 1998 7086, 5 (Vijlen).

106. Zie o.a. Rb. Rotterdam 11 juli 2000, LJN AA 7885 en AA 7424 (Rotterdam); Vzng. Rb. Leeuwarden 28 juli 2000, LJN AA 6708 (Leeuwarden); ABRvS 10 juli 2002, Gst. 2003 7179, 23 (Venlo); Rb. Maastricht 27 augustus 1998, Gst. 1998 7086, 5 (Vijlen); Vzng. Groningen 4 maart 2003, Gst. 2003 7185, 85 (Burenruzie).

107. ABRvS 14 augustus 2002 LJN AE 6489 (Onderzoeksplicht). De ABRvS verwierp hiermee het standpunt van de Rb. Rotterdam die aannam dat er in deze gevallen altijd een verplichting bestaat.

108. Bewoners zijn belanghebbenden ook als ze geen eigenaar zijn, aangezien ze als direct gevolg van de sluiting hun woonruimte verliezen. Zie o.a. Rb. Rotterdam 11 juli 2000, LJN AA 7424 (Rotterdam) en Vzng. Groningen, 4 maart 2003, Gst. 2003 7185, 85 (Burenruzie). Anders en onjuist: Vzng. Rb. Leeuwarden 21 juli 2000, LJN AA 6593 (Leeuwarden).

109. Zie E.C.M. Smits & A.J.H. Smallembroek, Evaluatie van de drugsinstrumenten. De gemeentelijke praktijk van het sluiten van panden op grond van artikel 174a van de Gemeentewet en artikel 13b van de Opiumwet, Den Haag: SGBO 2002, hoofdstukken 3 en 5. Veel jurisprudentie is besproken in M.A.D.W. de Jong 2006, p. 413-416.

110. Uitgebreider hierover: B. Bieleman, P. Goeree & H. Naayer, Coffeeshops in Nederland 2004. Aantallen coffeeshops en gemeentelijk beleid 1999-2004, WODC, Den Haag: Ministerie van Justitie 2005; C.J.A.M. Merckx 2006, p. 460-472.

111. Zie hierover Rb. Rotterdam 16 januari 1998, AB 1998, 222 (Rotterdam); ABRvS 12 augustus 1999, AB 2001, 139 (Doetinchem) en de nt. van J.G. Brouwer & A.E. Schilder onder deze uitspraak.

nulbeleid (nuloptie) na: tegenwoordig weert ruim zeventig procent van de gemeenten coffeeshops.¹¹²

In 1999 trad de zogenoemde ‘wet Damocles’ in werking en vanaf dat moment is de bestuurlijke handhaving van het coffeeshopbeleid deels door artikel 13b Opiumwet geregeld.¹¹³ Voor zover relevant voor dit betoog luidt deze bepaling:

‘ 1. De burgemeester is bevoegd tot toepassing van bestuursdwang indien in voor het publiek toegankelijke lokalen en daarbij behorende erven een middel als bedoeld in lijst I of II wordt verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig is.
(...)

Met de invoering van deze regeling is het voor de burgemeester mogelijk geworden om ten aanzien van voor het publiek toegankelijke inrichtingen bestuursdwang toe te passen als op die locatie aantoonbaar verdovende middelen worden verkocht, afgeleverd of verstrekt. Het is voldoende als drugs worden aangetroffen die niet bestemd zijn voor eigen gebruik en/of voor de door het gemeentelijk beleid toegestane verkoop van soft drugs. De burgemeester hoeft bij sluiting wegens drugshandel niet aan te tonen dat de betreffende inrichting overlast veroorzaakt, noch dat betrokkene een verwijt van de situatie kan worden gemaakt.¹¹⁴

Al met al verruimt dit de handhavingsmogelijkheden aanmerkelijk ten opzichte van de situatie dat de burgemeester optreedt op grond van de Gemeentewet. In dat geval kan de burgemeester alleen handhaven in het belang van de bescherming van de openbare orde, het woon- en leefklimaat, enzovoort.¹¹⁵

Bij de toepassing van de bestuursdwang zal de burgemeester de gebruikelijke voorwaarden in acht moeten nemen.

3.2.2 Het belang van sluiting op grond van het bestuursrecht

De woningsluiting op grond van de Gemeentewet verschilt fundamenteel van de sluiting van een inrichting op grond van de Opiumwet. Vanwege het feit dat er een woning in het geding is en daarmee ook het recht op privacy, geldt een ander afwe-

112. Baanbrekend was in dit verband: VzABRvS 30 oktober 1996, AB 1997, 85 en ABRvS 22 mei 1997, Gst. [jaartal?] 7057, 4 (Naaldwijk). Sinds een jaar of tien ondersteunt het OM actief het bestuurlijke handhavingsbeleid: als een gemeente geen coffeeshops toestaat, zal het OM geen gedoogbeleid voeren: HR 15 oktober 1996, Gst. [jaartal?] 7057, 5 (Geen AHOJ-G-beleid).

113. Zie hierover H.M.B. Breunese, J.G. Brouwer, A.E. Schilder, *Damocles en de mythe van de uitputtende Opiumwet*, NJB 1997, p. 1541-1546.

114. O.a. ABRvS 4 juli 2001, AB 2002, 6 (‘s-Gravenhage); Rb. Maastricht 25 juni 2003 LJN AH8862 (Hoensbroek) en ABRvS 22 oktober 2003, LJN AM2475 (Eindhoven), ABRvS 4 februari 2004, Gst. 2004 7213, 142 (Franekeradeel) en ABRvS 21 juni 2006, AB 2006, 278 (Rotterdam): sluiting wegens verkoop en of aantreffen van soft drugs terwijl de vereiste gedoogverklaring of vergunning ontbrak, dan wel geen gedoogbeleid bestond. ABRvS 24 maart 2004, LJN AO6089 (‘s-Gravenhage): sluiting wegens te grote handelsvoorraad of relatie met criminele activiteiten.

115. Bij het intrekken van een exploitatievergunning die coffeeshops veelal bezitten, zal overlast wel een rol kunnen spelen. Daarbij hanteert de rechter een geabstraheerd overlastbegrip: m.a.w. de burgemeester kan volstaan met de mededeling dat de herhaalde overtreding van de Opiumwet het woon- en leefklimaat zal aantasten: ABRvS 5 juli 2006, AB 2006, 394 (Leeuwarden).

gingskader voor de burgemeester. Hij is aan meer en andere voorwaarden gebonden bij zijn besluitvorming.

Beide bevoegdheden zijn, naast strafrechtelijk optreden, belangrijk voor een effectieve aanpak van de drugshandel. Door sluiting verdwijnt meestal voor een periode van een half jaar tot een jaar een bepaald verkooppunt 'van de markt'. Daarmee komt – als het goed is – ook een einde aan de bezoekersstroom van verslaafden en dealers naar dat adres. Met alleen een strafrechtelijke aanpak wordt dit resultaat lang niet altijd bereikt. Als een beheerder in de cel belandt wil dat immers niet zeggen dat hij door een bonafide uitbater wordt opgevolgd. En waar het om drugswoningen gaat: ook daar geldt dat een bewoner die dealt, nog al eens wordt opgevolgd door iemand met dezelfde professie. Sluiting van een pand kost de rechthebbende echter (veel) geld. De ontruiming is kostbaar en een gesloten pand levert niets op. Veel (ver)huurders zullen uiteindelijk dan ook, gelet op een eventuele dreigende sluiting (of andere bestuursdwangmaatregelen), geneigd zijn om met de handel in verdovende middelen vanuit het pand te stoppen. Wellicht proberen ze het nog ergens anders, maar bij een consequent handhavingsbeleid zullen verhuurders uiteindelijk naar meer bonafide huurders uitkijken. Een langdurige sluiting gecombineerd met de nodige beheersmaatregelen kan er voor zorgen dat het proces van verloedering in een buurt wordt beëindigd. De praktijk laat zien dat in gemeenten als Rotterdam, Heerlen en Venlo goede resultaten zijn behaald. Toch is niet iedereen tevreden, zoals hierna nog zal blijken.

3.3 Wetsvoorstel 30 515

3.3.1 Aanpassing artikel 13b Opiumwet

Met wetsvoorstel 30 515 tot wijziging van artikel 13b lid 1 Opiumwet zoals dat luidt na de Nota van Wijziging,¹¹⁶ wordt voorgesteld om deze bepaling als volgt te wijzigen:

'1. De burgemeester is bevoegd tot toepassing van bestuursdwang indien in woningen of lokalen, dan wel in of op bij woningen of zodanige lokalen behorende erven een middel als bedoeld in lijst I of II wordt verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig is. (...)'

De voorgestelde bevoegdheid combineert de bestuursdwangbevoegdheid van het huidige artikel 13b Opiumwet met de sluitingsbevoegdheid van artikel 174a Gemeentewet.¹¹⁷ Artikel 174a Gemeentewet blijft uitsluitend bestaan voor het geval

116. Het oorspronkelijke wetsvoorstel voorzag abusievelijk niet in een bestuursdwangbevoegdheid voor lokalen die voor het publiek toegankelijk zijn. De tekst is inmiddels aangepast, maar het woord 'zodanige' is daarbij ten onrechte blijven staan.

117. Kamerstukken II 2006/07, 30 515, nr. 7.

de burgemeester een woning wil sluiten om andere redenen dan overlast ten gevolge van drugshandel.¹¹⁸

Het wetsvoorstel en de toelichting roepen ten minste de volgende drie vragen op. Waarom voldoet het huidige instrumentarium niet? Kan de sluitingsbevoegdheid voor woningen en voor openbare inrichtingen in één bepaling worden samengevoegd, meer precies: voldoet de voorgestelde redactie aan de eisen die het EVRM stelt voor beperking van het recht op privacy? Als de voorgestelde wijziging van artikel 13b Opiumwet wordt aangenomen, moet artikel 174a Gemeentewet dan inderdaad gehandhaafd worden?

3.3.2 Onderbouwing van het wetsvoorstel

De regering wil met de wetwijziging bereiken dat de burgemeester beter kan optreden tegen illegale verkoop van verdovende middelen. In dit verband betekent illegaal: verkoop die niet binnen het lokale gedoogbeleid valt.¹¹⁹ Van de huidige bevoegdheden schiet volgens de memorie van toelichting artikel 174a Gemeentewet te kort omdat de burgemeester bij woningsluitingen verstoring van de openbare orde moet kunnen aantonen en dat blijkt in de praktijk niet altijd te lukken. Het betreft dan vooral panden van waaruit systematisch in softdrugs wordt gehandeld, zonder dat dit tot overlast leidt.¹²⁰ Particuliere eigenaren zijn niet op de hoogte van de handel of de huurder wordt juist bewust door de verhuurder tot drugshandel aangezet, aldus de toelichting. Gemeenten zoals Rotterdam, Venlo en Heerlen zijn redelijk succesvol maar 'In andere gemeenten stuitte de sluiting van woningen (...) op problemen'. Criminelen weten dat het bestuur bij een woningsluiting overlast moet aantonen en doen er alles aan om die overlast te voorkomen: ze kopen een vrijstaand pand, of kopen eventuele aangrenzende panden op, kiezen voor afgelegen panden en instrueren de bezoekers dat ze geen overlast voor de buurt mogen veroorzaken. Het komt ook voor dat ze buurtbewoners bedreigen zodat deze niet durven te klagen of alleen anoniem willen klagen. Door een deel van het pand aan 'schijnbewoners' te verhuren of door wat meubilair in het pand te zetten, wekken ze vervolgens de indruk dat in het pand daadwerkelijk wordt gewoond. Ook komt het voor dat vanuit een woning in het centrum wordt gehandeld, zonder dat dit overlast oplevert voor de buurt. Sluiting is dan evenmin mogelijk. Gemeenten slagen er niet in om in deze gevallen bij de rechter structurele overlast aan te tonen en zien af van het starten van nieuwe sluitingsprocedures. Deze ontwikkeling rechtvaardigt de uitbreiding van de bevoegdheid om zonder dat overlast aantoonbaar is de woningen te kunnen sluiten, zo besluit de memorie van toelichting.¹²¹

118. De Nota naar aanleiding van het Verslag (Kamerstukken II 2006/07, 30 515, nr. 6, p. 5) wekt de indruk dat de burgemeester bij sluiting wegens drugsoverlast nog gebruik kan maken van art. 174a. Gelet op de MvT is dat echter niet de bedoeling. Ik neem aan dat de regering op andere handhavingsbevoegdheden dan art. 174a doelt.

119. Daarin zal het AHOJ-G-beleid van Justitie opgenomen zijn. AHOJ-G staat voor: geen alcohol, harddrugs, overlast, verkoop aan jeugdigen en geen grote hoeveelheden.

