

Vergaderjaar 2011–2012

33 112

Wijziging van de Gemeentewet, de Wet wapens en munitie en de Politiewet 201X (verruiming fouilleerbevoegdheden)

Nr. 4

ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 15 september 2011 en het nader rapport d.d. 1 december 2011, aangeboden aan de Koningin door de minister van Veiligheid en Justitie, mede namens de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 18 juli 2011, no. 11.001761, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Veiligheid en Justitie, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Gemeentewet, de Wet wapens en munitie en de Politiewet 201x (verruiming fouilleerbevoegdheden), met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel strekt ertoe het in de Gemeentewet en de Wet wapens en munitie geregelde instrument van «preventieve fouillering» sneller te kunnen inzetten.² Daartoe wordt de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedure aangepast en een nieuwe bevoegdheid voorgesteld: de incidentele fouillering.

Daarnaast omvat het wetsvoorstel een verruiming van enkele fouilleerbevoegdheden ten behoeve van de dagelijkse politiepraktijk. Het gaat om de zogenoemde veiligheidsfouillering en de fouilleerbevoegdheden met betrekking tot personen die worden vervoerd of ingesloten (hierna: vervoersfouillering respectievelijk insluitingsfouillering). Hiertoe wordt de Politiewet 201x gewijzigd.³

De Afdeling advisering van de Raad van State maakt naar aanleiding van het wetsvoorstel opmerkingen met betrekking de noodzaak van de versnelling van de strafrechtelijke procedure, de incidentele fouillering en met betrekking tot de insluitingsfouillering. Zij is van oordeel dat in verband daarmee het voorstel deels nader dient te worden overwogen. De opmerkingen van de Afdeling kunnen alle gezien worden vanuit de inbreuk die wordt gemaakt op het door artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (hierna: EVRM) beschermde

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

² Met «preventief fouilleren» wordt hierna, in navolging van de memorie van toelichting, geduid op het fouilleren op basis van artikel 151b en artikel 174b van de Gemeentewet. Preventief fouilleren kan «zonder aanzien des persoons» plaatsvinden, dat wil zeggen een aanwijzing of een verdenking van een strafbaar feit wordt niet vereist (toelichting, 2.2, laatste alinea). Dat geldt echter ook voor sommige andere fouilleringsbevoegdheden, zoals de insluitingsfouillering op grond van artikel 28 van de Ambtsinstructie. In zoverre is de term «preventief fouilleren» weinig onderscheidend.

³ Kamerstukken II 30 880 (Voorstel tot vaststelling nieuwe Politiewet).

recht op privacy. Een dergelijke inbreuk dient om geoorloofd te zijn noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving. In dat licht maakt de Afdeling opmerkingen over de noodzaak en proportionaliteit van de voorgestelde verruiming.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 18 juli 2011, nr. 11.001761, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 15 september 2011, nr. W03.11.0279/II, bied ik U hierbij aan.

1. Noodzaak versnelling strafrechtelijke procedure

De bestaande regeling van het preventief fouilleren kent een bestuursrechtelijke en een strafrechtelijke procedure. Op grond van het geldende artikel 151b van de Gemeentewet kan de gemeenteraad de burgemeester bij verordening de bevoegdheid geven om ter handhaving van de openbare orde een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen.¹ Indien hiertoe bij verordening bevoegd verklaard, kan de burgemeester bij verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens, dan wel bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, een gebied als veiligheidsrisicogebied aanwijzen. Aan de aanwijzing gaat driehoeksoverleg vooraf. In een veiligheidsrisicogebied kan de officier van justitie vervolgens krachtens de artikelen 50 tot en met 52 van de Wet wapens en munitie een bevel geven tot een fouilleeractie. Een bevel tot fouilleren is in beginsel niet langer geldig dan twaalf uren. Het bevel dient de feiten en omstandigheden te bevatten, op grond waarvan preventief fouilleren noodzakelijk wordt geacht.² Vervolgens kunnen opsporingsambtenaren de kleding, tassen en vervoermiddelen van alle in het gebied aanwezige personen onderzoeken. Ook kunnen zij vorderen dat verpakkingen worden geopend.

