

Bestuurlijke vrijheidsbeneming bij rellen en demonstraties

De overheid tussen Scylla en Charybdis?

Rian de Jong & Imelda Tappeiner¹

Vanaf de invoering in 2000 was vrijwel niemand blij met de regeling van bestuurlijke ophouding. Inmiddels biedt het Hof in Straatsburg meer ruimte voor preventieve bestuurlijke vrijheidsbeneming vanwege het maatschappelijke belang dat de overheid voldoende effectief moet kunnen optreden tegen gewelddadige ordeverstoringen. Kortdurende preventieve vrijheidsbeneming in het belang van ordehandhaving kan rechtmatig zijn. Het Hof stelt echter talrijke eisen in het belang van de bescherming tegen willekeurige vrijheidsbeneming enerzijds en de vrijheid van meningsuiting en betoging anderzijds. De huidige regeling van bestuurlijke ophouding (artikel 154a en 176a Gemeentewet) staat nog steeds op gespannen voet met het EVRM en is praktisch onwerkbaar. Het is goed dat nagedacht wordt over aanpassing van deze regeling. Via een vernieuwde regeling van bestuurlijke vrijheidsbeneming zou preventief opgetreden kunnen worden tegen individuele relschoppers. Het zal echter lastig zijn om een regeling te maken die in het Nederlandse openbare-orderecht past.

1. Inleiding

Kan de politie ordeverstoringen bij demonstraties en voetbalwedstrijden rechtmatig én effectiever bestrijden als een nieuwe vorm van bestuurlijke vrijheidsbeneming wordt ingevoerd? De openbare-ordepraktijk laat zien dat er met enige regelmaat een vergaande vorm van *crowd control* nodig is om te voorkomen dat grootschalige ordeverstoringen ontstaan. Denk bijvoorbeeld aan bestrijding van voetbalgeweld, een actueel thema, temeer omdat het komende Europese Kampioenschap deels in Nederland zal plaatsvinden. Maar vergeet ook niet dat betogingen uit de hand kunnen lopen. Ongeregelde rond de protesten tegen globalisering, de 'Islamisering van Nederland' en niet te vergeten het rumoer rond Zwarte dan wel Roetveeg Piet illustreren dit.² In 2019 zagen we de eerste gewelddadigheden zelfs al voordat de Stoomboot het ruime sop koos.³ In deze situaties zitten burgemeesters klem tussen enerzijds de vergaande verplichting om zoveel mogelijk vrij baan te geven aan de bewegingsvrijheid, de persoonlijke vrijheid (artikel 2 Protocol 4 EVRM en artikel 5 EVRM) en in veel gevallen ook aan de uitingsvrijheid (artikel 11 en 10 EVRM). Anderzijds bestaat de verplichting om de orde te handhaven en burgers tegen geweld te

beschermen (o.a. artikel 11 Politiewet 2012 en artikel 2 en 3 EVRM). Vroegtijdig ingrijpen is al snel disproportioneel, maar zijn ongeregelde heden eenmaal uitgebroken, dan keert pas na veel geweld de rust terug. Welke keuze ook gemaakt wordt, het overheidsoptreden leidt vaak tot kritiek.⁴

Om de geschetste problemen aan te pakken beschikt de burgemeester op grond van de huidige wetgeving over de bevoegdheid om potentiële ordeverstoorders een korte tijd vast te laten houden door de politie (artikel 154a en 176a Gemw). Deze zogeheten 'bestuurlijke ophouding' wordt vrijwel nooit gebruikt omdat de wettelijke regeling juridisch omstreden en in de praktijk onbruikbaar is. Het Ministerie van J&V beziet dan ook of aanpassing van deze wetgeving mogelijk is. In deze bijdrage onderzoeken wij aan de hand van jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en de praktijk rond ordehandhaving, de (on)mogelijkheden van de aanpassing van de regeling van bestuurlijke ophouding.

Daartoe schetsen we eerst (par. 2) de regeling over bestuurlijke ophouding en benoemen de belangrijkste praktische en juridische knelpunten. Vervolgens toetsen wij haar aan recente jurisprudentie van het EHRM om te

laten zien dat, ondanks het feit dat het EHRM recentelijk meer ruimte geeft aan (preventieve) bestuurlijke vrijheidsbeneming, de huidige regeling van bestuurlijke ophouding nog steeds op gespannen voet staat met het EVRM. Vervolgens (par. 3) richten we ons op de vraag wat volgens het EHRM dan wel is toegestaan als het om vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming in het belang van ordehandhaving gaat. Maakt het daarbij iets uit of het om ongeregelde heden gaat bij gebeurtenissen waarbij de uitingsvrijheid in het geding is (par. 4)? In par. 5 keren we terug naar de Nederlandse situatie: is het, gelet op de uitkomsten van het jurisprudentieonderzoek, mogelijk om de bevoegdheden van politie en/of burgemeester aan te passen om een (nieuwe) vorm van bestuurlijke vrijheidsbeneming te introduceren die EVRM-proof is? En zo ja, zou die nieuwe bevoegdheid in de praktijk, anders dan de bestuurlijke ophouding nu, wél bruikbaar zijn?

2. Bestuurlijke ophouding getoetst aan het EVRM en de praktijk

De bestuurlijke ophouding (artikel 154a en 176a Gemw) is in 2000 ingevoerd met als doel het groepsgeweld bij grootschalige evenementen effectiever aan te pakken. Daarbij woog mee dat strafrechtelijke vervolging van ordeverstoorders moeilijk was vanwege de 'beperkte capaciteit van het strafrechtelijke apparaat' en het strafrechtelijke individualiteitsbeginsel.⁵ Om dit op te lossen kreeg de burgemeester de bevoegdheid om (potentiële) raddraaiers bij (ernstige vrees voor) grootschalige ordeverstoringen in lokale noodsituaties (artikel 175 Gemw) voor maximaal twaalf uren vast te laten houden. Dit is toegestaan als *groepsgewijs* normen die dienen ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar in lokale noodsituaties, niet worden nageleefd. De burgemeester wijst de groep(en) aan. De vrijheidsbeneming heeft dan tot doel voortzetting of herhaling van de niet-naleving te voorkomen. Het moet redelijkerwijs niet mogelijk zijn om de naleving op een andere geschikte wijze af te dwingen. De politie brengt, ter uitvoering van het besluit van de burgemeester, de leden van de groep over naar een door de burgemeester aangewezen locatie.⁶

De bevoegdheid kent twee grondslagen. Ten eerste kan de gemeenteraad bij verordening deze bevoegdheid aan de burgemeester verlenen (artikel 154a jo. artikel 175 Gemw). De gemeenteraad moet dan in zijn verordening de openbare orde-normen aanwijzen die bij niet-naleving tot bestuurlijke ophouding kunnen leiden.