120. Kamerstukken II 2005/06, 30 515, nr. 3, p. 2, 4-6.

121. Kamerstukken II 2005/06, 30 515, nr. 3, p. 6-8.

3.3.3 Relatie tot het EVRM

De nieuwe bevoegdheid voldoet volgens de regering aan alle voorwaarden voor beperking van het recht op privacy (art. 8 EVRM).¹²² De aantasting van het recht op privacy geschiedt met het oog op voorkoming van strafbare feiten (overtreding Opiumwet) en ter bescherming van de rechten van anderen (geen intimidatie van burens, beëindiging overlast) en valt dus binnen de doelcriteria die artikel 8 lid 2 EVRM, opsomt. De bevoegdheid wordt in de wet vastgelegd waarmee aan de eisen van toegankelijkheid en voorzienbaarheid is voldaan, stelt de toelichting.¹²³ De Raad van State wees echter op diverse grondrechtelijke problemen die zouden kunnen ontstaan en adviseerde onder meer in de wettekst enkele nadere waarborgen op te nemen om proportionaliteit en subsidiariteit van de bevoegdheidsuitoefening te waarborgen, bijvoorbeeld door meer en minder ingrijpende voorbeelden van bestuursdwang te noemen. De regering achtte dat niet noodzakelijk en paste alleen de toelichting aan. Deze vermeldt nu dat de burgemeester bij sluiting de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht moet nemen. Dit betekent, aldus de toelichting, dat hij in het algemeen een stappenplan moet volgen: eerst overleg, dan een waarschuwing, vervolgens een dwangsom, eventueel gevolgd door (tijdelijke) sluiting. Uit de term 'bestuursdwang' en de toelichting op artikel 13b-nieuw blijkt voldoende dat sluiting een uiterst middel is, zo redeneerde de regering.¹²⁴

De Raad van State wees ook op de mogelijke aantasting van het eigendomsrecht (art. 1 Eerste Protocol EVRM) door sluiting van een pand en gaf aan dat zowel eigendomsrechten als huurrechten binnen de reikwijdte van deze bepaling vallen. De regering volstond met de mededeling dat met name bij de beheersmaatregelen als gevolg van definitieve sluiting dit grondrecht wordt aangetast en dat dit dan binnen de beperkingsclausule van artikel 1 Eerste Protocol EVRM valt.¹²⁵

Mijns inziens verdient het grondrecht al in een eerder stadium aandacht. Een tijdelijk sluitingsbevel tast immers het recht op ongestoord genot van eigendom (*peaceful enjoyment of possessions*) van de eigenaar/bewoner of van de eigenaar/verhuurder aan. Voor de praktijk van de tijdelijke sluitingen zal dat echter weinig gevolgen hebben. De mogelijkheid om het eigendomsrecht te beperken zijn zo ruim omschreven dat dit in beginsel geen problemen voor de overheid op zal leveren, mits de proportionaliteit in het oog wordt gehouden. Beperking van het eigendomsrecht is mogelijk in het algemeen belang (*public interest*). De overheid komt daarbij een grotere beleidsvrijheid (*margin of appreciation*) toe dan bijvoorbeeld bij het recht op privacy het geval is.¹²⁶

122. Zie daarover par. 2.5.5.

123. Kamerstukken II 2005/06, 30 515, nr. 3, p. 8.

124. Kamerstukken II 2005/06, 30 515, nr. 4, p. 2-3; Kamerstukken II 2006/07, nr. 6 p. 1-4.

125. Kamerstukken II 2005/06, 30 515, nr. 3, p. 8 en nr. 4, p. 3; Kamerstukken II 2006/07, 30 515, nr. 6, p. 3.

126. A. van Rijn, Right to the peaceful enjoyment of one's possessions (Article 1 of Protocol No. 1), in: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (Eds.) 2006, p. 865-866 en 887-890; Zie ook Th. van Banning, Het recht op eigendom, een onderbelicht mensenrecht, NJCM-bull. 2004, p. 464-466.

De toelichting en de nota naar aanleiding van het verslag roepen bij mij twijfels op over de noodzaak van de voorgestelde wijziging. Daarnaast ben ik ervan overtuigd dat de wijze waarop de wet wordt aangepast onvoldoende recht doet aan bescherming van het recht op privacy en dat daarmee mogelijk ook het bestuur op het verkeerde been wordt gezet.

3.3.4 Noodzakelijke wijziging?

Uit de kamerstukken komt naar voren dat in de praktijk een handhavingsprobleem is ontstaan dat niet, of in elk geval niet eenvoudig, door gebruik van artikel 174a Gemeentewet of artikel 13b Opiumwet te ondervangen is. De omvang van het probleem wordt niet duidelijk: uit de al dan niet op internet gepubliceerde jurisprudentie omtrent de sluitingsbevoegdheden komt niet naar voren dat sluitingsprocedures minder succesvol zijn dan in het verleden. Dat zegt echter niet alles, want er is méér dan de gepubliceerde jurisprudentie, zelfs in de tijd van <www.rechtspraak.nl>. In het kader van het evaluatieonderzoek uit 2002, waarop de regering zich hoofdzakelijk baseert, is bij vijftien gemeenten navraag gedaan. Dit onderzoek heeft echter welgeteld één uitspraak opgeleverd, waarbij de rechter sluiting onrechtmatig achtte omdat ernstige overlast niet langer aantoonbaar was.¹²⁷

Wel komt uit het onderzoek naar voren dat gemeenten aangeven in bepaalde gevallen van het starten van een sluitingsprocedure af te zien, omdat de kans op succes gering is. Overlast rond of handel vanuit het pand is bijvoorbeeld niet aan te tonen. Deze nooit gestarte procedures kunnen uiteraard geen jurisprudentie worden. Hoeveel gevallen het betreft wordt echter ook niet duidelijk.

Kortom: de stelling dat gemeenten afnemend succes hebben bij de rechter wordt niet genoegzaam gemotiveerd door de toelichting, het onderliggende evaluatierapport, noch door de gepubliceerde jurisprudentie. Misschien is die jurisprudentie er wel, maar dan zou de toelichting daarvan toch wel wat voorbeelden mogen geven, aangezien dit een van de twee belangrijkste argumenten is om met nieuwe wetgeving te komen.

Hetzelfde geldt min of meer voor het tweede argument: het probleem van 'schijnbewoning': het komt niet in de mij bekende jurisprudentie voor en het wordt zelfs niet als knelpunt bij de toepassing van artikel 174a Gemeentewet aangedragen in het evaluatierapport.¹²⁸ Het onderwerp zal wel aan de orde zijn gekomen in de gesprekken die de bewindslieden met gemeenten hebben laten voeren. Naar de omvang van het probleem kunnen we echter alleen maar raden.

De toelichting voldoet ook in een ander opzicht niet. Er wordt nauwelijks ingegaan op alternatieven voor sluiting op grond van artikel 174a Gemeentewet. Deze worden

127. E.C.M. Smits & A.J.H. Smallembroek, *Evaluatie van de drugsinstrumenten. De gemeentelijke praktijk van het sluiten van panden op grond van artikel 174a van de Gemeentewet en artikel 13b van de Opiumwet*, Den Haag: SGBO 2002, p. 57-58 en de website waarnaar wordt verwezen (<www.sidv.nl>) vermelden: Vzng. Rb. Leeuwarden 28 juli 2000, LJN AA 6708 (Leeuwarden). De overige jurisprudentie betreft andere vragen. De gemeente Heerlen meldde mij dat de niet succesvolle procedures vooral bij de Voorzieningenrechter worden gevoerd. Met dank aan dhr. Mastenbroek.

128. Zie p. 36-38 van genoemd rapport.

in de praktijk echter wel degelijk gebruikt en dat is niet verwonderlijk. Gebruik van een woning voor andere doeleinden dan waarvoor deze is bestemd, is niet nieuw. Illegale bordelen, casino's en coffeeshops in woonhuizen bestaan al langer.

Het evaluatierapport wijst op de mogelijkheid om jegens eigenaren en gebruikers op te treden ter handhaving van het bestemmingsplan als een woning wordt gebruikt voor drugshandel/drugsteelt. Eveneens biedt het vaak uitkomst om op grond van de bouwverordening op te treden, omdat vanwege de drugshandel de woning illegaal is aangepast, dan wel wordt verwaarloosd.¹²⁹ Navraag leerde dat dit bijvoorbeeld in Rotterdam gebeurt.¹³⁰ Eigenaren moeten in het laatste geval, na een aanschrijving, de woning nogal eens ingrijpend aanpassen en dat wil uiteindelijk ook de meer malafide eigenaren er uiteindelijk meestal toe brengen om uit te zien naar huurders die zich niet met drugshandel inlaten, omdat de woningen dan uiteindelijk meer geld opbrengen. Het is wel een kwestie van volhouden: eigenaren gaan meestal niet bij de eerste aanschrijving door de knieën.

Tot slot blijft in de toelichting de samenwerking tussen gemeentebestuur en justitie onderbelicht. Als in een woning of publieke inrichting verdovende middelen worden verhandeld dan is strafrechtelijk optreden mogelijk als het harddrugs en/of de meer dan gedoogde hoeveelheid soft drugs betreft.¹³¹ De overheid hoeft dus niet met de handen over elkaar toe te zien, en kan met een goede samenwerking tussen bestuur en justitie wellicht ook nog wel wat winnen. Het evaluatierapport vermeldt dat die samenwerking niet in alle gemeenten bestaat.¹³²

Het feit dat het hier om een problematiek gaat, waarbij potentieel het recht op privacy en het eigendomsrecht worden aangetast noodzaakt de wetgever om eerst zorgvuldig te onderzoeken of de huidige handhavingmogelijkheden optimaal benut worden. Als dat is gebeurd – de memorie van toelichting is wat dat betreft onder de maat – en uitbreiding wordt noodzakelijk geacht, dan dient dat vervolgens maatwerk te zijn. Daar schort het mijns inziens bij dit wetsvoorstel ook aan.

3.3.5 Artikel 174a moet blijven voor drugsoverlast

Uit de bespreking van artikel 174a Gemeentewet bleek dat sluiting van een woonhuis een ingrijpende maatregel is, waarbij het recht op privacy in het geding is. Ik roep in herinnering dat in 1997 met name een aantal Eerste Kamerleden grote twijfels had bij de vraag of de voorgestelde bevoegdheid de toets aan het EVRM kon doorstaan. Zij gaven, net als de regering, de voorkeur aan een bevoegdheid die de burgemeester alleen bij *ernstige* [curs. MdJ] overlast mocht gebruiken. De Kamer ging uiteindelijk pas akkoord met het geamendeerde wetsvoorstel onder de voorwaarde dat een circulaire

129. Zie p. 31, 39 en 56 van het evaluatierapport.

130. Met dank aan mr. drs. A. Littooi en mw. mr. M. Kuiper.

131. Eventueel is als bijkomende straf zelfs verbeurdverklaring van een pand mogelijk (art. 33a Sr). De rechter zal daar niet snel toe overgaan, maar bij organisaties die op grote schaal handelen is het een mogelijkheid.

132. Zie p. 28 van het evaluatierapport.

werd vastgesteld, waarin werd aangedrongen op een terughoudend gebruik van deze bevoegdheid.¹³³ De circulaire gaf onder meer aan dat de bevoegdheid tot sluiting alleen was bedoeld voor situaties van ernstige overlast, veroorzaakt door drugshandel, prostitutie of wapenhandel.¹³⁴ De wettekst, de circulaire en de jurisprudentie maken duidelijk dat de burgemeester slechts in uiterste gevallen, met in achtneming van een aantal voorwaarden, tot woningsluiting kan overgaan. Deze voorwaarden waarborgen dat bewoners worden gewaarschuwd, een termijn krijgen om orde op zaken te stellen en dat sluiting pas bij ernstige overlast mogelijk wordt. Dat is, gelet op de eisen die het EVRM stelt, ook nodig.

De redactie van het ontwerp-artikel 13b Opiumwet maakt geen onderscheid meer tussen sluiting waarbij het recht op privacy in het geding is en sluiting waarbij dat niet het geval is. Dat is onjuist, omdat het afwegingskader voor die situaties veel van elkaar verschilt. De regering besteedt bovendien in de memorie van toelichting onvoldoende aandacht aan de verhouding tot artikel 8 EVRM. Als Kamerleden vervolgens vragen daarover stellen, lijkt de regering de grondrechtenproblematiek bijna te bagatelliseren. Ze benadrukt meerdere keren dat het bij sluiting van panden om situaties gaat waarbij sprake is van 'schijnbewoning'.¹³⁵ Dat is echter maar een (klein?) deel van de waarheid. Burgemeesters zullen, net als nu, ook woningen sluiten waarin daadwerkelijk wordt gewoond. Voor die situaties volstaat de regering met de mededeling dat de burgemeester de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit in acht moet nemen. Zij verwijst daarbij uitsluitend naar een stappenplan dat hij moet maken en hanteren. In de wettelijke regeling van de bevoegdheid wordt er echter met geen woord over gerept.