Om sneller een fouilleeractie te kunnen houden, wordt voorgesteld om de strafrechtelijke procedure op drie punten te wijzigen:

- i. Indien het optreden van de officier van justitie niet kan worden afgewacht, mag het bevel ook worden gegeven door de hulppofficier van justitie;*
- ii. De (hulp)officier van justitie kan het bevel voor de actie mondeling geven, met schriftelijke vastlegging achteraf;*
- iii. **Het vereiste dat de (hulp)officier van justitie in zijn bevel de feiten en omstandigheden opneemt die aan de noodzaak van het bevel ten grondslag liggen, vervalt.***

Daarnaast wordt een zelfstandige bevoegdheid van de burgemeester voorgesteld om in onvoorziene en spoedeisende situaties een gebied als veiligheidsrisicogebied aan te wijzen. Dit is de zogenoemde «incidentele fouillering».³ Na een aanwijzing door de burgemeester is de voorgestelde strafrechtelijke procedure van toepassing.

Bij de voorgestelde strafrechtelijke procedure heeft de Afdeling vier opmerkingen:

a. Algemeen

In de toelichting wordt aangegeven dat het door deze wijzigingen eenvoudiger wordt om binnen korte tijd een preventieve fouillering te organiseren, wat door de veiligheidspartners in de praktijk als wenselijk en noodzakelijk wordt ervaren⁴. Welke problemen in de praktijk tot deze wenselijkheid leiden, wordt echter niet nader aangeduid.

¹ Artikel 151b, eerste lid, van de Gemeentewet.

² Het derde lid van de artikelen 50, 51 en 52 van de Wet wapens en munitie.

³ Artikel 174d van de Gemeenwet, als voorgesteld.

⁴ Toelichting, par. 1.4, laatste alinea.

Preventieve fouilleringen op basis van artikel 151b van de Gemeentewet vinden plaats in gebieden die zijn aangewezen als veiligheidsrisicogebied. In de toelichting wordt gesteld dat de verstoringen van de openbare orde dan wel de vrees daarvoor zich kenmerken door een zekere voorzienbaarheid.¹ Indien het gaat om situaties waarin onmiddellijk handelen is geboden – en dat zal in de regel het geval zijn wanneer er een verdenking is van strafbare feiten –, kan op grond van andere bevoegdheden, zoals het stafrecht, worden opgetreden en ligt een preventieve fouilleeractie naar het oordeel van de Afdeling minder in de rede.

De Afdeling constateert voorts dat verscheidene organen die om advies zijn gevraagd vraagtekens plaatsen bij de noodzaak tot verruiming van de preventieve fouillering.² Bovendien bevat geen van de in de toelichting genoemde rapportages over ervaringen met preventief fouilleren aanbevelingen ter zake.³

Tegen deze achtergrond adviseert de Afdeling om in de toelichting de noodzaak voor het voorstel tot verruiming van de bevoegdheid tot preventief te fouilleren dragend te motiveren.

Over de afzonderlijke onderdelen van dit voorstel merkt de Afdeling het volgende op.

b. Het bevel van de hulpofficier van justitie

Voorgesteld wordt de bevoegdheid van de officier van justitie om een bevel tot preventief fouilleren uit te vaardigen in situaties waarin diens aanwezigheid niet kan worden afgewacht, aan de hulpofficier van justitie toe te kennen. Hiermee wordt beoogd de snelheid te vergroten waarmee in een aangewezen veiligheidsrisicogebied een fouilleeractie kan worden gehouden. Gesteld wordt dat deze vervangingsregeling aansluit bij diverse bepalingen in het Wetboek van Strafvordering (zoals een bevel tot inverzekeringstelling en de spoeddoorzoeking).⁴

De Afdeling is van oordeel dat het voordeel van de eventuele snellere besluitvorming omtrent het preventief fouilleren niet opweegt tegen de bezwaren die kleven aan dit voorstel. In de eerste plaats wordt met het voorstel de waarborg die uitgaat van de toetsing door de officier van justitie als lid van de magistratuur uitgehold. De hulpofficier is geen lid van het openbaar ministerie, maar valt als politieambtenaar in het kader van de handhaving van de openbare orde onder de burgemeester. Aldus bestaat het gevaar dat er te weinig afstand kan worden genomen van de situatie om tot een juiste afweging te komen van de verschillende belangen. In de toelichting wordt terecht gesteld dat verstoringen van de openbare orde dan wel de vrees daarvoor zich kenmerken door een zekere voorzienbaarheid. In de praktijk zal er in het kader van de piketdienst altijd een officier van justitie bereikbaar zijn, zodat het eventuele tijdsverloop minimaal zal zijn.

De Afdeling constateert vervolgens dat ook de geconsulteerde organen, waaronder de Vereniging van Nederlandse Gemeenten en het Genootschap van Burgemeesters dezelfde mening zijn toegedaan.