In sommige gemeenten is de kans heel klein dat zich grootschalige ongeregelde heden voordoen. Dan biedt de tweede variant in onverwachte situaties uitkomst: artikel 176a Gemw kent de ophoudingsbevoegdheid direct toe aan de burgemeester. Hij kan op basis van deze bevoegdheid in een noodmaatregel (artikel 175-176 Gemw) verboden en geboden opnemen die bij overtreding tot ophouding leiden. Een raadsverordening over bestuurlijke ophouding is dan niet nodig.⁷ Bij deze variant geschiedt bestuurlijke ophouding als een door de burgemeester aangewezen groep ordeverstoorders een noodbevel of noodverordening overtreedt.

Welke variant ook toegepast wordt, de gevolgen zijn meestal groot. Een bestuurder (burgemeester) krijgt hier immers de bevoegdheid om op basis van groepsgewijs vertoond gedrag, personen vast te laten te houden. Dat kan zelfs preventief, bij vrees voor ernstige grootschalige ordeverstoringen. Anders dan in het geval van vrijheidsbeneming in het kader van opsporing en vervolging, geschiedt bestuurlijke vrijheidsbeneming niet met het oogmerk betrokkene te laten vervolgen en berechten. De waarborgen van het strafrecht, waaronder de eis dat er sprake moet zijn van een redelijk vermoeden van een strafbaar feit, gelden niet. Wel is voorzien in snelle rechtsbescherming door de bestuursrechter (artikel 154a lid 10-13 en artikel 176a lid 3 Gemw).

Vrijheidsbeneming behoort tot de ingrijpendste maatregelen waaraan de overheid de burger kan onderwerpen. Artikel 5 EVRM, dat willekeurige vrijheidsbeneming wil voorkomen, regelt dit dwangmiddel daarom strikt.⁸ Dat klinkt door in de jurisprudentie van het EHRM.⁹ De limitatief opgesomde gronden van artikel 5 EVRM waaronder vrijheidsbeneming is toegestaan, legt

De wetgever moest met enige creativiteit aansluiting bij artikel 5 lid 1 sub b EVRM zoeken voor de bestuurlijke ophouding ten behoeve van ordehandhaving

Auteurs

1. Mr. M.A.D.W. de Jong is UHD
Staatsrecht aan de Radboud Universiteit.
Mr. dr. I.U. Tappeiner is universitair docent
Staats- en bestuursrecht aan de Universiteit
Utrecht.

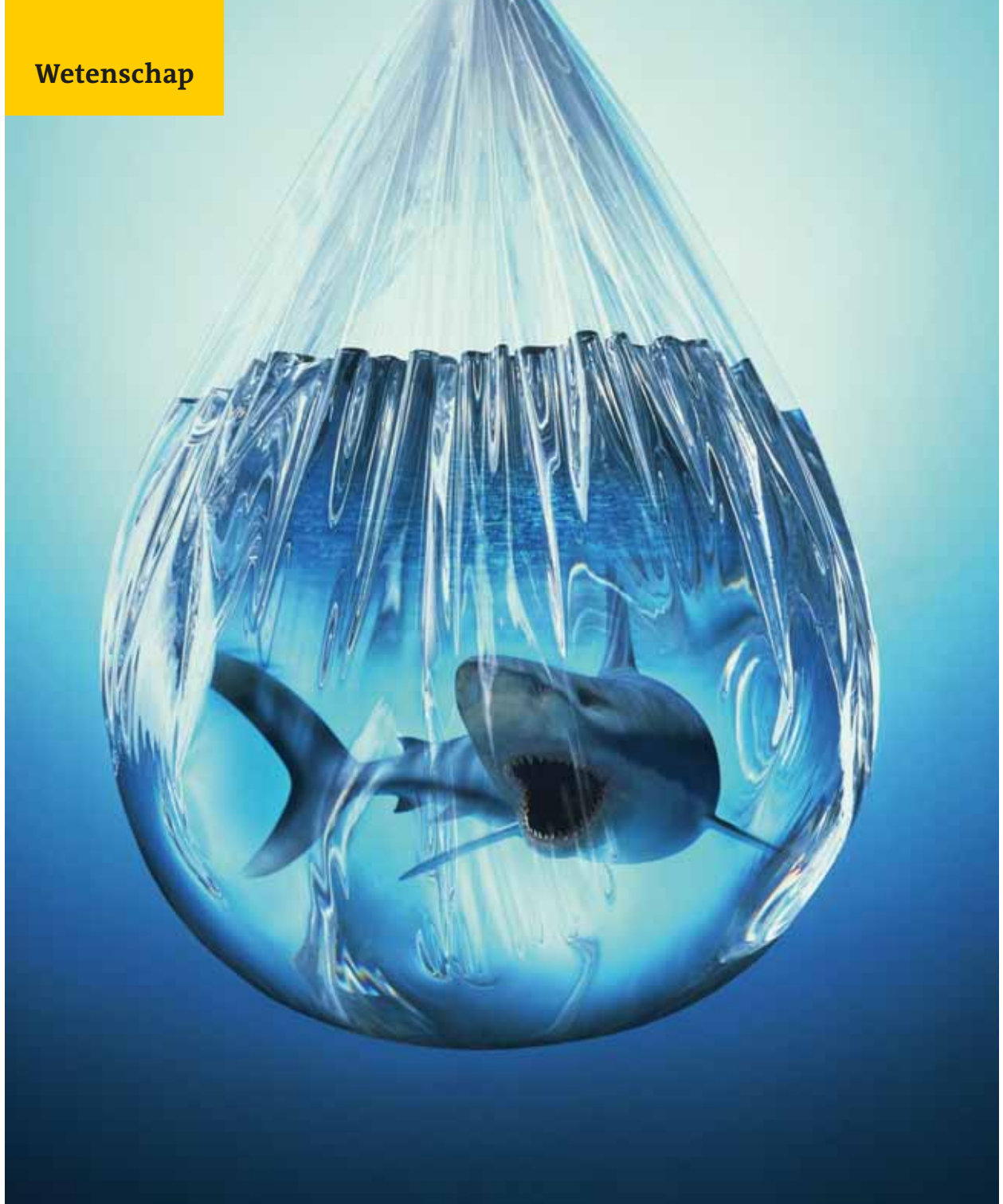
Noten

2. O.a. 'Slagveld dreigt bij intocht Sinterklaas in Eindhoven', *de Gelderlander* 2 november 2019; 'Ombudsman laakt Eindhovenens demonstratieverbod Pegida', *Binnenlands Bestuur* 2 juni 2019; bijv.

