

Veiligheid als opdracht



Veiligheid als opdracht

Een onderzoek naar veiligheid als fundamenteel recht en als positieve verplichting van de staat in het licht van de politietaak tot strafrechtelijke rechtshandhaving

R. W. van Zuijlen

ISBN: 978-90-5850-384-8

Uitgever:

Willem-Jan van der Wolf

René van der Wolf

Dit boek is een uitgave van:

WLP

Postbus 31051

6503 CB Nijmegen

wlp@hetnet.nl

www.wolfpublishers.nl

Niets uit deze uitgave mag worden vermenigvuldigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar worden gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, door fotokopieën, opnamen of op enig andere manier, zonder voorafgaande toestemming van de auteur en de uitgever.

Voor het opnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

© 2008 WLP/ R.W. van Zuijlen

Veiligheid als opdracht

Een onderzoek naar veiligheid als fundamenteel recht en
als positieve verplichting van de staat in het licht van de politietaak
tot strafrechtelijke rechtshandhaving

Security as a mission

A study of security as a fundamental right and as a positive obligation
of the State in view of criminal law enforcement by the police

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam

op gezag van de rector magnificus
Prof. dr. S.W.J. Lamberts
en volgens besluit van het College voor Promoties

De openbare verdediging zal plaatsvinden op
donderdag 23 oktober 2008 om 11.00 uur
door

Robert Wijbe van Zuijlen

geboren te Leiden



Promotiecommissie

Promotor: Prof. mr. N.J. Huls

Copromotor: Dr. J.V.A.G. Piret

Overige leden: Prof. mr. P.A.M. Mevis

Prof. mr. E.R. Muller

Prof. mr. L.J.J. Rogier

Voorwoord

Het begon met Dick Hessing. Met hem als promotor zou ik dit onderzoek tot een goed einde brengen. Dat betekende dat ik onderweg de nodige keuzes moest maken. Ik zou me beperken tot een betekenis van veiligheid die ik uit de eerste onderzoeksresultaten kon afleiden en me richten op de verhouding tussen veiligheid en vrijheid en een onderdeel uit het strafrecht. Dat zou ook voldoende zijn om met name iets over de rol van de wetgever te kunnen zeggen. Toen het onderzoek vorm en inhoud had gekregen en een snelle afronding nabij leek, liep alles anders. Dick werd ziek en overleed. Zijn vanzelfsprekende aanwezigheid en inspiratie viel en weg en miste ik enorm. Het duurde even eer ik weer verder kon. Ik had intussen de universiteit verlaten en de vaart verdween uit het onderzoek.

Nick Huls was bereid de plaats van Dick in te nemen en Paul Mevis en Jean Marc Piret bleven de rollen vervullen die ze tot dan toe hadden vervuld. Ik dank hen voor de suggesties en bijdragen die ze hebben geleverd aan de totstandkoming van dit boek. Ook dank ik Lodewijk Rogier en Erwin Muller voor hun bijdragen in het laatste stadium van mijn onderzoek.

Dank ben ik ook verschuldigd aan mijn familie en vrienden. Wellicht zonder het te weten hebben zij mij op hun manier gestimuleerd bij de voltooiing van dit onderzoek.

Onmisbaar zijn de contacten geweest die ik met bevriende collega's heb gehad vanaf het moment dat ik aan het onderzoek begon. Mijn paranimfen staan wat dat betreft symbool voor een hele groep mensen. Wil den Harder voor de geweldige contacten en tijd die ik heb gehad als onderzoeker en docent aan de universiteit. Corné van der Wilt voor een evenzo inspirerende tijd als gerechtsauditeur bij de Hoge Raad en nu als rechter bij de rechtbank. In deze contacten is zowel ruimte voor het vakinhoudelijke als het persoonlijke. Ik zou niet zonder hebben gekund. En dan eindig ik toch met Dick. Aan hem draag ik dit boek op.

De tekst van dit onderzoek is afgesloten op 1 april 2008.

Inhoudsopgave

Hoofdstuk I

Veiligheid: bescherming van de burger tegen medeburgers

1	Veiligheid als centrale opdracht van de staat	1
2	Veiligheid en bescherming van fundamentele rechten	2
3	Osman versus the United Kingdom	4
4	Probleemstelling	7
5	Werkwijze	10

Hoofdstuk II

Veiligheid en sociaal contract

1	Inleiding	11
2	Veiligheid in historisch perspectief	12
2.1	Veilig en zeker in etymologische zin	12
2.2	De ontwikkeling van het begrip securitas	12
2.2.1	De middeleeuwen	12
2.2.2	Na de middeleeuwen	14
2.2.3	De uiteindelijke dubbele betekenis van binnenlandse veiligheid	15
3	Het sociaal contract	16
3.1	Veiligheid als hoeksteen van de gemeenschap: bescherming van leven en goederen van het individu	16
3.2	Veiligheid als natuurrecht	20
3.3	Bescherming binnen het sociaal contract: drie mogelijkheden	23
4	Waarden van het recht	27
4.1	Individuele rechten en rechtssubjectiviteit	27
4.2	Doelmatigheid en bescherming	29
4.3	Recht en zekerheid	29
4.4	De drie klassieke waarden van Radbruch	31
4.5	Veiligheid en de waarden van het recht	34
5	Conclusie	35

Hoofdstuk III

Veiligheid en constitutie

1	Inleiding	37
2	Constitutie en grondwet	37
3	Het sociaal contract en de constitutie	39

4	Veiligheid in de constitutie in formele zin	39
4.1	Inleiding	39
4.2	Declaration of Independence van 1776	40
4.3	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van 1789	43
4.4	Veiligheid: een inbedding in fundamentele waarden	46
4.5	Veiligheid en Nederlandstalige documenten	47
4.5.1	Inleiding	47
4.5.2	De Verklaring van de rechten van de mens en de burger van 1795	48
4.5.3	De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798	50
4.5.4	De Staatsregeling des Bataafschen Volks van 1801 en 1805	54
4.5.5	De Constitutie voor het koninkrijk Holland	57
4.5.6	De Grondwet van 1814	58
4.5.7	De Grondwetten na 1815 en voor 1983	60
4.5.8	De Grondwet van 1983	63
4.6	De externe veiligheid en de constitutie	64
4.6.1	Inleiding	64
4.6.2	Defensie en de Nederlandse constitutie	65
4.6.3	Veiligheid en een uitzonderingstoestand	67
4.6.4	Veiligheid als defensie	70
5	Conclusie	71

Hoofdstuk IV

Veiligheid als grondrecht

1	Inleiding	75
2	Staatsrecht en het sociaal contract	77
3	Grondrechten	78
3.1	Theorieën van de grondrechten	78
3.1.1	Liberaal of burgerlijk-rechtsstatelijke theorie	79
3.1.2	Institutionele grondrechtstheorie	79
3.1.3	Waardentheorie	80
3.1.4	Democratisch-functionele grondrechtstheorie	81
3.1.5	Sociaalstatelijke theorie	82
3.2	Elementen van grondrechten	82
3.2.1	Veiligheid en grondrechten: de rol van de staat	83
3.2.2	Waarden in grondrechten	85
3.2.3	Geen uitsluitel over de rol van de rechter	86
3.3	Grondrechten: een nadere omschrijving	87
3.4	De relaties waarin grondrechten werkzaam zijn	89

3.5	Klassieke en sociale grondrechten	92
3.5.1	Het belang van opname van rechten in de Grondwet	95
3.6	Het recht op veiligheid in de Grondwet	96
3.6.1	Het recht op veiligheid in het wetsvoorstel	100
3.6.1.1	Veiligheid: geen extra legitimatie voor schendingen van fundamentele rechten door de staat	102
4	Conclusie	105

Hoofdstuk V

Veiligheid en politie(taak)

1	Inleiding	109
2	De politietaak: een korte omschrijving	110
3	De politietaak volgens de Politiewet 1993	111
3.1	Artikel 2 Politiewet 1993	111
3.2	Artikelen 12 en 13 Politiewet 1993	114
3.3	Het wettelijk kader: de wetsgeschiedenis nader bezien	119
3.4	Het jurisprudentiële kader	124
3.4.1	Grenzen, onderzoeksmethoden en uitzonderingen: de Wet BOB en de Wet terroristische misdrijven	134
3.4.2	Bestuursrechtelijke ontwikkelingen	137
3.4.3	De grenzen van artikel 2 Politiewet 1993 vanaf 1998	138
4	Conclusie	144

Hoofdstuk VI

Veiligheid als positieve verplichting

1	Inleiding	147
2	De invulling van de positieve verplichting	148
2.1	De positieve verplichting	148
2.2	Art. 2 EVRM en de positieve verplichting	150
2.3	De positieve verplichting in de zaak Osman versus the UK	153
2.3.1	De positieve verplichting en artikel 1 EVRM	156
2.3.2	De invulling van de positieve verplichting tot bescherming van het leven	157
2.3.3	De redenering van het Hof: causaal verband vereist	160
2.4	De positieve verplichting en de persoonlijke levenssfeer	164
2.5	De kennis die autoriteiten hebben of behoren te hebben	169
3	Conclusie: de positieve verplichting in het licht van art. 2 Politiewet 1993	181

Hoofdstuk VII

Slotbeschouwing

1	Inleiding	183
2	De vragen van het onderzoek	183
3	Strafrechtelijke preventie	186
4.	De lessen van Osman	190
	Politie	191
	Openbaar ministerie	192
	Rechter	193
	Aangevers van strafbare feiten	194
	Wetgever	194
	Slot	196
	Literatuur	197
	Jurisprudentie	211

Veiligheid: bescherming van de burger tegen medeburgers

1 Veiligheid als centrale opdracht van de staat

De zorg voor veiligheid behoort van oudsher tot de centrale opdrachten van de staat, zelfs zijn belangrijkste, menen sommigen.¹ De mens wil veilig zijn en zich veilig voelen en de staat dient ertoe bij te dragen dat doel te realiseren. Een dergelijk uitgangspunt maakt direct duidelijk dat het denken over veiligheid niet los gezien wordt van het denken over de staat. Een opvatting over veiligheid impliceert een opvatting over de staat. In het vervolg van deze studie wordt duidelijk dat veiligheid een belangrijke factor was, en nog steeds is, om een bepaald samenlevingsverband in theorie en praktijk te construeren en om de verhouding tussen staat en burger te legitimeren. In de literatuur wordt aangegeven dat het woord 'staat' betrekkelijk laat in de geschiedenis een rol is gaan spelen.² Het gaat dan wel om het gebruik van het woord in een betekenis die verwant is aan het hedendaagse gebruik. Dit zou pas rond de zestiende en zeventiende eeuw hebben plaats gevonden.³ In deze periode moeten we de eerste contouren van de moderne staat plaatsen.⁴

Volgens Isensee was het kenmerk van de moderne staat dat veiligheid centraal stond; de mens wilde bescherming tegen zijn medemensen en de instelling van een bepaald samenlevingsverband moest die veiligheid waarborgen.⁵ Leven, vrijheid en bezit van de één moest niet zo maar door de ander bedreigd en geschonden kunnen worden. De staat moest hier bescherming bieden. Met deze

¹ Raes 1994, p. 18.

² Van der Pot 2006, p. 3.

³ Weinacht 1968, p. 60. Van der Pot 2006, p. 11, waar men stelt dat men het moderne staatsbegrip wel laat beginnen met Machiavelli (1469-1527). Voor de betekenis van 'staat' in juridische zin in het Nederlandse staatsrecht en volkenrecht zie Kortmann 1997 p. 8-9 respectievelijk p. 11-14.

⁴ Het Latijnse *status* speelt een belangrijke rol in de betekenis van ons woord 'staat'. Het is een woord met juridische en politieke betekenis. *Status* had van doen met de positie van personen op basis van het recht en werd door de Romeinen verbonden met de aangelegenheden van alle burgers, de rust en veiligheid van de stad, het karakter van de regering, Weinacht 1968, p. 32.

⁵ Het is uiteraard niet zo dat veiligheid hiervoor geen (enkele) rol speelde in een samenlevingsverband. Het in de vorige noot aangehaalde Latijnse *status* omvatte eveneens veiligheid en in het vervolg van deze studie zal het Latijnse *securitas* nog nader aan de orde komen.

opdracht aan de staat om voor veiligheid te zorgen en de daaraan gekoppelde positie en middelen ontstond vervolgens echter behoefte aan bescherming tegen de staat zelf. Niet alleen een medeburger kon inbreuk maken op de vrijheid van het individu maar ook de staat. Die beschikte immers over het monopolie op het gebruik van geweld en had daartoe een leger of politieapparaat ter beschikking. De bescherming van de burger tegen de machtige staat kenmerkt volgens Isensee de omvorming van de moderne staat in een rechtsstaat. Veiligheid als bescherming tegen het gedrag van anderen bleef de basis van het samenlevingsverband maar er werd als het ware op verder gebouwd. De bescherming tegen de staat betreft een tweede trede in deze ontwikkeling. Als derde trede voegt hij daar de overgang naar een sociale staat, of wat wij aanduiden als verzorgingsstaat, aan toe. Toen de angst voor inbreuken op de vrijheid van de burger door medeburgers en de staat zelf verdisconteerd was in het begrip ‘staat’, moest de angst voor economische risico’s zo veel mogelijk worden weggenomen en kreeg sociale zekerheid een plaats binnen het moderne staatsbegrip.⁶ Welzijn en welbevinden kwamen hiermee centraal te staan.

Met de ontwikkeling van het moderne staatsbegrip zien we dat het individu steeds meer centraal komt te staan. In de hiervoor geschetste ontwikkeling van de moderne staat, rechtsstaat en verzorgingsstaat ligt de nadruk achtereenvolgens op de bescherming van leven en bezit van het individu tegen anderen, bescherming van de vrijheid van het individu tegen de staat en bescherming van het welzijn of welbevinden van het individu. In dezelfde periode ontwikkelt het concept van natuurlijke rechten van de mens zich tot in constituties en verdragen neergelegde grond- en mensenrechten. Een burger die door middel van grondrechten de mogelijkheid krijgt om zich te ontplooiën en te emanciperen zal ook een bepaalde mate van zelfstandigheid toegedacht krijgen, hoewel niet verondersteld kan worden dat een ieder van deze vrijheid en rechten – op dezelfde wijze of in dezelfde mate – gebruik zal maken. Maar de erkenning van deze eigenheid en zelfstandigheid van het individu en de juridische verankering van mogelijkheden ter verwerkelijking hiervan roepen in het kader van veiligheid de vraag op in hoeverre de burger zelf mede verantwoordelijkheid draagt voor deze veiligheid.

2 Veiligheid en bescherming van fundamentele rechten

Een burger heeft in de democratische rechtsstaat naar Nederlandse maatstaven onder meer recht op vrijheid van levensovertuiging, vrijheid van meningsuiting, bescherming van de persoonlijke levenssfeer en op de onaantastbaarheid van

⁶ Isensee 1983, p. 3-18, met name p. 17 over de drie treden.

zijn lichaam. Deze rechten zijn vastgelegd in de Grondwet en verschillende verdragen. Ze bieden de burger niet alleen bescherming tegen de staat maar in bepaalde gevallen ook tegen medeburgers. Het individu moet zichzelf kunnen ontplooiën zonder daarbij inmenging van staat en medeburgers op bepaalde gebieden te hoeven dulden. Nu zal de gedachte van de bescherming van de burger tegen staat en medeburger in brede kring worden onderschreven; de juridische uitwerking daarvan via de grond- en verdragsrechten heeft echter voor de nodige discussie gezorgd. In die rechten is de vrijheid van de burger tot uitdrukking gebracht. Deze vrijheid heeft binnen het moderne staatsbegrip een verband met veiligheid, zoals Isensee heeft aangegeven; de eerstgenoemde lijkt als het ware op de laatstgenoemde gegrond. Lezing van een grondrecht als 'ieder heeft recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer', roept in het algemeen het idee op dat dit recht ziet op bescherming tegen zowel de staat als medeburgers. Want is de waarde van dergelijke fundamentele rechten niet minimaal wanneer deze de burger uitsluitend beschermen tegen inmenging door de staat en niet tegen inmenging door medeburgers? En volgens Isensee was het juist om bescherming tegen anderen begonnen.

De werking en toepassing van grondrechten in horizontale verhoudingen is echter geen vanzelfsprekendheid. In de literatuur stelt men wel dat in het algemeen wordt aangenomen dat grondrechten oorspronkelijk alleen werking hadden in de relatie tussen overheid en burger.⁷ Dat betekent niet dat deze rechten in horizontale relaties nog steeds geen enkele werking hebben. Bij de laatste grote grondwetsherziening in 1983 is hierover uitgebreid gediscussieerd. De uitkomst van die discussie daargelaten, is er echter een andere reden die maakt dat het niet voor de hand ligt in dit onderzoek de hiervoor geschetste verhoudingen en verantwoordelijkheden uitsluitend of met name te onderzoeken via de grondrechten zoals die zijn opgenomen in de Grondwet. Die reden is onder meer gelegen in het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. In samenhang met hetgeen in artikel 93 Grondwet is bepaald omtrent de ieder verbindende verdragsbepalingen, heeft de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens over de verdragsrechten zoals neergelegd in het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) een belangrijke plaats ingenomen in de Nederlandse rechtsorde. In die rechtspraak moet dan ook het antwoord worden gevonden op een aantal vragen dat in dit onderzoek aan de orde komt.

Wanneer een burger een ongeoorloofde inbreuk maakt op één van de fundamentele rechten of vrijheden van een andere burger moet de staat hier tegen optreden, dat is waar de beschermingsplicht voor staat. Een rechtsorde als de

⁷ Akkermans & Koekkoeck 1992, p. 20.

Nederlandse kent een aantal maatregelen en voorzieningen daartoe. De belangrijkste juridische mogelijkheden liggen niet zozeer in grondwet of verdrag maar in het strafrecht. Het streven naar veiligheid als bescherming tegen (gedrag van) anderen is nauwelijks voor te stellen zonder het strafrecht. De bescherming van leven, vrijheid en bezit is daarin op een directe wijze geregeld, zowel materieel als formeel. Wanneer men in een samenleving een aantal zaken goed regelt binnen het strafrecht, zal de staat in redelijke mate aan de beschermingsplicht voldoen. De toets aan fundamentele rechten in bepaalde gevallen dient er dan toe om de grenzen van strafrecht en strafvordering nader te verkennen en te markeren. In dit onderzoek gaat het om de eisen die gesteld worden aan de Nederlandse autoriteiten om de fundamentele rechten van een burger tegen inbreuken daarop door een andere burger te beschermen. Komt de staat de beschermingsplicht voldoende na of zijn bepaalde maatregelen noodzakelijk?

3 Osman versus the United Kingdom

Een zaak die als een leidraad dient in dit onderzoek is *Osman versus the United Kingdom* waarin de hiervoor besproken plicht aan de orde is.⁸ Deze zaak betreft een mogelijke schending van art. 2 EVRM; het recht op leven. Dit recht drukt één van die fundamentele waarden uit die sinds de opkomst van de moderne staat, het denken in de leer van het sociale contract en de formulering van natuurlijke rechten expliciet wordt genoemd en aldus nauw verbonden lijkt met de betekenis van veiligheid. In dit arrest dienen Mulkiye en Ahmet Osman een klacht in tegen het Verenigd Koninkrijk omdat de autoriteiten volgens hen hebben nagelaten te handelen op basis van een serie duidelijke waarschuwingssignalen waaruit bleek dat Paul Paget-Lewis een serieuze bedreiging was voor de lichamelijke veiligheid van Ahmet Osman en zijn familie.

In de loop van 1986 ontwikkelt Paul Paget-Lewis, leraar op de *Homerton House School* in Londen, een bijzondere genegenheid voor een van de leerlingen, de 14-jarige Ahmet Osman. Hij geeft Ahmet geld en cadeaus, en neemt foto's van hem. Een schoolvriend van Ahmet, Leslie Green, wordt door Paul Paget-Lewis uitgemaakt voor een *sexual deviant* en op een bepaald moment achtervolgt de leraar de jongen naar huis en blijft hij daar vervolgens 45 minuten staan. Paget-Lewis is jaloers op de vriendschap tussen de jongens en schildert Leslie af als gemeen en noemt hem een kwade invloed.

⁸ EHRM 28 oktober 1998, *RJ&D ECHR* 1998, alle uitspraken van het Hof zijn te vinden op de website <http://www.echr.coe.int/echr>.

Volgens verklaringen van zowel Leslie als Ahmet wordt Ahmet bedreigd door Paget-Lewis die zegt dat hij hem wel zal weten te vinden wanneer hij de school zal verlaten. In gesprekken met vertegenwoordigers van de school en de familie Osman maakt de moeder van Ahmet haar wens kenbaar dat Ahmet wordt overgeplaatst naar een andere school.

Volgens een betrokkene van de school wordt het gedrag van Paget-Lewis jegens Ahmet aan de politie doorgegeven. De betrokken politiefunctionaris blijkt zich later echter niet te kunnen herinneren dat bepaalde zaken besproken zijn en heeft geen verslagen van de gesprekken die in dit kader met vertegenwoordigers van de school zijn gehouden. Alle betrokkenen zouden tevreden zijn geweest dat er geen seksueel element zat in de genegenheid van Paget-Lewis jegens Ahmet en de zaak zou intern door de school worden opgelost.

Er volgen nog enkele incidenten en bovendien blijkt het dossier van Ahmet op de school te zijn gestolen. Zijn overplaatsing naar een andere school vindt plaats in maart 1987, maar door problemen met het programma keert hij na twee weken weer terug naar *Homerton House*.

In april 1987 verandert Paget-Lewis zijn naam in Paul Ahmet Yildirim Osman. Het schoolhoofd licht *the Inner London Education Authority* (ILEA) hierover in en uit zijn bezorgdheid over de mogelijke bedreiging van de veiligheid van Ahmet. Tevens geeft hij aan dat Paget-Lewis zo snel mogelijk van de school verwijderd zou moeten worden.

Er zijn verdere contacten tussen de school en de politie, maar de betrokken politiefunctionarissen kunnen zich later niet herinneren over bepaalde zaken geïnformeerd te zijn. De school onderhoudt verder ook contact met de ILEA. De ILEA psychiater adviseert in eerste instantie dat Paget-Lewis blijft lesgeven op de school maar dat hij psychiatrische hulp en psychotherapie krijgt.

De familie Osman heeft te maken met verschillende incidenten. Zo wordt een steen door een ruit van hun huis gegooid en zijn de banden van hun auto twee keer opzettelijk beschadigd. De moeder van Leslie Green informeert het hoofd van de school dat Paget-Lewis haar zoon (achter)volgt en dat zij hem heeft ondergebracht bij haar zuster.

Paget-Lewis wordt in juni 1987 geschorst hangende een onderzoek van de ILEA naar 'onprofessioneel gedrag' jegens Ahmet Osman. In augustus 1987 wordt de schorsing opgeheven maar krijgt Paget-Lewis een reprimande en wordt het hem verboden terug te keren naar *Homerton House*. Hij begint te werken als invalkracht bij twee andere scholen.

Vanaf augustus 1987 krijgt de familie Osman te maken met een opeenvolging van incidenten waarbij door vandalisme hun huis en auto worden beschadigd. In december van dat jaar komt een auto waarin Paget-Lewis achter het stuur zit, in botsing met een busje waar Leslie Green in zit. In een politieverklaring betreffende het vermeende opzettelijk rammen van het busje door Paget-Lewis, stelt de bestuurder van het busje dat Paget-Lewis na het ongeluk had gezegd dat hij zich geen zorgen maakte omdat hij binnen een paar maanden toch levenslang zou krijgen.

Vanaf december 1987 heeft de politie verschillende malen contact met de ILEA, de families Osman en Green en de school. De verklaringen over een aantal van deze contacten lopen uiteen. Zo zou volgens de familie Osman de betrokken politiefunctionaris hebben gezegd dat hij wist dat Paget-Lewis verantwoordelijk is voor het vandalisme en hen toezeggingen hebben gedaan omtrent hun veiligheid. Uit het rapport van de politiefunctionaris blijkt dat er geen bewijs is voor het vandalisme dat in de richting van Paget-Lewis wijst maar dat er geen twijfel over bestaat dat hij volgens alle betrokkenen verantwoordelijk is.

In contacten tussen Paget-Lewis en de ILEA uit eerstgenoemde onder meer bedreigingen richting Perkins, plaatsvervangend hoofdonderwijzer van *Homerton House*. De politie wordt geïnformeerd. De lezingen over de contacten lopen uiteen. In ieder geval staat vast dat de betrokken politiefunctionaris in december 1987 een telex heeft verzonden naar het politiebureau in de buurt van het huis van Perkins. De telex bevat onder meer de mededeling dat vage bedreigingen zijn geuit aan het adres van Perkins en het verzoek om routinematig aandacht te besteden aan diens huis. De telex bevat eveneens een beschrijving van Paget-Lewis en het registratienummer van zijn auto.

In januari 1988 begint de politie een procedure bij *the Magistrates' Court* in het kader van een mogelijke vervolging van Paget-Lewis op grond van onvoorzichtig rijgedrag. Bovendien wordt zijn naam in de *Police National Computer* opgenomen omdat hij wordt gezocht in relatie tot de eerder vermelde botsing en op verdenking van vandalisme.

Begin maart wordt Paget-Lewis verschillende malen gezien bij het huis van de familie Osman. Op 7 maart wordt hij door verschillende mensen bij het huis gezien. Rond 23.00 uur die dag heeft hij Ali Osman doodgeschoten en zijn zoon Ahmet zwaar verwond. Daarna is hij naar het huis van Perkins gereden waar hij de hoofdonderwijzer heeft verwond en diens zoon heeft doodgeschoten.

Op 28 oktober 1988 wordt Paget-Lewis veroordeeld wegens doodslag, nadat hij schuld had bekend op grond van verminderde toerekeningsvatbaarheid en wordt hij voor onbepaalde duur opgenomen in een gesloten psychiatrische inrichting.⁹

In deze zaak staat het recht op leven centraal omdat daarvan uiteindelijk onomstotelijk is vastgesteld dat dit recht door Paget-Lewis is geschonden. Maar volgens de klagers is dat niet het enige recht dat door hem is geschonden; vrijheid en bezit van betrokkenen zijn eveneens geschonden. Zo is onder meer sprake van vernielingen aan huis en auto, een gestolen of verdwenen dossier, een al dan niet opzettelijke aanrijding en is Ahmet Osman noodgedwongen tijdelijk van school veranderd. Hoewel de moderne staat als doelstelling heeft leven, vrijheid en bezit te beschermen, zullen deze klagers oordelen dat de Britse autoriteiten daarin ernstig tekort zijn geschoten. Of het Europese Hof(EHRM) ook zo oordeelt ten aanzien van het recht op leven komt later in dit onderzoek aan de orde. Hier is van belang dat *Osman versus the United Kingdom* een uitstekend voorbeeld is van waar veiligheid voor kan staan. Veiligheid houdt hier de bescherming in door de staat van fundamentele waarden uitgedrukt in fundamentele rechten van de burger tegen inbreuken daarop door een medeburger. In het dagelijks leven kunnen die waarden in onderlinge verhoudingen tussen burgers op allerlei manieren tekort worden gedaan. Voorts laat deze zaak zien dat in verschillende stadia van een beschermingsplicht van de staat sprake kan zijn wanneer het gaat om fundamentele rechten. Zoals later in dit onderzoek aan de orde komt, geven de klagers aan dat zij niet begrijpen dat de autoriteiten niet (eerder) hebben ingegrepen. Zij hebben toch immers gewaarschuwd en aangegeven wie hen bedreigde en lastig viel? Er was toch sprake van criminaliteit? Desondanks duurde het nog geruime tijd voordat de autoriteiten enige actie ondernamen. Die actie was uiteindelijk uitermate gering en kon niet meer voorkomen dat er twee dodelijke slachtoffers vielen.

4 Probleemstelling

In dit onderzoek staat veiligheid in de zin van bescherming van de burger tegen crimineel gedrag van een medeburger centraal waarbij de nadruk ligt op de preventieve taak van de staat. Met crimineel gedrag wordt bedoeld op gedrag dat door het strafrecht wordt bestreken. Of bepaald gedrag al dan niet terecht strafbaar is gesteld, is in dit onderzoek niet aan de orde. Voorts wijst crimineel gedrag in de richting van bepaalde autoriteiten binnen de staat. Het gaat er hier om

⁹ EHRM 28 oktober 1998 (*Osman versus the United Kingdom*), par. 11-59.

wat de justitiële autoriteiten in een zo vroeg mogelijk stadium kunnen en moeten doen. De klagers in *Osman versus the UK* zijn immers van mening dat de autoriteiten de fatale afloop in die zaak hadden kunnen voorkomen door eerder en dus preventief op te treden. De vraag die in dit onderzoek beantwoord wordt, betreft het preventieve handelen van de autoriteiten in het licht van de bescherming van fundamentele rechten. Alvorens die vraag beantwoord kan worden, moet eerst wat dieper dan in dit hoofdstuk is gedaan de context van veiligheid in deze betekenis worden gezien. Noties als de moderne staat, het sociaal contract en natuurlijke rechten zijn hiervoor slechts kort aan de orde geweest en behoeven uitgebreidere bestudering om deze betekenis van veiligheid beter en nader te kunnen duiden. De eerste onderzoeksvraag luidt dan ook:

- Wat is de rechtstheoretische inbedding van veiligheid in deze betekenis?

Vanuit de rechtstheoretische inbedding van veiligheid in deze betekenis leg ik vervolgens de relatie met de fundamentele rechten, zoals neergelegd in grondwet en verdrag. Hoewel volgens onderzoek een meerderheid van de Nederlandse bevolking daar een ander idee van heeft, staat veiligheid niet expliciet als grondrecht in de Grondwet.¹⁰ Dat wil uiteraard niet zeggen dat het geen enkele rol speelt in onze constitutie. Zeker niet wanneer die in brede zin wordt gezien en daarbij ook verdragen worden betrokken. Na de theoretische inbedding komt dan ook de juridische inbedding van veiligheid aan de orde. De leidende vraag die daarbij beantwoord moet worden is:

- Is veiligheid in deze betekenis een grondrecht?

Daarbij wordt aandacht besteed aan veiligheid als mogelijk klassiek of sociaal grondrecht en wordt voorts het verband gelegd met strafrecht en verdragsrechten. Met de beantwoording van de vraag of veiligheid al dan niet een grondrecht is, zal ongeacht de uitkomst nog geen toereikend antwoord zijn gegeven op de centrale onderzoeksvraag naar het preventieve handelen van de justitiële autoriteiten in het kader van inbreuken door burgers op fundamentele rechten van andere burgers. Om over dit laatste iets te kunnen zeggen, moet eerst duidelijkheid bestaan hoe preventief handelen en optreden door de politie in de Nederlandse rechtsorde strafrechtelijk is genormeerd en gelegitimeerd. De volgende onderzoeksvraag luidt dan ook als volgt:

¹⁰ Van Dijk en Flight 1998.

- Welke eisen zijn af te leiden uit artikel 2 Politiewet 1993 op grond waarvan de politie preventief kan optreden?