Ten slotte merkt de Afdeling op dat de vergelijking met de genoemde strafvorderlijke dwangmiddelen, die de hulpofficier in spoedgevallen ter vervanging van de officier kan toepassen, niet opgaat, omdat in die gevallen sprake is van een verdenking van een strafbaar feit, betrekking hebbend op één of enkele personen. Een bevel tot preventieve fouillering kan nog zonder verdenking van strafbare feiten, grote aantallen personen treffen (namelijk een ieder die zich in het gebied bevindt).

Gelet hierop adviseert de Afdeling het voorstel om de hulpofficier de bevoegdheid te verlenen om een bevel tot preventieve fouillering te verlenen, te heroverwegen.

¹ Toelichting, par. 4.1, derde alinea.

² Vergelijk het advies van de Raad voor de Rechtspraak, de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten en, in het bijzonder, het advies van de Burgemeester van Den Haag, dat niet in de toelichting is besproken.

³ In de toelichting, par. 9.1, wordt gesteld dat onder meer het onderzoeksrapport *Onder het oppervlak* illustreert dat er behoefte bestaat aan een versnelde vorm van preventief fouilleren. Uit de aanbevelingen blijkt daarvan echter niet.

⁴ Toelichting, par. 4, derde alinea.

c. Mondeling bevel

In het derde lid, laatste zin, van de geldende artikelen 50 tot en met 52 van de Wet wapens en munitie is bepaald, dat in het bevel tot preventief fouilleren de feiten en omstandigheden worden opgenomen op grond waarvan de toepassing van de betreffende bevoegdheid noodzakelijk wordt geacht. In de toelichting wordt gesteld dat het openbaar ministerie bij de politie daarom vaak een schriftelijke onderbouwing vraagt van de noodzaak om tot preventief fouilleren over te gaan: «In de huidige praktijk is het niet duidelijk of de officier zijn bevel ook mondeling mag geven. Om buiten twijfel te stellen dat het bevel van de officier van justitie ook mondeling kan worden gegeven wordt dit uitdrukkelijk in de wet opgenomen».¹ Wel is voorgesteld dat een mondeling bevel zo spoedig mogelijk op schrift wordt gesteld.

De Afdeling meent dat door het voorafgaand op schrift stellen van het bevel de autoriteit wordt gedwongen zich vooraf meer rekenschap te geven van de afweging van belangen. Bovendien voorkomt een voorafgaande opschriftstelling misverstanden bij de uitvoering, bijvoorbeeld over de exacte omvang van het gebied (welke straten, of delen van straten) en de duur van de actie. In de toelichting wordt ook erkend dat het ter voorkoming van interpretatieverschillen aanbeveling verdient om «toch een vorm van vastlegging plaats te laten vinden».² Gelet op het bovenstaande adviseert de Afdeling om in de wet voorafgaande opschriftstelling van het bevel te vorderen, tenzij dat omwille van de spoed niet mogelijk is.

d. Feiten en omstandigheden

Ten slotte wordt voorgesteld om het vereiste te schrappen dat de (hulp)officier van justitie in zijn bevel de feiten en omstandigheden opneemt die aan de noodzaak van het bevel ten grondslag liggen. Gesteld wordt dat het schriftelijk aanvragen van het bevel door de politie als onnodig bureaucratisch wordt ervaren. Tevens wordt opgemerkt dat burgemeester en officier van justitie zich al eerder met elkaar hebben verstaan over de noodzaak om een bepaald gebied aan te wijzen als veiligheidsrisicogebied.

Naar het oordeel van de Afdeling is met de aanwijzing van een gebied als veiligheidsrisicogebied nog niet de noodzaak om in een concreet geval daadwerkelijk over te gaan tot een preventieve fouillering gegeven. De aanwijzing door de burgemeester geeft in beginsel alleen het kader om op een later moment zo nodig tot een fouillering over te gaan. Bovendien wordt de strafvorderlijke autoriteit door het vermelden van feiten en omstandigheden gedwongen zich vooraf meer rekenschap te geven van de afweging van belangen.

Gelet op het bovenstaande adviseert de Afdeling om de thans bestaande verplichting tot het opnemen van de feiten en omstandigheden die het bevel tot fouillering noodzaken te handhaven.

Bovenstaande opmerkingen gelden mutatis mutandis ook voor de voorgestelde strafrechtelijke procedure na een incidentele aanwijzing door de burgemeester, op basis van het voorgestelde artikel 174b van de Gemeentewet.