EHRM 1 december 2011, nrs. 8080/08 en 8577/08 (*Schwabe en M.G./Duitsland*), EHRC 2012/42, m.nt. M.A.D.W. de Jong.
3. 'Activisten vernielen ruiten en auto's bij bijeenkomst Kick Out Zwarte Piet', NRC 8 november 2019.
4. O.a. Nationale ombudsman, *Geen winnaars*, 2016/060, over de aanhouding van 326 Feyenoordsupporters en *Demonstreren, een schurend grondrecht*, 2018/15, te raadplegen op www.nationaleombudsman.nl; M. Bot, 'Demonstratievrijheid en democratie', *NJB* 2017/2226, afl. 42.

5. *Kamerstukken II 1998/99*, 26735, 3, p. 7; *Kamerstukken II 1999/2000*, 5, p. 15.
6. *Kamerstukken II 1998/99*, 26735, 3, p. 1 en 11.
7. *Kamerstukken II 1998/99*, 26735, 3, p. 1-2.
8. Bijv. EHRM [GC] 29 maart 2010, 3394/03, (*Medvedyev e.a./Frankrijk*), § 76; EHRM 18 maart 2008, 11036/03, (*Ladent/Polen*), § 45.
9. Zie met name P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Convention on*

Human Rights, Cambridge-Antwerp-Portland: Intersentia 2018, p. 440-495; Harris, O'Boyle & Warbrick e.a., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press 2018, p. 290-372; CoE/ECTHR, *Guide on Article 5 of the Convention. Right to liberty and security*, Strasbourg 2019 www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_ENG.pdf.



het EHRM doorgaans restrictief uit. Bestuurlijke vrijheidsbeneming in het belang van voorkoming van (grootschalige) ordeverstoringen staat artikel 5 EVRM niet expliciet toe en daarom is een bevoegdheid zoals bestuurlijke ophouding niet eenvoudig in artikel 5 EVRM te passen. Preventieve vrijheidsbeneming evenmin: weliswaar is vrijheidsbeneming mogelijk om te voorkomen dat iemand een strafbaar feit pleegt (artikel 5 lid 1 sub c EVRM, waarover straks meer), maar dan dient een strafrechtelijke procedure te volgen, is lang de teneur van de jurisprudentie geweest. Bij 'crowd control' in het belang van rebestrijding wil of kan de overheid die strafrechtelijke procedure in veel gevallen echter niet aanspannen.

De wetgever moest daarom met enige creativiteit aansluiting bij artikel 5 lid 1 sub b EVRM zoeken voor de bestuurlijke ophouding ten behoeve van ordehandhaving. Deze bepaling regelt vrijheidsbeneming van een individu 'teneinde de nakoming van een door de wet voorgeschre-

ven verplichting te verzekeren'. Deze grondslag ziet oorspronkelijk op wetsbepalingen die de burger verplichten actief iets te doen, bijvoorbeeld op de dienstplicht, de identificatieplicht of de plicht om te getuigen. Doet men dit niet dan kan – indien proportioneel – vrijheidsbeneming volgen om betrokkene daarmee over te halen alsnog aan zijn wettelijke plicht te voldoen.¹⁰ Bij bestuurlijke ophouding gaat het echter vooral om preventieve vrijheidsbeneming van groepen mensen om te voorkomen dat ze mogelijkerwijs aan grootschalige ordeverstoringen (blijven) meedoen. Of dat in overeenstemming is met artikel 5 lid 1 sub b EVRM, is lang betwifteld. De bestuurlijke ophouding was om deze reden van meet af aan omstreden.¹¹ Sinds het recente *Ostendorf*-arrest, dat we hieronder zullen bespreken, is duidelijk dat bestuurlijke vrijheidsbeneming in het belang van ordehandhaving inmiddels inderdaad onder bepaalde voorwaarden op de b-grond gebaseerd kan worden.¹²

Het EHRM heeft de afgelopen jaren, mede vanwege het belang van effectieve relbestrijding, in enkele arresten het bestuur langzamerhand meer ruimte geboden voor vrijheidsbeneming

Een tweede reden waarom de regeling van bestuurlijke ophouding met artikel 5 EVRM wringt ligt in de eis van het EHRM dat voor elk *individueel* geval een afweging moet worden gemaakt of vrijheidsbeneming noodzakelijk is.¹³ Zou deze eis worden losgelaten dan staat de deur naar willekeur open. De Nederlandse regeling is echter gericht op *groepen* en ziet op *groepsgewijs gedrag*, zoals wij hiervoor beschreven. Juist daar werd de toegevoegde waarde van het bestuursrecht verondersteld ten opzichte van het op het individu gerichte strafrecht.¹⁴ De regering zag hierbij wel het potentiële probleem met artikel 5 EVRM, maar betoogde dat er toch sprake is van een individuele beoordeling¹⁵ omdat de burgemeester slechts die personen mag laten ophouden die groepsgewijs de wettelijke verplichting niet naleven.¹⁶ Men kan zich hier toch moeilijk aan de indruk onttrekken dat sprake is van een tegenstrijdigheid in de regeling. Correcte uitvoering door de politie is schier onmogelijk: eerst moet zij de door de burgemeester aangewezen groep identificeren, vervolgens constateren dat deze groepsgewijs de wet niet naleeft, dan betrokkenen aanspreken en waarschuwen voor eventuele vrijheidsbeneming en tot slot alleen de individuen die alsnog de fout ingaan bestuurlijk ophouden. Dat alles in een situatie van (dreigende) grootschalige ordeverstoringen! In theorie strookt dit met het EVRM, maar in de praktijk zijn de opeengestapelde eisen zo talrijk en tegenstrijdig dat de regeling niet of nauwelijks goed toe te passen is.¹⁷ Behalve met de juridische complicaties wordt het bestuur ook belast met de logistiek van het ophouden van groepen. Het dient vooraf een geschikte locatie te regelen, inclusief piket-bestuursrechters.¹⁸ Dit overziende is het niet verwonderlijk dat de bestuurlijke ophouding uiteindelijk niet het ei van Columbus bleek te zijn.¹⁹ Alleen de burgemeester van Almelo heeft er zich aan gewaagd, maar de rechter achtte dat optreden onrechtmatig.²⁰

Het EHRM heeft de afgelopen jaren, mede vanwege het belang van effectieve relbestrijding, in enkele arresten het bestuur langzamerhand meer ruimte geboden voor

vrijheidsbeneming. Wat verandert dit en wat betekent dit voor de Nederlandse regeling over bestuurlijke ophouding? We bespreken de meest relevante jurisprudentie.