In de praktijk zal de burgemeester bij woningen die daadwerkelijk worden bewoond, op grond van de eisen van artikel 8 EVRM, dezelfde voorwaarden in acht moeten nemen die nu uit de tekst van artikel 174a Gemeentewet en uit de jurisprudentie op dit artikel voortvloeien. Doet hij dat niet, dan zal sluiting al snel disproportioneel zijn. Het ontwerp-artikel 13b Opiumwet wordt gerechtvaardigd met een beroep op het in artikel 8 lid 2 EVRM genoemde doelcriterium 'voorkoming van strafbare feiten'. Dat laat onverlet dat het voorkomen van een strafbaar feit moet rechtvaardigen dat iemand zijn woning voor een lange periode kwijtraakt. Het proportionaliteitsvereiste (art. 8 lid 2 EVRM) geldt onverminderd. De burgemeester blijft daardoor aan vrijwel alle voorwaarden gebonden die onder het huidige recht in artikel 174a Gemeentewet en de daarop gebaseerde jurisprudentie worden genoemd.

133. Kamerstukken I 1996/97, 24 699, nrs. 103 en 103c tot en met 103f. Zie voorts de kritische reacties van: J.G. Brouwer & A.E. Schilder, Artikel 174a Gemeentewet: godin der overwinning?, NJB 1997, p. 571-576; H.Ph.J.A.M. Hennekens, Sluiting van (drugs)panden door de burgemeester, een kreupel paard in de Gemeentewet gestald, Gst. 1997 7055, p. 317-325; E.C.M. Jurgens, Van Victor, via Victoria en Damocles, naar Procrustes, over ons wetgevend gehakkel bij de bestrijding van drugs-overlast vanuit woningen, NTB 1997, p. 293-301.

134. Circulaire van het ministerie van Binnenlandse Zaken d.d. 16 april 1997 EA97/U884.

135. De regering reageert als volgt op vragen naar inbreuk op het privacyrecht: Kamerstukken II 2006/07, nr. 6, p. 1: 'Wij zijn ons ervan bewust dat de voorgestelde bevoegdheid om woningen te kunnen sluiten een verregaande bevoegdheid is, zeker wanneer het zou gaan om een pand waarin ook daadwerkelijk wordt gewoond. Het gaat nagenoeg altijd om woningen die niet of slechts naar uiterlijke schijn worden bewoond' en op p. 3: 'Voor zover al sprake is van daadwerkelijke bewoning, (...)'.
'

Dat betekent dat de burgemeester ook bij sluiting van een woning op grond van artikel 13b-nieuw Opiumwet de nodige energie in dossieropbouw moet steken.

De regering stelt echter dat gerechtelijke procedures voor de gemeente eenvoudiger worden door de minder zware bewijslast en dat dossieropbouw met betrekking tot sluiting van een woning eenvoudiger wordt, omdat geen ordeverstoring hoeft te worden aangetoond. 'Het simpele feit dat er sprake is van illegale drugshandel in of vanuit een woning zal voldoende zijn om een woning te mogen sluiten', aldus de regering.¹³⁶ Eveneens stelt zij dat het verzamelen van gegevens over de verkoop enzovoort van drugs vanuit het pand voldoende is en dat dit eenvoudiger is dan het verzamelen van gegevens over overlast.¹³⁷

Dat valt echter nog te bezien. Drugshandel vanuit een woning, die geen overlast veroorzaakt, rechtvaardigt niet zonder meer sluiting van een woning. Het is bovendien de vraag of in deze gevallen niet veeleer strafrechtelijk opgetreden moet worden, zeker als de betreffende woning meerdere bewoners heeft of eigendom is van een ander dan de gebruiker. Daarnaast verdienen ook andere bestuurlijke scenario's (handhaving bestemmingsplan, bouwverordening) overweging. Sluiting is immers een bevoegdheid die pas in aanmerking komt als minder vergaande bevoegdheden geen uitkomst bieden.

3.4 Conclusie

Aangezien voor de toepassingspraktijk niets wezenlijks verandert, de huidige regeling van artikel 174a Gemeentewet voldoet en duidelijker is dan de voorgestelde regeling, dient voor sluiting van woningen die als zodanig worden gebruikt de bepaling uit de Gemeentewet gehandhaafd te blijven. Bescherming van het recht op privacy rechtvaardigt dat de wetgever een aparte regeling laat bestaan voor sluiting van woningen.

Opiumwetdelicten in de voor het publiek toegankelijke lokalen kunnen met het huidige artikel 13b Opiumwet worden aangepakt.

Voor zowel woningen als voor het publiek toegankelijke panden, benut een aantal gemeentebesturen in geval van Opiumwetdelicten met succes ook andere bestuurlijke bevoegdheden. Daarnaast kan strafrechtelijk worden opgetreden.

Vooralsnog is mijns inziens niet aangetoond dat er in de praktijk een handhavingsprobleem is dat tot nieuwe wetgeving noodzaakt. Mocht dat probleem niettemin bestaan dan ligt het voor de hand om voor panden die als 'schijnwoning' worden gebruikt een speciale regeling te treffen. De regering zou dan kunnen overwegen om in de Opiumwet een regeling op te nemen voor sluiting van panden, die niet in gebruik zijn als woning. Sluiting conform de voorwaarden van het huidige artikel 13b is dan toelaatbaar, mits vast komt te staan dat het pand inderdaad niet als woning in gebruik is. De jurisprudentie over woonhuizen die illegaal als coffeeshop gebruikt worden laat zien dat het bestuur in staat is om dit aan te tonen.¹³⁸

¹³⁶. Kamerstukken II 2005/06, nr. 3, p. 3 en 9. Citaat afkomstig van p. 9.

¹³⁷. Kamerstukken II 2006/07, 30 515, nr. 6, p. 5.

4 Gedragsaanwijzing

4.1 De Diamantbuurt

In 2004 ontstond beroering over Marokkaanse jongeren die in de Diamantbuurt in Amsterdam problemen veroorzaakten.¹³⁹ De jongeren bleken een aantal buurtbewoners op en vanaf de straat zodanig lastig te vallen dat uiteindelijk enkele bewoners besloten te verhuizen. Dit heeft in de Kamer de discussie aangewakkerd over de aanpak van hardnekkig crimineel en/of overlastgevend gedrag. Voor wat betreft de criminele gedragingen gaat het vooral om vernielingen en bedreiging van onder meer slachtoffers en getuigen van delicten. Bij ernstige overlast betreft het stelselmatig 'afschrikwekkend gedrag' zoals intimiderend en beledigend gedrag jegens met name vrouwen en homo's (schelden, spugen), samenscholing en openbare dronkenschap. Door middel van twee moties uitte de Kamer de wens dat de regering de mogelijkheid zou onderzoeken om in dergelijke situaties een gedragsaanwijzing op te leggen.¹⁴⁰

Inmiddels ligt er een conceptwetsvoorstel dat ter advisering aan een aantal organisaties is gestuurd.¹⁴¹

4.2 Conceptwetsvoorstel gedragsaanwijzing

Het wetsvoorstel voorziet in de bevoegdheid voor de burgemeester en de officier van justitie om een gedragsaanwijzing op te leggen. De regering stelt voor om de bevoegdheid voor de burgemeester als volgt in de Gemeentewet te regelen:

138. ABRvS 21 november 1996, AB 1997, 18, (Kerkrade); ABRvS 21 november 1996, AB 1997 19 (Maas-tricht); ABRvS 16 juli 2003, 200204131/1 (Assen).

139. Zie daarover de uitgebreide brief van de burgemeester van Amsterdam aan een raadscommissie d.d. 27 oktober 2004, kenmerk 2004/13689, te raadplegen op <www.amsterdam.pvda.nl>.

140. Kamerstukken II 2005/06, 28 684, nr. 76 (Motie Van Schijndel c.s.) en nrs. 86 en 89; Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VI, nr. 133. De nu voorgestelde bevoegdheid van de officier van justitie om een gedragsaanwijzing op te leggen is ontwikkeld naar aanleiding van Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VI, nr. 57 (Motie Weekers).

141. Conceptwetsvoorstel Wijziging van de Gemeentewet en het Wetboek van Strafvordering ter regeling van de bevoegdheid van de burgemeester en de bevoegdheid van de officier van justitie tot het geven van aanwijzingen ter beëindiging van ernstige overlast (aanwijzingen ernstige overlast). Het voorstel is te raadplegen op <www.justitie.nl>. Het wordt hierna aangeduid als 'conceptwetsvoorstel'.

'Artikel 172a

1. De burgemeester kan, indien dat noodzakelijk is met het oog op de handhaving van de openbare orde, aan een persoon die herhaaldelijk de openbare orde heeft verstoord of die op grond van zijn gedragingen rechtstreeks in verband kan worden gebracht met het herhaaldelijk verstoren van de openbare orde, een bevel geven zich niet te bevinden in of in de omgeving van een of meer bepaalde objecten binnen de gemeente, dan wel in een bepaald gedeelte of bepaalde delen van de gemeente.
2. Het bevel, bedoeld in het eerste lid, kan mede bestaan uit de verplichting zich op door de burgemeester vast te stellen tijdstippen te melden op door de burgemeester vast te stellen plaatsen, teneinde de naleving van het bevel te bevorderen.
3. Indien het bevel zich richt tot een verdachte van een strafbaar feit waardoor de openbare orde ernstig is verstoord en deze met toepassing van artikel 509hh, eerste lid, van het Wetboek van Strafvordering, is gedagvaard om voor de rechter te verschijnen, geeft de burgemeester geen toepassing aan de bevoegdheid van het eerste lid.

Artikel 172b

1. Het bevel, bedoeld in artikel 172a, wordt gegeven voor een door de burgemeester vast te stellen periode van ten hoogste drie maanden. Na ommekomst van deze periode kan het bevel worden verlengd met een telkens door de burgemeester vast te stellen periode van ten hoogste drie maanden.
2. Het bevel kan, na verlenging als bedoeld in het eerste lid, niet langer duren dan een jaar.
3. De burgemeester kan op aanvraag tijdelijk ontheffing verlenen van een of meer verplichtingen die voortvloeien uit een gegeven bevel. De burgemeester kan aan de ontheffing voorschriften verbinden.
4. De burgemeester wijzigt een gegeven bevel tussentijds ten gunste van de betrokkene of trekt hem [lees: het; Md] tussentijds in, indien nieuwe feiten of omstandigheden daartoe aanleiding geven. De burgemeester kan op grond van nieuwe feiten of omstandigheden een bevel tussentijds wijzigen ten nadele van de betrokkene.
5. Een gegeven bevel wordt in ieder geval ingetrokken zodra deze [lees: het; Md] niet langer noodzakelijk is met het oog op de handhaving van de openbare orde.'

De burgemeester kan een gedragsaanwijzing opleggen aan een persoon die herhaaldelijk de orde verstoort of die op grond van zijn gedragingen rechtstreeks in verband kan worden gebracht met herhaaldelijke ordeverstoringen. De gedragsaanwijzing houdt in dat betrokkenen gedurende een periode niet meer in een bepaald gebied mag komen (omgevingsverbod) of niet meer bij of in een bepaalde locatie mag komen (objectverbod). Dit kan gecombineerd worden met een meldingsplicht (art. 172a lid 1 en 2).

De burgemeester kan tussentijds ontheffing van één of meer verplichtingen te verlenen, eventueel onder voorschriften (art. 172b lid 3). Ook zijn tussentijds wijzigingen in het bevel mogelijk. Deze kunnen zowel in het voordeel als in het nadeel van betrokkene uitpakken (art. 172b lid 4).

Het bevel geldt voor een periode van maximaal drie maanden, maar de burgemeester kan het met periodes van maximaal drie maanden verlengen tot maximaal een jaar (art. 172b lid 1 en 2).

Een gedragsaanwijzing kan alleen worden opgelegd als dat noodzakelijk is in het belang van de openbare orde (art. 172a lid 1). De burgemeester moet het bevel tussentijds wijzigen ten gunste van betrokkene of intrekken, als nieuwe feiten of omstandigheden daartoe aanleiding geven (art. 172b lid 4 eerste volzin). Hij kan het bevel in die omstandigheden tussentijds wijzigen ten nadele van betrokkene (lid 4 tweede volzin). Het vijfde lid schrijft voor dat de burgemeester het bevel in ieder geval moet intrekken als het niet langer noodzakelijk is in het belang van de openbare orde. Mijns inziens vloeit dat al uit het vierde lid voort.

De meldingsplicht is in het conceptwetsvoorstel nog weinig uitgewerkt. De burgemeester kan de ordeverstoorder verplichten om zich bij een bepaalde instantie op een bepaald tijdstip (al dan niet meerdere keren gedurende een langere periode) te melden. Dat kan bijvoorbeeld een politiebureau of een wijkagent zijn. Door aan het gebiedsverbod een meldingsplicht te koppelen voor bijvoorbeeld uitgaansavonden of koopavonden, wordt de handhaving van het verbod vereenvoudigd. Aangezien een meldingsplicht een extra verplichting oplegt, dient de burgemeester deze afzonderlijk te motiveren.¹⁴²

De gedragsaanwijzing is een beschikking (art. 1:2 Awb) waartegen bezwaar en beroep mogelijk is. De bekende voorwaarden voor zorgvuldige besluitvorming gelden hier, inclusief de eis om betrokkene in de regel vooraf te horen (art. 4:8 en 4:11 Awb).¹⁴³

Het conceptwetsvoorstel bevat naast de regeling van de gedragsaanwijzing die de burgemeester kan geven, een regeling voor een gedragsaanwijzing door de officier van justitie. Deze bevoegdheid van de officier van justitie verschilt aanmerkelijk van de bevoegdheid van de burgemeester.