1a. Het advies is gevolgd. In de memorie van toelichting is verduidelijkt dat de voorgestelde wijzigingen tegemoetkomen aan in de praktijk gebleken beperkingen van het instrument preventief fouilleren, te weten de zwaarte en duur van de te volgen procedure en de «botheid» (ongerichtheid) van het instrument. De zwaarte en duur van de bestaande procedure vervullen een belangrijke functie vanwege de in het geding

¹ Toelichting, par. 4.1, eerste alinea.

² Toelichting, par. 4.2.

zijnde grondrechten. Bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel is echter door diverse veiligheidspartners de behoefte geuit om het instrument sneller en gericht te kunnen toepassen, als reactie op een plotseling, concreet incident en ook buiten gebieden die al zijn aangewezen als veiligheidsrisicogebied op grond van eerdere wapenincidenten. Het instrument preventief fouilleren kan nu eigenlijk alleen worden toegepast in een gebied (een buurt of een wijk) waar min of meer structureel wapenincidenten worden geconstateerd, óf in een gebied waarvan vooraf bekend is dat daar een concreet evenement zal plaatsvinden dat reden geeft om te vrezen voor de aanwezigheid van wapens, zoals een risico-wedstrijd. In beide gevallen is de noodzaak om het instrument toe te passen, min of meer voorzienbaar. Die voorzienbaarheid geeft doorgaans de tijd die nodig is om te komen tot een gebiedsaanwijzing, althans als de burgemeester van de gemeenteraad al eerder de bevoegdheid had gekregen om een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen («De raad kan bij verordening de burgemeester de bevoegdheid verlenen om [...] een gebied [...] aan te wijzen als veiligheidsrisicogebied», artikel 151b, eerste lid, Gemeentewet).

Die tijd ontbreekt echter als zich plotseling een concreet incident voordoet buiten een al aangewezen gebied, dus als de noodzaak om ter plaatse het instrument preventief fouilleren toe te passen, zowel onvoorzienbaar als spoedeisend is. Vandaar mijn voorstel om voor dergelijke situaties de burgemeester rechtstreeks bevoegd te maken om, na overleg met de officier van justitie, op zeer korte termijn en mondeling, een gebied voor maximaal 12 uur aan te wijzen als veiligheidsrisicogebied (artikel 174b Gemeentewet). In dat gebied kan de officier van justitie vervolgens een bevel geven voor een concrete fouilleeractie. Ook het voorstel om de wettelijke regeling van dat bevel op enkele punten te wijzigen (de mogelijkheid van een mondeling bevel en de bevoegdheid van de hulpofficier van justitie), beoogt tegemoet te komen aan de door de veiligheidspartners geuite behoefte om het instrument preventief fouilleren sneller en gericht te kunnen toepassen. Die behoefte aan snelheid en gerichte inzet is er overigens ook in 151b-situaties: ook in een al aangewezen gebied kan (het bevel voor) een concrete fouilleeractie spoedeisend zijn. Daarom heeft het voorstel tot verruiming van de wettelijke regeling van dat bevel ook betrekking op 151b-situaties. Terecht merkt de Afdeling op dat als er een verdenking is van strafbare feiten, in de regel onmiddellijk handelen geboden zal zijn. Het instrument preventief fouilleren is echter juist bedoeld voor de situatie waarin er nog geen sprake is van een concrete verdenking van een wapendelict, noch van aanwijzingen dat een wapendelict zal worden gepleegd (aanwijzingen in de zin van de artikelen 50, eerste lid, onder c, 51, eerste lid, onder c, en 52, tweede lid, onder c, van de Wet wapens en munitie (Wwm)). Naar aanleiding van de opmerking die de Afdeling in voetnoot 8 maakt over het in de toelichting niet besproken advies van de burgemeester van Den Haag is aan de toelichting alsnog een passage over dat advies toegevoegd (zie paragraaf 9, onderdeel 1, Algemene opmerkingen).

1b. Het advies is niet gevolgd. De hulpofficier van justitie zal slechts in uitzonderlijke gevallen het bevel voor de concrete fouilleeractie afgeven. Hij is alleen bevoegd als de komst van de officier van justitie niet kan worden afgewacht. Veel parketten kennen een zogenoemde wapenofficier, die doorgaans beschikbaar is voor het afgeven van een bevel. Met name de grootstedelijke parketten kennen deze constructie. Het is echter niet zo dat daar voorzien is in een permanente 24-uursbeschikbaarheid van deze officier van justitie. Dat laat uiteraard het nut van een piketregeling onverlet. Ik juich dat toe. Niettemin kan zich ook dan nog een acute spoedsituatie voordoen waarbij niet snel genoeg een officier van justitie kan worden bereikt. In dat geval is de hulpofficier van justitie bevoegd om het bevel af te geven.