3. Welke ruimte biedt het EHRM anno 2020 voor bestuurlijke ophouding?

In alle zaken waarin het EHRM recent vergaande vrijheidsbeperking in het belang van ordehandhaving beoordeelde, ging het om situaties waarbij veel mensen op de been waren en grote ongeregelheden dreigden.²¹ In de *Austin*-zaak betrof het (dreigende) grootschalige rellen, veroorzaakt door een deel van de demonstranten bij een globaliseringsprotest. Het Hof overwoog dat de politie de mogelijkheid moet hebben om de veiligheid van burgers te waarborgen. Dit is een positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 2-3 EVRM. Artikel 5 EVRM moet zodanig worden uitgelegd dat er geen tegenstrijdige verplichtingen voor de overheid uit het EVRM voortvloeien, aldus het EHRM. Het vasthouden van een groep mensen, waaronder ook nietsvermoedende voorbijgangers, in een politiekordon gedurende een halve dag was, gegeven de bijzondere omstandigheden van die zaak noodzakelijk en proportioneel. Het ophouden valt in deze omstandigheden daarom buiten de reikwijdte van artikel 5 EVRM, oordeelde het EHRM.²² Hier golden dus niet de waarborgen van artikel 5, hooguit die van de bewegingsvrijheid (artikel 2 Protocol 4 EVRM). Of het overheidsoptreden de toets aan die bepaling kon doorstaan heeft het Hof echter niet onderzocht, aangezien het VK het Vierde Protocol niet heeft geratificeerd. Het is daarom de vraag of in een Nederlandse context het optreden eveneens rechtmatig zou zijn geacht.

Gaat de overheid over tot het opsluiten van de (potentiële) ordeverstoorders, dan is zeker sprake van vrijheidsbeneming en dan geldt artikel 5 onverkort.²³ Vrijheidsbeneming van (potentiële) ordeverstoorders in het belang van ordehandhaving bleek lang vrijwel onmogelijk omdat dit, zoals wij eerder aangaven, niet expliciet is geregeld in arti-

10. Zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26735, 3, p. 21-32 en CoE/ECTHR, 2019, p. 13-14.

11. Zie I. Tappeiner, 'Bestuurlijke ophouding', in: M.A.D.W. de Jong e.a., *Orde in de openbare orde*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 85-107 en 405-406, ook via www.wodc.nl en de daar aangehaalde literatuur.

12. EHRM 7 maart 2013, nr. 15598/08, (*Ostendorf / Duitsland*), EHRC 2013/107, m.n. M.A.D.W. de Jong.

13. *Ostendorf / Duitsland* en EHRM [GC] 22 oktober 2018, nrs. 35553/12, 36678/12 en 36711/12, (S. V. en A. / Denemarken), EHRC 2019/26, m.nt. I. Tappeiner,

AB 2019/509, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, § 80-82.

14. Bijv. EHRM [GC] 15 maart 2012, nrs. 39692/09 40713/09 en 41008/09 (*Austin e.a. / VK*), EHRC 2012/128, m.n. M.A.D.W. de Jong; J. Boek, 'De eigen wanorde. Selectie op uiterlijk bij openbare orde verstoringen', *NJCM-Bulletin* 1996, p. 913-914.

15. *Handelingen II*, 10 februari 2000, p. 48-3519.

16. *Kamerstukken II 1998/99*, 26735, 5, p. 41 en *Kamerstukken II 1998/99*, 26735, 3, p. 15.

17. E.R. Muller e.a., *Bestuur, recht en*

veiligheid, Den Haag: BJu 2008, p. 97-98; M.A.D.W. de Jong e.a., 2016, p. 103-107.

18. Zie Besluit plaatsen bestuurlijke ophouding, *Stb.* 2000, 180.

19. Zie noot 11.

20. Rb. Almelo 25 januari 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AV0612, *Gst.* 2006/67 en AB 05/147; ABRvS 9 september 2006, ECLI:NL:RVS:2006:AY5898, AB 2006/413 en *Gst.* 2006/160.

21. EHRM 1 december 2011, nrs. 8080/08 en 8577/08 (*Schwabe en M.G. / Duitsland*); EHRM 15 maart 2012, nrs. 39692/09 40713/09 en 41008/09 (*Austin e.a. / VK*);

EHRM 7 maart 2013, nr. 15598/08, (*Ostendorf / Duitsland*); EHRM [GC] 22 oktober 2018, nrs. 35553/12, 36678/12 en 36711/12 (S. V. en A. / Denemarken); EHRM 28 maart 2019, nr. 57884/17 (*Eiseman-Renyard e.a. / VK*), EHRC 2019/159, m.nt. M.A.D.W. de Jong.

22. Zie § 22-25.

23. Het onderscheid vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming recentelijk: EHRM 23 februari 2017, nr. 43395/09 (*De Tommaso / Italië*), EHRC 2017/118, § 80-91.

kel 5 EVRM.²⁴ Met het *Ostendorf*-arrest creëerde het EHRM echter een nieuwe mogelijkheid. De politie nam bij *Ostendorf*, een notoire voetbalvandaal, vechtmateriaal zoals met zilverzand gevulde handschoenen in beslag. *Ostendorf* kreeg het bevel om onder politiebegeleiding naar het stadion te gaan. Voldeed hij daar niet aan dan kon de politie hem vastzetten, om daarmee dreigende vechtpartijen te voorkomen. Toen *Ostendorf* via een damestoilet aan het politietoezicht probeerde te ontkomen en daar collega-vechtersbazen belde, sloot de politie hem voor de duur van de voetbalwedstrijd op. De politiebevoegdheid om ordeverstoorers vast te zetten om een strafbaar feit te voorkomen was in casu vastgelegd in artikel 32 *Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung*. Het EHRM stelt dat de vrijheidsbeneming in deze situatie onder artikel 5 lid 1 sub b EVRM valt: vrijheidsbeneming omdat betrokkene niet aan een wettelijke verplichting voldoet. *Ostendorf* had een helder, concreet politiebevel gekregen om bepaalde specifieke strafbare feiten niet te plegen (openlijke geweldpleging, zich onttrekken aan politietoezicht) en de politie waarschuwde hem dat hij anders vastgezet zou worden. Hij voldeed niet aan het bevel en in de gegeven omstandigheden (risicowedstrijd, telefoontje naar andere hooligans) was duidelijk welk strafbaar feit hij wilde plegen. Het was het proportioneel en noodzakelijk om hem vast te zetten, aldus het Hof. Hier zien we voor het eerst dat het EHRM bestuurlijke vrijheidsbeneming ook mogelijk acht onder artikel 5 lid 1 onder b EVRM om te voorkomen dat iemand een strafbaar feit pleegt en niet slechts door iemand te bewegen 'iets te doen'. Dit bereikt het EHRM door de nakoming van de wettelijke verplichting (de b-grond) zo te construeren, dat ook het niet plegen van een strafbaar feit een 'iets doen' is en dus hieronder valt. Het Hof stelt wel een reeks voorwaarden: het strafbare feit, de tijd, plaats en potentiële slachtoffers moeten concreet omschreven zijn. De wil om toch een strafbaar feit te plegen moet uit concrete omstandigheden blijken. Bovendien moet de vrijheidsbeneming beperkt zijn: normaliter kan betrokkene door aan de wettelijke verplichting te voldoen de vrijheidsbeneming voorkomen of, indien begonnen, laten opheffen. Dat is anders als de wettelijke verplichting in wezen de plicht is om geen strafbaar feit te plegen. In die situatie moet er een proportionele termijn gesteld worden. In dit geval was dat de duur van de wedstrijd. Al met al biedt dit een mogelijkheid tot het bestuurlijk preventief vasthouden van ordeverstoorers, maar het is niet minder bewerkelijk en het vereist geen lichtere bewijslast dan strafrechtelijke vrijheidsbeneming.