De officier van justitie kan een gedragsaanwijzing geven ter voorkoming van recidive en/of van 'belastend gedrag jegens personen'. Dat laatste ziet vooral op bedreiging van getuigen en slachtoffers. Deze gedragsaanwijzing wordt geregeld in het strafrecht.¹⁴⁴ Een dergelijke gedragsaanwijzing is mogelijk in afwachting van de strafrechtelijke afdoening van een strafbaar feit. Besluit hij tot oplegging, dan belet dat de burgemeester om een dergelijke maatregel te nemen. Dit is wat ongelukkig omschreven in het derde lid van artikel 172a.¹⁴⁵

142. MvT conceptwetsvoorstel, par. 3.1.1 en 3.3.3.

143. Zie voor de rechtsbescherming, de aantallen verblijfsontzeggingen die worden afgegeven en de rol van de straf- en bestuursrechter bij toetsing van deze besluiten uitvoeriger de literatuur over verblijfsontzeggingen, genoemd in par. 3.2.1.

144. In het wetboek van Sv wordt daartoe art. 67, eerste lid, sub c, gewijzigd en art. 509hh ingevoegd. In het wetboek van Sr wordt art. 184a ingevoegd.

145. De bepaling suggereert dat de burgemeester een bevel formuleert en vervolgens geen toepassing geeft aan zijn bevelsbevoegdheid.

Wanneer de officier afziet van vervolging, kan de burgemeester een gedragsaanwijzing opleggen. Besluit de officier in een later stadium alsnog te vervolgen dan trekt de burgemeester een al opgelegde gedragsaanwijzing in (art. 172b lid 4). De burgemeester moet dus weten of de officier gebruikmaakt van zijn bevoegdheid. In de toelichting is daarom aangegeven dat de burgemeester geen gedragsaanwijzing mag opleggen zonder de officier van justitie te raadplegen.¹⁴⁶

De bevoegdheid van de officier van justitie komt hieronder uitsluitend aan de orde voor zover deze van belang is voor de gedragsaanwijzing door de burgemeester.

4.3 Zorgwekkende zorgmijders en andere probleemgevallen

De gedragsaanwijzing is in wezen een verdergaande variant van de bekende verblijfsontzeggingen.¹⁴⁷ De maximale termijn van de gedragsaanwijzing is een jaar en dat is veel langer dan tot dusver de praktijk is bij de verblijfsontzeggingen. Bovendien is bij de gedragsaanwijzing in de mogelijkheid van een meldingsplicht voorzien.

De bevoegdheid van de burgemeester is bedoeld voor personen die zorgen voor ernstige, hardnekkige, groepsgebonden overlast in de publieke ruimte. Dit is een probleem dat zich met name in grotere gemeenten voordoet. Het betreft dan vrijwel altijd groepen jongeren, vaak van allochtone afkomst. Daarnaast is de gedragsaanwijzing bedoeld voor verslaafden en daklozen met een psychische stoornis, die overlast blijven veroorzaken (in de toelichting aangeduid als ‘zorgwekkende zorgmijders’). Tot slot is, heel opvallend ter motivering van een algemene regeling, de gedragsaanwijzing ook bedoeld voor ‘enkele gevallen’ van uit de hand gelopen burens- of familieruzies.¹⁴⁸ Het laatste is opmerkelijk. Dergelijke incidenten kunnen via het strafrecht en het civiele recht al worden aangepakt. Het is dan moeilijk voor te stellen dat voor deze incidenten nog een bestuurlijke bevoegdheid nodig is. Ik laat die groep hier dan ook verder buiten beschouwing.

Bezien wij de overige twee groepen, dan doet de mededeling van de regering dat de bevoegdheid in de praktijk niet vaak gebruikt zal worden, vanwege ‘de limitatief in de wet opgenomen grond waarop deze maatregelen kunnen worden opgelegd’, merkwaardig aan.¹⁴⁹ Het rijmt niet met de bedoeling van de regering om de nieuwe bevoegdheid van toepassing te laten zijn op ‘zorgmijders’. De praktijk laat immers al jaren zien dat op een zelfde grond grote aantallen verblijfsontzeggingen aan deze groep worden opgelegd op grond van de APV en een zelfstandige bevelsbevoegdheid van de burgemeester (art. 172 lid 3 Gemeentewet). Het is reëel te veronderstellen dat in de toekomst de burgemeesters deze groep gedragsaanwijzingen zullen opleggen en dat het dus om een veelvuldig te gebruiken bevoegdheid gaat.

Wat is nu de toegevoegde waarde van deze bevoegdheid? De burgemeester kan met de gedragsaanwijzing voor langere tijd overlast voorkomen en een meer op de speci-

146. MvT conceptwetsvoorstel, par. 3.1.4 en 3.3.2.

147. Zie daarover par. 3.2.

148. MvT conceptwetsvoorstel, par. 2.1, 2.2 en 3.1.1.

149. MvT conceptwetsvoorstel, par. 3.1.5 en 4.3.

fieke situatie of persoon toegespitste aanpak ontwikkelen, aldus de memorie van toelichting. Zonder een doemdenker te (willen) zijn, lijkt me dat een al te optimistische visie. Een groot deel van de groep personen waar deze bevoegdheid voor bedoeld is (zorgmijders en verslaafden), zal zich waarschijnlijk niet aan de gedragsaanwijzing houden. Wie een blik werpt op de overvloedige jurisprudentie over verblijfsontzeggingen, ziet daarin steeds terugkeren dat verslaafden en personen met een psychische stoornis lastig te sturen zijn en zich veelvuldig schuldig maken aan overtreding van verblijfsontzeggingen met een korte duur. Dat rechtvaardigt dan het opleggen van een nieuwe verblijfsontzegging, die ook weer wordt overtreden en dan belandt betrokkene uiteindelijk achter de tralies (art. 184 Sr).¹⁵⁰ Dat bracht de Rechtbank Rotterdam ertoe om vorig jaar aan te geven dat bij een persoon met een psychische stoornis een verblijfsontzegging niet het aangewezen middel is, omdat deze eenvoudig niet helpt. Het hof vernietigde – zonder al te uitgebreide motivering – deze uitspraak.¹⁵¹ Op grond van de jurisprudentie kan men echter aannemen dat voor een groep verslaafden met een psychische stoornis de verblijfsontzeggingen (en in het verlengde daarvan dus ook wijkverboden) op zichzelf weinig effect sorteren. Jaren geleden werd in een grote gemeente als Amsterdam al de afspraak tussen justitie en de burgemeester gemaakt om overtreding van verblijfsontzeggingen standaard te vervolgen op grond van artikel 184 Sr omdat zo bij daklozen en verslaafden zonder vast woonadres voorlopige hechtenis kon worden toegepast. Dan waren betrokkenen tenminste echt een tijdje van de straat en dat hielp meer dan het weer opleggen van een verblijfsontzegging. Het grote probleem bij deze groep is dus niet zozeer dat de termijn van de verblijfsontzeggingen op grond van het huidig recht niet lang genoeg is, maar dat betrokkenen deze blijven overtreden. De langere termijn van een gedragsaanwijzing zal daar weinig aan veranderen en ik waag te betwijfelen of een meldingsplicht voor deze personen veel nut heeft: het valt te vrezen dat juist deze groepen zich ook daar weinig van aan zullen trekken.

Blijven over de groepen probleemjongeren. De uiteindelijke oplossing voor deze problematiek ligt vaak in andere dan juridische middelen. Daar is bij de voorbereiding van dit conceptwetsvoorstel dan ook terecht aandacht aan besteed.¹⁵² Dat laat onverlet dat de regering het nodig acht, met name vanwege de problemen in de grotere steden, om iets aan de hardnekkige ernstige overlast te doen. Mijns inziens is daar echter geen nieuwe bevoegdheid voor nodig, in elk geval niet de gedragsaanwijzing. Ik kom hier in paragraaf 4.5 op terug.

150. Na de inwerkingtreding van art. 257a Sv kan de Officier van Justitie de zaak eventueel ook zelf afdoen: Wet van 7 juli 2006, Stb. 2006, 330 (Wet OM-afdoening).

151. Rb. Rotterdam 23 februari 2005, Gst. 2005 7230, 84 (Rotterdam) en Hof Den Haag 21 maart 2006, AB 2006, 396 (Rotterdam).

152. Er worden op sociaal-economisch terrein allerlei maatregelen genomen om jongeren bijvoorbeeld aan het werk te krijgen. Zie Kamerstukken II 2005/06, 28 684, nr. 89 en de MvT conceptwetsvoorstel par. 5.

4.4 Grondrechten

De toelichting besteedt in paragraaf 6 aandacht aan een eventuele aantasting van grondrechten. Een gedragsaanwijzing beperkt de vrijheid van beweging (art. 2 Vierde Protocol (VP) EVRM en art. 12 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR)).¹⁵³ Artikel 12 IVBPR verdient hier expliciet vermelding, want deze bepaling bevat niet de ruime beperkingsclausule die in het vierde lid van artikel 2 VP EVRM is neergelegd. Het EHRM heeft al eens een verblijfsontzegging aan de ruime beperkingsclausule van artikel 2 lid 4 getoetst.¹⁵⁴ Daarbij toetst het Hof of een beperking van de bewegingsvrijheid gerechtvaardigd is in het algemeen belang in een democratische samenleving (*justified by the public interest in a democratic society*). Dit artikellid heeft alleen betrekking op beperkingen die in een bepaald gebied (*particular area*) gelden. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan door het college of de burgemeester aangewezen probleemwijken waarvoor bijzondere regels gelden, zoals een samscholingsverbod of een bepaling op grond waarvan een verblijfsontzegging kan worden afgegeven. In het derde lid van artikel 2 VP EVRM is de beperkingsclausule geformuleerd die overeenkomt met artikel 12 IVBPR. Deze is in grote lijnen gelijk aan de beperkingsclausule van artikel 8 EVRM die in hoofdstuk 2 al is besproken. Het ruimere doelcriterium *public interest* komt daarin niet voor. Beroept een burger zich dus voor de Nederlandse rechter (ook) op artikel 12 IVBPR dan krijgt de bepaling die het meeste bescherming biedt voorrang, en dientengevolge zal de rechter dan niet aan de ruime beperkingsgrond van het vierde lid van artikel 2 VP EVRM toetsen. Ik laat het vierde lid hier verder dan ook buiten beschouwing.

Getoetst aan de beperkingsclausule van artikel 12 IVBPR en artikel 2 lid 3 VP EVRM, voorzie ik bij de gedragsaanwijzing ten minste één probleem en dat is de proportionaliteit van de maatregel. De toelichting wijst erop dat een gedegen dossier nodig is met een overzicht van alle ordeverstoringen uit het verleden, teneinde aannemelijk te maken dat het om een proportionele maatregel gaat. Er mag niet op grond van een incident worden opgetreden, er moet een gedegen 'risicotaxatie' worden gemaakt en zonodig kan de burgemeester tussentijds ontheffing verlenen van de voorschriften.¹⁵⁵ Gelet op de doelgroep (personen die niet worden vervolgd voor strafbare feiten) is het echter moeilijk voorstelbaar dat een zeer langdurig wijkverbod (langer dan drie maanden) proportioneel zal zijn. En dat doet dan weer de vraag rijzen naar het nut van deze nieuwe bevoegdheid, naast de nu al bestaande bevoegdheden. De bestaande bevoegdheden kunnen bij herhaling worden gebruikt en dat gebeurt ook in de praktijk. Bepaalde hardnekkige probleemveroorzakers wordt daardoor ook nu al vaak een lange periode de toegang tot een bepaald gebied ontzegd.

153. Zie over de bewegingsvrijheid: B.P. Vermeulen, *The Right to Liberty of Movement (Article 2 of Protocol No. 4)* in: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (Eds.) 2006, p. 939-945. Over de bewegingsvrijheid in relatie tot ordehandhaving: M.A.D.W. de Jong 2000, p. 143-206.

154. EHRM 4 juni 2002, AB 2003, 19 (Landvreugd/Nl), zie hierover de nt. van J.G. Brouwer & A.E. Schilder.

155. MvT conceptwetsvoorstel, par. 6.

Ten aanzien van de overige grondrechten bepaalt de toelichting dat het gebiedsverbod niet mag leiden tot een inbreuk op het gezinsleven. Het kan zich daarom niet uitstrekken tot de vaste woon- of verblijfplaats.¹⁵⁶

Evenmin mogen de uitoefening van de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging worden aangetast. Daar voegt de toelichting dan cryptisch aan toe 'tenzij bijzondere omstandigheden daartoe nopen'. Ik kan alleen maar naar de bedoeling van deze zinsnede raden. Als de regering werkelijk de burgemeester de bevoegdheid wil geven om dit grondrecht te beperken, dan dient de omvang van deze bevoegdheid toch nader gespecificeerd te worden.