Daarbij komt onder meer aan de orde in hoeverre preventief optreden door de politie zijn begrenzing vindt in artikel 8 EVRM. De bescherming van de privacy vormt een groot beletsel voor de autoriteiten om in een vroeg stadium de persoonlijke levenssfeer van een burger binnen te dringen. Ook tegen de staat zelf wordt de burger immers beschermd. Die moet dus wel gegronde redenen hebben om zich in diens leven te mengen. In de jurisprudentie over artikel 2 Politiewet 1993 speelt de privacy dan ook een belangrijke rol en op grond daarvan zijn verplichtingen aangegeven waar de autoriteiten zich aan dienen te houden. Deze kunnen als negatieve verplichtingen worden aangeduid: de autoriteiten mogen onder die en die voorwaarden niet in de persoonlijke levenssfeer van een burger treden. Daarmee is weliswaar aangegeven in welke gevallen ze wel in die levenssfeer mogen treden maar niet wanneer ze dat zouden moeten. En dat laatste is wat in dit onderzoek centraal staat. De staat heeft een beschermingsplicht en dient in bepaalde gevallen dan ook als beschermer, als hoeder, van de fundamentele rechten van burgers op te treden. De vraag is hier wanneer de staat daarvoor in de vrijheid van medeburgers mag en vooral moet ingrijpen. De laatste onderzoeksvraag luidt dan ook als volgt:

- In welke gevallen, dat wil zeggen onder welke voorwaarden, moeten de Nederlandse autoriteiten preventief optreden ter bescherming van een mogelijke, toekomstige schending van een fundamenteel recht van een burger door een medeburger?

Bij deze laatste vraag bezie ik de positieve verplichting die op lidstaten vanwege art. 2 EVRM rust. Omdat *Osman versus the UK* hier als leidraad dient, betreft het de positieve verplichting tot bescherming van het recht op leven, het recht dat in die zaak aan de orde is. Het discours spitst zich in het algemeen toe op de verhouding tussen de mogelijkheden van de autoriteiten en de beperkingen die daarvoor gelden vanuit art. 8, maar ook art. 5, EVRM ter bescherming van de vrije sfeer van de burger of van een mogelijke verdachte. In dit onderzoek wordt de invalshoek verschoven naar de bescherming van de vrije sfeer van de burger als (mogelijk) slachtoffer. De autoriteiten dienen onder bepaalde omstandigheden te voorkomen dat een burger slachtoffer wordt van een medeburger en dat daardoor het recht op leven van die burger wordt geschonden. Het kader dat uit dat deel van het onderzoek volgt, wordt verbonden met art. 2 Politiewet 1993.

5 Werkwijze

De beantwoording van bovenstaande vragen bepaalt in belangrijke mate de hoofdstukkenindeling van dit onderzoek. In hoofdstuk 2 komt de rechtstheoretische inbedding van veiligheid in deze betekenis aan de orde. Veiligheid wordt na een korte etymologische duiding in een historische context geplaatst. Vervolgens zoek ik op relevante punten aansluiting bij de rechtstheorie waarbij naast de rechtstheoretische inbedding van veiligheid eveneens het algemene rechtstheoretische denkkader wordt geëxpliciteerd en toegelicht. In de hoofdstukken 3 en 4 komt vervolgens de relatie tussen veiligheid, constitutie en grondrechten aan bod. In hoofdstuk 3 worden in chronologische volgorde constituties vanaf de 18e eeuw bezien die van invloed zijn geweest op de betekenis van veiligheid in de huidige Nederlandse Grondwet. In hoofdstuk 4 wordt op basis van de uitkomsten van hoofdstuk 3, aan de hand van verschillende theorieën over grondrechten en een aantal kenmerken van klassieke en sociale grondrechten bekeken of veiligheid een klassiek of sociaal grondrecht behoort te zijn. In hoofdstuk 5 staat art. 2 Politiewet 1993 centraal. Op basis van oude en huidige wetgeving, wetsgeschiedenis en jurisprudentie geef ik een schets van de gevallen waarin de autoriteiten preventief mogen optreden. In hoofdstuk 6 komt vervolgens de positieve verplichting in het licht van artikel 2 EVRM aan de orde. Op basis van jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens beschrijf ik in welke gevallen de autoriteiten preventief moeten optreden en schets ik een kader dat aangeeft in welke gevallen en onder welke voorwaarden en omstandigheden de autoriteiten moeten optreden om een fundamenteel recht van een burger te beschermen tegen een inbreuk door een medeburger. In hoofdstuk 7 volgt tot slot een beschouwing over de betekenis van veiligheid en de relatie met vrijheid, de mate van bescherming en de positieve plicht die op de staat rust.

Veiligheid en sociaal contract

1 Inleiding

In de theorie over de verhouding tussen staat en burger, de verhouding tussen burgers onderling en over de rol van het recht daarin ligt de nadruk van oudsher vaak op begrippen als soevereiniteit en vrijheid. Bij dit laatste betreft het voornamelijk de vrijheid van de burger ten opzichte van de staat. Dit heeft vooral tot theorievorming over de verhouding tussen staat en burger geleid. In dit onderzoek staat weliswaar de verhouding tussen burgers centraal maar die wordt gezien in het licht van de rol van de staat. Voor de staat is een belangrijke rol weggelegd wanneer het de veiligheid van de burger betreft. Hoewel het hier de bescherming van fundamentele rechten betreft in relaties tussen burgers onderling, ligt de focus uiteindelijk dus toch op de verhouding tussen staat en burger. Die verhouding is onder meer tot uitdrukking gebracht in de leer van het sociaal contract. Deze leer is hier dan ook het uitgangspunt. Dat betekent dat aansluiting wordt gezocht bij de hoofdpunten van die leer zoals die door enkele van de belangrijkste denkers van het sociaal contract zijn verwoord. Daarbij streef ik er nadrukkelijk niet naar zelf een zo volledig mogelijk theoretisch model te ontwikkelen waarin de begrippen veiligheid, staat, burger en recht hun plaats vinden. Toch wil en kan ik niet zonder ook maar enige nadere duiding van de inhoud van en verhouding tussen deze begrippen voorbij gaan.

In dit hoofdstuk onderzoek ik dan ook aan de hand van voornamelijk het sociaal contract de betekenis van veiligheid in de zin van de beschermingsplicht van de staat van de fundamentele rechten van een burger tegen een mogelijke schending door een medeburger. Na veiligheid heel kort in een etymologisch licht te bezien, volgt een beknopt historisch overzicht van de ontwikkeling van de betekenis van het begrip veiligheid. Aan de hand daarvan volgt een schets van belangrijke waarden waar veiligheid mee kan worden verbonden. Dat betekent dat aan de orde komt welke betekenissen aan veiligheid worden toegekend en welke andere begrippen daarbij van belang zijn. Vervolgens komt het recht aan de orde. Het recht brengt een aantal waarden tot uitdrukking en de beschreven begrippen en veiligheid nemen daarin een belangrijke plaats in. Van daaruit kan in het volgende hoofdstuk worden aangesloten bij de relatie tussen veiligheid en de constitutie.

2 Veiligheid in historisch perspectief

2.1 Veilig en zeker in etymologische zin

Wie er een woordenboek op naslaat komt al snel tot de ontdekking: veilig is een partieel synoniem voor zeker. Veiligheid en onveiligheid hebben op een bepaalde manier te maken met zekerheid en onzekerheid. De betekenissen overlappen elkaar voor een deel. Bij deze korte etymologische duiding wordt daarom zowel veilig als zeker bezien. Het woord veilig is terug te voeren op het Middelnederlandse *veilich*, op het Middelnederduitse *velich* en op het Oudfriese *felig* dat ‘trouw’, ‘dierbaar’ en ‘vriendelijk’ betekende.¹¹ Interessanter is de etymologie van zeker. Het woord zeker is afkomstig van het Middelnederlandse woord *seker*.¹² Het Latijnse *securus* ligt hier aan ten grondslag en dat betekent ‘zonder zorg, onbezorgd, betrouwbaar en vrij van schuld en straf’. Het woord zekerheid zou dan etymologisch verwant zijn met het Latijnse *securitas*. Hier treft men met *securitas* een betekenis aan die doet denken aan de betekenis van veiligheid in de zin van bescherming tegen medeburgers: in de 14e eeuw zou *securitas* onder meer betrekking hebben gehad op de veiligheid van landerijen en wegen.¹³ Wie op pad ging, verdiende bescherming tegen boeven en rovers. Ik zal de ontwikkeling van de betekenis van *securitas* nader onderzoeken om meer helderheid te verkrijgen over deze betekenis in onder meer een juridische context.

2.2 De ontwikkeling van het begrip *securitas*

2.2.1 De middeleeuwen

In het hierna volgende wordt duidelijk dat de betekenis van veilig, en uiteraard ook de taalkundige voorlopers daarvan, zich in diverse contexten heeft ontwikkeld. Dit heeft tot uiteenlopende betekenissen van het woord veilig geleid. De nadruk ligt uiteraard op de betekenis van veiligheid zoals die in dit onderzoek centraal staat. Andere betekenissen, zoals de buitenlandse of externe veiligheid, worden kort aangeduid maar verder niet onderzocht.

Zoals we hiervoor hebben gezien, is ‘veilig’ dus verwant met en terug te voeren op zeker dat ontleend is aan het Latijnse *securus*, dat onder meer ‘zonder zorg’ betekent. Het idee van het Romeinse rijk kwam tot uitdrukking in *pax*,

¹¹ De Vries 1971.

¹² In de betekenislijnen van ‘zeker’ zijn zowel naar het Oudsaksisch, het Oudhoogduits als ook het Oudengels begrippen te traceren die staan voor ‘zonder zorg, veilig, betrouwbaar en vrij van schuld en straf’.

¹³ Aldus ook ’t Hart 1994b, p. 41, waar hij verwijst naar een afbeelding op een fresco van de 14e eeuwse Italiaanse schilder Ambrogio Lorenzetti van de personificatie van veiligheid die *Securitas* wordt genoemd, en die staat voor de veiligheid van landerijen en wegen.

securitas en *libertas*. *Securitas* duidde hier op duurzaamheid en rust; op grond van de staatsmacht was men vrij van zorgen in het grote gebied waar vrede en vrijheid heerste in het Rijk. Naast deze betekenis, die verbonden was met het idee van de staat in de zin van het Romeinse rijk, betrof men het begrip vanaf de middeleeuwen ook op personen en goederen. *Securitas* werd toen gebruikt om uitdrukking te geven aan de bescherming van het leven en de eigendom. Het was het doel van alle beschermingsovereenkomsten. Deze werden door middel van een eed gegarandeerd en zonder een dergelijke georganiseerde bescherming was vrede of vrijheid in een bepaald gebied nauwelijks mogelijk.¹⁴ Zo zag *securitas* steeds meer op veiligheid van plaats, straat en markt waarbij het ging om de bescherming van onder anderen kooplui en pelgrims. De hertogen van Oostenrijk en Beieren tekenden bijvoorbeeld een overeenkomst die zag op de veiligheid van straten overal in hun gebied.¹⁵ De opvatting van veiligheid als bescherming tegen gevaar in de zin van bescherming tegen criminaliteit, met name in de openbare ruimte of het openbare leven, is al eeuwen oud en terug te voeren naar de middeleeuwen. Deze opvatting van veiligheid werd hierna in verschillende verbonden tussen (keur)vorsten voortgezet.¹⁶ Bovendien nam *securitas* in het middeleeuwse leenstelsel in het kader van de trouw van de vazallen aan de leenheer een centrale plaats in. Het stond hier voor bescherming van leven, lijf en ledematen en bezit.¹⁷

¹⁴ Vergelijk het idee van de latere moderne staat zoals in hoofdstuk I is beschreven. Veiligheid is daarin de basis(trede); zonder veiligheid zijn andere belangrijke waarden niet te realiseren. Er moet een institutie in het leven worden geroepen om daar zorg en verantwoordelijkheid voor te kunnen dragen. Veel eerder speelde een vergelijkbare gedachte dus al een rol; veiligheid als basis van waaruit vrede of vrijheid wordt bereikt.

¹⁵ 'Vertrag zur Sicherung der Handelsstrassen', van 30 april 1375, zie: *Ausgewählte Urkunden zur Verfassungs-Geschichte der deutsch-österreichischen Erblande im Mittelalter*, Innsbruck 1895, 260. Voorbeelden van eerdere overeenkomsten zijn de veiligheid van kooplui uit Bamberg en Amberg van 1163 en de marktvrede van Locarno van 1164, Brunner/Conze/Koselleck 1984, p. 835.

¹⁶ Brunner/Conze/Koselleck 1984, p. 837.

¹⁷ Ganshof, 1977, p. 88-90, opvallend hierbij is dat het niet gaat om een handelen om leven, lijf en ledematen en bezit te beschermen maar om een 'niet handelen', om juist niets te doen dat het leven, lijf en ledematen en bezit kan bedreigen. *Securitas* staat hier tegenover *fidelitas* of *fides*. Dit doet denken aan de negatieve benadering van vrijheid(srechten) waarbij de staat zich dient te onthouden van handelingen die inbreuk maken op de vrijheid(srechten) van de burger. Van een positieve verplichting lijkt nog geen sprake te zijn. In latere hoofdstukken komt dit thema bij de grond- en verdragsrechten nader aan de orde.

2.2.2 Na de middeleeuwen

Op straat diende men veilig te zijn in de zin van beschermd te worden tegen medeburgers die zich om wat voor reden dan ook buiten het algemeen geldende kader van verhoudingen plaatsten, zoals rovers en andere misdadigers. Deze betekenis van veiligheid bleef ook na de middeleeuwen van belang. Zo heeft Althusius in 1614 de beschermingsplicht van de regent jegens burgers op theoretische wijze gesystematiseerd.¹⁸ Bovendien kreeg veiligheid in deze zelfde periode een stevige verankering in de theorievorming over het sociaal contract. Daarnaast stond *securitas* ook voor de veiligheid van een bepaalde gemeenschap. In deze zin werd het meer opgevat als datgene wat wij nu zouden aanduiden met defensie: de bescherming van stad, staat of land tegen krachten van buiten. Het speelde in die betekenis steeds meer een rol in verdragen en het volkenrecht. *Securitas* werd dan ook meer en meer gezien als het doel van een politieke gemeenschap en het hoofddoel van een staat, waarin beide betekenissen – de bescherming van de burger tegen medeburgers en de bescherming van de gemeenschap als geheel in defensief opzicht – waren verbonden.¹⁹ De erkenning van beide betekenissen hield op de langere termijn juist een scheiding ervan in. Er ontstond een onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse veiligheid. De buitenlandse veiligheid behelsde bijvoorbeeld garantieverdragen met derde machten.²⁰

De binnenlandse veiligheid, de bescherming van leven en goed van de mens binnen een gemeenschap, die tot uitdrukking kwam in een natuurrechtelijk denken en centraal stond in de politieke filosofie van Hobbes en Locke, werd vervolgens steeds meer verbonden met andere fundamentele menselijke waarden en gepositieerd in verscheidene documenten die toonaangevend zouden zijn voor de constituties in West-Europa en Noord-Amerika.²¹ In de *Declaration of Independence* van de Verenigde Staten uit 1776 is sprake van *safety and happiness*. Het volk verenigt zich en stelt een regering in om zijn natuurlijke rechten veilig te stellen. Deze toegekende macht kan in bepaalde gevallen echter weer ontnomen worden en door het volk dusdanig opnieuw worden georganiseerd dat die zijn veiligheid en geluk bevorderen. De Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* uit 1789 stelt in artikel 2 als doel van elke politieke gemeenschap het behoud van de natuurlijke en onvergankelijke rechten van de mens en beoogt

¹⁸ Althusius (1614) 1994, p. 120 par. 1-4 en 155-156 par. 3-4.

¹⁹ Althusius (1614) 1994, p. 245.

²⁰ Brunner/Conze/Koselleck 1984, p. 842-844.

²¹ Met constitutie kan zowel bedoeld worden op een geschreven grondwet van een bepaalde staat als op het geheel van beginselen dat volgt uit tradities, afspraken, verhoudingen, besluiten en wetten en dat aan een bepaalde staat(sinrichting) ten grondslag ligt, zie verder hierover en de betekenis van constitutie in dit onderzoek hoofdstuk 3 paragraaf 2.

daarmee vrijheid, eigendom, veiligheid en verzet tegen onderdrukking te waarborgen. In de *Verklaring van de rechten van de mens en de burger* uit 1795 die geproclameerd werd door de provisionele representanten van het volk van Holland, wordt onder veiligheid begrepen de zekerheid niet door anderen te worden gestoord in het uitoefenen van zijn rechten.²² Kortom; een link tussen bepaalde begrippen in een zeer beperkte historische context zoals hier geschetst, in theorieën en in juridische documenten is snel gevonden.²³ De constituties en mensenrechtenverklaringen komen in het volgende hoofdstuk uitgebreid aan de orde.

2.2.3 *De uiteindelijke dubbele betekenis van binnenlandse veiligheid*

Securitas als het beschermen van leven en goed van de mens, te onderscheiden dus van de buitenlandse veiligheid als de defensie van de gemeenschap, diende niet om slechts een minimaal bestaan te waarborgen en overleving mogelijk te maken, maar moest tevens meer geluk en welzijn brengen. De hiervoor aangehaalde Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring van 1776 spreekt niet alleen van veiligheid maar tevens van geluk. In de Nederlandstalige grondwetten en staatsregelingen die in het volgende hoofdstuk aan de orde komen, treffen we vanaf dezelfde periode in een aantal van deze documenten eveneens ‘het geluk’ aan als één van de doelstellingen.²⁴ De staat kreeg daarmee niet alleen een beschermende rol toebedeeld, maar diende daarnaast een extra inspanning te leveren voor het bezorgen van geluk en welzijn. Met de formulering van deze belangrijke taak van de staat en de positivering daarvan werd de dubbele betekenis van de binnenlandse veiligheid steeds meer zichtbaar. De staat diende aan de ene kant de burger te beschermen en zich voor hem in te spannen. Zoals bij de ontwikkeling van de moderne staat in het eerste hoofdstuk al in het kort is aangegeven, diende de burger ook tegen de staat zelf beschermd te worden. De staat vergaarde door de toebedeling van beschermingstaken en daarmee gepaard gaande bevoegdheden en voorzieningen immers een potentiële en aanzienlijke machtspositie. De binnenlandse veiligheid verkreeg daarmee een dubbele betekenis en kwam duidelijk in het kader van de rechtsstaat te staan: bescherming tegen medeburgers en bescherming tegen de overheid.²⁵

²² De hier genoemde verklaringen zijn integraal te vinden in Van der Burg/Boels 1994.

²³ Dat zegt over nog niets over de betekenis daarvan; die moet door historisch en/of sociaal-wetenschappelijk onderzoek worden vastgesteld.

²⁴ Zo luidt bijvoorbeeld artikel 1 van de Staatsregeling des Bataafschen Volks van 1805: ‘Het geluk van een Volk wordt voornamelijk bevorderd door de wijsheid der Wetten welke het zich geeft’, Van Hasselt 1987, p. 128.

²⁵ Brunner/Conze/Koselleck 1984, p. 853-855 waar zij in het kader van veiligheid wijzen op de ontwikkeling sinds de 19e eeuw van het begrip rechtsstaat. Deze dubbele betekenis van veiligheid moet, zoals uit de tekst blijkt, weer onderscheiden worden van de twee verschillende

Deze ontwikkeling zien we eveneens terug in de theorie van het sociaal contract. De prominente rol die de betekenis bescherming tegen medeburgers was gaan innemen, leidde mede tot de behoefte aan een theoretische onderbouwing waarbij bescherming in deze zin werd geboden zodat de veiligheid zo goed mogelijk kon worden gewaarborgd. Wanneer deze bescherming als uitgangspunt werd genomen in de theorie van het sociaal contract liet deze daarmee toe dat de beschermer die de veiligheid diende te garanderen een grote macht over de burgers zou kunnen verkrijgen. In het denken over het sociaal contract werd daarmee de samenhang tussen veiligheid en vrijheid duidelijk. Om de individuele vrijheid optimaal te laten zijn, betekende dit dat volgens sommige denkers naast de bescherming tegen medeburgers eveneens de bescherming van de burgers tegen hun grote beschermer een belangrijke plaats in de theorie moest hebben. Volgens een dergelijke leer zijn de bescherming tegen de medeburger en de bescherming tegen de staat dan ook onverbrekkelijk met elkaar waren verbonden. Deze dubbele betekenis heeft zich via de notie van de democratische rechtsstaat en later de verzorgingsstaat, stevig verankerd in onze rechtsorde.

3 Het sociaal contract

3.1 Veiligheid als hoeksteen van de gemeenschap: bescherming van leven en goederen van het individu

In de theorievorming over het sociaal contract geldt veiligheid als de hoeksteen van de overeenkomst. De bescherming van de mens tegen de anderen in zijn leefomgeving staat centraal. Aan de hand van een gedachte-experiment wordt de toestand van de mens beschreven zoals die gedacht kan worden zonder staat of regering. De begrippen natuurtoestand en sociaal contract die worden gebruikt hebben dan ook een fictief karakter en zien niet op de beschrijving van een historische situatie. Het gaat er in eerste instantie om de bescherming van het leven van de mens te doordenken. Als wij ons de mens voorstellen in een toestand die vooraf gaat aan de vorming van een politieke gemeenschap, vooraf aan wat wij met het begin van beschaving aanduiden, dan denken we wellicht aan een toestand waarin de mens in volledige vrijheid leeft, geregeerd door voornamelijk instinct en natuur. Uiteraard kan er dan ook al sprake zijn van (leven in) een gemeenschap. Een groep mensen die in een bepaald gebied in een

betekenissen van veiligheid als buitenlandse of externe veiligheid wanneer het de defensie betreft, en veiligheid als binnenlandse of interne veiligheid wanneer het de bescherming van de burger tegen medeburgers betreft.

bepaalde periode samenleeft, vormt een gemeenschap naar plaats en tijd.²⁶ Maar waar het bij deze overeenkomst om gaat is dat de mens met de anderen in de gemeenschap bepaalde afspraken gaat maken die gevolgen hebben voor die volledige vrijheid.²⁷ Die afspraken leveren een spanning op tussen vrijheid en veiligheid.

Deze volledige vrijheid is bij nader inzien niet zo aantrekkelijk als deze op het eerste gezicht lijkt. Om te overleven, zal de mens in ieder geval zuurstof, vocht, voedsel en bescherming tegen klimatologische invloeden in de vorm van behuizing en kleding nodig hebben. Dat betekent dat de bescherming van het leven van de mens nauw verwant is met het toegang hebben tot en de bescherming van bepaalde middelen. Naast de bescherming van het leven staat dan ook de bescherming van bepaalde middelen centraal. Volledige vrijheid impliceert dat wanneer de één deze middelen kan verwerven en aanwenden, ook de anderen zich dezelfde middelen kunnen toe-eigenen. Zolang het om een beperkt aantal mensen gaat in een gebied met een redelijke omvang en zolang er in ruime mate middelen aanwezig zijn, hoeft dit niet tot veel problemen te leiden. Zodra echter de groep mensen in omvang toeneemt en/of de middelen schaarser worden, kan een strijd ontstaan tussen individuen onderling, individu en subgroep, of subgroepen onderling. Daar biedt het sociaal contract uitkomst. De leden van de groep maken afspraken over bepaalde zaken en daarmee beëindigen of voorkomen ze deze strijd en waarborgen ze de bescherming van leven en bepaalde middelen. Daarmee komt een sociaal contract tot stand waarvan veiligheid de hoeksteen is. De groepsleden weten zich beschermd tegen de overige groepsleden in de zin dat hun leven en bezittingen zijn beschermd tegen aantasting daarvan door anderen.

De theorie van het sociaal contract biedt ruimte aan de mogelijkheid van een centrale staatsmacht die straffend kan optreden. Hoewel we in paragraaf 2 van dit hoofdstuk hebben gezien dat in de Middeleeuwen de zogenoemde beschermingsovereenkomsten waarbij kooplieden en pelgrims werden beschermd een belangrijke rol gingen spelen, betekent dat niet dat in die periode de notie van een centrale overheid heeft postgevat. Hierbij is uiteraard de dan heersende visie op mens en wereld mede bepalend. De socioloog Elias stelt dat in de middeleeuwen uitbarstingen van wreedheid iemand niet direct buiten het maatschap-

²⁶ Het gaat hier niet om de vraag of we uit moeten gaan van het individu of van de gemeenschap. In het vervolg komt deze vraag impliciet aan de orde wanneer veiligheid als natuurrecht wordt gezien en de nadruk wordt gelegd op van nature aan het individu toekomende rechten.

²⁷ Eerst door een combinatie van ratio en empirie kan de mens besluiten om een politieke gemeenschap met anderen te vormen om zodoende zijn eigen leven en meer veilig te stellen.

pelijk verkeer sloten; ze waren niet sociaal verboden.²⁸ Het leven was onzeker en er heerste vrees. Het driftleven van de mens, en met name de aanvalsdrift was nog niet verfijnd en geciviliseerd zoals dat later het geval is wanneer deze drift vrijwel alleen nog in dromen of bij incidentele uitbarstingen aan de oppervlakte komt. Elias geeft aan dat wanneer in een bepaald gebied de macht van een centraal gezag toeneemt, ook de regulering van de driften, de affectmodellering en de standaard van de driftbeheersing zoals hij het noemt, geleidelijk verandert. De nadruk op de aanvalsdrift is in dit kader relevant omdat de toename van de macht van een centraal gezag impliceert dat (uiteindelijk) het monopolie op fysiek geweld bij dit centrale gezag komt te liggen. Lichamelijk geweld is dan niet meer opportuun of eenvoudigweg verboden voor een ieder die sterker is dan de ander(en). Elias zegt daarover:

‘Fysieke agressie is dan slechts weinigen voorbehouden, aan hen namelijk die er door het centrale gezag toe zijn gerechtigd, bijvoorbeeld politieagenten tegenover misdadigers, en grotere menigten kunnen zich gewelddadigheden dan alleen veroorloven in uitzonderlijke tijden van oorlog of revolutie, in de maatschappelijk gelegitimeerde strijd tegen interne of externe vijanden.’²⁹

Het denken in termen van een sociaal contract bracht dus tevens het denken over een centrale machtsinstitutie met een monopolie op fysiek geweld met zich mee. Een overeenkomst waarbij de volledige vrijheid wordt ingeperkt om de veiligheid te vergroten en op grond waarvan het tegelijkertijd mogelijk is bepaalde handelingen te centraliseren en te monopoliseren.

Een dergelijke overeenkomst leent zich er bij uitstek toe relaties tussen burgers onderling en tussen staat en burger te formuleren binnen een juridisch kader. Zoals hiervoor al bleek en in volgende hoofdstukken nog duidelijker wordt, zijn in sommige juridische documenten de contouren van het sociaal contract duidelijk waarneembaar. Alvorens die aan de orde komen, moet eerst de constructie van een dergelijke overeenkomst wat uitgebreider worden gezien. Hoe kunnen de relaties tussen de burgers onderling en tussen staat en burgers daarin worden geformuleerd? In de politieke filosofie is deze vraag op verschillende manieren beantwoord. Ik maak hier gebruik van enkele elementen van de belangrijkste en meest voor de hand liggende constructies die afkomstig zijn van

²⁸ Elias (1939) 1987, p. 262.

²⁹ Elias (1939) 1987, p. 272, volgens Elias is er een geweldige sociale onrust en sociale nood en daarbij vooral een doelgerichte propaganda voor nodig om de maatschappelijk verboden driftuitingen uit hun sluimering te wekken en deze te legitimeren. In de geciviliseerde samenleving hebben deze hun plaats in bijvoorbeeld sportwedstrijden (boksvedstrijden), maar ook daarbuiten zoals het supportersgeweld bij voetbalwedstrijden.

de grondleggers van het sociaal contract, met name van Hobbes, Locke en Rousseau. In het voorgaande is duidelijk geworden dat veiligheid binnen de theorie van het sociaal contract niet alleen betrekking heeft op de bescherming van het leven van de mens maar ook op de bescherming van bepaalde middelen. Het leven is niet het enige dat zo waardevol is dat het bescherming verdient. Dat was ook wat de klagers in de zaak *Osman versus the UK* aangaven. Daarin staat weliswaar de bescherming van het leven centraal maar zij stellen dat daarnaast – al eerder – aantastingen van hun bezit hebben plaatsgehad. In termen van het sociaal contract geldt voor wat men bezit in zekere zin hetzelfde als voor de mens zelf: in een strijd om te overleven van iedereen tegen iedereen is ook de bescherming van het bezit uitermate onzeker. De waarborg van een bepaalde mate van veiligheid door middel van het sociaal contract geldt ook hier.

Ten aanzien van leven en bezit is de opvatting van Locke uitermate interessant omdat hij door middel van de eigendom het individuele benadrukt en verwoordt. Dat is van belang omdat daarmee later in juridische zin individuele rechten en verantwoordelijkheid van dat individu zijn te formuleren. Locke stelt dat pas in de politieke gemeenschap de eerder beschreven onveiligheid wordt uitgebannen en hij betreft de veiligheid meer op de eigendom. Volgens hem heeft een ieder zijn eigen persoon in eigendom en daarmee zijn eigen arbeid, het werk van zijn eigen lichaam. In beginsel is het zo dat al wat een mens onttrekt aan de toestand waarin de natuur voorziet en met zijn eigen arbeid vermengt hij daarmee tot zijn eigendom maakt en het gemeenschappelijk recht van anderen uitsluit. De mens heeft als eigenaar van zijn eigen persoon in zichzelf de voornaamste grondslag voor eigendom.

“Though the Earth, and all inferior Creatures be common to all Men, yet every Man has a *Property* in his own *Person*. This no Body has any Right to but himself. The *Labour* of his Body, and the *Work* of his Hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the State that Nature hath provided, and left it in, he hath mixed his *Labour* with, and joyned to it something that is his own, and thereby makes it his *Property*. It being by him removed from the common state Nature placed it in, it hath by this *labour* something annexed to it, that excludes the common right of other Men. For this *Labour* being the unquestionable Property of the Labourer, no Man but he can have a right to what that is joyned to, at least where there is enough, and as good left in common for others.”³⁰

³⁰ Locke (1690) 1988, p. 289.

Dit gegeven speelt een cruciale rol bij het ontstaan van een politieke gemeenschap. Want juist het eigenaar zijn over de eigen persoon, de eigen arbeid en daarmee de voortbrengselen van die arbeid betekent dat de mens beschikt over het eigen leven, vrijheid en bezit en dat is beschermingswaardig door middel van een politieke gemeenschap.

“If Man in the State of Nature be so free, as has been said; If he be absolute Lord of his own Person and Possessions, equal to the greatest, and subject to no Body, why will he part with his Freedom? Why will he give up this Empire, and subject himself to the Dominion and Controul of any other Power? To which ‘tis obvious to Answer, that the Enjoyment of it is very uncertain, and constantly exposed to the Invasion of others. For all being Kings as much as he, every Man his Equal, and the greater part no strict Observers of Equity and Justice, the enjoyment of the property he has in this stat is very unsafe, very unsecure. This makes him willing to quit this Condition, which however free, is full of fears and continual dangers: And ‘tis not without reason, the he seeks out, and is willing to joyn in Society with others who are already united, or have a mind to unite for the mutual *Preservation* of their Lives, Liberties and Estates, which I call by the general Name, *Property*.”³¹

De bescherming van de individualiteit van de persoon en niet alleen de persoon als deel van de gemeenschap treedt duidelijk naar voren.