De complexe redenering van het EHRM in *Ostendorf* is te verklaren doordat het EHRM in wezen preventieve vrijheidsbeneming wil toestaan binnen een onderdeel (het b-onderdeel) van artikel 5 EVRM dat daar minder geschikt voor is. Artikel 5 lid 1 sub c EVRM zou in dit opzicht meer voor de hand liggen. Deze bepaling staat vrijheidsbeneming toe als iemand op rechtmatige wijze is gearresteerd of gedetineerd om voor de bevoegde rechterlijke instantie te worden geleid in de volgende drie situaties. Wanneer er [1] een redelijke verdenking bestaat, dat hij een strafbaar feit heeft begaan of [2] indien het redelijkerwijs noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan of [3] te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan. Het tweede alternatief biedt in beginsel een basis voor

preventieve (bestuurlijke) vrijheidsbeneming. Echter het EHRM heeft lang in zijn jurisprudentie vastgehouden aan zowel het standpunt dat het hier *niet* om een losse, zelfstandige grondslag gaat, als aan het standpunt dat vrijheidsbeneming op deze grond slechts te rechtvaardigen is in het kader van een strafrechtelijke procedure.²⁵ In 2012 en 2013 bevestigde het Hof dit nog eens in de arresten *Schwabe en M.G.* en *Ostendorf*. Het Hof ging in 2018 echter om in de zaak *S. V. en A./Denemarken*.²⁶ Daarin pakte de politie drie notoire voetbalhooligans op omdat zij bezig waren met het ophitsen van andere hooligans om te gaan rellen. Ze werden ongeveer zeven uur preventief bestuurlijk vastgezet in een politiecel. Vanwege onder meer het gebrek aan een concreet politiebevel was artikel 5 lid 1 sub b EVRM niet toepasbaar. De meerderheid van de Grote Kamer vond nu, opnieuw redenerend vanuit de noodzaak dat de overheid het publiek dient te beschermen tegen (voetbal)geweld, dat de vrijheidsbeneming wél gerechtvaardigd was op grond van lid 1 onder c, tweede alternatief, dus om iemand te beletten een strafbaar feit te begaan. Het Hof koppelt deze tweede grond los van een strafrechtelijke procedure zodat dit alternatief nu ook als rechtvaardiging kan dienen voor preventieve bestuurlijke detentie, zoals door de Deense autoriteiten aan de hooligans werd opgelegd.²⁷ Er gelden echter nog steeds zware eisen om willekeurige vrijheidsbeneming te voorkomen. Die komen op het volgende neer. Er moet een concreet en onmiddellijk risico zijn voor ordeverstoringen, gevaar voor de veiligheid van het publiek of voor de openbare veiligheid. De laakbare handeling van betrokkene moet concreet en specifiek zijn, in het bijzonder wat betreft plaats en tijd waar zij zou zijn begaan en jegens wie. De autoriteiten moeten concreet feitenmateriaal aanleveren waarmee objectief kan worden vastgesteld dat betrokkene een specifieke overtreding had begaan, als hij niet was tegengehouden door de opgelegde preventieve detentie en bovendien is vrijheidsbeneming *ultimum remedium*. Vrijheidsbeneming is bovendien alleen proportioneel in situaties waarin levensgevaar of grote materiële schade dreigt.²⁸ De lat voor rechtmatige bestuurlijke vrijheidsbeneming ligt dus hoog en vergt veel van de politie. De Deense politie sprong met succes door alle hoepels: zij was goed voorbereid, had voor het evenement een duidelijk tactisch plan opgesteld om zoveel mogelijk met andere middelen dan vrijheidsbeneming rellen te voorkomen en richtte zich daarbij primair op raddraaiers. De politie had ook vanaf het begin de situatie 'op straat' – en later die van de detentie – nauwlettend gemonitord, gerapporteerd en beoordeeld waardoor de Deense rechter in staat was om het handelen van de politie concreet te toetsen.

De hier gehanteerde beperkingsgrond, (artikel 5 lid 1 sub c EVRM), is verbonden met artikel 5 lid 3 EVRM. Daar-

De lat voor rechtmatige bestuurlijke vrijheidsbeneming ligt dus hoog en vergt veel van de politie

in ligt onder meer de rechtsbescherming vast. Het Hof is in de Deense zaak flexibel als het om (preventieve) bestuurlijke detentie gaat: de voorwaarde dat detentie tot doel moet hebben betrokkenen voor de rechter te brengen, vervalt wanneer de bestuurlijke ophouding kort duurt. Het is voldoende als achteraf een snelle rechterlijke controle plaatsvindt waarbij betrokkene wordt gehoord en waarbij de rechtvaardiging en rechtmatigheid van de detentie kunnen worden vastgesteld. Dit was in de Deense zaak het geval.