De memorie van toelichting noemt bepalingen in het Wetboek van Strafvordering om te laten zien dat het niet om een nieuwe constructie gaat. Inderdaad gaat het om andersoortige gevallen. Daar staat tegenover dat de maatregelen waartoe de hulpofficier van justitie uit hoofde van het Wetboek van Strafvordering kan bevelen (zoals inverzekeringstelling, en spoeddoorzoeking van een woning of van het kantoor van een verschooningsgerechtigde), voor de betrokkenen doorgaans ingrijpender zijn dan een bevel tot preventief fouilleren.

1c. Het advies is gevolgd, zie het voorgestelde zesde lid van de artikelen 50 en 51 en het voorgestelde vijfde lid van artikel 52 Wwm. Schriftelijkheid als hoofdregel sluit overigens ook aan bij de voorstellen in het rapport over preventief fouilleren van de Nationale ombudsman en de ombudsmannen van Amsterdam en Rotterdam.¹ Wel wil ik erop wijzen dat artikel 174b Gemeentewet slechts een grondslag biedt voor de inzet van het instrument preventief fouilleren als de situatie zowel onvoorzienbaar als spoedeisend is. In een dergelijke situatie kan de burgemeester het gebied mondeling aanwijzen (artikel 174b, derde lid). Zo'n situatie zal doorgaans niet toelaten dat het bevel van de (hulp)officier van justitie wél eerst op schrift wordt gezet.

1d. Het advies is gevolgd, mede gezien de voorstellen in het rapport over preventief fouilleren van de Nationale ombudsman en de ombudsmannen van Amsterdam en Rotterdam.¹ Dat betekent dat de thans bestaande verplichting tot het opnemen van de feiten en omstandigheden die de fouillering noodzakelijk maken (zie de laatste volzin van het derde lid van de huidige artikelen 50, 51 en 52 Wwm), gehandhaafd blijft.

2. De incidentele aanwijzing als veiligheidsrisicogebied (artikel 174b van de Gemeentewet)

Een belangrijk onderdeel van het voorstel vormt de «incidentele fouillering».² Het betreft een bevoegdheid van de burgemeester om in een onvoorzienbare en spoedeisende situatie een gebied aan te wijzen als veiligheidsrisicogebied. De aanwijzing kan door de burgemeester worden gegeven «bij verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens, dan wel bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan».

Vervolgens kan de officier van justitie, of indien diens optreden niet kan worden afgewacht, de hulpofficier van justitie, een bevel geven tot fouillering. Er hoeft geen verplicht driehoeksoverleg vooraf te gaan. De incidentele fouillering is bedoeld voor spoedeisende situaties buiten een aangewezen veiligheidsrisicogebied.

Het voorgestelde artikel 174b van de Gemeentewet kent geen uitdrukkelijke proportionaliteitstoets met betrekking tot de gebiedsaanwijzing, zoals die wel is opgenomen in artikel 151b van die wet.³ Weliswaar bepaalt het voorgestelde artikel 174b van de Gemeentewet dat een gebied ten hoogste voor twaalf uur kan worden aangewezen, maar niet is bepaald dat de aanwijzing wordt gegeven voor een duur die niet langer is en voor een gebied dat niet groter is dan strikt noodzakelijk is voor handhaving van de openbare orde, zoals het geldende artikel 151b, derde lid en zesde lid, van de Gemeentewet voorschrijft. Evenmin is bepaald dat de burgemeester de gebiedsaanwijzing intrekt, zodra de verstoring van de openbare orde door de aanwezigheid van wapens dan wel de ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, is geweken.⁴

Mede in verband met het vereiste van proportionaliteit, zoals dat voortvloeit uit artikel 8 EVRM en de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens⁵ terzake, adviseert de Afdeling om het derde lid, alsmede het zesde lid van artikel 151b van de Gemeentewet van toepassing te verklaren op de incidentele fouillering, als voorgesteld.

¹ *Waarborgen bij preventief fouilleren. Over de spanning tussen veiligheid, privacy en selectie.* Nationale Ombudsman, rapport 2011/252, www.nationaleombudsman.nl/rapporten/2011/252, p. 43–45.

² Voorgesteld artikel 174b Gemeentewet.