3.2 Veiligheid als natuurrecht

Het sociaal contract beoogt dus de veiligheid te waarborgen.³² De overeenkomst die ontstaat waarbij staat en burgers partij zijn, schept bepaalde aanspraken en verplichtingen. Wanneer die in een juridisch kader worden gezien, omvat dat kader dan een recht op veiligheid? In het volgende hoofdstuk komt die vraag concreet aan de orde met betrekking tot onze Grondwet. Maar het gedachte-experiment over de natuurtoestand en het sociaal contract roept vragen op over recht en veiligheid. Zoals wat er nog meer aan het sociaal contract vooraf zou kunnen gaan dan de hiervoor beschreven natuurtoestand die uitmondde in een oorlog van allen tegen allen. Betekent die toestand dat daarin uitsluitend het recht van de sterkste geldt of is er ook op een of andere wijze een recht op veiligheid mogelijk, nog daargelaten of dat ook geëffectueerd kan worden? De denkers van het sociaal contract, zoals in de vorige paragraaf bleek in de theorie van

³¹ Locke (1690) 1988, p. 350.

³² Zie bijvoorbeeld Hobbes (1651) 1991, p. 231, waar hij stelt ‘...for which he was trusted with the Sovereign Power, namely the procuration of *the safety of the people*’.

Locke, stelden in tegenstelling tot het middeleeuwse denken het individu centraal en kenden daaraan onvervreemdbare rechten toe. De nadruk lag niet meer op een objectieve orde naar de schepping van God waarin de mens op basis van zijn natuurlijke neigingen zijn plaats als onderdeel van het geheel moest leren kennen en innemen, maar verschoof naar een recht op leven, vrijheid en bezit die de mens van nature had. Dat veiligheid nog niet in een overeenkomst was neergelegd liet onverlet dat mensen van nature een recht op veiligheid konden hebben. Een recht om in de natuurtoestand te overleven en hun eigen leven te beschermen.

Hoe moeten we ons dergelijke van nature de mens toekomende rechten nu voorstellen? In de theorie van Locke is niet alleen de eigendom daarbij van belang maar tevens de natuurwet. In de natuurtoestand, wanneer er nog geen overheidsgezag en gevestigd recht is, geldt voor een ieder een volmaakte vrijheid om over zichzelf en zijn bezittingen naar eigen goeddunken te beschikken mits dit gebeurt binnen de grenzen van de natuurwet. Deze is voor een ieder bindend en houdt in dat allen gelijk en vrij zijn en dat niemand een ander dient te schaden in leven, gezondheid, vrijheid of bezit. Op grond hiervan is iedereen verplicht zichzelf en zoveel hij kan de rest van de mensheid in stand te houden. Hieruit volgt het eerste recht dat staat voor de instandhouding van zichzelf en de rest van de mensheid. Bovendien heeft een ieder in de natuurtoestand de macht om de natuurwet ten uitvoer te leggen. Dat leidt tot het tweede recht dat inhoudt dat iedereen het recht heeft een overtreder van de natuurwet te straffen.³³ In deze theorie heeft ieder mens dus van nature recht op leven, gezondheid, vrijheid en bezit en is iedereen op basis van de natuurwet gerechtigd deze te beschermen en overtreders te bestraffen. Dit raakt aan de kern van veiligheid zoals in dit onderzoek verwoord: de bescherming van leven en goederen van de mens tegen inbreuken hierop door anderen.

Uitgaande van de natuurwet is er in de theorie van Locke voorafgaand aan een mogelijke jurisdisering van veiligheid in een constitutie reeds een recht op veiligheid of op bescherming van fundamentele waarden tegen inbreuken hierop door anderen omdat die bescherming de mens als een natuurrecht toekomt en samenhangt met de vrijheid die de mens van nature heeft. Bij andere denkers in deze traditie speelt eveneens de notie van een natuurlijk recht op zelfbehoud een centrale rol. Naar de opvatting van Hobbes zal de mens van nature zijn eigen belang nastreven en dus ook verwickeld zijn in een permanente oorlog van allen tegen allen, iedereen is de vijand van iedereen:

³³ Locke (1690) 1988, p. 272-274.

“Hereby it is manifest, that during the time men live without a common power to keep them all in awe, they are in that condition which is called war; and such a war, as is of every man, against every man... So that in the nature of man, we find three principal causes of quarrel. First, competition; secondly, diffidence; thirdly, glory.”³⁴

Het sociaal contract garandeert veiligheid en verlangt weliswaar absolute gehoorzaamheid aan de soeverein maar deze plicht vervalt in het uitzonderlijke geval dat de veiligheid niet meer gegarandeerd kan worden. Wanneer dan het leven van iemand in gevaar is, of dit nu door de soeverein wordt bedreigd of een ander, heeft iemand het recht om zich te verzetten en zijn eigen leven te beschermen.

“Whensoever a man transferreth his right, or renounceth it; it is either in consideration of some right reciprocally transferred to himself; or for some other good he hopeth for thereby. For it is a voluntary act: and of the voluntary acts of every man, the object is some good to himself. And therefore there be some rights, which no man can be understood by any words, or other signs, to have abandoned, or transferred. As first a man cannot lay down the right of resisting them, that assault him by force, to take away his life; because he cannot be understood to aim thereby, at any good to himself.”³⁵

Het leven is derhalve een onvervreemdbaar goed. Een recht op bescherming van het leven is inherent aan dat goed zelf. De formulering van hetgeen onvervreemdbaar is als de onvervreemdbaarheid van natuurlijke rechten tezamen met het denken over veiligheid leidt tot het verkennen van diverse mogelijkheden van bescherming. Met het sociaal contract wordt de natuurlijke vrijheid om te doen en laten wat men wil beperkt maar ontstaat een mate van bescherming die in de natuurtoestand afwezig is. Veiligheid en vrijheid zijn op deze manier rechtstreeks gerelateerd en het garanderen van een bepaalde bescherming betekent een inperking van de vrijheid. Wanneer dit in een juridisch kader wordt geplaatst, vindt er naast een juridisering van veiligheid dus tevens een juridisering van vrijheid plaats en deze laatste is daarmee niet meer gelijk aan de natuurlijke vrijheid. Daarmee is de spanning tussen veiligheid en vrijheid eveneens gejuridiseerd. Het bieden van veiligheid zal hoe dan ook ten koste van de vrijheid gaan. En soms zal de vrijheid van de een worden beperkt in het belang van de vrijheid van de ander.

³⁴ Hobbes (1651) 1991, p. 88-89.

³⁵ Hobbes (1651) 1991, p. 93.

In juridisch opzicht kan men op grond van het voorgaande stellen dat wanneer er nog geen positief recht is er al wel een recht op veiligheid kan bestaan. En ook als dat nog niet op basis van de natuurwet als een (natuur)recht wordt geformuleerd kan het wel als een van de belangrijkste waarden aanwezig worden geacht in een bepaalde gemeenschap. Veiligheid wordt daarmee een fundament van een gemeenschap en dat fundament wordt als zodanig bevestigd en geëxpliciteerd wanneer een sociaal contract tot stand komt. Dat betekent dat hetgeen zich verder binnen dat contract bevindt in termen van dat fundament, van veiligheid, uitgedrukt kan worden. Wanneer men stelt dat de meter het fundament is van het metrieke stelsel zal dat betekenen dat men afstanden die men beoogt te meten in meters uitdrukt. Wanneer veiligheid het fundament is van een bepaalde orde waarin vrijheid, leven en goederen centraal staan, zal men deze eveneens in termen van veiligheid kunnen uitdrukken. Dat houdt bijvoorbeeld in dat de mate van bescherming die leven, vrijheid en goederen genieten de uitdrukking is van de veiligheid die bij de orde hoort. Dat roept nog wel de vraag op wie in die orde verantwoordelijk is voor de veiligheid en dus voor de bescherming van leven, vrijheid en goederen.

3.3 Bescherming binnen het sociaal contract: drie mogelijkheden

Het ligt voor de hand te veronderstellen dat met het sociaal contract een gemeenschap of staat in het leven wordt geroepen die verantwoordelijk is voor het garanderen van veiligheid. Maar een contract tussen of met burgers en staat biedt verschillende mogelijkheden. In de literatuur is wel gewezen op drie mogelijkheden. Deze driedeling is gebaseerd op de gedachte dat er bij een sociaal contract twee overeenkomsten worden onderscheiden. Het *pactum unionis* staat voor de aaneensluitingsovereenkomst die de burgers met elkaar sluiten en waarbij ze overeenkomen elkaar te respecteren en in vrede met elkaar te leven. En het *pactum subjectionis* staat voor de onderwerpingsovereenkomst waarbij de burgers overeenkomen om een regering te gehoorzamen. Op grond van deze *pacta* wordt een politieke gemeenschap gevormd en ontstaan drie mogelijkheden waarbij de nadruk achtereenvolgens ligt op het *pactum subjectionis*, op het *pactum unionis* en bij de laatste mogelijkheid op beide overeenkomsten.³⁶

³⁶ Friedman 1953, p. 38-48, deze theorie van de meerdere contracten is door Pufendorf beschreven in zijn *Ius naturae et gentium* uit 1672. Naar deze overeenkomsten wordt ook wel verwezen als *pactum sociale* voor het verdrag tussen de volksgenoten en *pactum subjectionis* voor het verdrag tussen volk en vorst. In het Nederlandse staatsrecht wijst men ook op een driedelige onderscheiding die Pufendorf zou maken en die bestaat uit *pactum unionis*, waarbij de individuen zich tot onderwerping aan de meerderheid verbonden, het *decretum de forma regiminis*, waarbij de regeringsvorm werd ingesteld en het *decretum subjectionis*, de onderwerping aan de regering. Zie hierover De Savornin Lohman 1912, p. 12-14. In dit onderzoek

De nadruk op het *pactum subjectionis* impliceert dat burgers zich onderwerpen aan de regering: gehoorzaamheid in ruil voor bescherming. Een voorbeeld van deze denkwijze is te vinden bij Thomas Hobbes. In zijn theorie zijn de burgers gebonden ten opzichte van wat hij aanduidt als de soeverein. Maar deze soeverein is niet gebonden ten opzichte van de burgers.³⁷ Hier laat zich de consequentie voelen van de dominantie van het *pactum subjectionis* in zijn verst doorgevoerde vorm en het ontbreken of de beperkte rol van het *pactum unionis*: er is sprake van een absolute gehoorzaamheid van de burgers ten opzichte van de soeverein. De verhouding tussen de soeverein en de burgers is de belangrijkste en daarin ligt alle macht bij die soeverein. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, is weliswaar sprake van absolute gehoorzaamheid maar kan deze uiteindelijk toch worden doorbroken wanneer het leven van de burger in gevaar is en de soeverein niet in staat is om bescherming te bieden.³⁸ Dat de soeverein niet gebonden is ten opzichte van de burgers betekent onder meer dat de burger de soeverein niet van onrechtvaardigheid kan beschuldigen of hem kan straffen, dat het aan de soeverein is om uit te maken welke meningen bevorderd dienen te worden en om alle geschillen die kunnen ontstaan ten aanzien van de wet en ten aanzien van de feiten aan te horen en erover te beslissen. Een visie die niet aansluit bij de gedachte van de democratische rechtsstaat waarin de vrijheid van meningsuiting tot de fundamentele rechten behoort, de burger moet kunnen participeren en zichzelf ontplooien en de machtscheiding of verdeling van macht een belangrijke plaats inneemt. In de beperking dat de soeverein absolute gehoorzaamheid verdient zolang hij de veiligheid kan garanderen ligt besloten dat deze soeverein wel degelijk is gebonden ten opzichte van de burger. Een ieder heeft uiteindelijk van nature het recht op zelfverdediging wanneer zijn leven wordt bedreigd. De gebondenheid van de soeverein geldt dan weliswaar niet de jure maar de facto.

Een tweede mogelijkheid is dat de burgers zich verenigen door middel van het sociaal contract waarbij de nadruk ligt op het *pactum unionis*. In de theorie van Jean-Jacques Rousseau komt dit aspect duidelijk naar voren. Rousseau stelt dat het menselijk geslacht ten onder zou gaan als de natuurtoestand zou worden voortgezet en dat de mensen geen ander middel hebben dan hun krachten te

worden de begrippen *pactum unionis* en *pactum subjectionis* gehanteerd, zie ook Van der Hoeven 1988, p. 59. *Pactum sociale* is op zich geen vreemde benaming en ook nauw verbonden met 18e eeuwse verklaringen. Documenten in het kader van de Franse verklaring van 1793 spreken van *pacte social*. De inleiding van *Plan de constitution présentée à la convention nationale* van 1793 begint als volgt: 'Le but de toute réunion d'hommes en société étant le maintien de leurs droits naturels, civils et politiques, ces droits sont la base du Pacte social', Duguitt & Monnier 1925, p. 36.

³⁷ Hobbes (1651) 1991, p. 122.

³⁸ Hobbes (1651) 1991, p. 153.

bundelen. Het waarborgen van het voortbestaan van de mens kan slechts met behulp van het sociaal contract. De krachten die ieder individu heeft, zijn niet toereikend om het voortbestaan in de natuurtoestand te garanderen. Daarom moet een vorm van samenleven worden gevonden die met alle gemeenschappelijke kracht de persoon en goederen van iedere deelgenoot verdedigt en beschermt.³⁹ Tot zover komt de theorie grotendeels overeen met de hiervoor besproken visie. Het cruciale verschil met bijvoorbeeld Hobbes zit hierin dat Rousseau stelt dat een ieder slechts dient te gehoorzamen aan zichzelf en even vrij blijft als voor het sociaal contract. Hij legt de nadruk op de gehoorzaamheid van de burger aan zichzelf en niet aan een soeverein. Het aaneensluitingsverdrag leidt tot de vorming van een gemeenschap die onder leiding staat van de algemene wil die soeverein is. Deze algemene wil drukt het algemeen belang van die gemeenschap uit en is niet gelijk aan de wil van allen. Deze laatste betreft de optelsom van de private belangen van de leden van een gemeenschap. De algemene wil overstijgt die belangen en heeft betrekking op het belang van die gemeenschap op een langere termijn.

“Er is dikwijls een aanzienlijk verschil tussen de wil van allen en de algemene wil; de laatste heeft slechts het gemeenschappelijk belang op het oog en is slechts de som van afzonderlijke willen. Neemt men echter van deze zelfde willen de plussen en de minnen die elkaar opheffen weg, dan blijft als som van de verschillen de algemene wil over. (...)”

Om werkelijk de uitspraak van de algemene wil te krijgen is het dus van belang dat er geen deelgroepering is in de staat en dat iedere burger alleen vanuit zichzelf zijn mening geeft.”⁴⁰

Het denken over veiligheid is op deze wijze te verbinden met duurzaamheid en het overstijgen van private belangen. Het is in deze opvatting een gemeenschappelijk goed waar een ieder deel aan moet hebben en dat behartigd moet worden met het oog op het belang van de gemeenschap. Niet als een puur persoonlijk belang. Het gedachte-experiment op deze wijze leent zich minder, zeker in deze beknopte vorm, voor een vertaling naar hoe de verantwoordelijkheid voor veiligheid meer concreet vorm gegeven of verdeeld kan worden.

Een derde mogelijkheid is dat de burgers zich verenigen door middel van een sociaal contract waarbij zowel een *pactum unionis* wordt overeengekomen als tegelijkertijd of vlak daarna een *pactum subjectionis* en waarbij de nadruk op beide overeenkomsten ligt. Deze visie is te herkennen in de theorie van John Locke.

³⁹ Rousseau (1762) 1995, p. 52-53.

⁴⁰ Rousseau (1762) 1995, p. 65-66.

De natuurlijke rechten die de mens in de natuurtoestand heeft, kunnen volgens hem blootstaan aan schendingen door anderen. Vandaar dat mensen zich ten opzichte van elkaar zullen verbinden en ten opzichte van een regering die zich ook ten opzichte van hen bindt. De regering dient de natuurlijke rechten van een ieder te beschermen en kan worden ontbonden in geval dit doel niet wordt nagestreefd.

“Whensoever therefore the *Legislative* shall transgress this fundamental Rule of Society; and either by Ambition, Fear, Folly or Corruption, *endeavour to grasp themselves, or put into the hands of any other an Absolute Power* over the Lives, Liberties and Estates of the People; By this breach of Trust they *forfeit the Power*, the People had put into their hands, for quite contrary ends, and it devolves to the People, who have a Right to resume their original Liberty, and, by the Establishment of a new Legislative (such as they shall think fit) provide for their own Safety and Security, which is the end for which they are in Society.”⁴¹

Het verschil met een theorie als die van Hobbes is dat de regering geen absolute macht heeft en aangesproken kan worden voor haar handelen.⁴² De nadruk die deels ook ligt op de verhouding staat-burger impliceert dus niet dat de staat van de burger absolute gehoorzaamheid mag verwachten in ruil voor bescherming. De zeggenschap die de regering over de burger uitoefent is beperkt. Het doel is veiligheid te bewerkstelligen in de zin van de bescherming van leven, bezit en vrijheid van de burger. Met dat doel voor ogen is een regering in het leven geroepen en de verwezenlijking van dat doel moet naar beste kunnen worden gedaan. Zo is veiligheid een belangrijke, zo niet de belangrijkste, taak van de overheid. De burger draagt zijn vrijheid echter niet in absolute zin over aan de overheid en blijft deels zelf (mede)verantwoordelijk voor zijn situatie en daarmee dus ook voor zijn veiligheid.

De verschillende mogelijkheden die het sociaal contract biedt, geven verschillende antwoorden op de vraag waar de verantwoordelijkheid voor veiligheid wordt gesitueerd. De nadruk op het *pactum subjectionis* geeft aan dat een staat of regering de burger weliswaar bescherming kan bieden tegen medebur-

⁴¹ Locke (1690) 1988, p. 412-413.

⁴² Vergelijk de Engelse *Bill of Rights* van 1689, daarin wordt James II onder meer verweten dat hij belasting heeft geheven zonder de rechtsgeldige procedure te volgen waarbij het parlement was betrokken en dat hij de vrije verkiezingen voor het parlement zou hebben geschonden. In zijn werk geeft Locke ook deze voorbeelden op pagina 197-198. Dat betekent dat machtsmisbruik dat misschien niet direct tot een bedreiging van de veiligheid leidt wel een schending van de overeenkomst inhoudt.

gers maar dat de burger bij een almachtige staat daarvoor aanzienlijk veel van zijn vrijheid en ontplooiingsmogelijkheden inlevert. Dat laatste wringt met het idee van de staat als hoeder van de handhaving van fundamentele rechten, ook in relaties tussen burgers onderling. De nadruk op het *pactum unionis* biedt de mogelijkheid om rekening te houden met het de particuliere belangen overstijgende karakter van een gemeenschapsbelang. Wanneer we veiligheid als een dergelijk belang aanmerken zal het derhalve voorrang verdienen boven particuliere belangen. Dit is van betekenis voor een latere meer concrete juridische uitwerking. Wanneer een staat bescherming moet bieden in een situatie tussen burgers zal de bescherming van de burger wiens belang het meest behoort tot het algemeen belang zwaarder wegen dan een belang dat meer als een particulier belang is aan te merken. De uitvoering van het gedachte-experiment van het sociaal contract op deze wijze biedt dan ook de mogelijkheid om een maatstaf te ontwikkelen die een rol kan spelen bij het afwegen van belangen van burgers ten opzichte van elkaar. De combinatie van beide pacta geeft de mogelijkheid om deze aspecten in onderlinge samenhang te bezien.

4 Waarden van het recht

4.1 Individuele rechten en rechtssubjectiviteit

Hiervoor stelde ik al dat het sociaal contractsdenken van invloed is geweest op het rechtsdenken. Deze invloed is met name in het publiekrecht duidelijk waarneembaar in de literatuur.⁴³ Daarin komt niet alleen het sociaal contract als leerstuk aan de orde maar wordt gewezen op een concreet verband. Zo wijst men op het verband tussen de hier besproken theorie van Locke en de eveneens in dit hoofdstuk genoemde Amerikaanse *Declaration of Independence*.⁴⁴ In de Amerikaanse Declaration lezen we onder meer dat alle mensen gelijkwaardig zijn geschapen en een onvervreemdbaar recht hebben op leven en vrijheid. Woorden van gelijke strekking treffen we aan in het werk van Locke. Een ander voorbeeld is het verband tussen de theorie van Rousseau en de Franse *Declaration des Droits de L'Homme et du Citoyen* van 1789. Een van de begrippen die centraal staat in de theorie van Rousseau is de *volonté générale*. Artikel 6 van de voornoemde verklaring begint met de volgende zin:

⁴³ De handboeken op het gebied van het staatsrecht of constitutionele recht besteden in het algemeen aandacht aan of verwijzen naar theorieën over de staat, zo ook aan die van Hobbes, Locke en Rousseau, zie bijvoorbeeld Van der Pot 2006, p. 3-59 en Kortmann 1997, p. 343.

⁴⁴ Westerman 1998, p. 51, hier lijken de theorie, in de vorm van het sociaal contract, en het recht, in de vorm van de *Declaration of Independence*, daadwerkelijk samen te komen. Volgens Westerman neemt de genoemde Amerikaanse verklaring de ideeën van Locke bijna woordelijk over.

‘La Loi est l’expression de la volonté générale.’

Het belang van de theorie van het sociaal contract is onder meer daarin gelegen dat daarmee een aantal waarden tot uitdrukking is gebracht die in ons huidige rechtsdenken nog steeds een prominente rol vervullen en een aanwijzing geven voor hoe we kijken naar de mens in het recht. In de eerste plaats heeft met de nadruk op het individu het idee van individuele rechten een centrale plaats gekregen binnen ons denken. Zo zagen we in de theorie van bijvoorbeeld Locke dat ieder mens van nature recht heeft op leven, gezondheid, vrijheid en bezit en dat iedereen op basis van de natuurwet gerechtigd is deze natuurlijke rechten te beschermen en overtreders te bestraffen. Hiermee raakten we aan de kern van veiligheid zoals in dit onderzoek verwoord: de bescherming van leven en goederen van de mens tegen anderen. Een bescherming die de mens dus van nature toekwam en die uitgedrukt kon worden door middel van bepaalde rechten. Het idee dat de mens bepaalde basisrechten heeft, of die hem nu van nature toekomen of niet, is vanaf de theorieën over het sociaal contract stevig in het politiek-filosofische en het juridische denken verankerd geraakt.

Een tweede waarde, die aansluit op de vorige van het individu en zijn onvervreemdbare rechten, is de rechtssubjectiviteit of het rechtssubject. De rechtssubjectiviteit staat voor de rechten en plichten van de persoon in het recht. De mens is door middel van de rechtssubjectiviteit in staat zijn relaties tot anderen vorm te geven binnen een geïnstitutionaliseerd verband, het recht.⁴⁵ Beccaria heeft met zijn theorie van het sociaal contract aangegeven dat de persoon die zich verbindt via dat sociaal contract, en daarmee in dit onderzoek aangeduid kan worden als de persoon in het recht, niet geheel samenvalt met de natuurlijke persoon. De mens brengt in het sociaal contract nooit de totaliteit van zijn eigen persoon in. Volgens Beccaria hebben de deelnemers aan het sociaal contract een minimaal, dat is het kleinst noodzakelijke, deel van hun persoonlijke soevereiniteit afgestaan dat nodig is voor bescherming van het overgebleven deel. Uit de theorie van Beccaria vloeit dan ook voort dat bijvoorbeeld het opleggen en uitvoeren van de doodstraf niet op een recht kan berusten. De mens heeft als persoon in het recht immers slechts een deel van zijn soevereiniteit afgestaan en niet het meest omvattende wat hij heeft, zijn leven.⁴⁶ De soevereine macht in een maatschappij die door het sociaal contract is ontstaan, kan op basis daarvan niet beslissen over leven en dood van één van de participanten aan het contract. Het

⁴⁵ Ik beperk mij hier in het kader van het rechtsobject tot de natuurlijke personen. Dit laat uiteraard onverlet de categorie rechtssubjecten naar huidig Nederlands recht bestaat uit zowel de natuurlijke personen als de rechtspersonen.

⁴⁶ Beccaria 1764 (1982), p. 108-109.

recht biedt op deze wijze juist bescherming en creëert geen mogelijkheden voor de staat om een burger met de beëindiging van diens leven te kunnen bestraffen en stelt derhalve beperkingen aan de staat om diepgaand in het leven van burgers te kunnen ingrijpen.

4.2 Doelmatigheid en bescherming

Naast bepaalde rechten en een beperking van de macht van de staat om in het leven van de burger in te grijpen, zijn er nog twee waarden die we in ons rechtsdenken terugvinden en die doen denken aan het gedachte-experiment van het sociaal contract. Het doel van dat gedachte-experiment was om te doordenken hoe het samenleven van mensen mogelijk kan zijn. De posities die daarin ontstaan vormen een bepaalde orde. Een orde die veilig is of dat in ieder geval zou moeten zijn; het is er immers om begonnen om de chaos van de natuurtoestand te overleven. Meer geabstraheerd van de theorie en de precieze invulling van de ontstane posities, wijst het idee van een orde op bepaalde afspraken daaruit voortvloeien. Wanneer we deze afspraken als recht betitelen, dient dat recht net als die afspraken, ook op het doel van de orde gericht te zijn. Het recht moet dus op een bepaalde manier doelmatig zijn; het heeft als functie een bepaalde orde te bewerkstelligen, bepaalde doelen te verwezenlijken. Niet iedere sociale of maatschappelijke orde(ning) waar recht wordt geïntroduceerd is gelijk te stellen met een rechtsorde. 't Hart stelt dat die orde wel aan kwaliteitseisen moet voldoen.⁴⁷ Het betreft een normatieve orde die slechts op een bepaalde wijze ingevuld wordt. De kwaliteit van die orde komt onder meer tot uitdrukking door de hiervoor besproken individuele rechten en rechtssubjectiviteit. Het recht is verbonden met deze waarden en brengt deze tot uitdrukking. Het recht biedt daarmee bescherming en geeft uitdrukking aan verschillende onderlinge relaties maar ontnemt de mens niet de uiteindelijke zeggenschap en beslissingsbevoegdheid over zijn leven.

4.3 Recht en zekerheid

Aan de hiervoor geformuleerde waarden zoals individuele rechten en beperking van de macht van de staat zal meer dan slechts een symbolische betekenis moeten worden toegekend. Er zal daadwerkelijk uitvoering aan moeten worden gegeven. Bepaalde doelen en bescherming van de burger zijn alleen dan te verwezenlijken wanneer het vertrouwen bestaat dat een ieder, zowel als burger maar ook als anderszins betrokkene binnen de ontstane orde, de tot stand ge-

⁴⁷ 't Hart, 1994a, p. 235, waar de auteur stelt: 'De maatschappelijke orde (...) is nog niet vanzelfsprekend een rechtsorde. Om van een rechtsorde te kunnen spreken moet die maatschappelijke orde voldoen aan kwaliteitseisen.'

komen afspraken naleeft. Betrokkenen zullen zich betrouwbare en zekere participanten moeten tonen. Voor zover het het recht betreft, houdt dat in dat afspraken die in het recht zijn neergelegd of daar uit volgen nagekomen moeten worden. Het recht biedt daarmee de zekerheid dat de nagestreefde orde ook daadwerkelijk verwezenlijkt zal kunnen worden. De laatste waarde is dan ook de rechtszekerheid: de posities die op basis van het recht ontstaan en bestaan mogen niet zomaar vervallen of gewijzigd worden. Pas wanneer er zwaarwegende redenen zijn aan te voeren, kan slechts bij hoge uitzondering van gemaakte en bevestigde afspraken worden afgeweken.

De rechtszekerheid wordt hier dan wel als laatste waarde besproken maar is daarom niet de minste. Dat zekerheid van belang is voor veiligheid bleek al aan het begin van dit hoofdstuk. De betekenis van dat woord voerde immers terug tot het Latijnse *securitas*. Bescherming betekent ook het bieden van zekerheid en het opheffen van onzekerheid, nog daargelaten wat precies beschermd wordt. Dat maakt de rechtszekerheid tot een formele waarde die nog niets zegt over de inhoud van het recht waarvan de daarin opgenomen afspraken moeten worden nagekomen. Dat recht kan zowel zien op de vrijheid van de burger en beperking van inmenging door de staat in die vrijheid als op verregaande bevoegdheden van de staat om in de vrije sfeer van de burger in te grijpen. In verhouding tot de hiervoor genoemde waarden kan de rechtszekerheid dan ook vooropgesteld worden. Want waarom zou men afspraken maken over bijvoorbeeld de bescherming van het leven en het bezit en een normatieve orde in het leven roepen die ziet op de ontplooiing van het individu wanneer daaraan geen uitvoering wordt gegeven? De rechtszekerheid lijkt daarmee als niet of in ieder geval de minst inhoudelijke tegelijkertijd de meest centrale en noodzakelijke waarde. Het gedachte-experiment van het sociaal contract is toch daarom gedaan omdat de mens niet in staat is zijn eigen leven en bezit tegenover anderen te beschermen. Wanneer de mens daar in het algemeen wel toe in staat zou zijn, zou het niet nodig zijn te denken hoe hij met anderen bepaalde afspraken kan maken om zijn leven en bezit te beschermen. Voor wat betreft de rol van het recht betekent die gedachte dat het recht weliswaar bescherming moet bieden aan leven en bezit maar dat nog los van de precieze inhoud de daadwerkelijke uitvoering of handhaving van de afspraken moet gelden. Of de rechtszekerheid daarmee gezien moet worden als belangrijkste waarde die het recht tot uitdrukking brengt, kan nader worden bezien aan de hand van de theorie van Radbruch. Naar zijn opvatting is de rechtszekerheid immers één van de drie klassieke waarden van het recht.

4.4 De drie klassieke waarden van Radbruch

De hiervoor besproken waarden sluiten nauw aan bij de drie klassieke waarden die volgens Radbruch door het recht tot uitdrukking gebracht dienen te worden: rechtvaardigheid, doelmatigheid en rechtszekerheid.⁴⁸

Radbruch vult de rechtvaardigheid in met het gelijkheidsbeginsel en de mensenrechten.⁴⁹ Wanneer een dergelijke invulling wordt gegeven, lijkt daarmee de inhoud van het recht duidelijk; recht moet rechtvaardigheid verwezenlijken en in dit geval gericht zijn op gelijkheid en mensenrechten. De stelling dat de inhoud van het recht daarmee duidelijk is, is maar ten dele juist. Wanneer we Radbruch volgen en aannemen dat rechtvaardigheid onder meer voor het gelijkheidsbeginsel staat, is de eerste vraag hoe dit beginsel moet worden uitgelegd. Gaat het om absolute gelijkheid in de zin van exact gelijke (aan)delen voor een ieder of om een relatieve gelijkheid waarbij een ieder een aandeel krijgt afhankelijk van de persoonlijke behoefte en/of de onderlinge verhoudingen? De nadere invulling van de te verwezenlijken waarde rechtvaardigheid vraagt zelf weer om nadere invulling. Radbruch formuleert het als volgt. Hij vult de rechtvaardigheid dus in met onder meer het gelijkheidsbeginsel maar geeft aan dat daarmee nog niet gegeven is wie of wat wanneer gelijk of ongelijk zijn:

‘Denn Gerechtigkeit weist uns zwar an, Gleiche gleich, Ungleiche ungleich zu behandeln, sagt uns aber nichts über den Gesichtspunkt, unter dem sie zunächst einmal als gleich oder ungleich zu kennzeichnen seien; sie bestimmt ferner nur das Verhältnis, aber nicht die Art der Behandlung.’⁵⁰

We hebben volgens hem dus meer nodig dan de rechtvaardigheid alleen om tot een meer inhoudelijke bepaling van het recht te komen.