4. Voetbalsupporters en demonstranten over één kam scheren?

Het EHRM overwoog in de Deense zaak dat het oordeel over het politieoptreden anders had kunnen uitvallen als er naast de persoonlijke vrijheid, andere grondrechten in het geding waren geweest. In dit verband is vooral het recht van vreedzame betogingen (artikel 11 EVRM) van belang zoals we in de inleiding aangaven. Dreigende grootschalige en/of ernstige rellen rond bijvoorbeeld demonstraties bij topontmoetingen, kernenergietransporten, klimaatprotesten en Sinterklaasintochten vergen het uiterste van de overheid. De recente demonstratieve acties van boeren konden weliswaar vooral op veel begrip rekenen, maar gelet op de grote ontwrichting en de minder vreedzame uitingen en handelingen rees ook de vraag hoe ver het demonstratierecht reikt en wanneer overheidsingrijpen gerechtvaardigd is om vernieling, blokkades en grote schade te voorkomen.²⁹ In geval van demonstraties is de speelruimte van de overheid echter zeer beperkt: het EHRM heeft in een lange reeks arresten voortdurend gehamerd op de noodzaak van een goede en actieve bescherming van (tegen)demonstranten door de overheid vanwege het belang van de uitingsvrijheid.³⁰ Samengevat is de essentie van deze jurisprudentie over het demonstratierecht, dat beperkingen en verboden inzake demonstraties alleen gerechtvaardigd zijn als de overheid deze objectief en duidelijk onderbouwt: er mag van beperkende maatregelen geen *chilling effect* uitgaan. Een verbod is alleen toegestaan als het met voldoende inzet van politie onmogelijk is de demonstratie(s) door te laten gaan.³¹ Het arrest inzake *Schwabe en M.G.* over de heftige ordeverstoringen tijdens een G8-top, illustreert dat ook in moeilijke omstandigheden waarin ongeregelde dreigen en/of uitbreken de overheid aan deze voorwaarden moet voldoen. Als de overheid vermoedt dat een demonstrant een delict gaat plegen dan moet zij andere burgers daartegen beschermen, maar dat is in beginsel geen rechtvaardiging voor een schending van het demonstra-

tierecht of van andere grondrechten van de potentiële dader.³² Voor het beoordelen van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden tegen demonstranten zijn onder meer relevant: de aard van de uiting en al dan niet vreedzame intenties en het al dan niet geweldloze verleden van de demonstrant. De uitingsvrijheid (artikel 10 EVRM) laat weinig ruimte voor beperking van uitlatingen van politiek of publiek belang. Als de organisatie aanzet tot geweld, zoals bijvoorbeeld bij het 'zwarte blok' het geval is,³³ dan komt de overheid meer beoordelingsvrijheid toe of beperking nodig is. Jegens individuele gewelddadige demonstranten kan het ook geoorloofd zijn maatregelen te nemen, inclusief bestuurlijke vrijheidsbeneming, maar dan moeten het gewelddadige verleden c.q. strafblad en de concrete omstandigheden aangeven dat betrokkene op geweld uit is. Zelfs in zeer moeilijke omstandigheden waarbij al rellen hebben plaatsgevonden, moet beperking van het demonstratierecht aan eisen van proportionaliteit en subsidiariteit voldoen.³⁴ Resumerend: als de demonstratievrijheid in het geding is, dan moet de overheid in beginsel ruimte laten voor de uitingsvrijheid. Ten aanzien van gewelddadige individuen kan preventief optreden onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn, maar preventieve vrijheidsbeneming van vreedzame demonstranten zal de toets aan de eisen die het EHRM stelt in het algemeen niet doorstaan, zo laat de jurisprudentie zien.³⁵

5. Mogelijkheden voor een gerevitaliseerde en rechtmatige bestuurlijke ophouding

Wat betekent de hierboven besproken jurisprudentie voor de huidige regeling van bestuurlijke ophouding? Sinds het *Ostendorf*-arrest is het inderdaad mogelijk om bestuurlijke ophouding in het belang van ordehandhaving binnen de grenzen van artikel 5 lid 1 sub b EVRM te regelen. In zoverre is de regeling uit de Gemeentewet EVRM-*proof*. Het niet nakomen van een wettelijke verplichting mag, na onder meer een concreet bevel tot nakoming van de politie, of in de Nederlandse situatie, de burgemeester (artikel 172 jo. artikel 154a of 176a Gemw.), veiliggesteld worden door betrokkene op te sluiten. De overige eisen die uit *Ostendorf* en *Schwabe en M.G.* voortvloeien, tonen echter aan dat aanpassing van de Nederlandse regeling nodig is om deze echt EVRM-conform te maken. De focus van de huidige regeling op groepsgewijs gedrag en groepsgewijze beoordeling is nog steeds niet houdbaar. Bovendien blijkt uit de hierboven besproken jurisprudentie dat het bestuur aan een tijdrovend, arbeidsintensief proces vastzit waarbij op basis van heldere normen opgetreden moet worden. Zo moet de wette-

24. Met name *Schwabe en M.G./Duitsland*.

25. Bijv. EHRM 31 juli 2000, nr. 34578/97 (*Jéčius/Litouwen*), § 50.

26. *S. v. en A./Denemarken*, zie § 94 en 103. Het EHRM keert dus terug naar het arrest *Lawless*, EHRM 1 juli 1961, nr. 332/57 (*Lawless/Ierland*).

27. Zie C. Macken, 'Preventive detention and the right to personal liberty and security under Article 5 ECHR', *The International Journal of Human Rights*, vol. 10, 2006 -

iss. 3, p. 195-217.

28. *S. v. en A./Denemarken*, § 89, 91, 84-92, 127, 77, 161.

29. De juridische acties beperken zich voorts nog tot aanhouding van boeren die strafbare feiten begaan en het aanspannen van een civiel geding door supermarkten die blokkade van distributiecentra vrezen: Rb. Midden-Nederland 17 december 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:6062.

30. Zie Harris e.a., 2018, p. 685-703 met

uitgebreide jurisprudentieopgave en CoE/ECtHR, *Guide on art. 11 of the ECHR*, Strasbourg 2019, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_11_ENG.pdf.

31. Zie het overzichtsarrest EHRM 7 februari 2017, nr. 57818/09 e.a. (*Lashmankin e.a./Rusland*) EHRC 2017/88, m.nt. B. Roorda.

32. *Schwabe en M.G./Duitsland*, § 85.

33. Zie www.spiegel.de/politik/deutschland/g20-gipfel-was-ist-der-schwarze-

block-a-1156654.html.

34. *Schwabe en M.G./Duitsland*, § 103-114.

35. De ontvankelijkheidsbeslissing *Eiseman-Renyard e.a./VK* past niet in de overigens consequente lijn aangezien daar demonstranten met een blanco strafblad werden vastgezet zonder dat er concrete aanwijzingen waren dat zij op rellen uit waren. Er was in die zaak echter geen beroep gedaan op art. 10 en 11 EVRM.

lijke verplichting die leidt tot vrijheidsbeneming, specifiek en duidelijk omschreven zijn. Een andere opvatting acht het Hof strijdig met *the rule of law*, aangezien dan willekeur op de loer ligt. Noodmaatregelen of APV-bepalingen die slechts in algemene zin gebieden de openbare orde niet te verstoren voldoen niet; de gemeenteraad en de burgemeester moeten een concrete verplichting oplegen. Ophouding is pas toegestaan als die vervolgens niet is nagekomen.³⁶ Een concreet bevel aan het individu, waarschuwing voor de gevolgen van niet-nakoming en constatering dat die nakoming uitblijft, zijn dus – ook onder de recente jurisprudentie – noodzakelijk.³⁷ Preventief optreden jegens een individu dat op het punt staat een strafbaar feit te plegen is nu, anders dan voorheen, op grond van artikel 5 lid 1 sub b EVRM mogelijk, maar het blijft gecompliceerd en arbeidsintensief voor bestuur en politie.