³ Opmerking verdient dat de op schrift gestelde gebiedsaanwijzing een besluit is als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit besluit moet voldoen aan de algemene bepalingen uit de Awb over besluiten, zoals het zorgvuldigheidsbeginsel. De bestuursrechtelijke motiveringseisen nemen niet weg dat het in verband met de voorzienbaarheid raadzaam is om in het voorgestelde artikel 174b de proportionaliteit van de gebiedsaanwijzing uitdrukkelijk op te nemen, zoals ook in het geldende artikel 151b, derde en zesde lid, van de Gemeentewet het geval is.

⁴ Artikel 151b, zesde lid, Gemeentewet.

⁵ Vgl. EHRM 12 januari 2010, NJ 2010, 325 (Gillan en Quinton), met name r.o.: 80: «*The Court notes that the senior police officer is empowered to authorise any constable in uniform to stop and search a pedestrian in any area specified by him within his jurisdiction if he «considers it expedient for the prevention of acts of terrorism». However, «expedient» means no more than «advantageous» or «helpful». There is no requirement at the authorisation stage that the stop and search power be considered necessary and therefore no requirement of any assessment of the proportionality of the measure.*».

2. Het advies is gevolgd, zie het voorgestelde artikel 174b, vijfde lid, Gemeentewet.

3. De insluitingfoullering

Op dit moment zijn de officier van justitie en de hulpofficier voor wie aangehouden of van hun vrijheid beroofde verdachten of veroordeelden worden geleid, bevoegd te bepalen dat deze aan hun lichaam mogen worden onderzocht indien uit feiten of omstandigheden blijkt dat gevaar dreigt voor hun leven of veiligheid, of die van de ambtenaar zelf en dit onderzoek noodzakelijk is ter afwending van dat gevaar.¹

Daarnaast bepaalt de Ambtsinstructie dat een politieambtenaar een ingeslotene voorafgaand aan de insluiting kan onderzoeken door het aftasten en doorzoeken van diens kleding op de aanwezigheid van voorwerpen die tijdens de insluiting een gevaar kunnen vormen voor de veiligheid van de betrokkene of anderen. Een op feiten en omstandigheden gestoeld veiligheidsrisico wordt voor de toepassing van deze bevoegdheid niet vereist.

In de toelichting wordt gesteld dat het regelmatig voorkomt dat ingeslotenen, ondanks de foullering van de kleding, in het bezit blijken van gevaarlijke voorwerpen die bij het onderzoek aan de kleding niet zijn getraceerd, zoals lucifers, aanstekers en wapens.²

Voorgesteld wordt een bevoegdheid tot onderzoek aan het lichaam van een in te sluiten persoon indien dit noodzakelijk is ter afwending van ernstig gevaar voor de handhaving van de openbare orde en veiligheid in het politiebureau en het cellencomplex. Het onderzoek aan het lichaam omvat mede het uitwendig schouwen van de openingen en holten van het lichaam.

Gelet op de in de toelichting beschreven incidenten onderschrijft de Afdeling de noodzaak van de verruiming van het onderzoek aan het lichaam bij ingeslotenen in een politiecel.

Tevens wordt voorgesteld dat een in een politiecel in te sluiten persoon in het lichaam kan worden onderzocht, parallel aan de bestaande bevoegdheid in de Penitentiaire Beginselenwet.³ Gesteld wordt «dat politiecellen en penitentiaire inrichtingen in relatie tot de handhaving van de openbare orde vergelijkbaar zijn».⁴

Bij het voorgestelde onderzoek in het lichaam heeft de Afdeling drie opmerkingen:

a. Proportionaliteit

De Afdeling merkt op dat dit onderzoek een veel verdergaand onderzoek betreft dan het onderzoek aan het lichaam. Zo kan het onder meer het inbrengen van een endoscoop in de endeldarm inhouden.⁵ Op grond van de Penitentiaire Beginselenwet is onderzoek in het lichaam van ingeslotenen mogelijk ten aanzien van personen die zich in voorlopige hechtenis bevinden of ten aanzien waarvan de tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf plaatsvindt. Dit betekent dat zij door de rechter zijn veroordeeld of dat, wat betreft voorlopige hechtenis, er ernstige bezwaren tegen hen bestaan.