Dat brengt ons bij de volgende klassieke waarde van het recht, namelijk de doelen die het recht (mede) moet verwezenlijken. Deze staat eveneens voor het

⁴⁸ Radbruch (1914-1949) 1973, p. 164-169, waar Radbruch spreekt van ‘Antinomien der Rechtsidee’ en daar ‘Gerechtigkeit’, ‘Zweckmäßigkeit’ en ‘Rechtssicherheit’ onder begrijpt. Volgens Radbruch zullen deze waarden onvermijdelijk met elkaar in tegenspraak zijn, wat hij aan het begin van de paragraaf illustreert met een citaat van Ibsen dat in het Duits luidt: ‘Haben Sie schon je einen Gedanken zu Ende gedacht, ohne auf einen Widerspruch zu stoßen?’.

⁴⁹ Radbruch (1914-1949) 1973, p. 346, Radbruch vulde in *Gesetzliches unrecht und übergesetzliches recht* de rechtvaardigheid na WO II in aan de hand van het gelijkheidsbeginsel en de mensenrechten, ‘...die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht...’ en even verder ‘Der Rechtscharakter fehlt weiter allen jenen Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten’.

⁵⁰ Radbruch (1914-1949) 1973, p. 164.

inhoud geven aan, het betekenis verlenen aan. Voor Radbruch staat namelijk de doelmatigheid bij uitstek voor het inhoudelijke aspect. Hij stelt op dit punt:

‘Gerechtigkeit bestimmt nur die Form Rechts. Um den Inhalt des Rechts zu gewinnen, muß ein zweiter Gedanke hinzutreten: die Zweckmäßigkeit.’⁵¹

De rechtvaardigheid betreft volgens Radbruch dus slechts de vorm van het recht; de invulling moet van de doelmatigheid komen. Rechtvaardigheid en doelmatigheid zijn op zich lege begrippen. Radbruch vult de eerste in met het gelijkheidsbeginsel en de mensenrechten; de invulling van de tweede is volgens hem afhankelijk van rechts-, staats- en (politieke) partijopvattingen.⁵² Deze opvattingen zullen afhankelijk zijn van tijd en plaats. Wie bepaalt welke waarden op grond waarvan de uitgangspunten zijn die aan het recht ten grondslag dienen te liggen? Wanneer dergelijke waarden uit de natuur zouden volgen of door God gegeven zouden zijn, zou het dan niet voor een ieder duidelijk moeten zijn welke waarden de hoogste zijn? In een pluriforme samenleving lijkt het onmogelijk om met alle leden tot een consensus te komen over welke waarden uit de natuur volgen en altijd en overal moeten gelden. Het belang van Radbruch kan hierin worden gezocht dat hij aangeeft dat het recht niet zozeer volgt uit de natuur maar uit de cultuur. Onder cultuur verstaat hij de gegevenheid die de bedoeling of tot doel heeft om waarden te verwezenlijken.⁵³ Hoe moeten we recht dan begrijpen? Radbruch stelt in dit verband het volgende:

‘Recht ist Menschenwerk und kann wie jegliches Menschenwerk nur aus seiner Idee begriffen werden.’⁵⁴

Recht is mensenwerk: het heeft een bepaalde betekenis voor de deelnemers van een bepaalde gemeenschap, deelnemers die dezelfde cultuur delen. De menselijke betekenisverlening is van essentieel belang in de theorie van Radbruch. Die betekenisverlening is niet betrokken op objectieve waarden buiten zichzelf, buiten de cultuur. Het gaat niet om absolute waarden die altijd en overal gelden, maar om waarden die in een bepaalde samenleving voorkomen. Volgens Radbruch zijn normatieve stellingen uiteindelijk te herleiden tot andere normatieve stellingen en niet tot waarheidsaanspraken in de zin van stellingen met een zijnskarakter. Hij stelt namelijk:

⁵¹ Radbruch (1914-1949) 1973, p. 142.

⁵² Radbruch (1914-1949) 1973, p. 164.

⁵³ Radbruch (1914-1949) 1973, p. 89.

⁵⁴ Radbruch (1914-1949) 1973, p. 91.

‘Sollensätze sind nur durch andere Sollensätze begründbar und beweisbar. Eben deshalb sind die letzten Sollensätze unbeweisbar, axiomatisch, nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig.’⁵⁵

De betekenisverlening is uiteindelijk een kwestie van overtuiging binnen een bepaald kader, niet van een objectieve waardevaststelling die een waarde oplevert die altijd en overal geldt. Volgens Radbruch zijn er geen absolute waarden maar zijn er categorieën. Zo is de rechtvaardigheid een categorie en géén absolute, inhoudelijk vaststaande, waarde. De vraag naar de inhoud van het recht, naar rechtvaardigheid en naar rechtvaardig recht zal naar maatschappelijke toestand, naar volk en tijd verschillen. Volgens Radbruch kan dit ‘natuurrecht met wisselende inhoud’ beter als cultuurrecht bestempeld worden.⁵⁶

Het laatst genoemde aspect, de zekerheid van gemaakte afspraken, past uiteraard het best bij de Radbruchiaanse waarde rechtszekerheid. Van de drie genoemde waarden is deze ook hier de meest formele; hierbij staat centraal dat de gemaakte afspraken en verworven en toegekende posities recht worden gedaan, zonder dat de inhoud van afspraken betreffende de (rechts)posities direct in het geding is.⁵⁷ De waarde rechtszekerheid vordert volgens Radbruch de positiviteit van het recht. Dat betekent dat het recht geldig is omdat daarmee gemaakte afspraken tot uitdrukking worden gebracht. Met de toevoeging van deze waarde en daarmee een onmiskenbaar formeel aspect wordt ook het probleem van de strijd tussen inhoud en vorm bij Radbruch duidelijk. Volgens hem vullen de waarden elkaar weliswaar aan maar zijn ze ook in strijd met elkaar. In zijn werk heeft hij aandacht besteed aan spanning tussen de rechtvaardigheid en doelmatigheid enerzijds en de rechtszekerheid anderzijds. Na de tweede wereldoorlog heeft hij deze aandacht meer toegespitst op de spanning tussen rechtvaardigheid en rechtszekerheid met het oog op de gebeurtenissen in nazi-Duitsland.⁵⁸ Het gaat er hier niet om zijn opvatting op dit punt precies weer te geven en om vast te stellen of Radbruch in zijn denken nu een *umbruch* heeft gemaakt of slechts een accentverschuiving heeft aangebracht. Van belang is hier om deze strijdigheid te signaleren en te bezien wat de consequenties daarvan zijn. Radbruch stelt in dit kader dat op grond van de rechtszekerheid onrechtvaardig geldend recht in beginsel gehandhaafd moet worden. Maar de rechtszekerheid is niet absoluut en niet de enige waarde die het recht tot uitdrukking

⁵⁵ Radbruch (1914-1949) 1973, p. 96.

⁵⁶ Radbruch (1914-1949) 1973, p. 103. Zie ook hierover Jansen 1992, p. 76.

⁵⁷ Zie de vorige noot.

⁵⁸ Zie met name het al eerder aangehaalde *Gesetzliches unrecht und übergesetzliches recht* uit 1946, Radbruch (1914-1949) 1973, p. 339-350.

brengt. Wanneer er sprake is van strijd tussen de rechtszekerheid en rechtvaardigheid geldt volgens Radbruch het volgende:

‘Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmässig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als >>unrichtiges Recht<< der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen, eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur >>unrichtiges Recht<<, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.’⁵⁹

Volgens Radbruch moet de rechtszekerheid slechts dan voor de rechtvaardigheid wijken wanneer het positieve recht zoals dat in de wet is neergelegd in strijd is met wat hij bovenwettelijk recht noemt. Dat houdt in dat wanneer de cultuur het belang van onvervreembare mensenrechten formuleert, het recht die tot uitdrukking moet brengen. De rechtszekerheid draagt zo bij aan de verwezenlijking van de rechtvaardigheid en ontleent ook daaraan zijn gelding. En niet uitsluitend aan de positiviteit van het recht.

4.5 Veiligheid en de waarden van het recht

Van de waarden die het recht volgens Radbruch moet verwezenlijken past de rechtszekerheid zo op het eerste oog het best bij veiligheid. Los van de meer precieze invulling van de andere waarden moet de daadwerkelijke bescherming van hetgeen beschermingswaardig wordt geacht verzekerd zijn. Maar Radbruch stelt eveneens dat de drie waarden met elkaar in verbinding staan; het gaat om het zoeken naar het juiste evenwicht voor iedere situatie. Wanneer het recht de beoogde meer inhoudelijke kant niet meer tot uitdrukking brengt, verliest de rechtszekerheid aan kracht. In het licht van het gedachte-experiment van het sociaal contract kunnen we ons voorstellen dat wanneer de bescherming van leven en bezit niet meer plaatsvindt de gemaakte afspraken de facto hun kracht

⁵⁹ Radbruch (1914-1949) 1973, p. 345-346.

hebben verloren. De rechtszekerheid brengt in beginsel de daadwerkelijk handhaving tot uitdrukking maar is daarnaast onverbrekelijk verbonden met het inhoudelijke, hetgeen beschermd moet worden. Wanneer de burger weet dat recht gehandhaafd wordt en zal worden, vloeit daar ook een bepaalde bescherming uit voort. De burger wordt daarmee beschermd tegen willekeur; uit het recht voortvloeiende aanspraken mogen niet (zomaar) worden ingetrokken. De formele en inhoudelijke waarden staan dus ook in nauw verband met elkaar. In het kader van veiligheid moeten fundamentele rechten worden beschermd; de rechtszekerheid gebiedt dat deze rechten voor de burger ook daadwerkelijk gehandhaafd worden.

5 Conclusie

In dit hoofdstuk is met behulp van het gedachte-experiment van het sociaal contract de verhouding tussen veiligheid en een aantal andere waarden nader bezien. Daar aan voorafgaand zijn eerst betekenis en gebruik van veiligheid wat nader omschreven. De belangrijkste uitkomst hiervan is dat veiligheid is afgeleid van het Latijnse *securitas*, dat al sinds de middeleeuwen betrokken werd op personen en goederen en waar zodoende de bescherming van het leven en de eigendom centraal stond. Na de middeleeuwen bleef deze betekenis, die we kunnen vertalen als de bescherming van de burger tegen medeburgers op straat, van belang. Deze invulling van *securitas*, die we ook kunnen aanduiden als de binnenlandse veiligheid, stond na de middeleeuwen naast een andere invulling van dit Latijnse begrip. *Securitas* stond namelijk ook voor de bescherming van de gemeenschap als geheel en duidde daarmee op de defensie, de buitenlandse veiligheid. In dit deel van het onderzoek is duidelijk geworden dat veiligheid in de zin van de binnenlandse veiligheid in een dubbele betekenis kwam te staan: bescherming tegen medeburgers en bescherming tegen de staat. Deze dubbele betekenis heeft zich in ons rechtsdenken verankerd door een begrip als de democratische rechtsstaat. Het gedachte-experiment van het sociaal contract en de verschillende *pacta* die daarbij in de literatuur wel worden onderscheiden, duiden op diverse mogelijkheden om de posities van staat en burger en de verhoudingen in het licht van veiligheid nader in te vullen. Daarbij dient rekening gehouden te worden met het de private belangen overstijgende karakter van het gemeenschapsbelang en de soevereiniteit van (de leden van) die gemeenschap, met de verhouding tussen staat en burgers en met de verantwoordelijkheid van de staat om fundamentele waarden tussen burgers onderling te garanderen. Een nadere uitwerking naar de rol van het recht laat zien dat daarbij een aantal waarden tot uitdrukking moeten worden gebracht, te weten individuele rechten en rechtssubjectiviteit, een normatieve ordening en de rechtszekerheid die voor

daadwerkelijke ordening en rust zorgt omdat het de handhaving van het recht eist. Deze onderverdeling in inhoudelijke en formele waarden vinden we terug in de klassieke waarden van Radbruch die doelmatigheid, rechtvaardigheid en rechtszekerheid als waarden van het recht formuleert. Bij een onderzoek naar de plaats en rol van veiligheid in onze rechtsorde moet aansluiting gezocht worden bij fundamentele rechten, het recht om op deze rechten een beroep te kunnen doen en met name de daadwerkelijke handhaving van deze rechten.

In het volgende hoofdstuk staan een aantal juridische documenten centraal waarin fundamentele rechten een voorname plaats innemen; deze dienen als de neerslag van een bepaalde maatschappelijke context en als de uitkomst van bepaalde historische processen. Op deze wijze kunnen we de bevindingen enigszins gaan vertalen naar de juridische praktijk en bezien wat deze inhouden voor het huidige Nederlandse recht.

Veiligheid en constitutie

1 Inleiding

Een constitutie staat voor het fundament van een staat: het geheel aan beginselen en regels betreffende de organisatie van een bepaalde gemeenschap, de inrichting van een staat. Wij associëren een constitutie in eerste instantie wellicht met een geschreven grondwet waarin de uitdrukking en handhaving van mensenrechten is vervat, grenzen worden gesteld aan het overheidshandelen en de scheiding tussen wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht is neergelegd. Het is van belang te bedenken dat het bestaan van een grondwet op zich geen garantie biedt voor het bestaan van de wil om dergelijke fundamentele waarden te verwezenlijken. Indien die wil wel aanwezig is heeft men daarvoor een juridisch document dat uitdrukking geeft aan de gedachte van de sociale en democratische rechtsstaat, en waar onder meer belang en betekenis van veiligheid mee tot uitdrukking wordt gebracht.

In dit verband rijst de vraag op welke manier veiligheid met de Nederlandse constitutie, in het bijzonder onze Grondwet, is verbonden en hoe het daarin tot uitdrukking komt. Is het een klassiek of sociaal grondrecht, of is een waarde is die op andere wijze tot uitdrukking wordt gebracht? Voordat deze vragen beantwoord worden, dient eerst duidelijk te zijn wat onder de gehanteerde begrippen constitutie en grondwet wordt verstaan. In dit hoofdstuk gaat het om de vraag hoe veiligheid in de Grondwet is verankerd. Voor de beantwoording van die vraag doe ik onderzoek naar de plaats van veiligheid in juridische documenten die voor de Nederlandse rechtsorde in het algemeen en de Nederlandse constitutie in het bijzonder van belang zijn geweest.

2 Constitutie en grondwet

Het begrip constitutie wordt in twee betekenissen gehanteerd. In ruime zin als het geheel van regels en beginselen betreffende de staatsinrichting, we spreken dan van een constitutie in materiële zin. In enge zin als synoniem van grondwet, we spreken dan van een constitutie in formele zin.⁶⁰ Een grondwet staat voor een geschreven wet die de grondslag van de staatsinrichting en de rechtsorde van een bepaalde staat inhoudt en bestrijkt daarmee inhoudelijk voor een groot

⁶⁰ Van der Pot 2006, p. 185-186.

deel dezelfde regels en beginselen van de constitutie in materiële zin. Maar aangezien het een gecodificeerde regeling betreft, brengt dat bepaalde criteria met zich mee en daarmee onderscheidt de constitutie in formele zin zich van de constitutie in materiële zin. Tot de laatstgenoemde rekenen we volgens de omschrijving immers ook regels en beginselen die de staatsinrichting betreffen maar niet in de Grondwet staan en daarmee niet aan de criteria voldoen die gelden voor regels en beginselen uit de Grondwet. Op grond van hun inhoud behoren deze dus wel tot de constitutie in materiële zin.⁶¹

De criteria die gelden voor regels en beginselen die behoren tot de constitutie in formele zin duiden we aan als de formele criteria. Deze komen maar ten dele overeen met die kenmerken die voor iedere geschreven wet gelden. Een grondwet is immers met bijzondere waarborgen omgeven wat betreft de totstandkoming, de wijziging en handhaving. De formele kenmerken die het onderscheid tussen een constitutie in formele zin en een constitutie in materiële zin markeren zijn dan:

- het schriftelijk, documentair karakter;
- de wetsvorm;
- de bijzondere wijze van totstandkoming en herziening;
- de benaming en de bijzondere wijze van presentatie;
- de hogere rechtskracht.⁶²

Van der Tang omschrijft een constitutie in formele zin op grond van deze criteria als volgt:

‘een wet die zich blijkens de wijze van haar totstandkoming en herziening, haar benaming, hogere rechtskracht dan wel bijzondere wijze van presentatie van andere wetten onderscheidt.’⁶³

In dit onderzoek dient deze omschrijving als uitgangspunt om relevante juridische documenten te selecteren voor nadere bestudering. Het is van belang te zien dat het een selectie-criterium betreft en dat dat uiteraard de mogelijkheid onverlet laat om een bepaald document in een breder perspectief te bezien en daarmee aan een constitutie in materiële zin te raken.

⁶¹ Van der Pot 2006, p. 185-194, over de formele en materiële constitutie en over geschreven en ongeschreven staatsrecht.

⁶² Van der Tang 1998, p. 50-60.

⁶³ Van der Tang 1998, p. 60.

3 Het sociaal contract en de constitutie

In hoofdstuk II kwam het verband tussen het sociaal contract en concrete juridische documenten al aan de orde. Daar wees ik al op de overeenkomst tussen bijvoorbeeld de Amerikaanse *Declaration of Independence* en de theorie van het sociaal contract van Locke, en op de gebruikte terminologie in de Franse verklaring van 1789 en die in de theorie van Rousseau. Gezien de invloed die aan deze verklaringen wordt toegeschreven zullen de theorieën dus ook invloed hebben uitgeoefend op Nederlandstalige constituties. In staatsrechtelijke literatuur is dit verband menigmaal benadrukt. Volgens Struycken vertonen onze grondwetten en talrijke andere constituties min of meer dezelfde karaktertrekken en zijn het kinderen van een zelfde familie.⁶⁴ De moderne grondwetten dateren volgens hem van het einde van de achttiende eeuw. Hij wijst in dit kader inderdaad op het belang van de Amerikaanse onafhankelijkheid en daaruit voortvloeiende verklaring van 1776.⁶⁵ Van der Hoeven wijst expliciet op het verband tussen het sociaal contract en de geschreven constitutie. Over de constituties van na 1789 stelt hij namelijk:

‘Ook al werd het maatschappelijk verdrag-zelf zelden als historische realiteit voorgedragen, de strekking der geschreven constitutie was toch dit verdrag te codificeren.’⁶⁶

4 Veiligheid in de constitutie in formele zin

4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk werd duidelijk dat men het begrip *securitas* vanaf de middeleeuwen ook op personen en goederen betrok. Zo dienden kooplui met hun waar veilig over straat te kunnen. Na deze periode kwam de nadruk steeds meer op de bescherming van het individu en zijn bezit te liggen. In de theorie van het sociaal contract speelden de natuurlijke rechten van de mens daarbij een prominente rol. Een ieder had van nature recht op leven, vrijheid en bezit. Veiligheid was nauw verbonden met deze rechten. Het sociaal contract diende veiligheid te bewerkstelligen in de zin van het daadwerkelijk veiligstellen van leven, vrijheid en bezit. De mate van bescherming die leven, vrijheid en bezit genoten, werd daarmee als het ware de factor aan de hand waarvan vastgesteld kon worden hoe

⁶⁴ Struycken 1914, p. 6.

⁶⁵ Struycken 1914, p. 7-8.

⁶⁶ Van der Hoeven 1988, p. 59.

het met de veiligheid was gesteld. Hiermee komt een duidelijk verband tussen veiligheid en (de latere) mensenrechten tot uitdrukking.

Het eerste Nederlandstalige document waarin een, wat we nu aanduiden als, mensenrechten-catalogus is vervat, is *De Verklaring van de Rechten van de Mens en van de Burger* die op 31 januari 1795 door de provisionele representanten van het volk van Holland werd geproclameerd.⁶⁷ In deze verklaring is in artikel 1 sprake van natuurlijke rechten die mensen niet kunnen worden ontnomen. In artikel 2 blijkt dat men onder deze rechten gelijkheid, vrijheid, veiligheid, eigendom en tegenstand aan onderdrukking verstaat.⁶⁸ Veiligheid is in deze verklaring geformuleerd als een natuurlijk recht. Op de gedrukte exemplaren van de verklaring prijken de woorden vrijheid, gelijkheid, broederschap boven de tekst.⁶⁹ Hiermee wordt de verklaring in de traditie van de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* uit 1789 geplaatst. Deze Franse verklaring stond weer onder invloed van Amerikaanse verklaringen,⁷⁰ waarvan met name de *Declaration of Independence* genoemd kan worden. In de volgende paragraaf besteed ik eerst aandacht aan veiligheid in deze buitenlandse verklaringen, die van invloed zijn geweest op de Nederlandstalige constituties in formele zin die daarna aan de orde komen.

4.2 *Declaration of Independence* van 1776

De Amerikaanse *Declaration of Independence* dateert van 4 juli 1776. Met deze verklaring riepen de dertien Verenigde Staten van Amerika hun onafhankelijkheid uit van het Britse centrale gezag, de koning. Dit was nodig want:

‘The history of the present King of Great Britain is a history of repeated injuries and usurpations, all having, in direct object, the establishment of an absolute tyranny over these States.’⁷¹

Om deze stelling te onderbouwen volgde een lange reeks grieven waaruit bleek dat de koning zijn macht misbruikte om rechtvaardige wetgeving en onafhanke-

⁶⁷ Van der Burg & Boels 1994, p. 2-3, de andere gewesten van de Bataafse Republiek volgden met vrijwel gelijkkluidende verklaringen. De Unie van Utrecht van 1579 bevat niet een dergelijke duidelijke ‘mensenrechtencatalogus’ zoals de verklaringen uit de 18e eeuw.

⁶⁸ In de oorspronkelijke verklaring waren geen artikelaanduidingen opgenomen. Deze zijn later in de literatuur in de tekst van de verklaring aangebracht omwille van de overzichtelijkheid.

⁶⁹ Van der Burg & Boels 1994, zie hiervoor het fragment van de verklaring dat op de omslag van dit boek is afgebeeld.

⁷⁰ Aldus ook Alkema, Van der Burg & Boels 1994, p. 2.

⁷¹ Van der Burg & Boels 1994, p. 33.

lijke rechtspraak te blokkeren. Hoewel de Staten herhaaldelijk om herstel of verbetering van de situatie hadden verzocht, nam de onderdrukking toe en zagen ze zich genoodzaakt zich te bevrijden van de tiran die ongeschikt was om de heerser te zijn over een vrij volk. Uit het gegeven dat de Staten zich vrij wilden maken van de Engelse koning blijkt dat ze zich verzetten tegen een absolute en arbitraire macht van de vorst. Hier herkennen we één van de twee betekenissen van (binnenlandse) veiligheid: bescherming tegen de macht van de staat. Eveneens de tweede trede van het begrip van de moderne staat.

Maar vinden we in dit document nu ook duidelijk die andere betekenis terug die in dit onderzoek centraal staat en die aan de basis ligt van de moderne staat: bescherming tegen de medeburgers? Veiligheid wordt in die zin niet als een natuurlijk recht genoemd. De belangrijkste van deze onvervreembare rechten zijn volgens deze *Declaration* leven, vrijheid en het nastreven van geluk.⁷² Met het noemen van deze rechten wordt begrijpelijk waarom de onafhankelijkheid van de Engelse koning wordt uitgeroepen. Het veiligstellen of garanderen van deze rechten kan niet onder een tiran maar vraagt om een regering die aan bepaalde voorwaarden voldoet:

‘...to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed...’.⁷³

De contouren van het sociaal contract zijn hier goed zichtbaar en daarmee ook veiligheid in de betekenis van bescherming tegen medeburgers. Een regering dient de macht te ontleen aan de instemming van het volk, een versie van het al eerder besproken *pactum subjectionis*, met als doel veiligheid. Dat laatste staat hier voor de bescherming van de natuurlijke en onvervreembare rechten. Deze betekenis van veiligheid komt overeen met die in de theorie van Locke, die het sociaal contract construeerde om de bescherming van de natuurlijke rechten *life, liberty and estate* te waarborgen en de staat daarbij een beperkte macht toebedeelde.⁷⁴ De staat blijkt een taak te hebben in het handhaven van fundamentele rechten. De van nature de mens toekomende rechten zijn in de natuurtoestand niet door een ieder voor zich te handhaven. Zoals in het vorige hoofdstuk duidelijk is geworden, diende het sociaal contract om een einde te maken aan de onzekerheid van de natuurtoestand en van mogelijke aantastingen van leven en bezit door anderen. Deze interpretatie van het sociaal contract is duidelijk te herkennen in deze Amerikaanse *Declaration*. Daarmee is ook veiligheid in de betekenis van daadwerkelijke bescherming tegen medeburgers te lezen in de tekst en met

⁷² Van der Burg & Boels 1994, p. 33, ‘life, liberty, and the pursuit of happiness.’

⁷³ Van der Burg & Boels 1994, p. 33.

⁷⁴ Zie hoofdstuk 2 paragraaf 3 waar Locke aan de orde komt.

name in het gebruik van *to secure* dat weer verwantschap vertoont met het begrip *securitas* dat in het vorige hoofdstuk aan de orde is geweest. Uit het hele document wordt uiteraard duidelijk welke rechten zeker of veilig gesteld moeten worden maar wie alleen het citaat hiervoor leest, leidt daaruit af dat het onder meer om het verzekeren van 'rechten' gaat. De rechtszekerheid voert hier de boventoon. De invulling van wat beschermingswaardig is volgt uit de rest van het document.

Naast dit verband met *securitas* is uit de *Declaration* af te leiden dat bescherming van burgers tegen medeburgers en beperking van de macht van de staat een belangrijke rol spelen in dit document. De regering die met instemming van de geregeerden wordt ingesteld heeft in dit geval slechts beperkte macht. Ze bezit die macht die noodzakelijk is om de natuurlijke rechten van een ieder te waarborgen. In geval in strijd met deze doelstelling wordt gehandeld, heeft het volk het recht om die regering te wijzigen of af te schaffen. De legitimatie hiervoor wordt onder meer gevonden in veiligheid. De tekst stelt namelijk:

'...whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute a new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.'⁷⁵

De regering dient op dusdanige wijze gefundeerd en georganiseerd te worden dat de veiligheid en het geluk van de mens daarmee geëffectueerd kunnen worden. Veiligheid als vertaling van *safety* moet hier worden verstaan als 'gevrijwaard van inbreuken' op de eerder genoemde rechten als leven en vrijheid door anderen.⁷⁶ Waarom vrijwaring van inbreuken door anderen? De taak en positie van de regering, en met name de beperking van deze, is hiervoor al aangegeven; wat zou de zin zijn van de eis dat de regering streeft naar bescherming van de natuurlijke rechten terwijl de vrijwaring van inbreuken door medeburgers niet in de betekenis begrepen zou zijn? *Safety* wordt hier samen met *happiness* expliciet genoemd als te effectueren doelen door een in te stellen regering. Eerder in de tekst van deze *Declaration* worden *life, liberty, and the pursuit of happiness* in een adem genoemd als natuurlijke rechten. Eén van de doelen, *happiness*, wordt op deze wijze nauw verbonden met de natuurlijke rechten omdat het eveneens als zodanig wordt geformuleerd. Met het oog op dit nauwe verband tussen natuurlijke rechten en doelen is het niet onaannemelijk om de genoemde natuurlij-

⁷⁵ Van den Burg & Boels 1994, p. 33.

⁷⁶ *Safety* betekent 'veiligheid' volgens het Groot woordenboek Engels-Nederlands en *safe* betekent 'veilig' in de zin van 'gevrijwaard'.

ke rechten te gebruiken bij de interpretatie van *safety*: beide doelen worden immers ook in een adem genoemd. Om deze doelen te bereiken moet de regering met beperkte macht de genoemde rechten beschermen tegen inbreuken door andere burgers. Daar staat *safety* dan voor: daadwerkelijke vrijwaring van inbreuken door anderen op leven, vrijheid en geluk. Aldus verstaan drukt het begrip het formele aspect van de zekerheid uit en is het nauw verbonden het inhoudelijke aspect van de fundamentele rechten.

4.3 *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789

De Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* dateert van 26 augustus 1789 en is verbonden met de Franse revolutie.⁷⁷ In deze verklaring worden de rampzalige toestand van de maatschappij en de verwording van het openbaar gezag geweten aan de gebrekkige kennis, de veronachtzaming en de minachting van de rechten van de mens. De verklaring is een afrekening met het absolutistische regime van de koning waarin de macht van de vorst onbeperkt was. Met deze onbeperkte macht wordt gebroken, in de verklaring wordt verwezen naar de soevereiniteit die resideert in de natie en waar alle burgers deel aan hebben.⁷⁸ De titel van het document geeft duidelijk aan waar het in deze om gaat. In de Franse *Déclaration* staan de natuurlijke, onvervreembare en heilige rechten van de mens en van de mens als burger centraal. Dit blijkt uit de preambule en wordt vervolgens treffend verwoord in artikel 2:

‘Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression.’⁷⁹

In dit document zien we niet, zoals in de Amerikaanse *Declaration of Independence*, dat de geregeerden een regering instellen die deze rechten moet waarborgen. De contouren van een *pactum subjectionis* zijn niet op deze wijze uit het Franse

⁷⁷ Voor de Franse revolutie, zie Couwenberg 1988.

⁷⁸ Van der Burg & Boels 1994, p. 52-53, artikelen 3, 6 en 12 van de *Déclaration* wijzen duidelijk in de richting van soevereiniteit van het volk. La volonté générale, de algemene wil, wordt hier ook expliciet genoemd in verband met de wet en iedere burger heeft het recht deel te nemen aan wetgeving, hetzij persoonlijk hetzij via een vertegenwoordiger.