Biedt bestuurlijke vrijheidsbeneming om te voorkomen dat iemand een strafbaar feit pleegt op grond van artikel 5 lid 1 sub c EVRM dan meer soelaas? Het arrest *S,V. en A.* geeft tegenwoordig inderdaad een basis daarvoor. Aangezien er dan, anders dan onder de (b)-variant, geen waarschuwingsplicht geldt, is een meer preventief en vanuit het bestuur gezien, efficiënter optreden mogelijk: bij concrete aanwijzingen dat een individu delicten zal gaan plegen kan in beginsel bestuurlijke ophouding volgen. Echter, ook hier gelden stringente voorwaarden: de (potentiële) overtreding moet niet alleen specifiek en concreet zijn, maar ook zodanig ernstig dat levensgevaar of substantiële materiële schade dreigt. Bovendien moet het bestuur aantonen dat vrijheidsbeneming noodzakelijk is om betrokkene van het plegen van het delict te weerhouden en dat dit niet op een minder ingrijpende manier dan door ophouding kan worden bereikt. Tot slot vereist het EHRM ook hier een individuele aanpak, geen ‘groepsgewijze’. Al met al is de conclusie dat bestuurlijke vrijheidsbeneming weliswaar mogelijk is, maar als deze grondslag wordt benut is vrijheidsbeneming niet minder bewerkelijk dan wanneer deze op grondslag van het strafrecht geschiedt. Wel is het zo dat de overheid bestuurlijk meer preventief kan optreden.

Er is nog een laatste vraag: zou het gezien alle complicaties verstandig zijn om het concept van bestuurlijke vrijheidsbeneming te vergeten en meer in te zetten op *crowd-control* via de methode van *kettling*, zoals in het *Austin*-arrest? Onzes inziens is dit hooguit een uitweg voor het bestuur in een noodsituatie die vergelijkbaar is met die in de *Austin*-zaak. Het betreft een feitelijke politiestrategie die volgens ons niet wettelijk te regelen valt en overigens ook zoveel mogelijk voorkomen moet worden. De strategie van het ophouden van groepen in een kordon is immers voor zowel de politie als opgehouden burgers zeer belastend als het langere tijd gaat duren. Het EHRM kwam bovendien alleen tot het oordeel dat in het geval van de *Austin*-zaak het politieoptreden door de beugel kon, na een lange opsomming van uitzonderlijke omstandigheden. Het lijkt ons ondoenlijk om deze in een wettelijke regeling te codificeren. Daarenboven toetste het Hof in deze zaak *niet* aan de bewegingsvrijheid; zou dat wel het geval zijn geweest, dan had de uitkomst zomaar anders kunnen zijn.

De wensen die bij de invoering van bestuurlijke ophouding werden geuit – groepsgerichte aanpak en geen groot beroep op de capaciteit van politie en justitie – zullen dus ook met het benutten van de ruimte die het EHRM tegenwoordig laat, niet vervuld worden als opnieuw een regeling voor bestuurlijke ophouding wordt gemaakt die EVRM-conform is. Bij het eventueel aanpassen van de regeling doemen bovendien nog enkele andere complicaties en beperkingen op. De regeling zal als het om relbestrijding bij demonstraties gaat, nog moeilijker toepasbaar zijn: vreedzame betogingen moeten in beginsel doorgang vinden en vreedzame betogers moeten in beginsel de kans krijgen zich te uiten.

Bestuurlijke ophouding die goed toepasbaar is bij grootschalige rellen is in Nederland voorts relatief moeilijk te regelen, omdat het stelsel van bevoegdhedenverdeling bij ordehandhaving in vergelijking met bijvoorbeeld het Deense, Duitse en Britse rechtsstelsel gecompliceerder is en veel afstemming vraagt. De door ons besproken jurisprudentie van het EHRM illustreert dat in de betreffende landen de politie een zelfstandige bevelsbevoegdheid en een eigen bevoegdheid tot bestuurlijke vrijheidsbeneming heeft.³⁸ Het nationale recht heeft bovendien een landelijk geldende regeling die duidelijk maakt wanneer concreet bestuurlijke vrijheidsbeneming mogelijk is, waarbij proportionaliteit en subsidiariteit leidende beginselen zijn. De besproken rechtsstelsels faciliteren daarmee, meer dan het Nederlandse stelsel, een rechtmatige én effectieve vorm van bestuurlijke vrijheidsbeneming. Wij lichten dit kort toe. Het Deense strafrecht regelt bijvoorbeeld gedetailleerd welk gedrag zodanige openbare-ordeverstoringen kan veroorzaken dat de politie haar bevoegdheden mag inzetten. De politiebevoegdheden in het Duitse recht (van een deelstaat) bespreken we eerder bij het *Ostendorf*-arrest. Het stelsel van het Verenigd Koninkrijk wijkt zeer sterk af van het Nederlandse. Daarin heeft elke burger en politiefunctaris de plicht om een bestaande, maar ook toekomstige *breach of the peace* te voorkomen door arrestatie of vrijheidsbeneming. Deze bevoegdheid bestaat op grond van *common law* en is in omvangrijke jurisprudentie ingekaderd.³⁹

In Nederland is de burgemeester bekleed met ordehandhavende bevoegdheden, de politie voert de burgemeestersbesluiten uit. Daarnaast kan ook de gemeenteraad bepalen wanneer ophouding rechtmatig is zodat de regels potentieel van gemeente tot gemeente verschillen (artikel 154a Gemw). Noodmaatregelen van de burgemeester stelt hij ad hoc vast (artikel 175-176a Gemw), zodat deze zelfs per gebeurtenis verschillen. Burgemeester, Openbaar Ministerie en politie zullen intensief bij een beslissing tot bestuurlijke ophouding betrokken moeten zijn en dat maakt de besluitvorming ingewikkelder. De burgemeester dient de politie vooraf gedetailleerd te instrueren aangezien mandaat en delegatie aan de politie zijn uitgesloten (artikel 177-178 Gemw). Zou de wetgever overwegen de bestuurlijke ophouding aan te passen, dan is het raadzaam om goed te bekijken of één landelijk geldende regeling kan worden gemaakt waarbij minder autoriteiten zijn betrokken dan nu het geval is. Dit maakt de kans groter dat de regeling bij grootschalige ordeverstoringen toepasbaar is én burgers toch voldoende rechtszekerheid biedt. Daarmee valt weliswaar