4.5 Een overdaad aan keuzemogelijkheden

Enigszins obligaat is de overweging dat in het belang van de subsidiariteit eerst minder ingrijpende maatregelen moeten worden ingezet, en dat de burgemeester per geval moet afwegen of andere bestaande instrumenten een oplossing bieden.¹⁵⁷ Hoe ziet de regering bijvoorbeeld de verhouding tussen de nieuwe bevoegdheid van de burgemeester en de regelingen die vrijwel alle gemeenteraden van grotere gemeenten hebben getroffen omtrent verblijfsontzeggingen? Wat te doen als bijvoorbeeld de APV de mogelijkheid van een verblijfsontzegging voor vier weken bevat. Moet deze eerst benut worden? De verhouding tot de lichte bevelsbevoegdheid (art. 172 lid 3 Gemeentewet) is evenmin duidelijk. Wat te denken van de praktijk in Rotterdam, vorig jaar door het Hof Den Haag gesauveerd, waarbij de burgemeester op basis van zijn lichte bevelsbevoegdheid een verblijfsontzegging van drie maanden oplegt?¹⁵⁸ Dient de nieuwe bepaling voorrang te krijgen (meer specifiek) of juist niet (potentieel zwaardere bevoegdheid), of alleen als ook een meldingsplicht wordt opgelegd? Zo ja, zou het dan niet beter zijn om uitsluitend de meldingsplicht te regelen?

Veel burgemeesters van grotere gemeenten zullen in de toekomst maar liefst drie bevoegdheden hebben op grond waarvan een verblijfsontzegging mogelijk is. Dat lijkt me te veel van het goede.

4.6 Conclusie

Het is duidelijk geworden dat gemeenten die kampen met problemen zoals in de inleidende paragraaf van dit hoofdstuk geschetst, in de plaatselijke verordeningen een regeling kunnen treffen. Zij kunnen daarin het omgevingsverbod opnemen. Aanpassing van de Gemeentewet is daarvoor niet nodig. Het dossier van de ordever-

156. Inzake de verblijfsontzeggingen is hier reeds jurisprudentie over: o.a. Rb. Den Bosch 4 februari 2003, LJN AF3987 (Venlo); Rb. Den Haag 19 februari 2004, NbSr 2004, 139 ('s-Gravenhage).

157. MvT conceptwetsvoorstel par. 3.1.4.

158. Hof Den Haag 21 maart 2006, AB 2006, 396 (Rotterdam) m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder. Het Hof vernietigde – helaas spaarzaam gemotiveerd – het uitvoerige vonnis van de Rb. Rotterdam van 23 februari 2005, Gst. 2005 7230, 84 (Rotterdam) m.nt. M.A.D.W. de Jong. De rechtbank achtte een verblijfsontzegging van drie maanden strijdig met het karakter van de lichte bevelsbevoegdheid (art. 172, lid 3 Gemeentewet).

stoorder zal, samen met de eisen die de diverse verdragsbepalingen stellen aan beperking van de bewegingsvrijheid (art. 2 VP EVRM, art. 12 IVPBR) bepalend zijn voor de rechtmatigheid van de duur van de verblijfsontzegging.

Daarnaast kennen de gemeentelijke regelgeving en het strafrecht diverse bepalingen om eventuele strafbare feiten en/of vormen van ernstige overlast te bestrijden. Denk bijvoorbeeld aan reeds bestaande regelingen inzake verblijfsontzeggingen, samenscholingsverboden, verbodsbepalingen om de openbare orde te verstoren, rechterlijke bevelen ter handhaving van de openbare orde. Het is allemaal al geregeld. Wat voegt een gedragsaanwijzing die een omgevings- of objectverbod inhoudt daar nog aan toe?

Aanvulling van het huidige instrumentarium met een wettelijk geregelde mogelijkheid om een meldingsplicht op te leggen, is wellicht wel zinnig. Een meldingsplicht grijpt meer, of in elk geval op een andere manier in op de bewegingsvrijheid van een persoon dan een omgevingsverbod of verblijfsontzegging. Een persoon wordt immers niet de toegang tot een bepaald gebied ontzegd, maar hem wordt bevolen zich gedurende een bepaalde tijd te melden op een afgesproken punt. Het kan hem bijvoorbeeld beperken in de mogelijkheid om te reizen of ver van huis te gaan. In dit licht valt er veel voor te zeggen dat de wetgever zich uitspreekt over de vraag binnen welke grenzen het gemeentebestuur een dergelijk verplichting mag regelen.

5 Tijdelijk huisverbod

5.1 Privégeweld, publieke zaak

De laatste jaren is veel tijd en energie gestoken in de aanpak van geweld binnen een relatie en/of gezin, meestal aangeduid met de enigszins tegenstrijdig klinkende term: huiselijk geweld. Diverse kabinetten hebben onderzoeken laten uitvoeren naar de omvang en de mogelijke aanpak van het probleem in kaart te brengen. In 2002 verscheen de uitvoerige nota 'Privé geweld – Publieke zaak'. De onderzoeken en de nota maakten duidelijk dat huiselijk geweld veel voorkomt en ernstige gevolgen kan hebben.¹⁵⁹

Een reeks instanties houdt zich inmiddels bezig met de aanpak van huiselijk geweld, zoals de kindbescherming, maatschappelijke opvang, reclassering, het OM en de rechterlijke macht. Sommige van deze instanties houden zich ook of uitsluitend bezig met hulpverlening aan de personen die bij huiselijk geweld zijn betrokken.¹⁶⁰ Een slachtoffer kan op grond van het civiele recht een straatverbod, contactverbod of uithuisplaatsing afdwingen.¹⁶¹ Het OM kan een geweldpleger vervolgen, onder meer wegens mishandeling. De rechter kan bij een (voorwaardelijke) straf of als voorwaarde bij schorsing van de voorlopige hechtenis een straatverbod of contactverbod opleggen.¹⁶²

Uit de eerder genoemde onderzoeken blijkt dat de politie in de praktijk niettemin een aantal problemen ondervindt.¹⁶³ Ten eerste treft de politie vaak een zeer gespannen en bedreigende situatie aan, maar er is op dat moment geen geweld gepleegd en

159. Kamerstukken II 2001/02, 28 345, nr. 2 (Privé geweld – Publieke zaak, een nota over de gezamenlijke aanpak van huiselijk geweld). K.D. Lünemann, P.J.P. Tak & D.J.G. Piechocki, *Interventie door uithuisplaatsing. De juridische mogelijkheden van uithuisplaatsing van plegers van huiselijk geweld in Oostenrijk en Duitsland*, Utrecht: Verwey-Jonkerinstituut 2002; K. Lünemann & A. Overgaag, *De pleger het huis uit. Knelpunten bij crisisinterventie en juridische mogelijkheden tot uithuisplaatsing van plegers van geweld binnenshuis*, Utrecht: Verwey-Jonkerinstituut 2003; H.B. Ferwerda, *Huiselijk geweld: de voordeur op een kier. Omvang, aard en achtergronden in 2004 op basis van landelijke politiecijfers*, Dordrecht: Scheffer drukkerij 2004. Uit het laatstgenoemde onderzoek blijkt dat bij de politie elk jaar ca. 50.000 incidenten worden gemeld. De politie schat het werkelijke aantal gevallen van huiselijk geweld veel hoger.

160. Zo hebben enkele politiekorpsen projecten ontwikkeld om de pleger met drang er toe over te halen hulp te zoeken. Zie hierover: P. Vermaas, *Daderaanpak tegen huiselijk geweld*, APB nr. 8, 2002, p. 4-7.

161. Art. 1:261 e.v. en 6:162 BW.

162. Geweld jegens gezinsleden, familie, partners is een strafverzwarende omstandigheid (art. 304 Sr). Art. 540 Sv zou kunnen worden toegepast, maar dat gebeurt in de praktijk bij mijn weten niet. In de toekomst (na inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening) kan de officier van justitie een strafbeschikking uitvaardigen onder voorwaarde van een huisverbod.

geen reden voor aanhouding. Later loopt het dan vaak alsnog uit de hand. Ten tweede doet de situatie zich regelmatig voor dat al wel geweld is gebruikt, maar dat het slachtoffer niet bereid is om aangifte te doen, bijvoorbeeld omdat het slachtoffer de pleger (tevens partner) niet achter de tralies wil zien. Ook zonder dat aangifte is gedaan, kunnen politie en OM besluiten om op te treden, maar dat kan voor escalatie zorgen. Als de pleger door de politie wordt meegenomen en deze persoon keert kort daarop terug naar huis, verergeren de problemen nogal eens.

De genoemde problemen met de aanpak van huiselijk geweld leiden er uiteindelijk vaak toe dat niet de pleger van het geweld, maar de slachtoffers zich vaak genoodzaakt zien om het huis en de vertrouwde woonomgeving te ontvluchten.

Het civiele recht biedt weliswaar mogelijkheden om de pleger het huis uit te krijgen, maar het slachtoffer moet in staat zijn om de nodige juridische stappen te zetten en de thuissituatie is vaak zo chaotisch of gespannen dat het er niet van komt. Daarbij speelt ook een rol dat de zitting van een kort geding soms snel plaatsvindt, maar in de praktijk ook nogal eens één of twee weken op zich laat wachten. Slachtoffers durven het vaak niet aan om een procedure aan te spannen en de uitslag af te wachten terwijl de pleger nog bij hen in huis woont.

Rechtsvergelijkend onderzoek toonde aan dat in Oostenrijk, Duitsland en enkele Scandinavische landen goede ervaringen zijn opgedaan met een huisverbod. Dit is een maatregel die inhoudt dat de pleger per direct op bevel van het bestuur gedurende een bepaalde periode het huis moet verlaten, waarin hij met de persoon of personen woont tegen wie hij geweld heeft gebruikt.¹⁶⁴ Gedurende zijn afwezigheid kunnen de gemoederen kalmeren en kan het slachtoffer in zijn eigen omgeving in relatieve rust de nodige beslissingen nemen.

Het vorige kabinet wilde ook in Nederland een dergelijke maatregel mogelijk maken en diende daarom in augustus 2006 het voorstel in voor een Wet tijdelijk huisverbod.¹⁶⁵ Momenteel lopen in drie gemeenten proefprojecten, waarbij al huisverboden worden opgelegd als betrokkenen daarin toestemmen.¹⁶⁶

5.2 Het wetsvoorstel

Een gedetailleerde bespreking van het gehele wetsvoorstel is binnen het bestek van dit preadvies niet mogelijk en wellicht ook niet zo zinvol. De behandeling van het wetsvoorstel is nog in een pril stadium. De Raad van State en de VNG uitten in hun

163. Zie behalve de hiervoor genoemde rapporten van het Verwey-Jonkerinstituut: F. Kruyer, Huiselijk geweld, maatschappelijk probleem van de eerste orde, APB nr. 5, 2003, p. 12-13; M. Groen, Bespreking van het rapport van het Verwey-Jonker instituut, Rechtshulp nr. 11, 2003, p. 14-19; K. Lünemann, Huiselijk geweld: arresteren of uit huis verwijderen?, Proces 2004, p. 10-17; Kamerstukken II 2005/06, nr. 3, p. 1-2 en 4-6.

164. K.D. Lünemann, P.J.P. Tak & D.J.G. Piechocki 2002; K. Lünemann & A. Overgaag 2003, m.n. p. 88-91.

165. Kamerstukken II 2005/06, nrs. 1-2, Regels strekkende tot het opleggen van een tijdelijk huisverbod aan personen van wie een ernstige dreiging van huiselijk geweld uitgaat (Wet tijdelijk huisverbod).

166. Zie over de proefprojecten <www.huiselijkgeweld.nl>.

adviezen forse kritiek en een aantal kamerleden heeft naar aanleiding daarvan vragen gesteld.¹⁶⁷ Al met al is het goed denkbaar dat het wetsvoorstel nog (fors) wordt gewijzigd.

Ik bespreek de hoofdlijnen en beperk me daarbij hoofdzakelijk tot de bevoegdheid van de burgemeester en de regeling inzake de rechtsbescherming.