⁷⁹ Van der Burg & Boels 1994, p. 52, in deze uitgave is van de Franse documenten, in tegenstelling tot de Engelse, een Nederlandse vertaling opgenomen. In de hoofdtekst van dit onderzoek zal ik in citaten uitsluitend uit de originele Franse teksten citeren. Volledigheidshalve zal ik de vertaling in voetnoten weergeven. Artikel 2 luidt in de Nederlandse vertaling in voor- en overgenomen bron: ‘Het doel van elke politieke gemeenschap is de handhaving van de natuurlijke en onvergankelijke rechten van de mens. Deze rechten zijn de vrijheid, de eigendom, de veiligheid en het verzet tegen de onderdrukking.’, p. 54.

document af te leiden.⁸⁰ Er wordt verwezen naar de soevereiniteit die het best begrepen lijkt te kunnen worden als een volkssoevereiniteit. Geen enkel lichaam of individu kan gezag uitoefenen dat niet uitdrukkelijk berust op die soevereiniteit. Hier valt uit af te leiden dat de nadruk ligt op de verhouding tussen de burgers onderling en niet op die tussen burgers en staat. Het doet denken aan een *pactum unionis*, de burgers verenigen zich met elkaar en de volkssoevereiniteit die op basis daarvan ontstaat, komt tot uitdrukking in de algemene wil.⁸¹ De contouren van het sociaal contract zijn dan ook in dit document, net als in de Amerikaanse *Declaration of Independence*, duidelijk te herkennen. Dat impliceert dat veiligheid in de zin van het verzekeren van fundamentele waarden door middel van de constitutie eveneens in dit document gelezen kan worden. Het verenigde volk legt met de constitutie het veiligstellen van de natuurlijke rechten vast als doel van de gemeenschap. De vrijheid, de eigendom, de veiligheid en het verzet tegen onderdrukking zijn de rechten die de mens volgens artikel 2 van nature toekomen.

Met het Franse *la sûreté* wordt veiligheid hier tot een natuurlijk recht verklaard. Welke betekenis mag nu aan veiligheid als natuurlijk recht in dit document worden toegeschreven? Er is reden genoeg om aan te nemen dat met *la sûreté* veiligheid in de betekenis van 'bescherming tegen medeburgers' wordt bedoeld. Het recht wordt genoemd in een opsomming van natuurlijke rechten waarvan de laatste *la résistance à l'oppression*, het verzet tegen onderdrukking is. Een voor de hand liggende lezing van deze rechten is dat veiligheid gereserveerd is voor de bescherming tegen medeburgers en dat verzet tegen onderdrukking gereserveerd is voor bescherming tegen de staat. De invloed van de dubbele betekenis van veiligheid lijkt zich ook hier te laten gelden. De al eerder aangestipte machtspositie van de vorst waarmee gebroken wordt, is van belang voor de uitleg van het recht op verzet tegen onderdrukking. Op dit punt kan verwezen worden naar het verdwijnen van het zogenoemde weerstandsrecht ten tijde van de absolutistische monarchie. In de feodale monarchie, die hier aan voorafging, ontleende de vorst zijn legitimiteit aan het recht. Dit recht was een afspiegeling van het goddelijke recht. Dat betekende dat het recht soeverein was, niet de vorst. In geval de vorst de grenzen van het soevereine recht overschreed, mocht hij worden afgezet op grond van het weerstandsrecht. Met de opkomst van de absolutistische monarchie vanaf het einde van de 16e eeuw was niet lan-

⁸⁰ Hoewel de notie van een *pactum subjectionis* niet op die wijze in de verklaring is te herkennen, geeft de verklaring wel aan dat het waarborgen van de rechten van de mens een openbare macht vereist die in het leven wordt geroepen ten bate van allen en niet alleen voor het persoonlijk voordeel van hen aan wie zij is toevertrouwd, zie art. 12 van de verklaring.

⁸¹ Van der Burg & Boels 1994, p. 52-53, ik verwijs hier nogmaals naar de artikelen 3, 6 en 12 van de hier besproken *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*.

ger het recht soeverein maar de machthebber.⁸² Daarmee kwam een einde aan het recht om de vorst af te zetten wanneer hij de grenzen van het soevereine recht overschreed. De wetten gingen uit van de absolute vorst die deze volgens zijn wil uitvaardigde. Zijn wil was wet, het recht op verzet wanneer bepaalde grenzen werden overschreven was daarmee vervallen.⁸³ Met de *Déclaration* kwam niet het oude weerstandsrecht terug; dit behoorde tot de feodale monarchie en daarmee bij een bepaalde positie van de vorst. Maar de ervaringen met de absolute vorst hadden bijgedragen aan het postvatten van de gedachte dat de macht van een staat begrensd was, in dit geval door de natuurlijke rechten van de mens. Dit werd nu expliciet in een juridisch document vastgelegd in de vorm van het recht op verzet tegen onderdrukking.⁸⁴

Bovendien kan in dit verband gewezen worden op de omschrijving van *la sûreté* uit de Franse verklaringen die volgden vlak na de verklaring van 1789. In de *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen* van 1793 bijvoorbeeld staat in artikel 8 een omschrijving die luidt:

‘La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés.’⁸⁵

De bescherming van het behoud van zijn persoon, zijn rechten en zijn bezit. *La sûreté* is nauw verbonden met bescherming van fundamentele waarden en rechten van de mens en/of burger. Tevens is duidelijk dat deze bescherming de

⁸² Op dit punt wordt wel verwezen naar de theorie van Jean Bodin zoals neergelegd *Les six Livres de la République* uit 1577, zie over dit werk bijvoorbeeld Franklin 1973, p. 103, waar de auteur stelt ‘The larger significance is the implication of the legal norm itself. The older doctrine tended toward constitutional monarchy. With Bodin, however, a legal path was opened to autocracy. The king was clearly authorized to make important decisions without consulting the Estates’, zie ook Figgis (1896) 1970 p. 107-136.

⁸³ Deze verandering in opvatting over het recht en de positie van de vorst was uiteraard ingebed in een breder geheel van opvattingen over het recht en nauw verbonden met de in de tekst aangegeven maatschappelijke overgang van de feodale naar de absolutistische monarchie wat onder meer een einde of vermindering betekende de macht van de adel, de parlements en de stedelijke vrijheden.

⁸⁴ Ik verwijs hier nogmaals naar Franklin 1973, p. 103, waar de auteur in dit werk aangeeft dat voor de verschuiving naar de absolute monarchie de ontwikkeling meer in dit richting van een constitutionele monarchie leek te gaan. Ook zou Bodin in zijn werk een ommeezwaai hebben gemaakt; van aanvankelijk nog beperkte suprematie naar autocratie.

⁸⁵ Duguit en Monnier 1925, p. 67. In dit verband kan ook verwezen worden naar de *Constitution de la République Française* uit 1795 waar *la sûreté* ook expliciet wordt omschreven in artikel 4 dat luidt: ‘La sûreté résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun.’, Duguit en Monnier 1925, p. 79.

goedkeuring heeft van de gemeenschap; het is eveneens een zaak van het meer omvattende sociale verband. De verantwoordelijkheid voor deze bescherming ontstijgt daarmee de puur individuele en afzonderlijke relaties tussen burgers onderling. *La résistance à l'oppression* komt in de verklaring van 1793 niet meer voor als natuurlijk en onvervreemdbaar recht. Maar dat we deze zinsnede als onderdrukking van de staat of regering mogen interpreteren blijkt uit artikel 9 van de verklaring. Daarin is namelijk de wettelijke bescherming verankerd van publieke en individuele vrijheid tegen onderdrukking door hen die regeren:

'La loi doit protéger la liberté publique et individuelle contre l'oppression de ceux qui gouvernent.'⁸⁶

Veel duidelijker dan in de Amerikaanse *Declaration of Independence* ligt in deze Franse *Déclaration* de nadruk op natuurlijke rechten. In het licht van de verschillende pacta die we onderscheiden bij een sociaal contract doet deze verklaring meer denken aan het idee van een *pactum unionis* waarbij de burgers zich met elkaar verenigen. Bij deze overeenkomst blijft de burger gehoorzaam aan zichzelf. Wanneer de veiligheid dan een reden is om een contract aan te gaan, ligt het voor de hand dat de veiligheid op een zo direct mogelijke manier in relatie tot de burger zelf te formuleren, daar ligt uiteindelijk ook de macht waaraan verantwoording moet worden afgelegd. De keuze voor veiligheid als natuurlijk recht lijkt daarin mede zijn verklaring te vinden. Dit is in de Franse *Déclaration* dan ook terug te zien. Bovendien geldt hier met name wat is beschreven over de afrekening met de absolutistische monarchie. In een document waarin gebroken wordt met een dergelijke macht zal het recht juist dienen om het individu te beschermen door middel van individuele rechten. Een recht op veiligheid voor ieder individu is dan geen vreemde gedachte om hier expliciet uitdrukking aan te geven.

4.4 Veiligheid: inbedding in invloedrijke verklaringen

Wat valt er te zeggen over de betekenis van veiligheid op grond van de hiervoor besproken verklaringen? In beide documenten komt veiligheid in de zin van het verzekeren of het veiligstellen van fundamentele rechten tot uitdrukking en tot die fundamentele rechten behoort de bescherming tegen medeburgers. In het licht van deze betekenis zijn duidelijk de contouren van het sociaal contract te herkennen, waarbij het in de Amerikaanse verklaring om een *pactum subjectionis* en in de Franse verklaring meer om een *pactum unionis* gaat. Veiligheid mogen we in deze verklaringen bestempelen tot een waarborg, een garantie tot be-

⁸⁶ Duguit en Monnier 1925, p. 67.

scherming. Daarmee of daardoor zijn andere essentiële waarden in de verklaringen ingesloten die onderling met elkaar samenhangen. Zo komen de natuurlijke rechten van de mens, de soevereiniteit van het volk en het beperken van een arbitraire machtsuitoefening door de staat in beide documenten aan de orde. In het laatst genoemde aspect herkennen we de andere betekenis van (binnenlandse) veiligheid: bescherming tegen (de macht van) de staat, de tweede trede van het moderne staatsbegrip. De verbondenheid van de twee betekenissen van veiligheid komt in beide verklaringen tot uiting. Veiligheid is tevens als doel of als natuurlijk recht te formuleren. Dan blijkt het als doel dicht aan te liggen tegen de betekenis van verzekeren, namelijk het vrijwaren van inbreuken op fundamentele rechten en als natuurlijk recht ziet het op de bescherming tegen medeburgers.

Gezien de verwantschap tussen de theorie van het sociaal contract en de verklaringen, de contextuele inbedding van veiligheid zoals die in het voorgaande hoofdstuk is geschetst, kan in ieder geval gesteld worden dat veiligheid op grond van deze verklaringen als rechtsbeginsel is aan te merken. De zekerheid dat rechten, de fundamentele of natuurlijke rechten uit de verklaringen, gestand worden gedaan. Veiligheid kan expliciet in een constitutie worden verwoord. Dat kan in de preambule of een tekstgedeelte waar de ratio van het document tot uitdrukking komt; in de Amerikaanse verklaring staan als doelen de veiligheid en het geluk verwoord. Het kan ook, op grond van de verbondenheid met andere essentiële waarden uit de verklaring, als fundamenteel recht in een constitutie zijn opgenomen. In de Franse verklaring is veiligheid één van de natuurlijke en onvervreembare rechten die expliciet genoemd wordt. De staat of het meer omvattende sociale verband blijkt een belangrijke taak te hebben bij de bescherming van fundamentele rechten tegen inbreuken door anderen. Bij de bestudering van veiligheid in de Nederlandstalige documenten houd ik met al deze aspecten rekening.

4.5 Veiligheid en Nederlandstalige constituties

4.5.1 *Inleiding*

In deze paragraaf schets ik de ontwikkeling van veiligheid in Nederlandstalige documenten die als constitutie in formele zin betiteld kunnen worden en die voorlopers zijn geweest van of van belang zijn geweest voor de huidige grondwet. Zoals hiervoor al gesteld, is het eerste Nederlandstalige document dat een opsomming van grondrechten bevatte De Verklaring van de rechten van de mens en de burger uit 1795. Deze verklaring bestudeer ik dan ook als eerste, vertrekkende vanuit het hiervoor beschreven perspectief van veiligheid in de Amerikaanse en Franse documenten. Vervolgens komen verscheidene Nederlandse staatsregelingen en grondwetten in chronologische volgorde aan bod.

Voor de keuze van deze regelingen en wetten bestaat een eenvoudige leidraad. In 1853 verscheen de eerste druk van *Verzameling van Nederlandsche Staatsregelingen en Grondwetten*. Deze verzameling is een eerbiedwaardige plaats gaan innemen temidden van de Nederlandse juridische tekstuutgaven en biedt zeventien drukken verder en ruim 150 jaren later een goed overzicht van de relevante juridische documenten op dit gebied. Na de Verklaring van de rechten van de mens en de burger van 1795 bezie ik vervolgens een aantal van de regelingen dat opgenomen is in dit werk en die de periode bestrijken van 1798 tot en met 1983, uiteraard voor zover deze relevant zijn voor de betekenis van veiligheid in de constitutie in formele zin.⁸⁷ De werkwijze betekent dat de oudste en eerst besproken documenten het meest uitgebreid aan de orde komen. De latere grondwetten komen korter aan de orde, met name de grondwetten vanaf 1815 wanneer daarin de betekenis van veiligheid grotendeels overeenkomt met hetgeen daarvoor is besproken.

4.5.2 *De Verklaring van de rechten van de mens en de burger van 1795*

In het licht van het voorgaande en de invloed die aan de Amerikaanse en Franse verklaringen mag worden toegeschreven, kan veiligheid in de Verklaring van de rechten van de mens en de burger van 31 januari 1795 in ieder geval worden omschreven als de betekenis hebbend van bescherming tegen medeburgers.⁸⁸ Zoals hiervoor al is aangegeven, is het in artikel 2 van de Verklaring omschreven

⁸⁷ Van Hasselt 1987, alle in dit onderzoek aangehaalde Nederlandstalige grondwetten en constituties zijn hierin terug te vinden met uitzondering van De Verklaring van de rechte van de mens en de burger uit 1795. De gewijzigde grondwetten die niet in deze editie voorkomen, worden in het onderzoek betrokken voor zover daar nieuwe informatie over veiligheid in de constitutie uit volgt. Een groot deel van deze grondwetten is ook terug te vinden in een andere uitgave getiteld *Grondwetten van Nederland van Bannier* die in 1936 verscheen. Aangezien van dit boek later alleen nog een supplement is verschenen in 1938 (met de meest recente Grondwet van toen) ligt het meer voor de hand de uitgave van Van Hasselt te gebruiken. Bannier geeft echter wel historische inleidingen bij iedere constitutie en daar zal ik gebruik van maken. De uitgave van Bannier is overigens gemodelleerd naar Frans idee, namelijk naar *Les Constitutions et les principales Lois Politiques de la France depuis 1789* van Duguit en Monnier uit 1925. In zijn voorwoord verwijst De Savornin Lohman dan ook naar deze Franse uitgave en naar de historische inleiding daarbij. Hij geeft aan dat in Nederland een bruikbare verzameling staatsregelingen en grondwetten weliswaar niet ontbrak maar dat Bannier heeft geprobeerd in de leemte te voorzien van historische toelichtingen en/of inleidingen bij de regelingen en wetten. De uitgave van Bannier onderstreept nog eens dat de keuze van documenten niet een volstrekt willekeurige is maar dat er in bredere kring eenzelfde opvatting bestaat omtrent de voor Nederland belangrijke constituties.

⁸⁸ Zie over het verband tussen de Amerikaanse en Franse verklaringen nogmaals Van der Burg en Boels, p. 2 en 14. De commissie van vier die de Verklaring van 1795 opstelde werkte vooral aan de hand van de Franse verklaringen van 1789 en 1793, idem p. 16.

als een van de natuurlijke rechten. In hetzelfde artikel is ook tegenstand aan de onderdrukking opgenomen. Dit laatst genoemde natuurlijke recht staat voor bescherming tegen de staat. De dubbele betekenis die veiligheid na de middeleeuwen kreeg en waar in hoofdstuk 2 aandacht aan is besteed, heeft duidelijk zijn beslag gekregen in juridische documenten uit de achttiende eeuw die als constitutie aangemerkt kunnen worden en die van belang zijn voor de huidige Nederlandse Grondwet.

De notie dat veiligheid voorbehouden is voor één van deze betekenissen namelijk de bescherming tegen medeburgers, is in deze verklaring uitdrukkelijk verwoord. Veiligheid is niet alleen expliciet als recht in de geschreven constitutie genoemd maar tevens nader omschreven. Artikel 6 stelt namelijk:

‘Dat de veiligheid bestaat in de zekerheid van door anderen niet gestoord te zullen worden in het uitoefenen van zyne rechten, noch in het vreedzaam bezit van wettig verkregene eigendommen.’⁸⁹

Dit artikel onderstreept nog eens het al eerder beschreven nauwe verband tussen veiligheid en zekerheid nu deze samen in een zin worden genoemd. Hiervoor kwam veiligheid in de zin van daadwerkelijke bescherming, het verzekeren of het veiligstellen al als belangrijkste betekenis naar voren en dit artikel bevestigt een dergelijke betekenis opnieuw. Veiligheid staat in deze verklaring voor het veiligstellen van rechten en eigendom tegen anderen; het biedt de fundering voor de bescherming daarvan en kan daarmee gelezen worden als een beginsel dat aan de Verklaring ten grondslag ligt. Veiligheid zou volgens deze verklaring afgelezen kunnen worden aan de mate waarin de mens (en de burger) niet gestoord wordt in de uitoefening van zijn rechten en het houden van zijn bezit, oftewel de mate waarin deze verzekerd worden. Dat betekent dat het met name gaat om daadwerkelijke handhaving van deze rechten.

Lezing van het document maakt dus duidelijk dat veiligheid expliciet als natuurlijk recht is opgenomen in deze verklaring terwijl de betekenis van veiligheid niet zozeer duidt op de invulling van een specifiek apart recht maar juist ziet op de handhaving van andere rechten. Veiligheid als rechtszekerheid ligt in deze verklaring besloten. Door de belangrijkste waarden, rechten en eigendommen in dit geval, te positiveren en het ongestoorde genot ervan eveneens te positiveren is met dit laatste de bescherming van die waarden op juridische wijze tot uitdrukking gebracht waarmee de zekerheid expliciet voor rechtszekerheid is komen te staan. De verklaring beoogt met de in het leven te roepen (positieve) rechten daadwerkelijk bescherming te bieden. Dat we veiligheid daarnaast in de

⁸⁹ Van der Burg & Boels 1994, p. 4.

verschijningsvorm van een natuurlijk recht, de voorloper van een (gepositieerd) grondrecht, in de verklaring terugzien doet daaraan niet af. Opname van veiligheid als natuurlijk recht betekent niet dat het individuele recht prevaleert en veiligheid in de betekenis van rechtszekerheid overstijgt. Zoals aan het begin van deze paragraaf al gesteld en we met name bij de Franse Declaration hebben gezien staat het natuurlijke recht voor de bescherming tegen medeburgers. Eén van de mogelijke verklaringen hiervoor kan zijn dat deze verklaring met veiligheid als natuurlijk recht en een nadere omschrijving daarvan nauw aansluit bij de Franse verklaring uit 1789 waarin veiligheid ook als natuurlijk recht is opgenomen; de Nederlandse verklaring lijkt voor een aanzienlijk deel bijna letterlijk te zijn overgenomen, zo ook het recht op veiligheid.

Veiligheid is hier als een leidraad voor interpretatie van de constitutie in de zin van de gedachte dat veiligheid het doel is van het maken van afspraken over de inrichting en het functioneren van een bepaalde staat. Het mag dan wel als een natuurlijk recht geformuleerd zijn maar de betekenis is op grond van artikel 6 uitermate helder. We zien de gedachte van veiligheid als het bieden van zekerheid niet in de inleiding van het document verwoord, zoals we eerder zagen bij de Amerikaanse *Declaration of Independence*.⁹⁰ In de preambule van de Verklaring van de rechten van de mens en de burger vinden we deze doelstelling niet op een dergelijke wijze terug. Daar wordt in het eerste gedeelte duidelijk gemaakt dat de soevereiniteit bij het volk ligt en de gevolgen daarvan voor volksvertegenwoordigers en een 'nationale bijeenroeping'. Ook in de rest van het document wordt de gedachte van veiligheid als rechtszekerheid nergens verwoord, behalve dan in artikel 6.

4.5.3 De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798

De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798 laat zich lezen als een document dat antwoord geeft op alle belangrijke vragen die burger, staat, hun onderlinge verhoudingen en de verhoudingen tussen burgers betreffen.⁹¹ In de literatuur duidt men deze regeling wel aan als de eerste moderne grondwet voor

⁹⁰ Van der Burg & Boels 1994, p. 33, en zie in dit onderzoek paragraaf 3.2.

⁹¹ Zie ook Van der Burg 1975, p. 47, die aangeeft dat het Nederlandse staatsrecht er zeer bij gebaat zou zijn wanneer de opvattingen die in de Staatsregeling werden neergelegd grondig zouden worden onderzocht. Op een aantal punten valt de regeling door het heldere en prachtige taalgebruik op waardoor een aantal waarden en idealen op krachtige wijze wordt uitgedrukt. In artikel 6 van de regeling is sprake van de heilige wet waarin alle plichten van de mens in de maatschappij hun grondslag hebben en die wet luidt: 'Doe eenen ander niet, hetgeen gij niet wenscht dat aan u geschiede. – Doe aan anderen, ten allen tijde, zoo veel goeds, als gij in gelijke omstandigheden, van hen zoudt wenschen te ontvangen.', Van Hasselt 1987, p. 18.

Nederland als eenheidsstaat.⁹² De regeling laat veiligheid in een andere hoedanigheid zien dan de hiervoor besproken verklaring van 1795. In deze regeling is veiligheid niet opgenomen als een onvervreemdbaar, van nature de mens toekomend recht. Het is hier expliciet verwoord als doel van het sociaal contract. Het Bataafse volk heeft zich verenigd en dat met deze regeling schriftelijk vastgelegd. Artikel 1 luidt:

‘Het oogmerk der maatschappelijke vereeniging is beveiliging van persoon, leven, eer en goederen, en beschaaving van verstand en zeden.’⁹³

Deze formulering doet sterk denken aan art. 6 uit de verklaring van 1795. Daar ging het om niet gestoord te worden in de uitoefening van rechten, hier worden die (fundamentele) rechten met name genoemd. In art. 1 gaat het hier om ‘het oogmerk der maatschappelijke vereeniging’: nog los van de woorden oogmerk en beveiliging vinden we in ‘maatschappelijke vereeniging’ een letterlijk verwijzing naar het sociaal contract terug. En met als oogmerk beveiliging is derhalve het doel veiligheid. Hier komen theorie van het sociaal contract en een constitutie heel dicht bij elkaar. De bescherming van leven en goederen van de mens, de beveiliging of verzekering daarvan, is de belangrijkste reden om met anderen een overeenkomst aan te gaan en de vrijheid van de natuurtoestand te verlaten en meer zekerheid te hebben omtrent het daadwerkelijk kunnen genieten van bepaalde fundamentele waarden omdat deze dan daadwerkelijk beschermd en gehandhaafd worden. Daar is een georganiseerd en geïnstitutionaliseerd sociaal verband voor nodig. De vrijheid van de natuurtoestand geeft immers een te grote onzekerheid ten aanzien van het overleven van de individuele mens in het bijzonder en volgens Rousseau uiteindelijk ten aanzien van het overleven van het menselijk ras in het algemeen.⁹⁴ In de traditie van Locke stelt deze regeling dat het sociaal contract de natuurlijke rechten van de mens in het algemeen niet wijzigt of beperkt. Zoals in de theorie van Locke, waar het contract de natuurlijke rechten op leven, vrijheid en bezit waarborgt, stelt artikel 2 van de regeling dat de natuurlijke rechten van de mens gewijzigd of beperkt kunnen worden voor zover dat noodzakelijk is in het kader van de bewerkstelling van het doel van de maatschappelijke overeenkomst, dat is de beveiliging zoals genoemd in artikel 1 van de regeling. Het bieden van rechtszekerheid ten aanzien van fundamentele waarden is ook hier als doelstelling geformuleerd. Vanuit de latere grondwetten en verdragen kan het oogmerk ook in meer formele, juridisch-technische zin, worden begrepen als de doelcriteria die in het kader

⁹² Donner 1998, p. 9.

⁹³ Van Hasselt 1987, p. 17.

⁹⁴ Rousseau (1762) 1995, p. 52.

van een toetsing van de beperking van in de regeling genoemde grondrechten aangelegd kunnen worden.

Veiligheid stond na de middeleeuwen, zoals hiervoor al verschillende malen is aangegeven, niet alleen voor de bescherming tegen medeburgers maar ook voor bescherming van de burger tegen de staat. In deze regeling is de eerst genoemde betekenis, bescherming tegen medeburgers, duidelijk waarneembaar in de hiervoor besproken artikelen die een nauwe verwantschap vertonen met de theorie van Locke over het sociaal contract. Maar komt nu ook de tweede betekenis van veiligheid in de regeling voor en laat deze zich zo duidelijk van de andere betekenis (onder)scheiden? En welke argumenten kunnen we aanvoeren om de stelling te ondersteunen dat veiligheid de betekenis heeft van bescherming tegen medeburgers en dat niet de andere betekenis in hoofdzaak moet worden ingelezen in deze regeling? Het lijkt voor de hand te liggen artikel 1 aldus op te vatten dat deze ziet op daadwerkelijke bescherming van de genoemde waarden tegen medeburgers. Maar zou het niet ook een uitwerking kunnen zijn van een soort weerstandsrecht en moeten de waarden niet beschermd worden tegen een staat, in welke vorm dan ook?

In de regeling komt geen variant voor van het in de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789 en de Verklaring van de rechten van de mens en de burger van 1795 genoemde 'recht op tegenstand tegen onderdrukking'. In de staatsregeling van 1798 is dit onderscheid in de vorm van twee natuurlijke rechten verdwenen.⁹⁵ Dit betekent echter niet dat beide betekenissen van veiligheid niet meer – op impliciete wijze – in het document zijn verwoord. Zoals gesteld doet artikel 1, wat betreft betekenis, denken aan art. 6 van de verklaring uit 1795 en kan men aan de betekenis van daadwerkelijke bescherming van in dit geval leven en de andere genoemde waarden tegen medeburgers denken. Maar er is meer over te zeggen dan dat. Artikel 1 van de regeling spreekt over de beveiliging van onder meer persoon, leven en goederen in het algemeen. In het licht van het expliciet genoemde sociaal contract ligt het voor de hand dit artikel uit te leggen, zoals ik hiervoor heb gedaan, als bescherming van de burger tegen medeburgers. Het sociaal contract zag immers toe op bescherming tegen de anderen, de medeburgers. Een strijd van allen tegen allen moest men op die manier voorkomen.

Deze argumenten ten spijt laat de onderhavige regeling echter de mogelijkheid onverlet om de bescherming van de burger tegen de staat in artikel 1 'in te lezen' als mogelijke betekenis of zelfs als belangrijkste betekenis. In combinatie met artikel 2 van de regeling, waarin duidelijk wordt dat de natuurlijke rechten van de mens slechts beperkt of gewijzigd mogen worden met het oog op be-

⁹⁵ Dit onderscheid keert niet meer op deze wijze terug in de Nederlandse constitutie.

werkstelling van het doel van het sociaal contract, kan men verdedigen dat hier uit volgt dat de mens eveneens bescherming van zijn natuurlijke rechten geniet tegen de staat, niet alleen tegen medeburgers. Artikel 2 duidt dan de grenzen van het handelen van de staat nader aan. Dit punt maakt duidelijk dat van essentieel belang is welke theorie van het sociaal contract men in het licht van een dergelijk document bezigt. In de theorie van Hobbes dient de soeverein, die de staatsmacht vertegenwoordigt, op absolute wijze gehoorzaamd te worden zolang hij de veiligheid maar weet te waarborgen.⁹⁶ Vanuit deze visie betekent artikel 2 van de regeling dan dat de staat de natuurlijke rechten van de mens in verregaande mate kan beperken, zolang de veiligheid (maar) wordt gewaarborgd. Dit impliceert dat de veiligheid op gespannen voet staat met en een bedreiging is voor daadwerkelijke bescherming en handhaving van de natuurlijke rechten van het individu. De sfeer van vrijheid die deze rechten voor de burger moeten creëren, kan de staat inperken in het kader van de veiligheid. De Hobbesiaanse lezing zou uiteraard zijn dat de vrijheidssfeer in grote mate kan worden ingeperkt voor dat doel.⁹⁷

Welke argumenten pleiten er nu voor om deze regeling op dit punt te interpreteren in het licht van de theorie van Locke en niet in die van Hobbes? Zoals in dit hoofdstuk al aan de orde kwam, is de theorie van Locke duidelijk te herkennen in de Amerikaanse *Declaration of Independence* van 1776. Tevens is de verwevenheid van de Amerikaanse, Franse en Nederlandse verklaringen aangegeven en vanuit dat perspectief kan men veronderstellen dat de theorie van Locke in ieder geval op indirecte wijze op de regeling van 1798 van invloed geweest is.⁹⁸ Maar ook op een andere manier is aannemelijk te maken dat de zienswijze van Locke in ieder geval eerder in de regeling ligt besloten dan die van Hobbes. In de theorie van Hobbes is de staat de soeverein die almachtig is en de gevolgen daarvan zijn zojuist hiervoor nog geschetst. In de onderhavige regeling zijn duidelijk de contouren te herkennen van het begin van de traditie van de rechtsstatelijkheid. Dit blijkt niet alleen uit de fundamentele rechten die de regeling bevat, maar ook uit de artikelen die duiden op volkssoevereiniteit, de drie machten die worden onderscheiden en de artikelen die wijzen op de inperking van de macht van de staat.⁹⁹ Dit laatste punt, het centrale punt van rechtsstatelijkheid, blijkt

⁹⁶ Zie ook hoofdstuk 2.

⁹⁷ Idem vorige noot.

⁹⁸ Zie over de verwevenheid eveneens Van der Burg en Boels 1994, p. 2, 14 en 16.

⁹⁹ Voor de fundamentele rechten zie onder meer de artt. 1 t/m 8 en 16 t/m 19, voor de volkssoevereiniteit onder meer de artt. 5, 10, 14 en Titul I art. 2, voor de drie machten die worden onderscheiden onder meer Titul III waar men het volgende aantreft: 'De drie voorname Magten in eene welgestelde Republiek zijn: 1. De Vertegenwoordigende Hoogste Magt. 2. De Uitvoerende Magt. 3. De Regterlijke Magt.'. De inperking van de macht van de staat

ook uit de andere genoemde aspecten. De regeling voorziet niet in een oppermachtige staat, zoals Hobbes die meer voorstaat. Hoewel de erkenning van fundamentele rechten en vrijheden duidt op beschermen hiervan tegen medeburgers, geeft het eveneens de grenzen aan die gesteld worden aan de macht van de staat en toont het de erkenning van de macht van de burger. Dit ligt meer in de lijn van de theorie van Locke. Het moderne staatsbegrip met als eerste trede bescherming tegen medeburgers en vervolgens bescherming tegen de staat tekent zich duidelijk af in deze regeling.

De conclusie luidt dat in de Staatsregeling van het Bataafsche volk van 1798 veiligheid in de betekenis van daadwerkelijke bescherming van fundamentele waarden tegen medeburgers als uitgangspunt ligt besloten. De bescherming van leven en goederen van de mens staat centraal. Deze bescherming moet men gestand doen. De betekenis uit de verklaring van 1795 is daarmee doorgezet. Dit alles laat onverlet dat de andere betekenis van veiligheid, bescherming tegen de staat, eveneens uit de regeling blijkt, hoewel een interpretatie op grond van de theorie van Hobbes met vergaande consequenties op dit punt niet aannemelijk is. In vergelijking met de verklaring van 1795 is verder van belang dat veiligheid in de regeling van 1798 niet meer als onvervreemdbaar, de mens van nature toekomend recht wordt genoemd en dat de dubbele betekenis van veiligheid niet meer expliciet aan de orde komt in de vorm van twee verschillende natuurlijke rechten.