In het cellencomplex van het politiebureau gaat het daarentegen met name om aangehouden verdachten, in verzekering gestelden, in bewaring gestelden en in te sluiten personen die niet verdacht worden van een strafbaar feit. Op ingeslotenen in een politiecellencomplex is zodoende overwegend een strafvorderlijk kader van toepassing. Dit betekent dat de grondslag en het regiem voor de insluiting in een politiecel en in een penitentiaire inrichting vaak van een andere orde zijn.

In dit verband wijst de Afdeling erop dat volgens het Wetboek van Strafvordering (hierna: Sv) onderzoek in het lichaam slechts kan worden

¹ Artikel 8, derde en vierde lid, van de Politiewet en artikel, 7, derde en vierde lid, van de voorgestelde Politiewet 201x.

² Toelichting, par. 4.4, tweede alinea.

³ Artikel 31 van de Penitentiaire Beginselenwet.

⁴ Toelichting, par. 4.4, derde alinea.

⁵ Kamerstukken II 1994/95, 24 263, nr. 3, blz. 52.

toegepast door een hoge justitiële autoriteit, te weten de rechter-commissaris of officier van justitie, en bij het bestaan van ernstige bezwaren tegen de verdachte.¹ Verder wijst de Afdeling op de grondregel dat in verzekering gestelde verdachten aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan «die in het belang van het onderzoek of in het belang der orde volstrekt noodzakelijk» zijn (artikel 62, eerste lid, Sv).² Het voorgestelde artikel 7, zesde lid, van de Politiewet 201x noemt de «gezondheid van de ingeslotene» als doel voor het onderzoek in het lichaam terwijl niet aanstonds duidelijk is dat dit doel valt onder het belang der orde, als bedoeld in artikel 62, eerste lid, Sv.

Gelet op de verschillende juridische grondslagen voor insluiting in een politiecel en insluiting in een penitentiaire inrichting en gelet op de verschillende regimes die in de onderscheiden situaties gelden, is, nu het voorstel reeds een uitbreiding bevat ter zake van het onderzoek aan het lichaam, de vraag of daarmee kan worden volstaan.

De Afdeling adviseert om het onderzoek in het lichaam te heroverwegen.

Voor zover het voorgestelde onderzoek in het lichaam wordt gehandhaafd, wijst de Afdeling nog op het volgende.

b. De bevoegde autoriteit

De bevoegdheid om een onderzoek aan of in het lichaam van een ingeslotene te gelasten komt toe aan het hoofd van het territoriaal onderdeel van de politie-eenheid. Dat is de districtchef of hoofd van het politiebureau. Zoals gesteld kan onderzoek in het lichaam op grond van het Wetboek van Strafvordering slechts door een hoge justitiële autoriteit worden gelast. Het hoofd van het territoriale onderdeel zit dicht op de uitvoering, ten gevolge waarvan het risico bestaat dat onvoldoende gewaarborgd is dat er een juiste belangenafweging wordt gemaakt.³ In verband daarmee adviseert de Afdeling om de beslissing tot toepassing van een onderzoek in het lichaam ten aanzien van een ingeslotene in een politiecellencomplex in handen te leggen van een hoge justitiële autoriteit, zoals de officier van justitie.

c. De toepassing

Onder onderzoek in het lichaam valt ook een röntgenonderzoek en een bodyscan.⁴ Dergelijke onderzoeken zullen door de betrokkenen doorgaans als minder ingrijpend worden ervaren dan een inwendig manueel onderzoek. Uit een oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit heeft dit derhalve de voorkeur. In de toelichting wordt echter niet ingegaan op het gebruik van scanapparatuur voor onderzoek in het lichaam in verband met de proportionaliteit en subsidiariteit. Daartoe adviseert de Afdeling.

3a. Het advies is niet gevolgd. Inderdaad verschillen de juridische grondslagen voor insluiting in een politiecel en insluiting in een penitentiaire inrichting en verschillen de huidige regimes voor onderzoek in het lichaam in die situaties, maar het wetsvoorstel beoogt die laatste verschillen nu juist weg te nemen, omdat het voor de gevaarstelling niet uitmaakt uit hoofde van welke juridische grondslag iemand ingesloten is of wordt. Politiecellen en penitentiaire inrichtingen zijn vergelijkbaar voor zover het gaat om de handhaving van de openbare orde en de veiligheid en om de bescherming van de gezondheid van de ingeslotene. Het gaat in beide gevallen om insluiting van personen voor wier veiligheid de overheid zorg draagt, en bovendien is in beide situaties sprake van het geregeld aantreffen van zaken die voor de orde en veiligheid een gevaar kunnen vormen.

¹ Artikel 56, tweede lid, en artikel 195 Sv.