Artikel 2 van het wetsvoorstel regelt de bevoegdheid van de burgemeester om een huisverbod op te leggen. Als een huisverbod wordt opgelegd moet betrokkene meteen zijn woning verlaten en mag hij deze gedurende de periode dat het huisverbod geldt niet meer betreden. Tevens mag hij zich niet ophouden bij de woning. Dit betekent dat ook een eventuele tuin of gemeenschappelijke ruimten in een appartementencomplex onder het verbod vallen. Betrokkene moet in beginsel in staat zijn gewoon naar het werk te gaan.¹⁶⁸ In het algemeen zal de beschikking tevens het verbod bevatten om contact op te nemen met de huisgenoten, maar de burgemeester kan daar een uitzondering op maken.¹⁶⁹

Ik geef de tekst van artikel 2 integraal weer en bespreek de aspecten die een nadere toelichting behoeven. Artikel 2 luidt:

- ‘1. De burgemeester kan een huisverbod opleggen aan een persoon indien uit feiten of omstandigheden blijkt dat diens aanwezigheid in de woning ernstig en onmiddellijk gevaar oplevert voor de veiligheid van één of meer personen die met hem in de woning wonen of daarin anders dan incidenteel verblijven of indien op grond van feiten of omstandigheden een ernstig vermoeden van dit gevaar bestaat. Het verbod geldt voor een periode van tien dagen, behoudens verlenging overeenkomstig artikel 9. Bij algemene maatregel van bestuur worden nadere regels gesteld over de aard van de feiten en omstandigheden die aanleiding kunnen geven om een huisverbod op te leggen.
2. Een huisverbod kan slechts worden opgelegd aan een meerderjarig persoon.
3. Indien de burgemeester voornemens is het huisverbod op te leggen wegens kindermishandeling of een ernstig vermoeden daarvan, neemt hij contact op met de stichting, bedoeld in artikel 1, onder f, van de Wet op de jeugdzorg teneinde te overleggen over het voornemen om een huisverbod op te leggen.
4. Het huisverbod bevat in ieder geval:
 - a. een omschrijving van de plaats en de duur waarvoor het geldt;
 - b. de feiten en omstandigheden die aanleiding hebben gegeven tot het opleggen van het huisverbod, en
 - c. de namen van de personen ten aanzien van wie het verbod om contact op te nemen geldt.
5. Bij regeling van Onze Minister van Justitie kunnen nadere regels worden gegeven met betrekking tot het huisverbod.

167. Ten tijde van het schrijven van dit preadvies was het verslag (nr. 5) verschenen. De kritiek van de VNG en de Raad van State wordt hieronder uitgebreider besproken.

168. MvT, p. 17-18. Is de woning tevens de plaats waar betrokkene werkt, dan zal een huisverbod meestal disproportioneel zijn. De toelichting geeft aan dat dan een andere oplossing gevonden moet worden, maar geeft niet aan welke oplossing.

169. N.a.v. kritiek van de Raad van State is deze uitzonderingsmogelijkheid opgenomen.

6. De uithuisgeplaatste geeft aan waar of op welke wijze hij bereikbaar is. Indien de uithuisgeplaatste dit niet terstond kan doorgeven, geeft hij dit binnen 24 uur nadat het huisverbod is opgelegd door aan de burgemeester.

7. Indien de situatie dermate spoedeisend is dat het huisverbod niet tevoren op schrift kan worden gesteld, kan het huisverbod mondeling worden aangezegd. De burgemeester draagt alsnog zorg voor spoedige opschriftstelling en bekendmaking. Indien de verblijfplaats van de uithuisgeplaatste niet bekend is, kan bekendmaking plaatsvinden door nederlegging van het huisverbod bij de gemeentesecretarie.

8. De burgemeester deelt onverwijld de inhoud van het huisverbod en de gevolgen van niet-naleving daarvan voor de uithuisgeplaatste mede aan degene met wie de uithuisgeplaatste een huishouden deelt. De burgemeester deelt de inhoud van het huisverbod ook mede aan de door de burgemeester aangewezen instantie voor advies of hulpverlening, en indien het huisverbod wordt opgelegd wegens kindermishandeling of een ernstig vermoeden daarvan aan de stichting, bedoeld in het derde lid.

9. De burgemeester kan het huisverbod in ieder geval intrekken indien de uithuisgeplaatste een aanbod tot hulpverlening heeft aanvaard en dit door de instantie voor advies of hulpverlening, aangewezen ingevolge het achtste lid, is bevestigd.'

De burgemeester kan een huisverbod, tevens contactverbod,¹⁷⁰ opleggen aan een persoon wiens aanwezigheid ernstig en onmiddellijk gevaar oplevert voor andere personen die met hem in het huis wonen. De burgemeester kan preventief optreden: bij een ernstig vermoeden dat een persoon gevaar oplevert is een huisverbod mogelijk (art. 2 lid 1).

Een meer precieze aanduiding van de situatie waarin een huisverbod kan worden opgelegd ontbreekt vooralsnog. Een AMvB zal op dit punt meer duidelijkheid moeten scheppen (art. 2 lid 1 slotzin). Naar aanleiding van de kritiek van de Raad van State dat te onduidelijk is welke omstandigheden tot een huisverbod kunnen leiden, is in de toelichting aangegeven dat de bepalingen uit de AMvB op hun beurt worden uitgewerkt in een eenvoudig model. Dit model (een 'risicotaxatie-instrument') is in wezen een lijstje dat de politie en de burgemeester of de hulpofficier kunnen gebruiken om te beoordelen of een huisverbod gevraagd, dan wel opgelegd kan worden.¹⁷¹ Vooralsnog wordt aangegeven dat het risicotaxatie-instrument de volgende criteria zal bevatten. Omstandigheden betreffende (1) de persoon van de dader (bijvoorbeeld: is hij alcoholist, heeft hij eerder geweld gebruikt?), (2) het incident waarvoor de politie wordt geroepen (is al geweld gebruikt?) en (3) de context waarbinnen het huiselijk geweld zich afspeelt (bijvoorbeeld: zijn er kinderen, betreft het een gezin waarbij een huisverbod een gewelddadige tegenreactie van de familie kan oproepen?). Dit wordt momenteel in de eerder vermelde proefprojecten verder uitgewerkt.

Een huisverbod wordt altijd voor een termijn van tien dagen opgelegd. Deze periode wordt nodig geacht om een crisissituatie aan te pakken en de veiligheid van de

170. Hieronder zal ik ten behoeve van de leesbaarheid het contactverbod niet telkens bij het huisverbod noemen, tenzij daar aanleiding voor is.

171. Zie daarover de MvT, p. 14. De MvT noemt overigens alleen de hulpofficier en de politie. Zie voor de kritiek van de Raad van State Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 4, p. 5.

huisgenoten te beschermen.¹⁷² Het is mogelijk om het verbod eerder in te trekken en ook kan de burgemeester het verbod eenmalig verlengen met maximaal vier weken (art. 9 lid 1).¹⁷³

Het besluit om een huisverbod op te leggen of te verlengen is een beschikking. Bij het nemen van de beschikking moet de burgemeester de gebruikelijke voorwaarden in acht nemen, inclusief de hoorplicht, tenzij de vereiste spoed zich hiertegen verzet (art. 4:8 jo. 4:11 Awb). Een belanghebbende¹⁷⁴ kan het huisverbod en/of het besluit tot verlenging aanvechten bij de administratieve rechter, waarbij afdeling 7.1 Awb niet van toepassing is (art. 6 t/m 9). De voorzieningenrechter kan eventueel in de bodemzaak voorzien (art. 8:86 Awb). De burgemeester zorgt er op verzoek van de persoon die een huisverbod krijgt voor dat hij rechtsbijstand heeft (art. 5). Deze regeling geldt blijkens de bewoordingen van artikel 5 niet voor eventuele andere belanghebbenden.¹⁷⁵ Het zal nogal eens voorkomen dat de rechtelijke beslissing pas wordt gegeven als de termijn van tien dagen al is verstreken. Een uitspraak kan dan echter nog van belang zijn in geval van een verlengd huisverbod (art. 9) en/of vanwege eventuele schadevergoeding.

Opvallend is de passage in de toelichting over de bevoegde rechterlijke instantie. De administratieve rechter is bevoegd, maar in veel zaken zijn ook kinderen betrokken en dan zou de deskundigheid van de civiele rechter (familiekamer) uitkomst kunnen bieden. Het bestuur van een rechtbank kan dan geschillen over een huisverbod eventueel opdragen aan de familiekamer (art. 20 Wet RO).

Overtreding van een huisverbod is een misdrijf (art. 11). Om de naleving te controleren kan de politie elke plaats betreden waar de persoon met een huisverbod niet mag komen. Na kritiek van de Raad van State is opgenomen dat een woning alleen met toestemming van de bewoner kan worden betreden.

5.2.1 Waarom de burgemeester?

Het doel van het huisverbod is tweeledig. Ten eerste moet het bescherming bieden aan de personen die in de woning achterblijven. Overtreding van het huis- of contactverbod is een misdrijf en het is de bedoeling dat de politie en het OM onmiddellijk actie ondernemen als het de achterblijvende personen melding maken van schending van het verbod. Ten tweede dient het huisverbod de achterblijvende

172. MvT, p. 19.

173. Deze beschikkingen en de daarop betrekking hebbende stukken worden vijf jaar bewaard op de gemeentesecretarie (art. 10). De Wet politieregisters (binnenkort vervangen door de Wet politiegegevens) en de Wet bescherming persoonsgegevens zijn van toepassing; Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 13. De burgemeester kan de gegevens binnen de voorwaarden van de laatstgenoemde wet verstrekken aan de politie of aan advies- of hulpverleningsinstanties. Zie over deze wetgeving het preadvies van C.M. Bitter en F.W. Bleichrodt.

174. De beroepsmogelijkheid is niet beperkt tot de persoon die een huisverbod heeft gekregen. Ook bijvoorbeeld een partner of kinderen kunnen belanghebbende zijn. Zie daarover Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 5.

175. Voor de voorlopige voorzieningenprocedure kan degene die een huisverbod heeft gekregen kosteloos een raadsman krijgen, omdat deze zaken als piketzaak worden aangemerkt. Art. 43 lid 2 Wet op de rechtsbijstand en art. 23 Besluit vergoedingen rechtsbijstand 2000 worden hiervoor aangepast. Voor de beroepsprocedure geldt de normale draagkrachttoets. Zie Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 13.

personen de gelegenheid te bieden hulp te vragen en te krijgen en/of juridische stappen te zetten.

De regering heeft om meerdere redenen voor de burgemeester gekozen als bevoegd orgaan om een huisverbod op te leggen. De burgemeester wordt in staat geacht om te allen tijde een beslissing te nemen en dat is van belang, gelet op het feit dat de problemen met huiselijk geweld zich vaak 's avonds, 's nachts en in het week-einde voordoen en snel ingrijpen noodzakelijk is. Vanwege de bevoegdheden die hij heeft in het kader van ordehandhaving en de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) is hij vertrouwd met het nemen van beslissingen die een preventief karakter hebben, aldus de toelichting. Daarnaast, en dat sluit aan bij het tweede doel dat hiervoor is genoemd, betreft het situaties waarbij de politie tevens hulpverlenend optreedt en andere instanties inschakelt, die hulp verlenen. De burgemeester is bij dat politieoptreden de gezagsdrager (art. 12 Politiewet 1993). Meerdere keren benadrukt de toelichting dat het geven van een huisverbod geen openbare-ordebevoegdheid is.¹⁷⁶

De burgemeester kan de hulpofficier van justitie mandateren of machtigen zijn bevoegdheden of taken namens hem uit te oefenen (art. 3).¹⁷⁷ Uit de toelichting spreekt de verwachting dat de burgemeester dit in de praktijk ook meestal zal doen. De hulpofficier wordt gelet op zijn opleiding en ervaring bij uitstek geschikt geacht om te beslissen of de situatie noopt tot strafrechtelijk optreden, dan wel tot bestuurlijk optreden (huisverbod). De hulpofficier zal, in tegenstelling tot de burgemeester, nogal eens de situatie ter plekke bekijken.¹⁷⁸

De Raad van State adviseerde om, gelet op het feit dat het om een ingrijpende maatregel gaat, de termijn van het huisverbod dat de burgemeester kan opleggen te bekorten en daarna de rechter te laten beslissen over verlenging. Dit advies is niet overgenomen omdat een termijn van tien dagen nodig is om voldoende rust te scheppen, zodat de achterblijvende huisgenoten beslissingen kunnen nemen. Bovendien betreft het niet zo een ingrijpende beslissing dat de rechter in eerste instantie moet beslissen over verlenging. Als belanghebbenden de mogelijkheid krijgen om de beslissing van het bestuur bij de administratieve rechter aan te vechten, dan is dat in deze zaken voldoende, stelt de regering. Daarmee wordt bovendien een onnodige belasting van de rechterlijke macht voorkomen: de praktijk in het buitenland laat zien dat veel personen die een huisverbod krijgen, zich bij het verbod neerleggen. In deze gevallen hoeft de rechter dus niet in de zaak betrokken te worden, aldus de toelichting.¹⁷⁹

176. Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 2-3 en 22. Verwarrend in dit verband op p. 3: 'Hoewel het bij huiselijk geweld niet gaat om een bevoegdheid in het kader van de openbare orde, kan wel gesproken worden over een bevoegdheid in het kader van de lokale veiligheidszorg die primair bestuurlijk van aard is.'

177. Het betreft de bevoegdheden en taken van art. 2 lid 1, 3, 7 en 8 en art. 5, lid 1. Art. 10:9 lid 1 Awb is niet van toepassing.

178. Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 3 en 22-23.

179. MvT, p. 16-17. Kamerstukken II 2005/06, nr. 4, p. 3-4.

5.2.2 Grondrechten

Een huisverbod tast de uitoefening van diverse grondrechten aan, te weten het recht op privacy (art. 10 Grondwet, art. 8 EVRM), de bewegingsvrijheid (art. 2 VP EVRM) en het recht op ongestoord genot van het eigendom (art. 1 Eerste Protocol EVRM).¹⁸⁰ De Raad van State was zeer kritisch over het gebrek aan aandacht voor grondrechtenbescherming in het oorspronkelijke voorstel.¹⁸¹ Naar aanleiding van het advies van de Raad van State is het contactverbod afgezwakt en is de paragraaf over grondrechten in de toelichting uitgebreid.

Ten eerste wordt daarin het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer besproken. De uithuisgeplaatste kan tijdelijk geen deel meer uitmaken van het gezinsleven (*family life*). Zoals hierboven is aangegeven zal de burgemeester bij een huisverbod in de regel een contactverbod opnemen. Betrokkene mag op geen enkele wijze op eigen initiatief contact met de achterblijvers opnemen. Als hij dat wel doet dan schendt hij het huis- c.q. contactverbod en dat is een misdrijf.¹⁸² De maatregel is volgens de toelichting nodig ter bescherming van de rechten en vrijheden van anderen c.q. gezondheid en lichamelijke integriteit van de huisgenoten in een crisissituatie. De regering wijst er voorts op dat uit artikel 3 EVRM voor de overheid een plicht voortvloeit om burgers bescherming te bieden tegen onmenselijke en vernederende behandeling door medeburgers.

De AMvB en de risicotaxatie moeten ervoor zorgen dat de regeling voldoende duidelijk is. In verband met de proportionaliteitstoets wordt benadrukt dat de burgemeester en de politie een onderzoeksplicht hebben en moeten aantonen dat de omstandigheden het huisverbod rechtvaardigen. Tevens is zorgvuldige besluitvorming nodig en voldoende rechtsbescherming. Door de Awb, inclusief bepalingen inzake beroep op de bestuursrechter, van toepassing te verklaren is daarin voorzien. Tot slot gaat de toelichting in op de bewegingsvrijheid en het eigendomsrecht.

5.3 Analyse

De literatuur en de toelichting bij het wetsvoorstel tonen mijns inziens overtuigend aan dat in een aantal gevallen huiselijk geweld niet effectief bestreden wordt. Wellicht zou door middel van hulpverlening veel bereikt kunnen worden,¹⁸³ maar de juiste randvoorwaarden zoals voldoende druk op de pleger om mee te werken en een rustige omgeving voor het slachtoffer om eventueel ingrijpende beslissingen te kunnen overdenken, ontbreken veelal.

Bij de aanpak van huiselijk geweld door inzet van juridische middelen, kan een maatregel als een huisverbod een oplossing bieden voor situaties waarin het straf-

180. Zie over (de beperking van) deze grondrechten par. 2.5.5, 3.3.3 en 4.4 van dit preadvies.

181. Kamerstukken II 2005/06, nr. 4.

182. Effectieve handhaving van het huis- c.q. contactverbod is alleen mogelijk als de achterblijvers eventuele schendingen melden bij de politie.

183. De mogelijkheden van hulpverlening gaan het bestek van dit juridische betoog te buiten en worden blijven hieronder buiten beschouwing.

recht en het civiele recht om verschillende redenen geen oplossing bieden. De civiele rechter kan weliswaar ook een huisverbod opleggen, maar zoals in paragraaf 5.1 is besproken, worden slachtoffers van huiselijk geweld door hun leefsituatie er vaak van weerhouden om daadwerkelijk een beroep op de civiele rechter te doen. Niettemin roept het wetsvoorstel tijdelijk huisverbod vragen op.

Ten eerste de keuze om de burgemeester de bevoegdheid te geven een huisverbod op te leggen. In paragraaf 5.2.1 is aangegeven dat de volgende redenen aan deze keuze ten grondslag liggen: de burgemeester kan snel en te allen tijde beslissen, heeft ervaring met beslissingen waarbij hij preventieve maatregelen neemt en is gezagsdrager als de politie in een situatie van (dreigend) huiselijk geweld hulpverlenend optreedt.

Vergelijkbare argumenten zijn gewisseld toen in de Krankzinnigenwet, later vervangen door de Wet Bopz, de bevoegdheid van de burgemeester werd opgenomen om een acuut gevaarlijke patiënt tegen zijn wil in een psychiatrisch ziekenhuis te laten opnemen (art. 20-28 Wet Bopz). De keuze voor de burgemeester, in plaats van de rechter, de officier van justitie of een ander ambt heeft zowel in het parlement als daarbuiten, vragen opgeroepen.¹⁸⁴ De wetgever heeft niettemin vanaf 1841 tot op heden de burgemeester als bevoegde instantie gehandhaafd.¹⁸⁵ Belangrijke reden was dat het onverwijd inschakelen van de rechter niet op alle momenten mogelijk is en dat de bevoegdheid een spoedopname te gelasten aansluit bij de bevoegdheden die de burgemeester heeft in het kader van openbare ordehandhaving en hulpverlening.¹⁸⁶

Critici hebben onder meer aangegeven dat de burgemeester weliswaar formeel het bevoegde ambt is, maar in de praktijk zo weinig bemoeienis heeft of kan hebben met de uitoefening van de bevoegdheid, dat het geen meerwaarde heeft om de burgemeester deze bevoegdheid toe te kennen. In de praktijk voert de burgemeester niet of nauwelijks een inhoudelijke toetsing uit, terwijl hij volgens de wet behoort in te schatten of een persoon, gegeven zijn psychische gesteldheid, een gevaar is voor zichzelf en/of zijn omgeving. Tevens moet hij beoordelen of dit gevaar een spoedopname rechtvaardigt (art. 20 lid 2 Wet Bopz).

Het ontbreekt de burgemeester echter vaak aan de nodige medische kennis om psychische gesteldheid van een persoon goed in te kunnen schatten. Daarnaast blijkt het zeker in de grotere gemeenten feitelijk onmogelijk te zijn dat de burgemeester of

184. Zie o.m. Kamerstukken II 1990/91, 21 239, nr. 6, p. 16-18 en nr. 9, p. 10-11; H.H. Hoekzema & A. Peper, De taak van de burgemeester bij dwangopname, NJB 1990, p. 491-492; H.Ph.J.A.M. Hennekens, De bevoegdheid van de burgemeester tot inbewaringstelling omstreten, Gst. 1991 6920, p. 221-228, met reactie van Hoekzema & Peper en naschrift van Hennekens in Gst. 1991 6933, p. 641-643; W.J.A.M. Dijkers, Doen en laten in de Bopz-machtigingsprocedure. Een onderzoek naar juridische posities (diss. RUG), Reeks Gezondheidsrechts nr. 21, Den Haag: Koninklijke Vermande 2003, p. 116-127 en 359-365. Dijkers pleit voor de instelling van een bestuursorgaan voor Bopz-aangelegenheden. Peper & Hoekzema vinden dat de bevoegdheid beter aan de officier van justitie kan worden toegekend, dan aan de burgemeester. Hennekens bestrijdt dit standpunt.

185. Wel is in art. 20 Wet Bopz voorzien in de mogelijkheid om de bevoegdheid aan een wethouder te mandateren. Zie voor een bespreking van de relevante bepalingen uit de voormalige Krankzinnigenwet en van de parlementaire geschiedenis van deze bepalingen: W.J.A.M. Dijkers 2003, p. 117-118.

186. Kamerstukken II 1962/63 7 194, nr. 3, p. 7; Kamerstukken II 1990/91, 21 239, nr. 6, p. 16-18, nr. 8, p. 11-12 en nr. 9, p. 10-11. Kamerstukken I 1990/91, 11 270, nr. 156c, p. 4-5.

de mandataris aan elke spoedopname veel tijd besteedt, omdat het per jaar om honderden beslissingen gaat, die veelvuldig bij nacht en ontij genomen moeten worden. Ook deze omstandigheid leidt tot een minimale inhoudelijke betrokkenheid van de burgemeester bij de beslissing tot een gedwongen spoedopname.¹⁸⁷

De ervaringen met de Wet Bopz roepen de vraag op of de bevoegdheid om een tijdelijk huisverbod op te leggen inderdaad aan de burgemeester moet worden toegekend. Gelet op de te verwachten aantallen huisverboden – de toelichting geeft aan dat er circa 2000 huisverboden per jaar te verwachten zijn – kan het niet anders dan dat het feitelijk onmogelijk is voor de burgemeester om deze bevoegdheid zelf uit te oefenen.¹⁸⁸ Dat hoeft op zich geen onoverkomelijk bezwaar te zijn, er zijn immers meer bevoegdheden die een burgemeester van een grote gemeente zeer veelvuldig gebruikt. De burgemeester kan in die gevallen het beleid bepalen, instructies geven voor uitoefening van de bevoegdheid en in veel gevallen overgaan tot delegatie of mandaat van de bevoegdheid. In de toelichting is, zoals gezegd, ook aangegeven dat de burgemeester naar verwachting meestal de bevoegdheid zal mandateren aan de hulpofficier van justitie. Het valt echter te betwijfelen of de burgemeester als mandans een inhoudelijk belangrijke inbreng zal hebben ten aanzien van de wijze waarop de hulpofficier de bevoegdheid uitoefent. Ten eerste zal deze vooral aan de hand van de concrete situatie moeten beoordelen of een huisverbod de aangewezen oplossing is in een bepaald geval, c.q. of de dreiging van geweld zo groot is dat een huisverbod moet worden opgelegd. De beslissing moet onder grote tijdsdruk worden genomen en aangezien een huisverbod grote gevolgen heeft, is uiterste zorgvuldigheid geboden.¹⁸⁹ Het zal niet meevallen om als mandans vooraf instructies te geven voor het gebruik van deze bevoegdheid. Daar komt bij dat de bevoegdheid om een huisverbod te geven ter voorkoming van (herhaald) huiselijk geweld ver afstaat van de overige taken en bevoegdheden die de burgemeester in normale omstandigheden heeft.¹⁹⁰ Daarmee blijft er weinig over van de argumenten om de burgemeester de bevoegdheid toe te kennen een huisverbod op te leggen. Hooguit

187. Zie hierover A. Peper & H.H. Hoekzema, NJB 1989, p. 1044 en van dezelfde auteurs: Bevoegdheid van de burgemeester tot inbewaringstelling omstreden, (reactie), Gst. 1991 6933, p. 641-643. Voorts: W.J.A.M. Dijkers 2003, p. 122-124. Dijkers geeft aan dat ca. 7% van de burgemeesters de formulieren vooraf ondertekent ('blanco last') zodat de arts zelf de personalia kan invullen en de facto beslist.

188. MvT, p. 16. Dat betekent dat het aantal gevallen waarin een beslissing moet worden genomen over het al dan niet opleggen van een huisverbod nog hoger zal liggen.

189. De VNG heeft erop gewezen dat het wetsvoorstel onvoldoende aandacht besteedt aan aansprakelijkheid van de burgemeester voor ten onrechte geweigerde of ten onrechte opgelegde huisverboden.

190. In uitzonderlijke omstandigheden, zoals bij de uitbraak van gevaarlijke besmettelijke ziektes en bij rampen of (dreiging van) oorlog heeft de burgemeester een breder scala aan bevoegdheden. Zie voor de redenen om de burgemeester deze bevoegdheden toe te kennen: M.A.D.W. de Jong & F.C.M.A. Michiels, Bevoegdheden van de burgemeester. Over bevoegdheden van de burgemeester buiten de Gemeentewet en het bestuurlijk toezicht op de uitoefening van die bevoegdheden, Den Haag: ministerie van BZK/UU 2004. Deze wetgeving wordt echter – gelukkig – weinig gebruikt. Zie over dit onderwerp ook het zeer kritische advies van de VNG, Wetsvoorstel huisverbod bij huiselijk geweld, d.d. 2 oktober 2005, kenmerk BJZ/1200515156.

pleit daarvoor dat de burgemeester de gezagsdrager is als de politie in het kader van hulpverlening optreedt.

De toelichting spreekt dan ook niet voor niets de verwachting uit dat de burgemeester de bevoegdheid om een huisverbod op te leggen veelal aan de hulpofficier van justitie zal mandateren. Het is al opmerkelijk dat de burgemeester de ingrijpende bevoegdheid krijgt om een huisverbod op te leggen, maar daar komt nog bij dat bij voorbaat wordt aangegeven dat de burgemeester via algemeen mandaat deze ingrijpende bevoegdheid kan mandateren aan een politiefunctionaris.