4.5.4 *De Staatsregeling des Bataafschen Volks van 1801 en van 1805*

In de staatsregelingen van 1801 en 1805 wordt het recht op veiligheid noch expliciet genoemd als natuurlijk recht zoals in de verklaring van 1795, noch wordt het als doel van de maatschappelijke vereniging en daarmee de constitutie omschreven zoals in de staatsregeling van 1798. De nieuwe staatsregelingen verschenen onder de titel Staatsregeling des Bataafschen Volks.¹⁰⁰ In deze regelingen was het geluk van allen of van het volk het doel van de regelingen, getuige artikel 1 van de regeling van 1801:

‘Het geluk van allen is de hoogste Wet: geen Lid, noch eenig deel der Maatschappij, kan uit dien hoofde door eenige byzondere Wet ten nadeele der overigen bevoordeeld worden.’¹⁰¹

blijkt duidelijk uit een aantal van de hiervoor genoemde artikelen. Zie Van Hasselt 1987, p. 17-34.

¹⁰⁰ Van Hasselt 1987, p. 104-142.

¹⁰¹ Van Hasselt 1987, p. 104.

Dit geluk wordt in de regelingen gekoppeld aan het recht op vrijheid en gelijkheid. Dat betekent dat geluk hier verbonden wordt met de natuurlijke rechten, zoals dat met veiligheid in vorige verklaringen het geval was. Alleen stond veiligheid daar voor de zekerheid om de natuurlijke rechten daadwerkelijk te kunnen genieten en houdt het aldus bezien een voorwaarde in voor de uitoefening en het genot van die rechten. Het geluk van allen is hier op een andere wijze geformuleerd. Het roept meer de gedachte op dat wanneer een ieder zijn natuurlijke rechten kan genieten daarmee dat geluk wordt bevorderd.

Is er dan toch een verband tussen veiligheid en geluk in deze regelingen te leggen en hoe kan dat worden verklaard? Voor een antwoord op deze vragen biedt niet de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789 maar van 1793 een duidelijk aanknopingspunt. In artikel 1 van die verklaring lezen we dat het oogmerk van een maatschappij het algemeen geluk is. Daarom is er een regering om de mens het genot van zijn natuurlijke rechten te garanderen.¹⁰² De koppeling tussen geluk en de natuurlijke rechten, waaronder in artikel 2 van deze verklaring ook weer *la sûreté*, en het garanderen daarvan wordt in de verklaring van 1793 duidelijk gelegd. Veiligheid zou -als natuurlijk recht- mede moeten leiden tot het geluk. Het garanderen van een veilig leven is op die manier mede een voorwaarde voor een gelukkig leven. Deze latere Franse *Déclaration* kan, gezien het eerder genoemde verband tussen de diverse verklaringen, invloed hebben uitgeoefend op de Nederlandse staatsregelingen van 1801 en 1805. De combinatie van geluk en veiligheid sluit echter ook aan bij de Amerikaanse *Declaration of Independence* waar men *safety and happiness* als doelen aan elkaar koppelt en waar ook sprake is van onvervreembare rechten.¹⁰³

Onvervreembare rechten, waaronder veiligheid, die moeten leiden tot geluk. Of onvervreembare rechten, waaronder de bescherming tegen medeburgers, die veilig gesteld dienen te worden om vervolgens geluk te bewerkstelligen. Veiligheid als een noodzakelijke voorwaarde voor het individu om zijn geluk daadwerkelijk te kunnen realiseren of om de rechten te kunnen uitoefenen die

¹⁰² Van den Burg & Boels 1994, p. 56-62, in de Nederlandse vertaling in deze uitgave is het Franse *garantir* uit artikel 1 van de *Déclaration* van 1793 vertaald met verzekeren. De natuurlijke rechten dienen te worden verzekerd. In artikel 2 komt vervolgens bij deze natuurlijke rechten *la sûreté* voor, het recht op veiligheid. Dat betekent dat veiligheid hier zowel als verzekeren en als natuurlijk recht wordt genoemd. De vertaling van Van den Burg past weliswaar goed in het licht van de betekenissen zoals die hier aan de orde zijn maar gezien de etymologie zoals die in hoofdstuk 2 uiteen is gezet zou *garantir* het beste vertaald kunnen worden met garanderen of waarborgen. Indien de Franse tekst *assurer* zou hebben bevat, had het voor de hand gelegen dit met verzekeren te vertalen. Voor de zuiverheid van het gebruik van veiligheid en om de aangehaalde terminologie zo veel mogelijk recht te doen wordt het hier dus niet met verzekeren vertaald.

¹⁰³ Van den Burg & Boels 1994, p. 33.

kunnen leiden tot het geluk. Dat geluk kan binnen de constellatie van natuurlijke rechten worden gezien als samenhangend met de emancipatie, participatie en zelfontplooiing van het individu. Een visie die in de kern aansluit bij het beeld van de mens in de liberale rechtsstaat zoals zich dat later heeft ontwikkeld. Een enigszins vergelijkbaar idee vinden we ook terug in de sociale wetenschappen zoals in de psychologische theorie van Maslow waar veiligheid een voorwaarde is voor het individu om zichzelf te verwezenlijken en zo het geluk te verwerven.¹⁰⁴

In de Staatsregeling des Bataafschen Volk van 1805 wordt in artikel 1 het geluk genoemd maar zien we in artikel 3 een de combinatie van de natuurlijke rechten vrijheid en gelijkheid met een vorm van veiligheid:

‘Het groot beginsel der Maatschappelijke Vrijheid bestaat daarin, dat de Wet gelijke Regten verzekere en gelijke Pligten oplegge aan alle Burgers, zonder onderscheid van rang of geboorte.’¹⁰⁵

Het gebruik van het woord ‘verzekere’ is een duidelijke aanwijzing en kan in het licht van het voorgaande worden begrepen als veiligstellen tegen medeburgers en is hier nauw verbonden met vrijheid en het verbod van rechtsongelijkheid. In dit artikel wordt de maatschappelijk vrijheid, die ontstaat door deze regeling, als het ware verkozen boven de natuurlijke vrijheid. Die maatschappelijke vrijheid staat dus weer voor de ‘zekere’ oftewel ‘veiliggestelde’ vrijheid die tegenover de onzekere natuurlijke vrijheid staat. Dat veiligstellen gebeurt door middel van afspraken die worden neergelegd in regelgeving, met andere woorden de wet. Bovendien dienen die regels uitdrukking te geven aan het gelijkheidsbeginsel. De natuurlijke vrijheid was onbeperkt maar ook uitermate onzeker en reeds daarom niet voor iedereen gelijk. De maatschappelijke vrijheid die voortvloeit uit een staatsregeling biedt de mogelijkheid die vrijheid niet alleen meer zeker, maar ook meer gelijk te maken.¹⁰⁶ Wat we hier dus opnieuw zien, is dat veiligheid als basis fungeert om de maatschappelijke vrijheid te realiseren. Die maatschappelijk vrijheid dient voor alle burgers in een bepaalde mate van gelijkheid te worden gerealiseerd, in ieder geval mag rang of geboorte geen rol spelen. De gelijke rechten en gelijke plichten van alle burgers worden volgens dit artikel verzekerd door de wet. Veiligheid is hier de basis van waaruit de maatschappe-

¹⁰⁴ Maslow 1970, p. 15-23.

¹⁰⁵ Van Hasselt 1987, p. 128.

¹⁰⁶ Dit zegt uiteraard nog niets over de invulling van die gelijkheid. Het kan betekenen ‘ieder een gelijk deel geven’ maar ook ‘ieder het zijne doen toekomen’. Bovendien zou de wet bijvoorbeeld nog steeds vrouwen van bepaalde rechten uitsluiten, zie hierover ook in hoofdstuk III de bespreking van de invulling van rechtvaardigheid door Radbruch.

lijke vrijheid, die niet losgezien wordt van gelijkheid, kan beginnen. Het verband dat hier wordt gelegd tussen veiligheid en gelijkheid zullen we ook nog in latere constituties tegen komen. In deze beide regelingen zien we ook weer het belang van het meer omvattende sociale verband. De maatschappelijke vrijheid die men verkiest boven de natuurlijke vrijheid is verbonden met (de instelling van) een staat. De bescherming van die maatschappelijke vrijheid verbindt men op deze wijze met de staat.

4.5.5 *Constitutie voor het koninkrijk Holland*

Op 5 juni 1806 aanvaardde koning Lodewijk Napoleon de regering. Volgens de Constitutionele Wetten, 1806, bleef de staatsregeling van 1805 samen met andere regelingen 'bewaard' met uitzondering van 'welke uitdrukkelijk door de tegenwoordige Constitutionele Wetten zullen vernietigd zijn'.¹⁰⁷ Op 7 augustus van dat jaar trad de Constitutie voor het koninkrijk Holland in werking.¹⁰⁸ Hierin zijn net als in de hiervoor besproken staatsregelingen in de eerste afdelingen algemene bepalingen opgenomen.¹⁰⁹ In deze bepalingen zijn nog steeds fundamentele rechten te zien en wel op dezelfde wijze als in de paragraaf hiervoor is besproken. In artikel 2 komt dit het beste tot uitdrukking:

'Het groot beginzel der Maatschappelijke Vrijheid bestaat daar in, dat de Wet gelijke Regten verzekere en gelijke Pligten oplegge aan alle Burgers, zonder onderscheid van rang of geboorte.'¹¹⁰

Vrijheid en gelijkheid worden ook hier nauw met elkaar verbonden. Ook hier vinden we de maatschappelijke vrijheid terug. Deze wordt bereikt wanneer de wet gelijke rechten voor alle burgers veiligstelt, wat ook hier valt af te leiden uit 'verzekeren', dat in de voorgaande paragraaf nader is toegelicht.

De tweede afdeling van deze Constitutie is 'Van den Koning' genaamd. Zoals hiervoor al gemeld, werd met de invoering van deze regeling de broer van Napoleon Bonaparte koning van Holland. Dit duurde tot juli 1810. Toen werd Hol-

¹⁰⁷ Van Hasselt 1987, p. 148-149.

¹⁰⁸ Van Hasselt 1987, p. 153.

¹⁰⁹ In de staatsregeling van 1798 heette dit nog 'algemeene beginselen' daarmee meer recht doend aan fundamentele waarden die in de bepalingen besloten lagen. In de staatsregeling van 1801 was sprake van algemeene beginzelen en bepalingen, daarna verdween het woord beginselen en bleven de bepalingen over.

¹¹⁰ Van Hasselt 1987, p. 153.

land krachtens keizerlijk decreet ingelijfd bij het Franse keizerrijk.¹¹¹ In november 1813 werd de onafhankelijkheid herwonnen.¹¹²

4.5.6 *De grondwet van 1814*

Vanaf de grondwet van 1814 treedt er een duidelijke verandering in, een breuk met stijl en inhoud van de vorige constituties doet zich voor. Niet langer vangt de constitutie aan met algemene beginselen of bepalingen. Vrijheid, gelijkheid en veiligheid worden niet meer als natuurlijke rechten en daarmee als de belangrijkste te beschermen waarden prominent in het eerste hoofdstuk gepresenteerd. Veiligheid als doel van het sociaal contract en daarmee van de constitutie ligt ook niet in één van de eerste bepalingen of de preambule besloten. Bij deze grondwet heeft zo op het eerste gezicht een accentverschuiving plaatsgevonden. ‘Van den Souvereinen Vorst’ luidt het eerste hoofdstuk.¹¹³ Na een aantal artikelen die tot doel hebben de soevereiniteit aan Willem Frederik Prins van Oranje Nassau en zijn wettelijke erfgenamen op te dragen, is pas in artikel 28 sprake van fundamentele waarden die beschermd dienen te worden. De eed die de vorst aflegt bij het aanvaarden van de regering luidt volgens dat artikel namelijk:

‘Ik zweer, dat Ik eerst en bovenal de Grondwet van de Vereenigde Nederlanden zal onderhouden en handhaven, en dat Ik wijders de onafhankelijkheid van den Staat, de vrijheid en welvaart van deszelfs ingezetenen, met alle mijne krachten bevorderen zal. Zoo waarlijk helpe mij God Almachtig.’¹¹⁴

Aan de vorst zijn verschillende taken opgedragen. Zo moet hij de Grondwet onderhouden en handhaven. Dat betekent dat het neerleggen alleen van fundamentele afspraken en rechten in een constitutie niet voldoende is; deze afspraken en rechten gestand doen in de zin van daadwerkelijke naleving is een taak van het hoofd van de staat. Naast de onafhankelijkheid van de staat is hier tevens de bevordering van de vrijheid en welvaart van de burgers als een van de opdrachten aan de vorst geformuleerd. Dit doet denken aan de omschrijving van het verzekeren van bepaalde waarden zoals we dat al hebben gezien bij hiervoor besproken documenten. Daar ging het dan om het veilig stellen of garanderen van geluk of de vrijheid van de burgers. In die constituties stond het realiseren van zulke waarden als ultiem doel omschreven zoals in artikel 1 van de Staatsre-

¹¹¹ De rechterlijke en bestuurlijke organisatie in Holland werd bij latere decreten geregeld en tevens werden verscheidene Franse wetten hier ingevoerd. Een aantal bleef lange tijd van kracht, de Franse Code Pénal bijvoorbeeld tot 1886.

¹¹² Zie hierover Couvee en Pikkemaat 1963.

¹¹³ Van Hasselt 1987, p. 166.

¹¹⁴ Van Hasselt 1987, p. 170.

geling voor het Bataafsche Volk van 1798,¹¹⁵ of was sprake van het instellen van een regering met instemming van de geregeerden met het oog op het veiligstellen van zulke waarden zoals in de Amerikaanse *Declaration of Independence*.¹¹⁶

In de Grondwet van 1814 zien we deze formule dus niet terug: het doel van een (politieke) samenleving waarin natuurlijke rechten gewaarborgd dienen te worden en waar mensen veilig en gelukkig moeten kunnen leven of een variant daarvan, staat niet langer centraal. De soevereine vorst is zelf het speerpunt van de constitutie geworden. Dit is op zich niet zo verwonderlijk als men bedenkt dat met deze Grondwet de constitutionele monarchie werd geïntroduceerd.¹¹⁷ De positie van de soevereine vorst diende stevig verankerd te worden met dit juridische document en dit leidde zowel in de vorm als inhoud tot een ander soort constitutie. Hier treden dan ook twee opvallende verschillen op de voorgrond met de voorgaande constituties: de nadruk verschuift van het doel van de samenleving naar de soevereiniteit van de vorst en de prominente plaats voor de natuurlijke rechten van de mens is verdwenen.

Welke aanwijzingen, buiten de opdracht aan de vorst, bevat deze constitutie nog waaruit blijkt dat veiligheid net als voorheen van essentieel belang is? Hoewel de verzekering van fundamentele rechten niet meer zo'n prominente plaats inneemt, is veiligheid nog expliciet in deze Grondwet terug te vinden. Artikel 101 begint namelijk als volgt:

‘Ten einde aan de Ingezetenen dezer Landen te waarborgen de onschatbare voorregten van burgerlijke vrijheid en persoonlijke veiligheid, zullen de volgende regelen de grondslagen der wettelijke beschikkingen uitmaken.’¹¹⁸

De burgerlijke vrijheid en de persoonlijke veiligheid dienen gewaarborgd te worden. In deze constitutie worden deze rechten betrokken op de strafrechtelijke vervolging van een burger. Artikel 101 bevindt zich namelijk in het hoofdstuk ‘Van de Justitie’. In het vervolg van het artikel zijn enkele fundamentele waarden opgenomen die duiden op bescherming van de burger in het strafprocesrecht, zoals onder meer de redelijke termijn en vereisten van openbaarheid die aan een vonnis worden gesteld. De verbondenheid van de vrijheid en veiligheid van de persoon met waarborgen in het strafprocesrecht zien we ook terug in documenten die voor de hedendaagse Nederlandse rechtsorde van belang zijn. In het

¹¹⁵ Van Hasselt 1987, p. 17.

¹¹⁶ Van der Burg & Boels 1994, p. 33.

¹¹⁷ Elzinga 1998, p. 84.

¹¹⁸ Van Hasselt 1987, p. 184.

EVRM zien we deze constructie op een vergelijkbare wijze terug.¹¹⁹ Het plaatsen van veiligheid in een voornamelijk strafrechtelijk kader is van blijvende betekenis gebleken voor de Nederlandse rechtsorde, zoals met name in de hoofdstukken V en VI in dit onderzoek nog zal blijken. Het strafrecht is onlosmakelijk met veiligheid verbonden.

Duidt de relatie tussen veiligheid en strafrecht in de Grondwet van 1814 nu op een vernieuwing of wijziging van de betekenis van veiligheid in de Constitutie? Zoals hiervoor al is gesteld is het zeker zo dat veiligheid niet meer zo duidelijk als zelfstandige fundamentele waarde in de constitutie is te herkennen als voorheen. Maar de relatie met strafrecht duidt niet op een vernieuwing of een elementaire wijziging van de betekenis van veiligheid in de Constitutie. Dit verband is namelijk niet nieuw. In de leer van het sociaal contract wordt eveneens het verband tussen veiligheid en strafrecht gelegd. Zo stelt Locke dat de mens van nature het recht op zelfbehoud en het recht tot straffen heeft.¹²⁰ Dit recht tot straffen wordt bij het verlaten van de natuurtoestand opgegeven. In de politieke samenleving komt het recht tot straffen toe aan de uitvoerende macht. Dit recht staat voor de bestraffing van inbreuken op de natuurlijke rechten op leven, vrijheid en bezit en het heeft dus betrekking op bescherming tegen medeburgers. Het recht tot straffen en daarmee het strafrecht is op die wijze zeer nauw verbonden met de betekenis van veiligheid in de zin van bescherming tegen medeburgers. Gezien het nauwe verband tussen het gedachte-experiment van het sociaal contract zoals dat bij voorbeeld door Locke is beschreven en de constituties van de achttiende eeuw en later, kan het verband tussen veiligheid en het strafrecht ook op een vergelijkbare wijze in de constituties geïnterpreteerd worden. Hier kan nog aan worden toegevoegd dat het strafrecht bij uitstek dat deel van het recht is waarin de bescherming van de burger tegen een medeburger op concrete wijze vorm heeft gekregen door middel van de delictsomschrijvingen.¹²¹

4.5.7 *De grondwetten vanaf 1815 en voor 1983*

In de grondwetten vanaf 1815 wordt de lijn uit de Grondwet van 1814 voortgezet. Veiligheid is dus niet meer aan het begin expliciet als doelstelling of grond-

¹¹⁹ Artikel 5 EVRM dat het recht op vrijheid en veiligheid bevat en is toegeschreven op waarborgen die de vrijheid en veiligheid van de persoon bij onder meer de strafrechtelijke vervolging moeten garanderen.

¹²⁰ Locke (1690) 1988, p. 353.

¹²¹ Zoals hiervoor al aangegeven, was in 1810 de Franse Code Pénal ingevoerd en deze bleef ook na de herwonnen onafhankelijkheid van 1813 van kracht. Pas in de tweede helft van de negentiende eeuw kwam het Wetboek van Strafrecht tot stand. Dit dateert van maart 1881. Veiligheid in de zin van bescherming tegen medeburgers was in die zin uitgewerkt voor de Nederlandse rechtsorde door middel van het strafrecht.

recht in de constitutie terug te vinden. In deze grondwetten komt het, net als in de Grondwet van 1814, weer in de eed van de koning aan de orde. In artikel 53 van de Grondwet van 1815 (dat gelijk is aan artikel 52 van de Grondwet van 1840) staat:

‘...dat ik de algemene en bijzondere vrijheid en de regten van alle mijne onderdanen en van ieder derzelve zal beschermen en beveiligen...’¹²²

Uit deze passage blijkt dat de koning onder meer als taak heeft om de vrijheid van de burgers te beveiligen. Veiligheid staat ook hier voor het verzekeren van fundamentele waarden, in dit geval vrijheid en rechten van burgers. Veiligheid ziet op de soort en mate van vrijheid. Die vrijheid moet gestand worden gedaan. Net als in de Grondwet van 1814 wordt de zorg voor veiligheid dus als taak aan de koning opgedragen. Als natuurlijk recht komt het niet voor.

Veiligheid is ook nog op een andere manier in de constitutie te herkennen en sluit daarmee aan op de voorgaande besproken documenten en bij de notie van het sociaal contract. De bescherming van persoon en goederen speelt daarin namelijk een belangrijke rol. In de Grondwet van 1815 staat in artikel 4:

‘Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hetzij ingezetenen hetzij vreemdelingen, hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen’.¹²³

Veiligheid vinden we hier terug in ‘bescherming’ en net als in de theorie van het sociaal contract moet die bescherming een bepaalde vrijheid opleveren. De vrijheid moet in een bepaalde gelijke mate genoten (kunnen) worden. Hoewel anders geformuleerd, en even afgezien van de ruimhartige toekenning aan ‘allen’, stond een artikel met een inhoud van overeenkomstige strekking ook al in de Staatsregeling des Bataafschen Volk van 1805 en de Constitutie voor het Koninkrijk Holland. De betekenis zoals die daar uiteengezet is, wordt in de Grondwet van 1815 dus voortgezet. Veiligheid geldt ook hier garantie voor de daadwerkelijke bescherming van de in het leven geroepen maatschappelijke of burgerlijke vrijheid, en deze ziet men niet los van gelijkheid.

Na 1840 volgden nog vele grondwetsherzieningen waarbij allerlei onderwerpen geregeld werden.¹²⁴ Voor de Grondwetten tot aan die van 1983 geldt

¹²² Van Hasselt 1987, p. 216.

¹²³ Van Hasselt 1987, p. 198.

¹²⁴ Zo is de Grondwet van 1917 onder meer bekend om de invoering van het algemeen kiesrecht op basis van evenredige vertegenwoordiging. Op basis daarvan werd het vrouwenkiesrecht ingevoerd bij wet van 9 augustus 1919, Stb. 536.

dat deze dezelfde structuur hebben als die van 1814. Veiligheid is ook in deze grondwetten niet meer aan het begin expliciet als doel van de constitutie of als natuurlijk recht opgenomen. Het is impliciet te herkennen in de eed die de vorst moet afleggen waarmee de Grondwetgever de gedachte van bescherming en handhaving van fundamentele waarden door de staat tot uitdrukking brengt. Het verschil met de hiervoor besproken constituties is dat vanaf 1848 het begrip ‘beveiligen’ uit de eed van de vorst is verdwenen. In iedere nieuwe Grondwet vinden we deze eed terug en in de Grondwet van 1972 luidt een passage uit artikel 53:

‘...dat Ik de algemene en bijzondere vrijheid en de rechten van alle Mijne onderdanen zal beschermen...’¹²⁵

De bescherming van de vrijheid en rechten van de onderdanen is een taak van de vorst. Veiligheid is in die zin in al die constituties uitgedrukt als taak van de vorst en daarmee van de staat.¹²⁶ Het begrip zelf is echter in die betekenis niet meer expliciet in de Grondwet zelf terug te vinden.

Veiligheid wordt in de Grondwet gebruikt met betrekking tot de defensie en wordt daarmee betrokken op situaties van oorlog of revolutie.¹²⁷ We vinden de term veiligheid dus terug in de andere betekenis die in hoofdstuk II aan de orde is gesteld. Besselink heeft aangegeven dat onder het begrip ‘bescherming der belangen van de staat’ van onze Grondwet verschillende belangen zijn gerekend. Het gaat dan om de verdediging van de onafhankelijkheid en het grondgebied van het Koninkrijk, en de inzet van de krijgsmacht in het binnenland bij handhaving van de openbare orde en veiligheid.¹²⁸ Wat dat laatste belang betreft heeft de krijgsmacht gedurende de periode 1840-1920 een prominente rol gespeeld bij de ordehandhaving. Daarna zette het zogenoemde demilitariseringsproces definitief door en sinds die periode is militaire bijstand alleen geoorloofd in extreme situaties.¹²⁹ Hoewel de rol voor de krijgsmacht al sinds decennia is beperkt, is er naar aanleiding van art. 103 Grondwet nog wel het een en ander op

¹²⁵ Van Hasselt 1987, p. 598.

¹²⁶ De vorst is niet politiek verantwoordelijk, de ministeriële verantwoordelijkheid is neergelegd in artikel 42 Grondwet, zie hierover E.J. Janse de Jonge 2000, p. 307-316.

¹²⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 203 Grondwet 1972.

¹²⁸ Besselink 2001, p. 297-298.

¹²⁹ Van der Wal 2004, de auteur beschrijft de rol van het leger vanaf de voedseloproeren uit de jaren 40 van de 19^e eeuw tot en met het demilitariseringsproces in de 20^e eeuw. Het valt buiten het bestek van dit onderzoek om deze ontwikkeling uitgebreider te bespreken. De bijstandrol voor marechaussee en krijgsmacht is heden ten dage neergelegd in de artt. 58-60 Politiewet 1993.

te merken over veiligheid als bescherming van fundamentele rechten. Daarom volgt na deze paragraaf een aparte bespreking van dit artikel.

Vanaf 1848 zien we in de Grondwet, vergelijkbaar met het hiervoor besproken art. 4 uit de Grondwet van 1815, nog steeds het volgende vervat in één van de eerste artikelen:

‘Allen die zich op het grondgebied van het Rijk bevinden, hebben gelijke aanspraak op bescherming van persoon en goederen.’¹³⁰

Veiligheid blijft op die manier verbonden met vrijheid en gelijkheid tot en met de Grondwet van 1972 en daarmee wordt ook het verband met de theorie van het sociaal contract en de betekenis van veiligheid in de zin van bescherming tegen medeburgers intact gelaten: veiligheid staat voor het verzekeren van fundamentele waarden die tot uitdrukking zijn gebracht in fundamentele rechten.

4.5.8 *De Grondwet van 1983*

De Grondwet van 1983 valt in algemene zin voornamelijk op door de herziene indeling ten opzichte van de Grondwetten daarvoor en door de modernisering van de tekst. De grondrechten zijn in hoofdstuk I van de Grondwet bij elkaar gebracht en daarmee is de traditie waar in 1814 mee werd gebroken in zekere zin in ere hersteld. Het recht op veiligheid vinden we hier evenwel niet terug, niet als klassiek grondrecht en ook niet als sociaal grondrecht. Wat dat betreft is er dus geen verandering ten opzichte van de situatie sinds 1814. Maar ook de lange traditie van wat sinds 1815 voornamelijk in artikel 4 van de Grondwet was vervat, is na honderdachtenzestig jaar beëindigd. De bescherming van persoon en goederen treffen we als formulering niet meer aan. In het oude artikel 4 van de Grondwet werden weliswaar enkele essentiële waarden met elkaar verbonden maar lag de nadruk op de gelijkheid die expliciet werd genoemd. Deze waarde heeft in de Grondwet van 1983 een prominente plaats gekregen; het is neergelegd in artikel 1.¹³¹ In deze Grondwet is de lange verbondenheid van veiligheid met vrijheid en gelijkheid dus niet meer zo gemakkelijk te achterhalen en

¹³⁰ Van Hasselt 1987, p. 327. Het betreft hier de eerste zin van artikel 4 uit de Grondwet van 1887. In de Grondwet van 1848 is deze passage nog te vinden in artikel 3 en is de zinsnede ‘hetzij ingezetenen of vreemdelingen’ nog opgenomen. Deze verdwijnt uit de Grondwet van 1887 en vanaf die Grondwet tot en met die van 1972 is het begin van artikel van de Grondwet zoals hierboven geciteerd. Op de minder ruimhartige toekenning van deze bescherming aan vreemdelingen wordt hier niet verder ingegaan.

¹³¹ Hoewel uit de plaats waar een grondrecht is opgenomen in de Grondwet niet mag worden afgeleid dat het recht hoger in rang is dan een recht dat daarna volgt in de opsomming van grondrechten.

daarmee wordt ook het idee van veiligheid als doelstelling die ingekleurd wordt door het realiseren van vrijheid en gelijkheid steeds meer impliciet.

Veiligheid is echter als belangrijke opdracht aan de staat nog steeds in deze Grondwet opgenomen. Artikel 32 Grondwet betreft de beëdiging en inhuldiging van de koning. De tekst van de eed is niet meer in de Grondwet vervat. Deze eed is neergelegd in de Wet beëdiging en inhuldiging van de Koning¹³² en komt grotendeels overeen met de eed zoals die in de vorige grondwet was vervat met dien verstande dat nu niet meer sprake is van de algemene en bijzondere vrijheid. De zinsnede luidt nu:

‘(...) dat Ik de vrijheid en de rechten van alle Nederlanders en alle ingezetenen zal beschermen(...)’.¹³³

Veiligheid is hier te herkennen als de bescherming van de vrijheid en de rechten van de burgers. Dit is een taak van de koning en, zoals hiervoor al gesteld, daarmee een taak van de staat. De staat dient de vrijheid en rechten van de burgers te verzekeren. Veiligheid in de betekenis van rechtszekerheid van met name de vrijheid en fundamentele rechten van burgers heeft als zodanig een behoorlijke traditie in de Nederlandse constitutie en is daar stevig in verankerd.

4.6 De externe veiligheid en de constitutie

4.6.1 *Inleiding*

In het voorgaande is al verwezen naar het gegeven dat veiligheid expliciet in de Grondwet aan de orde komt wanneer het de buitenlandse oftewel de externe veiligheid betreft. In de huidige Grondwet treffen we die betekenis van veiligheid aan in de artikelen 96 tot en met 103. Deze artikelen zien onder meer op de ‘in-oorlog-verklaring’, de krijgsmacht, vrijstelling van militaire dienst wegens gewetensbezwaren en de inlichtingenplicht over de inzet van de krijgsmacht. Voor dit onderzoek is met name art. 103 Grondwet interessant waarvan het eerste lid als volgt luidt:

‘De wet bepaalt in welke gevallen ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid bij koninklijk besluit een door de wet als zodanig aan te wijzen uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd; zij regelt de gevolgen.’

De uit- of inwendige veiligheid zijn termen die doen denken aan de verschillende soorten veiligheid die in het vorige hoofdstuk aan de orde zijn geweest. Daar zijn

¹³² Rijkswet van 27 februari 1992, Stb. 250.