² Voor personen ten aanzien van wie de tenuitvoerlegging van een vrijheidsstraf of vrijheidsbenemende maatregel plaatsvindt geldt dat zij aan geen andere beperkingen worden onderworpen dan «die welke voor het doel van de vrijheidsbeneming of in het belang van de handhaving van de openbare orde of de veiligheid in de inrichting noodzakelijk zijn» (artikel 2, vierde lid, van de Penitentiaire Beginselenwet). Deze bepaling kent zodoende ruimere gronden voor beperkingen.

³ Vgl. het advies van de Raad voor de Rechtspraak.

⁴ Vgl. artikel 195, tweede lid, Sv.

Het ligt overigens niet voor de hand om de onderzoeksregimes wél gelijk te trekken voor zover het gaat om onderzoek aan de kleding en onderzoek *aan* het lichaam, maar dat niet te doen voor het onderzoek *in* het lichaam. Intussen wijst de Afdeling er terecht op dat onderzoek in het lichaam zeer ingrijpend kan zijn. Vandaar dat dit onderzoek alleen mag worden uitgevoerd door een arts of, in diens opdracht, door een verpleegkundige. Het onderzoek moet noodzakelijk zijn ter afwending van ernstig gevaar voor de handhaving van de openbare orde of de veiligheid in het politiebureau of het cellencomplex dan wel voor de gezondheid van de ingeslotene. Daar moeten concrete aanwijzingen voor zijn, bijvoorbeeld dat een ingeslotene ná insluiting plotseling evident onder invloed van drugs blijkt te zijn, terwijl bij doorzoeking van de cel en onderzoek *aan* het lichaam geen drugs worden gevonden. De eigen verantwoordelijkheid van de arts kan overigens meebrengen dat hij weigert het onderzoek uit te voeren.

3b. Het advies is niet gevolgd. Waar de Afdeling de parallel zoekt met het Wetboek van Strafvordering, zoekt het wetsvoorstel juist de parallel met de Penitentiaire beginselenwet (Pbw). Het gaat hier niet om de inzet van strafvorderlijke dwangmiddelen maar om de orde en veiligheid in het politiebureau of het cellencomplex. De officier van justitie heeft op dat gebied geen verantwoordelijkheid of expertise. De Pbw legt deze bevoegdheid in beginsel bij de directeur van de inrichting (artikel 31, eerste lid). Parallel daaraan zou ervoor gekozen kunnen worden om de bevoegdheid toe te kennen aan het hoofd van het politiebureau. In plaats daarvan legt artikel 7, zesde lid, van het wetsvoorstel de bevoegdheid op een hoger niveau, namelijk bij het hoofd van het territoriale onderdeel van de regionale eenheid, bedoeld in artikel 13, eerste lid, van de Politiewet 201x. Dat zou inderdaad het niveau van een districtschef kunnen blijken te zijn (afhankelijk van de nadere vormgeving van de nationale politie). Anders dan de Afdeling vind ik echter niet dat een functionaris op dat niveau te dicht op de uitvoering (de werkvloer) zit.

3c. Het advies is niet gevolgd. Inderdaad zou het gebruik van röntgenapparatuur een alternatief kunnen zijn voor manueel inwendig onderzoek, maar politiebureaus en politiecellencomplexen beschikken niet over dergelijke apparatuur, dus de keuze doet zich in de praktijk niet voor. Dat laatste geldt ook voor scanapparatuur die met radiogolven werkt (security scan, soms ook bodyscan genoemd), maar daarvoor geldt bovendien dat radiogolven alleen de buitenkant van het lichaam zichtbaar maken. Ook een dergelijke scan is dus geen alternatief voor manueel inwendig onderzoek.

4. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.

4. De kanttekening is overgenomen.

5. Van de gelegenheid is gebruikgemaakt om in de memorie van toelichting het inmiddels verschenen rapport te verwerken van de Nationale ombudsman en de ombudsmannen van de gemeenten Amsterdam en Rotterdam (Waarborgen bij preventief fouilleren, Over de spanning tussen veiligheid, privacy en selectie, Nationale Ombudsman, rapport 2011/252).

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet niet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal dan nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

H. D. Tjeenk Willink

Ik moge U, mede namens mijn ambtgenoot van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De minister van Veiligheid en Justitie,
I. W. Opstelten

Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W03.11 0279/II met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft.

- In de memorie van toelichting, par. 4.2, tiende alinea, «artikel 174b, derde lid,» wijzigen in: artikel 174b, vierde lid.