Tot dusver blijkt niet dat de lokale democratische controle bij bestuurlijke ophouding daadwerkelijk zoden aan de dijk zet

mogelijkerwijs de betrokkenheid van de gemeenteraden weg en daar wordt in de Nederlandse context aan gehecht vanwege het belang van lokale democratische controle (artikel 180 Gemw). Nergens blijkt echter uit dat er veel gemeenteraden zijn die zich in de details van de omvangrijke casuïstische Europese jurisprudentie over vrijheidsbeneming kunnen en zullen verdiepen. Tot dusver blijkt immers niet dat de lokale democratische controle bij bestuurlijke ophouding daadwerkelijk zoden aan de dijk zet. Wij menen dan ook dat het beter is dat de formele wetgever, enigszins vergelijkbaar met het Deense stelsel, in de wet concreet aangeeft welke delicten kunnen leiden tot preventieve bestuurlijke vrijheidsbeneming in het belang van ordehandhaving. Daarbij moet hij uiteraard rekening houden met de eisen die het EHRM stelt.

Uitleiding

Vanaf de invoering in 2000 was vrijwel niemand blij met de regeling van bestuurlijke ophouding. Inmiddels biedt het Hof in Straatsburg meer ruimte voor preventieve bestuurlijke vrijheidsbeneming vanwege het maatschappelijke belang dat de overheid voldoende effectief moet kunnen optreden tegen gewelddadige ordeverstoringen. Kortdurende preventieve vrijheidsbeneming in het belang van ordehandhaving kan – met inachtneming van artikel 5 lid 1 onder (b) en/of (c) EVRM – rechtmatig zijn. Het Hof stelt echter talrijke eisen in het belang van de bescherming tegen willekeurige vrijheidsbeneming enerzijds en de vrijheid van meningsuiting en betoging anderzijds. Hiervoor lieten wij zien dat de huidige regeling van bestuurlijke ophouding (artikel 154a en 176a Gemw) (nog steeds) op gespannen voet met het EVRM staat en praktisch onwerkbaar is. Het is goed dat nagedacht wordt over aanpassing van deze regeling. Via een vernieuwde regeling van bestuurlijke vrijheidsbeneming zou, meer dan op grond van het strafrecht het geval is, preventief opgetreden kunnen worden tegen individuele relschoppers. Wij betoogden dat aan de juridische aanvechtbaarheid van de huidige regeling over bestuurlijke ophouding iets te doen valt, door de regeling zodanig te wijzigen dat de beoordeling van individueel gedrag centraal komt te staan. Om

meerdere redenen blijft het echter lastig om in het Nederlandse rechtsstelsel een rechtmatige én effectieve bevoegdheid van bestuurlijke ophouding voor orderverstoorders te creëren. Ten eerste zullen de regeling en de uitvoeringspraktijk moeten waarborgen dat het gedrag van het individu en de aanleiding voor de vrijheidsbeneming door de politie correct en verifieerbaar gemonitord worden en in een dossier worden vastgelegd. Bestuurlijke vrijheidsbeneming moet op basis van dat dossier aantoonbaar proportioneel en het uiterste middel zijn geweest in het concrete, individuele geval. Daarenboven zijn er nog aanvullende eisen, afhankelijk van de grondslag uit artikel 5 EVRM die wordt gebruikt voor vrijheidsbeneming. Het blijft dus een arbeidsintensieve procedure voor het bestuur en dat zal de effectiviteit van een bevoegdheid die bij (dreigende) grootschalige ordeverstoringen ingezet moet worden, in veel gevallen belemmeren. Als de potentiële ordeverstoringen tevens demonstranten zijn dan ligt de lat nog hoger: in beginsel moeten vreedzame demonstranten zich kunnen uiten. Bestuurlijke vrijheidsbeneming is in deze gevallen meestal geen rechtmatige optie.

Ten tweede gaven wij aan dat in de landen waar een vorm van bestuurlijke ophouding bij relbestrijding met succes wordt ingezet een andere bevoegdheidsverdeling geldt dan in Nederland: de politie beoordeelt daar zelf de situatie en beslist ook zelf over de inzet van bestuurlijke vrijheidsbeneming. Zij kan diensgevolge snel optreden en indien nodig ook snel haar optreden aanpassen. In Nederland ligt daarentegen de bevoegdheid exclusief bij de burgemeester en hij moet dan ook zelf de juridisch belangrijke beslissingen nemen. De uitvoering laat hij aan de politie, maar hij dient deze ten aanzien van bestuurlijke ophouding gedetailleerd te instrueren en bij wijziging van de omstandigheden dit ook weer aan te passen. Dit is een obstakel voor effectieve bestuurlijke vrijheidsbeneming en dat probleem zal met wetswijziging moeilijk ondervangen kunnen worden, zonder te tornen aan bestaande staatsrechtelijke verhouding; meer concreet: zonder te tornen aan de welbewuste keuze van de wetgever om openbare-ordebevoegdheden aan de burgemeester toe te kennen. Ten derde betoogden wij, zou bij wetswijziging serieus overwogen moeten worden bestuurlijke ophouding in een landelijk geldende regeling op te nemen waarin concreet wordt aangegeven wanneer bestuurlijke ophouding gerechtvaardigd is. De huidige regeling waarin per gemeente de situatie kan verschillen doordat de gemeenteraad en de burgemeester dit bepalen, geeft te weinig rechtszekerheid en een te grote kans op fouten bij een zo ingrijpend en gecompliceerde bevoegdheid als bestuurlijke vrijheidsbeneming.

Afsluitend concluderen we dat de wetgever een mischien niet onmogelijke, maar wel bijzonder lastige opgave wacht. •

36. S., V. en A./Denemarken.

37. Ostendorf/Duitsland, § 93-94.

38. Zie: L.J.J. Rogier e.a., *Handhaving van de openbare orde in het buitenland: over-*

zicht van bevoegdheden, praktische toepassing en toepasbaarheid in Nederland, Den Haag-Rotterdam 2002, [\[theek/PDF/825-14183.pdf\]\(http://theek/PDF/825-14183.pdf\); voorts art. 4 en 5 van de Deense Politiewet \(Wet nr. 444 d.d. 9 september 2004\).](http://www.politieacademie.nl/kennisonderzoek/kennis/media-</p></div><div data-bbox=)

39. Zie Court of Appeal, *R/Howell* QB 416

(1982), p. 427. Zie voorts *R/Chief Constable of Gloucestershire* [2006] UKHL 55, § 27-33.