¹³³ Artikel 1 Wet beëdiging en inhuldiging van de Koning.

de interne en externe veiligheid als twee afzonderlijke betekenissen van elkaar onderscheiden. De interne veiligheid staat voor de bescherming van een burger tegen een andere burger in de publieke ruimte binnen een bepaalde gemeenschap. Dit betekent dat de interne veiligheid hoofdzakelijk verbonden is met de bescherming van het individu en de verhouding van het individu ten opzichte van andere individuen op het oog heeft. De externe veiligheid betreft de defensie; het territorium van een gemeenschap moet worden bewaakt en/of verdedigd. Dat houdt in dat de externe veiligheid hoofdzakelijk verbonden is met de bescherming van de gemeenschap, van de groep als geheel. Dit onderscheid betekent niet dat deze twee betekenissen volledig van elkaar zijn gescheiden. De bescherming van het territorium kan ruim worden opgevat als de bescherming van de rechtsorde en daarin heersende regels, normen en waarden, en praktijken die voor de gemeenschap op het territorium van belang zijn. Dat kan bijvoorbeeld betekenen dat de bescherming van het individu met de verdediging van het territorium wordt veiliggesteld. In een oorlogssituatie, waarbij we denken aan een bedreiging van de externe veiligheid, kan ook de bescherming van een individu tegenover een ander individu of andere individuen een rol spelen, en daarmee de bescherming van het individu tegenover andere individuen in het algemeen. Omgekeerd kan het centraal stellen van de bescherming van het individu ten opzichte van anderen tevens de bescherming van een bepaalde rechtsorde behelzen en daarmee de bewaking en bescherming van een bepaald territorium. Kortom; de betekenissen van veiligheid zijn niet volledig van elkaar gescheiden omdat ze niet volledig van elkaar te scheiden zijn. Ze hangen samen, zijn op een bepaalde manier met elkaar verbonden en lopen soms in elkaar over. We kunnen wel stellen dat de uitgangspunten in ieder geval van elkaar verschillen: de externe veiligheid ziet met name op de bescherming van de samenleving als geheel terwijl de interne veiligheid voornamelijk ziet op de bescherming van het individu tegen anderen betreft. De uit- of inwendige veiligheid wordt in artikel 103 Grondwet verbonden met een uitzonderingstoestand. Om de betekenis van dit artikel en de daarin begrepen terminologie binnen dit bestek zo helder mogelijk te krijgen, schets ik eerst in het kort de constitutionele voorloper(s) van dit artikel en vervolgens onderzoek ik de betekenis van het gebezigde woord 'uitzonderingstoestand' in de Grondwet.

4.6.2 *Defensie en de Nederlandse constitutie*

Wanneer we de Grondwet van 1814 bezien, treffen we een apart hoofdstuk aan met de titel 'Van de Defensie'.¹³⁴ In dit hoofdstuk staat, getuige artikel 121, de

¹³⁴ Van Hasselt 1987, p. 187, het zesde hoofdstuk betreft 'Van de Defensie' en bevat 6 artikelen, de artikelen 121 tot en met 126.

handhaving der onafhankelijkheid van de staat en de beveiliging van het grondgebied centraal. In dat kader worden een zeemacht, een landmacht, een nationale militie en schutterijen opgericht en/of onderhouden. De Schutterijen zijn volgens artikel 125 in de steden belast met het behoud van de inwendige rust en dienen in tijden van oorlog en gevaar tegen aanvallen van de vijand. De schutterijen van steden en platteland gezamenlijk dienen tot verdediging van het vaderland. Zowel de bescherming tegen aanvallen van de vijand, de verdediging van het vaderland als de inwendige rust worden in deze grondwet onder defensie begrepen. Wanneer het over defensie gaat is het landsbelang, de landsverdediging of de verdediging van de staat in het geding.¹³⁵ Dit landsbelang kan dus ook aan de orde zijn wanneer het de inwendige rust, de inwendige veiligheid, betreft; de bedreiging hoeft niet noodzakelijkerwijze van buiten te komen maar de samenleving kan ook van binnenuit worden bedreigd. Het hoofdstuk betreffende de defensie heeft van 1814 tot en met 1972 deel uitgemaakt van onze grondwet.¹³⁶ In de Grondwet van 1887 is in artikel 187 een duidelijke voorloper van het huidige artikel 103 te vinden; het artikel bepaalt dat ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid de koning elk gedeelte van het grondgebied in staat van oorlog of beleg kan verklaren en dat de wet de wijze waarop en de gevallen waarin bepaalt en regelt.¹³⁷ Uit het artikel is af te leiden dat bevoegdheden van het burgerlijk gezag ten opzichte van de openbare orde of de politie over kunnen gaan op het militaire gezag. Het ging dus om toekenning van buitengewone bevoegdheden aan het militaire gezag waarbij van een aantal grondwettelijke bepalingen kon worden afgeweken.¹³⁸ Bij de grondwetsherziening van 1948 werd bepaald dat de hiervoor genoemde grondwettelijke bevoegdheden konden overgaan op andere organen van burgerlijk gezag.¹³⁹ Tot dan toe bestond niet de mogelijkheid om buitengewone bevoegdheden over te dragen aan organen van burgerlijk gezag en men vond militaire overheden minder geschikt om de inwendige veiligheid te handhaven. De reden dat men de regering in bepaalde situaties meer macht wilde geven was gelegen in de opkomst van de communistische regimes in een aantal Oost-Europese landen.¹⁴⁰ Dit is de eigenlijke de enige wijziging geweest die het artikel tot 1983 heeft ondergaan.

¹³⁵ Zie in dit kader bijvoorbeeld H. Zeeman en C.W. de Vries, *Onze landsverdediging*, 1939; W. Kasten, *De handhaving van de uitwendige veiligheid van de staat*, diss. Utrecht 1962.

¹³⁶ In het hoofdstuk 'Van de Defensie' van de opeenvolgende grondwetten treft men uiteraard ook andere zaken aan zoals de bekostiging van het leger, de dienstplicht, de mogelijkheid van vrijstelling van krijgsdienst (sinds 1922). Deze zaken blijven hier buiten beschouwing.

¹³⁷ Van Hasselt 1987, p. 365.

¹³⁸ Brainich von Brainich Felth 1993, p. 25.

¹³⁹ Art. 196 Grondwet 1948, Van Hasselt 1987, p. 460.

¹⁴⁰ Clarenbeek 1978, p. 21-26.

In de Grondwet van 1983 is het artikel gewijzigd in die zin dat geen sprake meer is van de staat van oorlog of beleg maar ‘als zodanig aan te wijzen uitzonderingstoestand’. Voorts bepaalt het derde lid uitdrukkelijk bepaald dat de Staten-Generaal oordelen over het voortduren van een afgekondigde uitzonderingstoestand. Deze grondwet kenmerkt zich door een hoofdstukkenindeling die voor een deel afwijkt van de voorgaande grondwetten. De grondrechten zijn sinds 1983 bijeengebracht in het eerste hoofdstuk, een gedachte die weer meer overeenstemt met het idee van de eerste Nederlandstalige constituties die in dit hoofdstuk eerder aan de orde zijn geweest. Voor 1814 begon de constitutie met algemene bepalingen waarin voornamelijk fundamentele rechten werden verwoord. Vanaf 1814 stonden deze rechten verspreid over verschillende hoofdstukken in de Grondwet. De herziening van 1983 bracht een aantal bepalingen, bijvoorbeeld betreffende de godsdienst en het onderwijs, naar het eerste hoofdstuk waardoor separate hoofdstukken over die onderwerpen kwamen te vervallen. Hoewel het hoofdstuk over de defensie bij de herziening dus ook is komen te vervallen, is het recht betreffende de uit- of inwendige veiligheid niet als grondrecht opgenomen in het eerste hoofdstuk van de Grondwet van 1983. De hier gesignaleerde betekenis van de begrippen ‘uit- of inwendige veiligheid’ maakt dit deels verklaarbaar. Nu het hier de bescherming betreft van het land, het grondgebied met de gemeenschap als geheel, en niet in eerste instantie de bescherming van het individu waar de klassieke grondrechten op zien, ligt het minder voor de hand het artikel in dit deel van de Grondwet op te nemen. Dat laat onverlet dat de defensie, net als het milieu bijvoorbeeld, als zorg van de overheid als sociaal grondrecht geformuleerd had kunnen worden. Dat is niet gebeurd maar artikel 97 Grondwet brengt tot uitdrukking dat het Koninkrijk beschikt over een krijgsmacht die een taak te vervullen heeft ter bescherming van de belangen van het Koninkrijk en ten behoeve van de handhaving en bevordering van de internationale rechtsorde.

4.6.3 *Veiligheid en een uitzonderingstoestand*

De uit- of inwendige veiligheid is in artikel 103 Grondwet dus verbonden met een uitzonderingstoestand. Wat moeten we daar onder verstaan? Het moge duidelijk zijn dat het uitzonderlijke situaties betreft. In de literatuur is in dit verband aandacht besteed aan het staatsnoodrecht.¹⁴¹ Het staatsnoodrecht staat

¹⁴¹ M.I. Prins, Staatsnoodrecht, diss. Amsterdam (UvA) 1911; A.A.I.F. van Dullemen, Staatsnoodrecht en rechtsstaat, 1946; en recenter E.T. Braninich von Brainich Felth, Staatsnoodrecht, diss. Leiden, 1993, J.P. Loof, Mensenrechten en staatsveiligheid: onverenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen, diss. Leiden, 2005 en Van der Pot 2006, p. 752 e.v.

voor het recht dat de staat heeft om in gevallen van nood het positieve recht terzijde te stellen.¹⁴² Dit idee heeft daarmee een natuurrechtelijke basis en is in die zin vergelijkbaar met de gedachte uit de theorie van het sociaal contract dat wanneer de natuurlijke rechten door de soevereine macht niet naar behoren worden beschermd, de geregeerden of contractanten zich niet meer aan de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende afspraken hoeven te houden. Geldende, door mensen gemaakte, afspraken moeten wijken of worden beperkt wanneer een fundamenteel idee of beginsel wordt geschonden. In de Grondwet komen we vanaf 1814 bepalingen tegen waarin wordt aangegeven dat bepaalde maatregelen die in bepaalde situaties in het kader van de defensie worden genomen, gebaseerd dienen te zijn op een wet. Hiermee wordt afstand genomen van de natuurrechtelijke basis en wordt meer de nadruk gelegd op het legisme met de wet als uitgangspunt.

Ook artikel 103 Grondwet 1983 drukt het belang van een wettelijke basis uit. De constitutie bevat de regel dat een bij wet aan te wijzen uitzonderingstoestand kan worden afgekondigd. Nadere uitwerking vinden we in de Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.¹⁴³ De wet kent twee uitzonderingstoestanden, te weten de algemene noodtoestand en de beperkte noodtoestand. Deze kunnen worden afgekondigd bij koninklijk besluit ingeval buitengewone omstandigheden dat noodzakelijk maken ter handhaving van de uit- of inwendige veiligheid.¹⁴⁴ Dit is volgens de Memorie van Toelichting het geval wanneer zich feitelijke gebeurtenissen voordoen die toepassing van bevoegdheden gebaseerd op noodwetgeving noodzakelijk maken omdat de reguliere wettelijke bevoegdheden niet voldoen. We moeten dan bijvoorbeeld denken aan internationale spanningen of grootschalige rampen.¹⁴⁵ Volgens lid 2 van artikel 103 Grondwet kan dan van een aantal grondwettelijke bepalingen worden afgeweken.

Van afwijking van grondwettelijke bepalingen is niet in alle gevallen sprake. Bij de wet behoren namelijk twee lijsten. Lijst A bevat de bepalingen die in werking kunnen worden gesteld in geval van een beperkte noodtoestand; lijst B de bepalingen in geval een algemene noodtoestand is afgekondigd. De bepalingen op lijst A houden geen afwijkingen als bedoeld in art. 103 Grondwet in; bepalingen op lijst B daarentegen wel. Daarbij zijn met name de op die lijst genoemde bepalingen uit de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag en de Oorlogswet voor Nederland van belang.¹⁴⁶ Deze twee wetten vormen volgens Loof

¹⁴² Vergelijk Loof 2005, hoofdstuk 2 en Van der Pot 2006, p. 753.

¹⁴³ Coördinatiewet uitzonderingstoestanden van 3 april 1996, Stb. 365.

¹⁴⁴ Art. 1 lid 1 Coördinatiewet uitzonderingstoestanden.

¹⁴⁵ *Kamerstukken II* 1993/94, 23790, nr. 3, p. 3-4.

¹⁴⁶ Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag van 3 april 1996, Stb. 367 en de Oorlogswet voor Nederland van 3 april 1996, Stb. 368. De andere bepalingen van lijst B waarbij

de kern van de Nederlandse noodwetgeving en bieden tal van bevoegdheden zoals het vorderen van inlichtingen, het verbieden van vergaderingen en het interneren van personen ten aanzien van wie gegrond vermoeden bestaat dat hij de openbare orde in gevaar zal brengen.¹⁴⁷

Het is niet zo dat de enkele afkondiging van de – beperkte of algemene – noodtoestand reeds voldoende is voor de toepassing van bepalingen van lijst A of B. Bij koninklijk besluit worden bepalingen van de lijsten in werking gesteld. Het idee is dat in geval zich een uitzonderingstoestand voordoet uitsluitend die bepalingen in werking treden die volgens de regering in die situatie ook echt nodig zijn; in de parlementaire stukken is sprake van zogenoemde flexibele crisisbeheersing.¹⁴⁸ Dat betekent enerzijds dat het aantal bepalingen dat in werking treedt beperkt kan blijven maar anderzijds leidt dit uitgangspunt tot de mogelijkheid van inwerkingtreding van buitengewone bevoegdheden buiten de uitzonderingstoestanden uit de CWU. Dan spreekt men van separate inwerkingstelling of separate toepassing van noodwetgeving.¹⁴⁹ Artikel 1 Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag bepaalt namelijk dat een aantal van de in die wet opgenomen bevoegdheden in werking kan treden wanneer buitengewone omstandigheden dat noodzakelijk maken, dus ook als er geen sprake is van een beperkte of algemene noodtoestand in de zin van de Coördinatiewet Uitzonderingstoestanden.

Een vraag die zich aandient is in hoeverre een beroep wordt gedaan op de separate toepassing en vooral wat het gevolg is van deze toepassingsmogelijkheid. Zeker nu blijkt dat de in art. 103 Grondwet genoemde uitzonderingstoestanden in de praktijk niet in het leven worden geroepen.¹⁵⁰ Hoewel inventarisatie en analyse van mogelijke maatregelen en gevolgen in dit kader buiten het bestek van dit onderzoek vallen, is een korte duiding van een bepaalde ontwikkeling binnen het bestuursrecht op zijn plaats. Het kan immers ook om maatregelen gaan waarbij de overheid preventief optreedt tegen burgers ter bescherming van andere burgers. De Lange heeft gewezen op het inherente risico van flexibel crisismanagement wat inhoudt ‘dat gewone bevoegdheden worden opgerekt, met als argument dat ze niet toereikend zijn voor de niet-voorzien bijzondere omstandigheid die zich toevallig voordoet’.¹⁵¹ Hij merkt daarbij op dat de samenleving zonder het te merken in een toestand raakt waarin zaken als

afgeweken kan worden grondwettelijke bepalingen zijn art. 174 lid 1 Mediawet en art. 17 Noodwet rechtspleging.

¹⁴⁷ Loof 2005, p. 72 en zie artt. 5, 11 en 18 Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag.

¹⁴⁸ Kamerstukken II 1986-1987, 20 028, nrs 1-2, p. 9-11.

¹⁴⁹ Van der Pot 2006, p. 761 en Loof 2005, p. 73.

¹⁵⁰ Hennekens 2004, p. 15, De Lange 2005, p. 529 en Loof 2005, 73-74.

¹⁵¹ De Lange 2005, p. 531.

normaal worden beschouwd die voorheen als noodsituaties werden opgevat. In dat kader is het interessant dat De Jong er recent op heeft gewezen dat de burgemeester in vergelijking met tien jaar geleden drie maal zoveel bevoegdheden tot handhaving van de openbare orde bezit. Zij wijst met name op de woning-sluiting en verblijfsontzeggingen, de bestuurlijke ophouding en het aanwijzen van veiligheidsrisicogebieden voor preventief fouilleren en concludeert onder meer dat de uitbreiding van bevoegdheden weliswaar begrijpelijk is maar dat bezinning op kwaliteit en kwantiteit hard nodig is aangezien de uitbreiding niet altijd op zorgvuldige wijze is gedaan. Wat volgens haar ontbreekt is een grondige evaluatie van de ingevoerde bevoegdheden, wat bij een gebrekkige motivering zeker geen kwaad kan.¹⁵² Ook Rogier geeft aan dat het preventief bestuursrecht oorspronkelijk op noodsituaties zag maar dat deze lijn is doorgetrokken naar normale situaties oftewel de reguliere rechtsruimte. Volgens Rogier wordt bij de nieuwe generatie preventieve maatregelen de spanning met de grondrechten duidelijker zichtbaar.¹⁵³ Het is duidelijk dat deze auteurs niet tegen het nemen van bepaalde maatregelen zijn maar daarbij in het oog houden of die maatregelen ook voldoen aan de eisen van rechtsstatelijkheid met name waar het bepaalde grondrechten betreft.¹⁵⁴

4.6.4 *Veiligheid als defensie*

Nadere bestudering van artikel 103 Grondwet maakt duidelijk dat de expliciete opname van veiligheid in de Grondwet de defensie betreft. Deze defensie is in beginsel gericht tegen bedreiging van de Nederlandse samenleving. Een dergelijke bedreiging kan plaatsvinden door een vijand van buiten maar ook van binnen. Bovendien ziet het artikel op situaties die kunnen ontstaan ten gevolge van grootschalige rampen waarbij de bedreiging van de samenleving niet beoogd hoeft te zijn maar een dergelijk gevolg wel zou kunnen intreden. De betekenis-

¹⁵² De Jong 2004, p. 673-685.

¹⁵³ Rogier 2006, aan de hand van onder meer de lichte bevelsbevoegdheid, de noodverordening en bestuursdwang via de bestuurlijke ophouding, preventief fouilleren en cameratoezicht tot en met de zogenoemde Rotterdamwet (Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek), (plannen tot) het huisverbod bij huiselijk geweld en de bestuurlijke preventieve maatregelen ter bestrijding van terrorisme (Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid) wordt een ontwikkeling weergegeven waarbij individuele vrijheid, privacy en huisrecht behoorlijk onder druk zijn komen te staan en de grenzen van de preventieve bestuurlijke rechtshandhaving zijn bereikt en hier en daar zelfs zijn overschreden. Zie verder hierover hoofdstuk V.

¹⁵⁴ Loof 2005, p. 74-75, waar de auteur wijst op het 'alerteringssysteem terrorismebestrijding' dat voorziet in een drietal alerteringsfasen afhankelijk van het dreigingsniveau van een terroristische aanslag, en dat een inmenging kan opleveren met de bewegingsvrijheid, het huisrecht en de privacy.

sen van veiligheid uit dit grondwetsartikel worden in dit onderzoek in beginsel niet onder de te onderzoeken betekenis verzekering of te beschermen fundamentele rechten van burgers tegen inbreuken door medeburgers geschaard.

Maar dat betekent zeker niet dat de uit- of inwendige veiligheid geen verband inhoudt met de grondrechten. Volgens het tweede lid van artikel 103 kan immers van bepaalde grondrechtelijke bepalingen in het kader van deze veiligheid worden afgeweken. Dat impliceert dat handhaving van deze veiligheid een (algemene) beperking van bepaalde grondrechten en daarmee bepaalde vrijheden tot gevolg kan hebben. Daar waar we in het voorgaande van dit hoofdstuk hebben gezien dat veiligheid in de betekenis van bescherming van leven en bezittingen tegen anderen juist zo nauw verbonden was en is met de daadwerkelijke handhaving van grondrechten, is dit opvallend te noemen. Het houdt in dat de veiligheid in de zin van bescherming en handhaving van vrijheid in de vorm van fundamentele rechten in tijden van uitzonderingstoestanden opzij gezet zou kunnen worden door de ‘andere’ veiligheid: het individu met zijn grondrechten moet dan wijken voor de bescherming, de defensie, van de rechtsorde van de staat als groter geheel.

Het verband met het noodrecht laat goed zien dat de verschillende betekenissen van veiligheid inderdaad niet geheel van elkaar zijn te scheiden. Het noodrecht ziet weliswaar ook op bescherming van het territorium en de zich daarop bevindende gemeenschap, maar de afkondiging van een uitzonderingstoestand behoeft niet voor heel Nederland te gelden. Daarmee wordt al enigszins afbreuk gedaan aan het idee dat de externe veiligheid uitsluitend staat voor de defensie van het hele land. Maar dat idee wordt met name ondermijnd door de separate toepassing en het flexibel crisismanagement. Juist die ontwikkeling maakt duidelijk dat het denken vanuit en over een uitzonderingstoestand tot tal van verschillende maatregelen heeft geleid waarvan een aantal een beperking inhoudt van fundamentele rechten zoals de bewegingsvrijheid, het huisrecht en de privacy en als preventieve maatregel kan worden aangeduid. De beschrijving van de maatregelen in de literatuur maakt duidelijk dat hier meer aan de interne veiligheid in de zin van de bescherming van grondrechten dan aan de defensie kan worden gedacht. De hier in het staats- en bestuursrecht gesignaleerde ontwikkeling roept de vraag op in hoeverre in het strafrecht, met name de hier later aan de orde zijnde strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, een zelfde ontwikkeling is te signaleren.

5 Conclusie

In paragraaf 1 kwam de vraag naar de betekenis van veiligheid in de Nederlandse constitutie in formele zin aan de orde en het antwoord laat zich aan de hand van

de bevindingen uit dit hoofdstuk als volgt samenvatten. Onder invloed van Amerikaanse en Franse verklaringen en de theorie van het sociaal contract tref-
fen we veiligheid, in de betekenis van de verzekering van de natuurlijke rechten
tegen inbreuken daarop door medeburgers, aan het einde van de 18e eeuw op
een prominente plaats in onze constitutie aan. In 1795 als natuurlijk recht en in
1798 als oogmerk van de constitutie neergelegd in artikel 1: daar waar het alle-
maal om begonnen is. De omschrijving van veiligheid uit de verklaring van 1795
geeft expliciet het verband met zekerheid aan en de bescherming van (funda-
mentele) rechten. Deze omschrijving geeft aan dat louter de opname van fun-
damentele rechten in een constitutie op zich niet voldoende is; de waarden in
rechten uitgedrukt moeten niet alleen opgenomen zijn in de wet maar dus ook
daadwerkelijk worden beschermd. Met deze omschrijving treedt onmiskenbaar
de rechtszekerheid als betekenis van veiligheid naar voren: de zekerheid dat
toegekende fundamentele rechten ook daadwerkelijk gehandhaafd worden. Het
meer omvattende sociale verband, de staat, heeft in het algemeen een belangrijke
taak in deze. Deze betekenis van veiligheid vinden we ook terug in de regeling
van 1798. In de 19e eeuw verdwijnt veiligheid al snel als natuurlijk recht uit de
constitutie en keert niet terug als grondrecht. Ook de uitdrukking van veiligheid
als rechtszekerheid verdwijnt uit het begin van de constitutie. Vanaf 1814 ligt in
de Grondwet de nadruk op de vestiging en later de bestendiging van wat zich zal
ontwikkelen als de constitutionele monarchie. Veiligheid wordt daarmee in de
constitutie geformuleerd als één van de belangrijkste taken van de staat, vervat in
onder meer de eed van het Nederlandse staatshoofd. Veiligheid blijft in de con-
stitutie tot en met de Grondwet van 1972 nauw verbonden met vrijheid en ge-
lijkheid en de contouren van het sociaal contract lijken zich daarmee tot in de
moderne Nederlandse grondwetten te hebben verankerd. De constitutie heeft
als doel en vertrekt vanuit het idee van veiligheid. Veiligheid in de zin van daad-
werkelijke bescherming van leven en bezit tegen anderen. De maatschappelijke
of burgerlijke vrijheid wordt op deze wijze geconstitueerd. Deze vrijheid is niet
onbeperkt zoals de vrijheid in de natuurtoestand, maar wel een meer zekere
vrijheid dan in de natuurtoestand. Daar waar afspraken worden gemaakt en in
een overeenkomst vastgelegd, zullen beperkingen het gevolg zijn. Zo kan de
vrijheid niet worden losgezien van de gelijkheid. Het idee van het sociaal con-
tract in de opvatting van Locke en Rousseau verzet zich tegen de gelding van het
recht van de sterkste; de maatschappelijke vrijheid dient voor een ieder in be-
paalde mate beschikbaar te zijn. Bovendien komt de nadruk op de gelijkheid in
de constituties ook voort uit het verzet tegen de standenmaatschappij, de zin-
sne ‘zonder onderscheid van rang of geboorte’ maakt dat expliciet duidelijk.
Tot en met de Grondwet van 1972 blijkt dit zowel uit één van de eerste artikelen
als uit de eed van de koning. Sinds de Grondwet van 1983 is deze betekenis

uitsluitend nog verbonden met de Grondwet door middel van de eed van de Koning.

Veiligheid laat zich daarmee duiden als één van de belangrijkste waarden die aan onze constitutie ten grondslag ligt. Het is een van de fundamenteën waarop onze constitutie rust en daarmee een van de pijlers van onze rechtsorde. Het eist immers dat de belangrijkste waarden die in die rechtsorde zijn opgenomen ook daadwerkelijk gestand worden gedaan. De verbondenheid met en het belang voor de grondrechten is onmiskenbaar. De bescherming van de burger tegen medeburgers wordt hiermee in een bepaald kader geplaatst; deze bescherming dient plaats te vinden met de garantie van een zo groot mogelijke burgerlijke vrijheid en voor alle burgers zoveel mogelijk in gelijke mate beschikbaar te zijn.

Welke eerste conclusie mogen we nu verbinden aan de uitkomst zoals in de voorgaande paragraaf geschetst? Wat betekent het voorgaande voor het denken over veiligheid en onze huidige Grondwet: is veiligheid te zien als een klassiek of sociaal grondrecht? In een aantal hiervoor besproken verklaringen was het immers toch ook een natuurlijk recht. Met het oog op de betekenis van veiligheid in onze constitutie gedurende de laatste tweehonderd jaar ligt dat echter niet voor de hand. Wanneer we veiligheid toch als mogelijk grondrecht overwegen lijkt het dat veiligheid in deze betekenis het best gezien kan worden als een sociaal grondrecht. Het is immers geformuleerd als een belangrijke taak van de staat en komt daarmee het meest overeen met de opvatting van de sociale grondrechten als instructienormen voor de overheid. De vraag blijft dan waarom het niet bij de sociale grondrechten in de Grondwet is opgenomen en of dat wel zou moeten gebeuren. Wat levert het de burger op wanneer veiligheid zou worden opgenomen in een van de artikelen van de Grondwet betreffende de sociale grondrechten? Bij de beantwoording van deze vraag kan in ieder geval worden aangekend dat het aan de ene kant maar de vraag is of de burger dan meer of beter beschermd wordt tegen medeburgers. Aan de andere kant kan men wel stellen dat het belang dat aan veiligheid wordt gehecht dan wellicht beter tot uitdrukking wordt gebracht. In het volgende hoofdstuk zal uitgebreider op deze vragen worden ingegaan. Hier zal veiligheid worden gezien in de termen van de klassieke en sociale grondrechten, uiteraard in het licht van de uitkomst van dit hoofdstuk.

Veiligheid als grondrecht

1 Inleiding

Grondrechten zijn één van de kenmerken van de democratische rechtsstaat en belichamen de vrije ruimte van de burger waar de overheid buiten dient te blijven. Deze rechten betreffen bepaalde vrijheden waarbij we in eerste instantie aan de klassieke vrijheidsrechten denken. De burger heeft onder meer het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, vrijheid van meningsuiting, van eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer en van de onaantastbaarheid van zijn lichaam. Om deze vrijheden te verwezenlijken zal de staat zich niet alleen moeten onthouden van handelingen die daar inbreuk op maken, maar de autoriteiten zullen zich ook inspanningen moeten getroosten om een klimaat te creëren waarin deze vrijheden daadwerkelijk genoten kunnen worden. Veiligheid betreft immers de daadwerkelijke bescherming en handhaving van fundamentele rechten. Grondrechten duiden wat de staat betreft niet alleen op het zich moeten onthouden van handelen maar representeren in dit opzicht meer: ze drukken ook uit op welke gebieden de staat zich nu juist in moet spannen om voor de burgers een bepaald resultaat te bewerkstelligen. Bij de vrijheid van meningsuiting moet de staat zich niet alleen onthouden van bepaalde handelingen waardoor dit vrijheidsrecht van de burger niet wordt geschonden. Dit recht wordt immers tot een minimum gereduceerd wanneer er geen of nauwelijks middelen zijn om gedachten of gevoelens te openbaren. De staat moet zich in dat geval dus niet alleen onthouden van handelen maar zich ook inspanningen getroosten.

Het voorbeeld van de vrijheid van meningsuiting zegt ook iets over de verhouding waarbinnen grondrechten werken: de staat moet zich onthouden én inspannen om een bepaalde vrije sfeer voor de burger te creëren. Dit voorbeeld geeft aan dat de rechten werken in de relatie staat-burger. Maar het is uiteraard niet ondenkbaar dat het niet de staat is maar een burger die een andere burger de mogelijkheid onthoudt om gedachten en gevoelens te openbaren.¹⁵⁵ Zoals in het eerste hoofdstuk al duidelijk werd, ligt aan de moderne staat veiligheid in de betekenis van daadwerkelijke bescherming van de burger tegen medeburgers

¹⁵⁵ Hier denk ik aan een civielrechtelijk publicatieverbod op basis van art. 6:162 BW waar art. 7 Gw, of art. 10 EVRM, een rol speelt, zie ook Kortmann e.a. 1998, p. 10 en voor andere voorbeelden in de rechtspraak zie Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 1999, *NJ* 2000, 369 en Rb. Amsterdam 28 juni 2000, *NJ* 2000, 621.

ten grondslag. Fundamentele waarden zoals leven en bezit moeten worden beschermd. In de moderne staat biedt de staat deze bescherming. De grondslag van de moderne staat is de waarborg dat leven, vrijheid en bezit beschermd worden door de overheid. Beschermd tegen inbreuken door medeburgers. Uitgaande van het bestaan van grondrechten waarin deze fundamentele waarden verankerd zijn, komt dan de vraag op of een grondrecht nu alleen werking heeft in de relatie tussen staat en burger, de zogenoemde verticale werking, of ook in andere relaties. Volgens de uitgangspunten van de moderne staat verdient de burger in de eerste plaats bescherming tegen inbreuken op leven, vrijheid en bezit door medeburgers; daarop zijn bestaan en legitimatie van de staat gebaseerd. De staat verwerft hiermee een machtspositie; het geweldsmonopolie en de daarmee gepaard gaande mogelijkheden en middelen maken staat oppermachtig ten opzichte van de individuele burger. Die burger verdient vervolgens dan ook bescherming tegen de staat.

Met dit in gedachte rijst de vraag hoe we de grondrechten nu moeten zien. De rechten betreffen de vrije sfeer van de burger die zowel door medeburgers als de overheid gerespecteerd dient te worden. Maar wat zijn de juridische implicaties van de grondrechten in onze Grondwet? Wie kan zich in welke situatie op welk grondrecht beroepen? Het gaat wat deze laatste vraag betreft uiteraard om een algemeen, abstract antwoord en niet om voor ieder grondrecht afzonderlijk alle juridische mogelijkheden aan te geven. Het antwoord op deze vraag is namelijk van belang voor een eventueel afzonderlijk grondrecht op veiligheid, waarbij het immers om de bescherming van fundamentele rechten gaat.