De vraag rijst of de wetgever dan niet beter de bevoegdheid aan de officier van justitie kan toekennen, zoals ook de VNG heeft bepleit.¹⁹¹ In de opleiding van deze functionarissen wordt specifiek aandacht besteed aan de aanpak van huiselijk geweld. Zij hebben niet alleen kennis van de bestuurlijke aanpak,¹⁹² maar tevens van de strafrechtelijke mogelijkheden. Bovendien zullen zij in veel gevallen al betrokken worden bij een situatie waarin eventueel een huisverbod moet worden opgelegd, omdat in dat geval ook wordt bezien of tot aanhouding en invezekeringstelling moet worden overgegaan. Tegen de keuze voor de officier van justitie pleit de omstandigheid dat het huisverbod volgens het wetsvoorstel opgelegd kan worden als geen sprake is van een strafbaar feit. De officier zou hier dan een bevoegdheid krijgen die in het kader van zijn preventietaak moet worden geplaatst.

De beslissing om het huisverbod al dan niet te verlengen zou mijns inziens de rechter moeten nemen. Zoals de toelichting aangeeft, is een huisverbod een ingrijpende maatregel: betrokkene mag zijn eigen huis niet meer in en – tenzij anders is bepaald – geen contact met de achterblijvers opnemen. Volgens de toelichting is een huisverbod echter niet zo ingrijpend dat daarbij in alle gevallen een rechterlijk oordeel gevraagd moet worden. In tegenstelling tot de spoedopname op grond van de Wet Bopz gaat het hier niet om vrijheidsbeneming. Daarnaast zijn er, aldus nog steeds de redenering van de regering, meerdere maatregelen, zoals bijvoorbeeld een woning-sluiting op grond van artikel 174a Gemeentewet, waarbij ook het recht op privacy wordt aangetast en waarbij in een vergelijkbare vorm van rechtsbescherming is voorzien.¹⁹³

De vergelijking met de woningsluiting gaat mijns inziens mank, omdat een dergelijk besluit vrijwel altijd voorafgegaan wordt door een lange voorbereiding, waarbij betrokkene alle gelegenheid krijgt om de sluiting nog te voorkomen. Bovendien gaat het bij woningsluiting in de regel niet om een preventieve maatregel: de woning wordt pas gesloten als is aangetoond dat vanuit de woning in verdovende middelen is gehandeld en dientengevolge ernstige overlast is ontstaan. De bevoegdheid om een tijdelijk huisverbod op te nemen is juist ontworpen voor gevallen waarin nog niet daadwerkelijk geweld is gebruikt. De kans op fouten en dus op een onrechtmatig besluit is dan groter. De burgemeester moet immers inschatten of iemand zo gevaar-

191. VNG-advies Wetsvoorstel huisverbod bij huiselijk geweld, d.d. 2 oktober 2005, kenmerk BJZ/1200515156.

192. De officier van justitie kan na inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening een huisverbod oplegen.

193. Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 3, p. 16 en nr. 4, p. 3-4.

lijk is dat hij in de toekomst geweld zal gebruiken. Daarnaast blijft in de redenering van de regering onderbelicht dat een huisverbod een stigmatiserend effect heeft.¹⁹⁴ Het zal de directe omgeving van een persoon met een huisverbod niet ontgaan dat een dergelijke maatregel is getroffen, zeker als deze een verlenging van het huisverbod krijgt opgelegd en betrokkene in totaal bijna zes weken niet terug naar huis mag. Bovendien blijft het besluit van de burgemeester gedurende vijf jaren geregistreerd (art. 10 wetsvoorstel tijdelijk huisverbod). Daarnaast kan de periode waarin het huisverbod van kracht is voor de toekomst van een relatie of gezin onomkeerbare gevolgen hebben. Alles bijeengenomen komt het mij voor dat een huisverbod een zo ingrijpende maatregel is, dat bij verlenging het verplicht inschakelen van de rechter op zijn plaats is.

Tot slot nog een opmerking over het feit dat beroep is opengesteld op de bestuursrechter. Tot dusver oordeelt de strafrechter en/of de civiele rechter over zaken waarbij sprake is van (dreiging) van huiselijk geweld. In situaties waarin de burgemeester een huisverbod oplegt, zal in een aantal gevallen ook de civiele rechter betrokken zijn. Bijvoorbeeld omdat sprake is van (dreigende) kindermishandeling en dientengevolge civielrechtelijke maatregelen nodig zijn. Ook is het mogelijk dat de partner voor een langere periode dan zes weken een straat- en/of contactverbod wil afdwingen.¹⁹⁵ Aangezien de civiele rechter zich uit dien hoofde in een aantal gevallen al over de problematiek van (dreigend) huiselijk geweld in een gezin of relatie buigt, lijkt het te prefereren dat de civiele rechter als bevoegde instantie wordt aangewezen voor besluiten tot het opleggen en verlengen van een huisverbod.

5.4 Conclusie

In de praktijk blijkt er behoefte te bestaan aan de mogelijkheid om een persoon die zich schuldig maakt, of zich schuldig dreigt te maken aan huiselijk geweld, tijdelijk de toegang tot de woning te ontzeggen. Het hier besproken wetsvoorstel voorziet hier in. Op twee belangrijke punten is kritiek mogelijk. Ten eerste ligt het gelet op de bestaande bevoegdheden van de burgemeester en de ervaringen met de Wet Bopz meer in de rede om de bevoegdheid tot uithuisplaatsing niet aan de burgemeester toe te kennen, maar aan de officier van justitie, die ter zake reeds deskundig is. Ten tweede moet, gelet op de ingrijpendheid van de maatregel, de rechter beslissen over de eventuele verlenging van het huisverbod. Daarbij geniet de civiele rechter de voorkeur boven de bestuursrechter.

194. Hierover zijn vragen gesteld door de Christen Unie: Kamerstukken II 2005/06, 30 657, nr. 5, p. 4.

195. De toelichting geeft aan dat het bestuur van het gerecht zaken aan de familiekamer kan toewijzen (art. 20 Wet RO).

6 Bevindingen

In de vorige hoofdstukken heb ik een aantal nieuwe ontwikkelingen besproken ten aanzien van de bevoegdheden van de burgemeester. Voor de gedetailleerde analyses en conclusies ten aanzien van de verschillende bevoegdheden verwijs ik naar de afzonderlijke hoofdstukken en de daarbij opgenomen conclusies. Op deze plaats zet ik de belangrijkste bevindingen op een rij.

De burgemeester heeft van oudsher een aantal openbare-ordebevoegdheden om snel op te kunnen treden als zich in het publieke domein ongeregelheden voordoen. Het zijn algemene, ruim geformuleerde bevoegdheden waarmee hij snel de rust op straat kan doen terugkeren. Optreden op basis van deze bevoegdheden in het belang van ordehandhaving is veelal in een eerder stadium mogelijk dan strafrechtelijk optreden. Daarnaast gelden de maatregelen soms tegen een ieder die zich in een bepaald gebied bevindt. Deze ruime mogelijkheden tot optreden worden beperkt door de voorwaarde dat ordehandhaving het doel moet zijn van het optreden. Dit veronderstelt dat de burgemeester maatregelen treft ter bestrijding van ordeverstoringen die concreet voorzienbaar zijn of zich reeds voordoen. De maatregelen die de burgemeester neemt sluiten daarbij aan: het zijn reparatoire maatregelen jegens (potentiële) ordeverstoorders die gedurende een korte termijn gelden.

Dit eigen karakter van ordehandhaving lijkt de laatste jaren uit het oog verloren te worden. Dit is onder meer het geval bij de in hoofdstuk 2 beschreven praktijk van het persoonsgericht verstoren. Bij dit overheidsoptreden wordt naar het bestuursrecht, meer in het bijzonder naar ordehandhaving, uitgeweken omdat is gebleken dat tegen bepaalde individuen onvoldoende (bewijs)materiaal voorhanden is om op grond van het strafrecht op te treden. Door te stellen dat persoonsgericht verstoren geschiedt in het kader van ordehandhaving, kan in een vroeg stadium worden opgetreden tegen personen waarvan de politie vermoedt dat ze op enigerlei wijze zijn betrokken bij terroristische netwerken. Persoonsgericht verstoren heeft echter zo weinig te maken met ordehandhaving, dat het optreden van de burgemeester en de politie niet onder deze taak valt te brengen. Daarnaast wordt miskend dat persoonsgericht verstoren het recht op privacy vergaand aantast en dat daarom dit overheids-optreden alleen kan geschieden op basis van een wettelijk geregelde specifieke bevoegdheid. Een dergelijke bevoegdheid ontbreekt.

Ook de gedragsaanwijzing ernstige overlast die de burgemeester kan opleggen staat ver af van de klassieke, onmiddellijke ordehandhaving. De burgemeester krijgt de bevoegdheid om onder meer een omgevingsverbod op te leggen voor maximaal een

jaar. Het verband tussen enerzijds de inbreuk op de lokale openbare orde en anderzijds de getroffen maatregel is zoek. Daarmee kan in wezen ook niet meer worden gesproken van een maatregel in het belang van de openbare orde. Daarnaast wordt uit het oog verloren dat beperking van de bewegingsvrijheid voor een dergelijke termijn voor relatief lichte vergrijpen in veel gevallen disproportioneel zal zijn. Onder het huidige recht hebben de burgemeesters met de verblijfsontzeggingen die voor zes weken gelden, de grenzen van proportionele maatregelen die nog het karakter van ordemaatregel dragen ruimschoots verkend.

Het conceptwetsvoorstel maakt ook op verschillende andere onderdelen een weinig doordachte indruk. Zo is de verhouding tot bestaande bevoegdheden onvoldoende in kaart gebracht. Daardoor is, afgezien van de meldingsplicht, niet aangetoond dat het noodzakelijk is om deze nieuwe bevoegdheid in te voeren.

De wens om in een eerder stadium maatregelen te nemen dan op grond van het strafrecht mogelijk is, ligt ook ten grondslag aan het wetsvoorstel dat een tijdelijk huisverbod regelt. Hoewel de toelichting in dit geval mijns inziens overtuigend uiteenzet waarom de overheid in dit geval vroeg moet ingrijpen en waarom bestuursrechtelijk optreden te prefereren is, is de keuze voor de burgemeester als bevoegd ambt geen gelukkige. Om een aantal in hoofdstuk 5 weergegeven redenen, ligt het voor de hand om de bevoegdheid tot het opleggen van een tijdelijk huisverbod toe te kennen aan de officier van justitie.

In de kamerstukken is tot dusver weinig aandacht besteed aan het recht op privacy. In aanmerking genomen dat het om een zeer ingrijpend besluit gaat, verdient het de voorkeur dat de rechter in plaats van het bestuur beslist over verlenging van het huisverbod.

Bij de bestrijding van de handel in verdovende middelen heeft de burgemeester de bevoegdheid om panden te sluiten (art. 174a Gemeentewet en art. 13b Opiumwet). Deze bevoegdheden hebben een ander effect dan strafrechtelijk optreden tegen een handelaar in verdovende middelen. De burgemeester kan met sluiting bereiken dat een pand voor langere tijd onbruikbaar wordt voor handel in verdovende middelen. Op deze wijze kan hij met sluiting bijdragen aan bestrijding van overlast in een bepaald gebied (art. 174a Gemeentewet). Sluiting op grond van artikel 13b Opiumwet staat los van de aanpak van overlast.

De voorgestelde aanpassing van artikel 13b Opiumwet lijkt niet goed doordacht te zijn. De noodzaak tot aanpassing is niet aangetoond en de voorgestelde bepaling scheert gebouwen die als woning in gebruik zijn en panden waarbij dat niet het geval is, over één kam. Dat is uit het oogpunt van privacybescherming onaanvaardbaar, omdat bij de besluitvorming over sluiting van een woning de voorwaarden voor beperking van het recht op privacy in acht moeten worden genomen. Aan bescherming van dit grondrecht is tot dusver in de kamerstukken eveneens onvoldoende aandacht besteed.

De roep om nieuwe bevoegdheden vanuit de praktijk behoort door de wetgever zorgvuldig te worden gezien, maar lijkt thans te leiden tot haastige en zelfs onnodige wetgeving waar burger noch burgemeester op zit te wachten.

Stellingen

1. Het huidige recht biedt geen basis voor de burgemeester en de politie om in het kader van ordehandhaving over te gaan tot persoonsgericht verstoren.
2. Aangezien de huidige bevoegdheden toereikend zijn om drugshandel vanuit panden te bestrijden, ontbreekt de noodzaak om artikel 13b Opiumwet te wijzigen, zoals door de regering voorgesteld.
3. Het conceptwetsvoorstel gedragsaanwijzing ernstige overlast is voor wat betreft de omgevingsverboden overbodig en disproportioneel.
4. Om de handhaving van verblijfsontzeggingen c.q. omgevingsverboden te verbeteren, moet de wetgever aan de burgemeester de bevoegdheid toekennen een meldingsplicht op te leggen aan personen die hij een ontzegging c.q. verbod oplegt.
5. De bevoegdheid een huisverbod op te leggen moet aan de officier van justitie worden toegekend. Vervolgens is het aan de rechter te beslissen over de eventuele verlenging van het huisverbod.