In onze Grondwet vinden we de grondrechten in het eerste hoofdstuk. Zoals al eerder geconstateerd in dit onderzoek, ontbreekt een recht op veiligheid in dat hoofdstuk.¹⁵⁶ In hoofdstuk III van dit onderzoek is door nadere bestudering van de Nederlandse staatsregelingen en grondwetten duidelijk geworden dat aan het einde van de achttiende eeuw het recht op veiligheid nog een prominente en expliciete plaats innam in de geschreven constituties, zowel in Nederland als in andere landen. Al snel kwam hier verandering in. Vanaf het begin van de negentiende eeuw was veiligheid niet meer opgenomen als expliciet geformuleerd grondrecht in de Nederlandse constitutie. De betekenis van veiligheid in de zin van zekerheid van bescherming tegen medeburgers vinden we daar wel in terug. Die zekerheid ziet op de klassieke grondrechten: het staat voor het bieden van daadwerkelijke bescherming van leven, vrijheid en bezit, die bovendien in gelijke mate voor burgers beschermd moeten worden. Het is in ieder geval een taak van de staat om hier voor te zorgen, dit blijkt ook uit de analyse van hoofdstuk III. De

¹⁵⁶ Van Dijk en Flight 1998, ik verwijs hier nogmaals naar de onderzoeksuitkomst dat een meerderheid van de Nederlandse bevolking in de veronderstelling verkeerde dat het recht op veiligheid in de Grondwet was opgenomen.

constituties en verklaringen van de rechten van de mens geven uitdrukking aan een bepaald mens- en wereldbeeld. Dit beeld is verbonden met een rechtsorde die gericht is op emancipatie, participatie en ontplooiing van de burger. Het is moeilijk voor te stellen dat deze burger zelf geen enkele verantwoordelijkheid draagt om dit te verwezenlijken. Een burger die drager is van fundamentele rechten waarin de vrije ruimte ten opzichte van de staat en andere burgers is aangegeven, zal niet alleen bepaalde rechten maar ook bepaalde plichten moeten hebben. Deze plichten duiden op een bepaalde verantwoordelijkheid. Bovendien duidt het gegeven dat aan bepaalde grondrechten horizontale werking wordt toegekend, nog eens extra op rechten en plichten van burgers ten opzichte van elkaar op het gebied van die vrije sfeer en dus op verantwoordelijkheid jegens elkaar op dit gebied.

In dit hoofdstuk onderzoek ik hoe veiligheid in de huidige Nederlandse rechtsorde het best tot uitdrukking gebracht kan worden om aan het zojuist geschetste kader recht te doen. De bevindingen uit de vorige hoofdstukken spelen daarbij uiteraard een belangrijke rol. Zoals hiervoor al gesteld, blijkt daaruit namelijk dat de Nederlandse Grondwet geen traditie kent van een expliciete opname van een grondrecht op veiligheid. Veiligheid is wel te herkennen als een van de kenmerken van de rechtsorde maar ook dat is niet expliciet in de Grondwet neergelegd, bijvoorbeeld in een preambule.¹⁵⁷ In dit hoofdstuk wordt in eerste instantie onderzocht of en zo ja op welke manier, het recht op veiligheid de prominente expliciete plaats die het in de mensenrechtenverklaringen uit de achttiende eeuw in de Grondwet kan hernemen en wat de implicaties zijn van een grondrecht op veiligheid. Daarna bezie ik op grond van deze uitkomsten hoe veiligheid, al dan niet als recht, in onze rechtsorde het best vorm gegeven wordt en kan worden. Om deze vragen te beantwoorden besteed ik eerst kort opnieuw aandacht aan het verband tussen het staatsrecht en het sociaal contract. Vervolgens komen de grondrechten aan de orde. In de eerste plaats aan de hand van de grondrechtstheorieën en vervolgens door middel van een nadere bespreking van de relaties waarin deze rechten werkzaam zijn en de begrippen klassieke en sociale grondrechten.

2 Staatsrecht en het sociaal contract

In hoofdstuk III is de theorie van het sociaal contract besproken. Dit gedachte-experiment leent zich uitstekend om de daadwerkelijke bescherming van leven en bezit van de mens nader te bezien. De relatie tussen veiligheid, bescherming,

¹⁵⁷ Zoals bijvoorbeeld wel gebeurde in de preambule van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb.* 2000, no. C364/1.

leven, vrijheid en bezit die daaruit is af te leiden biedt een bruikbare context voor een meer juridische benadering van veiligheid. Veiligheid in de zin van bescherming van de burger tegen een medeburger valt samen met de gedachte die ten grondslag ligt aan het sociaal contract: het veiligstellen van leven, vrijheid en bezit van de mens tegen inbreuken hierop door anderen. Zoals in hoofdstuk II al aan de orde kwam, is het sociaal contractsdenken met name van invloed geweest in het publiekrecht; het speelt een belangrijke rol in de legitimatie van (het handelen van) de staat. In het strafrecht legitimeert Beccaria op basis van deze theorie onder meer het recht tot straffen.¹⁵⁸ In het staatsrecht wordt het verband tussen het verdragsdenken en het rechtsstatelijke denken eveneens aangegeven. In Van der Pot wordt veiligheid hier expliciet bij genoemd:

‘Niemand, zo wordt gezegd, heeft zich met huid en haar aan de macht van vorst of staat overgegeven, want er zijn statuten opgesteld die aan de overheid bepaalde bevoegdheden toekennen om door regels en voorzieningen een orde van samenleven te vestigen waarin ieder zijn eigen gang kan gaan, mits hij zich houdt binnen het voor onderling verkeer en verzekering van ieders veiligheid opgerichte kader.’¹⁵⁹

In die verzekering van ieders veiligheid, die ook in de theorieën van Hobbes, Locke en Rousseau aan de orde was, moet binnen het daarvoor opgerichte kader de grondwettelijke bescherming zijn gelegen.

3 Grondrechten

3.1 Theorieën van de grondrechten

In de Nederlandse literatuur heeft Burkens, naar Duits voorbeeld, aandacht besteed aan verschillende grondrechtstheorieën.¹⁶⁰ Het betreft de volgende theorieën:

- liberale of burgerlijk-rechtsstatelijke grondrechtstheorie;
- de institutionele grondrechtstheorie;
- de waardentheorie;
- de democratisch-functionele grondrechtstheorie;
- de sociaalstatelijke theorie.¹⁶¹

¹⁵⁸ Beccaria (1764) 1982, p. 41 e.v., die juist op basis van deze theorie de aard van de straf beperkt, zie over de doodstraf, a.w., p. 107-112.

¹⁵⁹ Van der Pot 2006, p. 176.

¹⁶⁰ Burkens 1989, p. 27-45.

¹⁶¹ Burkens beschrijft in aansluiting op deze theorieën ook de grondrechtstheorie van socialistische staten die van toepassing was op de voormalige Sovjet-Unie en andere socialistische sta-

Hierna worden deze theorieën op hoofdpunten weergegeven waarbij per theorie in noten naar de relevante literatuur wordt verwezen, maar het is door het karakter van de beschrijvingen niet te voorkomen om Burkens hier en daar te parafraseren.

3.1.1 *Liberaal of burgerlijk-rechtsstatelijke theorie*

Grondrechten zijn volgens deze theorie rechten van individuen tegen de staat. Ze beschermen belangrijke terreinen van individuele en maatschappelijke vrijheid tegen uitoefening van staatsmacht. Aan de staat is een beperkte bevoegdheid verleend om bepaalde taken te kunnen vervullen zoals de verzekering van veiligheid, van maatschappelijke ordening en van waarborging van rechten van anderen. Van belang is dat de inhoud van de vrijheid zelf en de wijze waarop de burger van de vrijheid gebruik maakt buiten de regelingsbevoegdheid van de staat vallen. De burger bepaalt zelf uit welke motieven en voor welke doelen hij zijn vrijheid gebruikt. De uitoefening van deze vrijheid wordt dan ook aan het individuele initiatief overgelaten; het is niet aan de staat om te waarborgen dat de vrijheid ook daadwerkelijk uitgeoefend kan worden.¹⁶²

In deze theorie is de vrijheid van de burger zeer groot. Hoe die zijn leven invult gaat medeburgers noch autoriteiten aan. Binnen de maatschappelijke vrijheid viert de particuliere vrijheid hoogtij. Het gegeven dat de wijze waarop de burger van zijn vrijheid gebruik maakt buiten de regelingsbevoegdheid van de staat valt zal enerzijds zaken als ondernemerschap en de vrije keuze van levensstijlen kunnen bevorderen. Anderzijds is het nog maar de vraag hoe de verzekering van veiligheid en de waarborging van rechten van anderen zich verhoudt tot die grote individuele en maatschappelijke vrijheid en in hoeverre veiligheid betekent dat de autoriteiten daadwerkelijke bescherming bieden aan de burger tegen medeburgers.

3.1.2 *Institutionele grondrechtstheorie*

In deze theorie hebben grondrechten het karakter van objectieve ordeningsnormen voor bepaalde levensbereiken. Voorbeelden daarvan zijn eigendom en huwelijk die gelden als fundamentele instituties (van delen) van het privaatrech-

ten maar hier verder buiten beschouwing blijft. Men kan zich afvragen of gezien de ontwikkelingen sinds eind jaren tachtig een dergelijke keuze nog steeds gemaakt zou worden. Een interessant punt uit de beschrijving is het uitgangspunt dat grondrechten niet de strekking hebben de individuele mens en/of minderheidsgroepen tegen de staat te beschermen maar de socialistische staat en samenleving tot ontwikkeling te laten komen. De mens komt (dan) als onderdeel van dit verband tot ontplooiing. De verhouding tussen het individu en het grotere verband is in deze theorie anders dan in de andere theorieën die volgens Burkens behoren tot de westerse statenwereld, Burkens 1989, p. 36.

¹⁶² Burkens 1989, p. 29-31.

telijk verkeer. Grondrechten hebben de functie dergelijke instituties en het menselijk handelen daarbinnen te waarborgen. Dat wil zeggen dat grondrechten gericht zijn op bestaan en instandhouding van zaken als huwelijk en eigendom in het algemeen en tevens voorwaarden scheppen voor het individu zijn vrijheid op die gebieden te verwezenlijken. Vrijheid is in deze theorie niet in de kern onbepaald, zoals in de burgerlijk-rechtsstatelijke theorie, maar derhalve op bepaalde doeleinden georiënteerd en verwezenlijkt zich binnen deze ordening. Dat impliceert dat bij de uitoefening van een bepaald vrijheidsrecht een bepaalde wijze van uitoefening verplicht wordt. Zo zullen partners bij een huwelijk zich moeten schikken naar het institutionele verband. Burkens geeft ook voorbeelden die het onderwijs en de verenigingsvrijheid betreffen. De mogelijkheden voor wettelijke normering zijn groot want wettelijke regulering betekent het scheppen van voorwaarden voor verwezenlijking van vrijheid.¹⁶³

De individuele en maatschappelijke vrijheid is in deze opvatting beperkter dan in de burgerlijk-rechtsstatelijke theorie maar de mogelijkheden tot veiligheid lijken daarentegen groter. In de wettelijke regulering kan daarmee immers rekening worden gehouden door bepalingen daarover expliciet in regelingen op te nemen. Impliciet is het van belang bij alle regelingen als beginsel van rechtszekerheid. Daar moet dan wel uit volgen dat de autoriteiten de burger daadwerkelijk beschermen tegen medeburgers en niet alleen een schending van vrijheid achteraf constateren.

3.1.3 *Waardentheorie*

Grondrechten positiveren bepaalde waarden. Grondrechten hebben niet zo zeer het karakter van subjectieve vrijheidsaanspraken als wel van objectieve normeringen van fundamenteën van de samenleving. De kern of het wezen van een grondrecht wordt gevormd door een bepaalde waarde wat betekent dat de interpretatie van een grondrecht op de desbetreffende waarde betrokken moet worden. De grondwet wordt zo opgevat als samenstel van waarden. Het Duitse *Grundgesetz* wordt in de jurisprudentie van het *Bundesverfassungsgericht* veelal als *Wertsysteem* aangemerkt. De vraag die in dit verband rijst is welke inhoud aan de waarden gegeven wordt en gegeven moet worden. In netelige kwesties blijken vaste oriëntatiepunten goeddeels te ontbreken, waarden vormen in de huidige tijd geen intersubjectieve waarheden. Waarden geven naar hun aard uitdrukking aan preferenties; het blijkt echter niet mogelijk om een vastomlijnde preferentieschaal van grondrechtswaarden te operationaliseren. Zo kunnen we bij de botsing van grondrechten bijvoorbeeld niet zeggen dat het gelijkheidsbeginsel altijd

¹⁶³ Burkens 1989, p. 31-32.

boven de vrijheid van meningsuiting gaat; dat zal van geval tot geval verschillen.¹⁶⁴

Dit laatste probleem bracht Radbruch eveneens naar voren. De betekenisverlening was naar zijn opvatting uiteindelijk een kwestie van overtuiging binnen een bepaald kader. De rechtvaardigheid was een categorie en geen absolute, inhoudelijk vaststaande, waarde. Hij vulde die categorie weliswaar in met de mensenrechten maar ook daarbinnen zullen zich situaties voordoen die vragen aan welk van die rechten het meeste gewicht toekomt. De waardentheorie is hier slechts dan bruikbaar wanneer de waarden zowel van materiële als formele aard zijn. Niet alleen leven en vrijheid maar juist de daadwerkelijke bescherming daarvan staat hier centraal. Een uitleg van de theorie waarin de belangrijkste waarden in grondrechten zijn gepositieerd impliceert dat veiligheid als rechtszekerheid als een van die belangrijkste waarden een grondrecht zou moeten zijn.

3.1.4 *Democratisch-functionele grondrechtstheorie*

Grondrechten worden in deze theorie begrepen vanuit hun politieke functie in de democratische rechtsorde. Ze hebben betekenis als constituerende factoren in een vrij proces van democratische politieke wilsvorming. Grondrechten staan de burger niet ter vrije beschikking maar worden in het algemeen belang uitgeoefend. De vrijheid heeft tot doel het democratisch proces zo goed mogelijk te laten verlopen. Van een voor-statelijke of staatsvrije sfeer is geen sprake. De mogelijkheden tot wettelijke regulering zijn behoorlijk omdat de vrijheid georiënteerd is op doeleinden. Een moeilijkheid hierbij is wat men moet aanmerken als het nastrevenswaardige democratische politieke proces. De vrijheid van de burger wordt eigenlijk een soort publiekrechtelijke competentie; die kan verworden tot een plicht de vrijheid op de juiste manier uit te oefenen maar kan ook vrij baan geven aan uitingsmogelijkheden van de burger in het kader van democratische politieke wilsvorming.¹⁶⁵

In deze theorie ligt de nadruk op het democratiebeginsel. De theorie benadrukt daarmee vooral de (politieke) participatie die grondrechten tot uitdrukking brengen. De aandacht voor veiligheid staat niet voorop. Dat wil niet zeggen dat daar geen of nauwelijks plaats voor is. Het één sluit het ander immers niet uit. Veiligheid in de zin van rechtszekerheid lijkt in deze opvatting aldus te kunnen worden begrepen als het daadwerkelijk waarborgen van het democratisch gehalte. Net als de grondrechten, die de burger immers niet ter vrije beschikking staan, zal ook veiligheid in dienst van het democratisch proces staan.

¹⁶⁴ Burkens 1989, p. 32-33.

¹⁶⁵ Burkens 1989, p. 34-35.

3.1.5 Sociaalstatelijke theorie

Deze theorie gaat er vanuit dat het onafhankelijke zelfstandige individu uit de burgerlijk-rechtsstatelijke theorie ten gevolge van de maatschappelijke ontwikkelingen nog slechts in geringe mate relevante realiteit bezit. Hiervoor in de plaats stelt de theorie de gesocialiseerde mens. Deze wordt in tal van opzichten in belangrijke mate bepaald door maatschappelijke betrekkingen en voorzieningen. In deze theorie heeft de staat een tweeledige taak. De staat moet enerzijds de noodzakelijke maatschappelijke voorzieningen treffen opdat de mens zich in vrijheid kan ontplooien op een wijze zoals sociale grondrechten bijvoorbeeld verwoorden. Anderzijds dient de staat bestaande barrières uit de weg ruimen die de uitoefening van vrijheden in de weg kunnen staan zodat iedere burger gelijkelijk tot deze uitoefening kan komen. De overheid vervult dus een actieve rol. Hierbij geschiedt de prioriteitstelling door wetgever en bestuur. Grondrechten krijgen hiermee minder het karakter van rechtsnormen maar min of meer het karakter van politieke normen; in het politieke proces wordt over het uit de grondrechten voortvloeiende aansprakenbereik beslist.¹⁶⁶

Deze theorie benadrukt de actieve autoriteiten die niet alleen voorzieningen moeten treffen op het gebied van onderwijs, gezondheidszorg en werkgelegenheid maar tevens de uitoefening van de klassieke, individuele vrijheden mogelijk moeten maken. Dat er een actieve bijdrage wordt gevraagd ten aanzien van die klassieke vrijheden kan worden verstaan als een inspanning om de klassieke grondrechten daadwerkelijk te beschermen en daar een positieve plicht voor de staat in te lezen. De beschreven prioriteitstelling en uitleg daarvan brengt echter met zich dat de invulling van grondrechten onderwerp is of kan zijn van de politiek. Daarmee wordt enerzijds de democratische legitimatie tot uitdrukking gebracht. Anderzijds kan de waan van de dag als belangrijkste factor gaan fungeren bij de invulling. De rechten lijken in deze opvatting niet, of in ieder geval niet zozeer, bedoeld om een belangrijke rol te spelen bij toetsing door de onafhankelijke rechter.

3.2 Elementen van grondrechten

Naast de meest opvallende onderdelen van de verschillende theorieën die hiervoor al zijn aangegeven, is de vraag wat deze theoretische opvattingen ons verder nog leren. De theorieën geven in ieder geval verschillende elementen weer die we met grondrechten verbinden. De bescherming tegen inbreuken door anderen op de vrijheid, het belang van gelijkheid, de verwezenlijking van bepaalde waarden, het belang van de ontplooiing van de mens en de rol van de staat zijn elementen die we verdeeld over verschillende theorieën tegen komen.

¹⁶⁶ Burkens 1989, p. 35-36.

Het is duidelijk dat geen van de theorieën al deze elementen in zich verenigt; iedere theorie vertegenwoordigt of benadrukt min of meer een bepaald aspect waar men bij de bestudering van grondrechten rekening mee dient te houden. In de literatuur is eveneens geconstateerd dat geen van de theorieën de enige en de andere uitsluitende is.¹⁶⁷ Aan de huidige Grondwet ligt niet slechts één van de hier gepresenteerde theorieën ten grondslag; volgens Kortmann lijkt het alsof ze allemaal op een hoop zijn gegooid en men er naar behoefte uit kan putten. Wanneer de ene karakteristiek niet voldoet voor het nagestreefde doel dan neemt men toch een andere die wel voldoet. Grondrechten kunnen op deze wijze volgens hem voor alle mogelijke doeleinden worden ingeroepen.¹⁶⁸

Op het eerste gezicht lijkt er veel voor die opvatting te zeggen maar er is wel het nodige op af te dingen. Hoewel de perspectieven die aan de theorieën ten grondslag liggen duidelijk verschillend zijn, kan men zich afvragen of dat ook in dezelfde mate geldt voor de verschillende elementen. Deze lijken veel meer met elkaar een geheel van kenmerken te vormen dat past bij de gedachte van de democratische rechtsstaat. Naast de grondrechten zelf gaat het in de theorieën immers om beperking van de staatsmacht, de verhouding staat-burger, democratische legitimatie en aandacht voor de verschillende machten binnen de staat. Daarbij is het maar de vraag of bij de bestudering van grondrechten aan alle elementen hetzelfde gewicht moet worden toegekend of dat bepaalde elementen in wezen de kern vormen van het begrip grondrecht. Het is duidelijk dat veiligheid in de meeste theorieën niet expliciet aan de orde komt, die zien nu eenmaal op de grondrechten. Daarnaast is veiligheid weliswaar van essentieel belang in de gedachte van de democratische rechtsstaat maar maakt het geen deel uit van de kenmerken die daarbij horen.

3.2.1 *Veiligheid en grondrechten: de rol van de staat*

De burgerlijk-rechtsstatelijke theorie benadrukt enerzijds de vrijheid van de burger en anderzijds de taken van de staat. Die staatstaken zijn van belang maar beperkt tot een bepaald doel; deze grondrechtstheorie is de enige die spreekt over de verzekering van veiligheid. Die veiligheid is nodig opdat de burger zijn vrijheid kan genieten. Het verzekeren van veiligheid als belangrijkste staatstaak was eveneens de eerste trede van het idee van de moderne staat dat in het eerste hoofdstuk werd geïntroduceerd; deze diende om de vrijheid van de burger te verzekeren. In de burgerlijk-rechtsstatelijke theorie wordt deze gedachte tot uitdrukking gebracht en is de stap naar de tweede trede van de moderne staat al gezet: de vrijheid van de burger verdient bescherming tegen de staat. Het idee

¹⁶⁷ Burkens 1989, p. 38 en Bijsterveld 2000, p. 52.

¹⁶⁸ Kortmann 1987, p. 42.

dat de burger zelf die vrijheid inhoud geeft, komt overeen met het idee van de negentiende eeuwse nachtwakerstaat waarin dezelfde liberale opvatting naar voren komt. Die gedachte geeft aan dat er in beginsel fundamentele waarden zijn maar dat de staat niet de invulling daarvan bepaalt. Dit idee vindt zijn uitwerking in de verhouding staat-burger: de nadruk ligt op het individuele initiatief en op de terughoudende, beperkte, staatsmacht. Dat betekent dat zowel de invulling als ook de daadwerkelijke waarborging van de vrijheid uiteindelijk bij het individu ligt en niet bij de staat.

Bij de behandeling van de burgerlijk-rechtsstatelijke theorie kwam de vraag al naar voren hoe de daadwerkelijke handhaving van fundamentele rechten en vrijheden zich verhoudt tot de terughoudendheid die de staat moet betrachten nu deze buiten alles dient te blijven wat te maken heeft met de vrije sfeer. Daarover valt in ieder geval het volgende te zeggen. Dat de vrijheid van de burger zo groot mogelijk is, betekent niet dat die vrijheid iedere mogelijke invulling kan krijgen. Dat het niet aan de staat is om die vrijheid in te vullen laat onverlet dat het de *burgerlijke* vrijheid betreft. Een zekere maar toch altijd ook beperkte vrijheid die geldt binnen een staatsverband en door de grondrechten tot uitdrukking wordt gebracht. Hoe belangrijk vrijheid in deze opvatting ook is, deze is niet absoluut en altijd doorslaggevend. Waarborging van rechten van anderen is ook een belangrijk kenmerk van deze theoretische opvatting en daarin zal de beperking van de vrijheid van het individu moeten worden gezocht. Rechten en vrijheid van de één worden beperkt door rechten en vrijheid van de ander.¹⁶⁹ De klagers in *Osman versus the UK* maken de autoriteiten min of meer het verwijt dat die zich daar niet aan hebben gehouden. Zij vinden dat hun vrijheid en rechten gewaarborgd hadden moeten worden en om dat te bewerkstelligen hadden de autoriteiten de vrijheid en rechten van Paget-Lewis moeten beperken. Zo staat de veiligheid van de ene burger die om bescherming vraagt tegenover de vrijheid van de andere burger wanneer het erop aan komt die vrijheid in dat kader in te perken. Voorwaarde daarvoor is dat de autoriteiten een actieve rol spelen om vrijheid en fundamentele rechten daadwerkelijk te beschermen. Die actieve rol zou weliswaar ingelezen kunnen worden in de verzekering van veiligheid maar dat sluit toch niet aan bij de burgerlijk-rechtsstatelijke theorie. Deze stelt immers expliciet dat het niet aan de staat is om te waarborgen dat burgers hun vrijheid daadwerkelijk kunnen uitoefenen. Omdat deze theorie de klassieke opvatting behelst dat grondrechten inhouden dat de staat zich van inmenging moet ont-

¹⁶⁹ Zie ook Mill 1859 (1989), p. 43, ‘(...) dat het enige oogmerk dat de mensheid het recht geeft om individueel of collectief in te grijpen in de vrijheid van handelen van een van hen, hun eigen bescherming is; en dat de enige reden waarom men rechtmatig macht kan uitoefenen over enig lid van een beschaafde samenleving, tegen zijn zin, de zorg is dan anderen geen schade wordt toegebracht’.

houden, blijft het moeilijk daar tegelijkertijd onder te verstaan dat de staat actief de vrijheid en rechten van de burgers moet beschermen.

Waar in de burgerlijk-rechtsstatelijke theorie de rol van de staat beperkt is, vervult de staat een grotere en actievare rol in de sociaalstatelijke theorie. In deze laatste theorie staat de opvatting centraal dat als gevolg van maatschappelijke ontwikkelingen het onafhankelijke zelfstandige individu heeft plaatsgemaakt voor de gesocialiseerde mens. Het individu is in belangrijke mate bepaald door maatschappelijke betrekkingen en voorzieningen. De staat moet daarom een actieve rol vervullen. Grondrechten krijgen daarmee meer het karakter van politieke normen. In deze theorie zien we een vergelijkbare ontwikkeling terug die past bij die van de moderne staat. Nadat veiligheid in de zin van bescherming tegen anderen en vervolgens bescherming tegen de staat als eerste en tweede trede zijn gevestigd, dient de overgang naar de sociale staat zich aan. De verzorgingsstaat doet intrede in het idee van de moderne staat. Ook daar speelt de overheid een actieve rol; de terughoudendheid van de nachtwakersstaat is verlaten. Grondrechten hebben aldus meer het karakter van politieke normen en minder van rechtsnormen. Deze theorie behelst de opvatting dat de grondrechten inhouden dat de staat zich moet inspannen om bepaalde doelen te verwezenlijken. Daarbij is de rol van de rechter ondergeschikt; het zijn meer normen op basis waarvan wetgever en bestuur op een bepaalde manier moeten handelen. In de politieke arena wordt besloten hoe dit handelen eruit gaat zien, wat dat handelen inhoudt en wat de gevolgen voor de burger zijn. Veiligheid zou aldus in grondrechten uitdrukken dat de autoriteiten zich moeten inspannen om daadwerkelijke bescherming te bieden. Het is daarmee veel meer een basis voor activiteiten die als regelgeving of bestuur zijn te kwalificeren en die de staat ertoe dwingen bepaalde activiteiten te ontplooiën.¹⁷⁰ In het vervolg van dit hoofdstuk komt het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten nog nader aan de orde. Vooralsnog is voor hier van belang dat de rol van de staat in de grondrechtstheorieën op dezelfde manieren aan de orde komt als in het uitgangspunt van de moderne staat. Van aanvankelijk de nadruk op terughoudendheid van de overheid en de vrijheid van de burger om zelf invulling te geven aan de vrijheden tot een actieve overheid die voorwaarden schept en aan de invulling van de vrijheid van de burger actief bijdraagt.

3.2.2 *Waarden in grondrechten*

In de waardentheorie komt expliciet het idee tot uiting dat grondrechten bepaalde waarden positiveren. Welke waarden van een dusdanig belang zijn dat deze in

¹⁷⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 036, nrs. 1-3 betreffende het recht op veiligheid in de Grondwet, dit wetsvoorstel komt later in dit hoofdstuk nog aan de orde.

grondrechten moeten worden neergelegd, geeft de theorie niet aan. Die benadrukt immers meer het belang van die waarden als fundamenteën van de samenleving zonder zich met de herkomst van de inhoud bezig te houden. Volgens Radbruch ontleen we de invulling van waarden aan de cultuur: een natuurrecht met een wisselende inhoud. In de eerste constituties werden individuele rechten neergelegd die toen als natuurlijke rechten werden gedefinieerd. Bepaalde waarden hoorden van nature, en daarmee vanzelfsprekend, bij de mens. Dat we nu niet meer van natuurlijk rechten spreken en de gedachte veel minder sterk is dat bepaalde rechten waarden uitdrukken die de mens van nature toekomen, heeft de individuele rechten echter niet doen verdwijnen. Wie de betekenis van de rechten en de daaraan ten grondslag liggende waarden bestudeert, ziet dat deze een voortdurende ontwikkeling doormaken. Deze kan men niet los zien van sociale en maatschappelijke ontwikkelingen en context. Zo is het gelijkheidsbeginsel al sinds de achttiende eeuw terug te vinden tussen de fundamentele rechten. Gelijke behandeling betekende in de begintijd (nog lang) niet de gelijke behandeling van bijvoorbeeld vrouwen en mannen en homo- en heteroseksuelen. Deze betekenissen werden later van belang en zijn in de twintigste eeuw expliciet met het gelijkheidsbeginsel verbonden. Met een aantal andere betekenissen zijn deze in ons recht neergelegd in de Algemene wet gelijke behandeling.¹⁷¹

De inhoud van de rechten is dus niet statisch maar dynamisch en hangt samen met historische, sociale en maatschappelijke ontwikkelingen. De inhoud staat voor een duurzame en vaste overtuiging dat een bepaalde betekenis als het ware onverbreekelijk met een bepaalde waarde is verbonden en in onze rechtsorde tot uitdrukking moet worden gebracht. Dit wil niet zeggen dat alle rechtsgenoten zonder uitzondering een dergelijke betekenis onderschrijven; in een pluriforme samenleving zal altijd ook een andere overtuiging zijn, vaak zelfs meerdere. Zo zullen de interpretatie van een waarde en de onderlinge rangorde van fundamentele waarden niet op voorhand vaststaan en onveranderlijk vastliggen. Ook al definieert men die waarden op abstractere wijze in de vorm van leven, vrijheid, gelijkheid en bezit; de inhoud is daarmee afgebakend en zeker niet volkomen onbepaald.

3.2.3 *Geen uitsluitel over de rol van de rechter*

De verschillende theorieën over de grondrechten zien enerzijds op het belang van waarden als vrijheid en gelijkheid en anderzijds op de verhouding tussen

¹⁷¹ Dat in de achttiende eeuw het gelijkheidsbeginsel nog niet op gelijke behandeling van vrouwen zag, betekent niet dat daar nog geen aandacht aan werd besteed en voor werd gevraagd. De gelijke rechten van vrouwen zijn, vlak na de Franse revolutie en de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789, verwoord in de *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne* van Olympe de Gouges in 1791, zie De Gouges (1791) 1989.

burger en staat waarin bescherming van die waarden een rol speelt. De theorieën lenen zich uitstekend om de rol van de staat vanuit verschillende perspectieven te bezien; de rol van de rechter komt op het eerste gezicht niet aan de orde. Dat betekent niet dat daarover niets te zeggen valt. Zo ligt in de burgerlijk-rechtsstatelijke grondrechtstheorie de nadruk op de bescherming van de individuele vrijheid. Nu de staat volgens deze opvatting niet beslist over de invulling en daadwerkelijke uitoefening van de vrijheid, lijkt hier een taak voor de rechter te liggen in geval van conflicten. Niet alleen om de grondrechten te interpreteren en zodoende de rechten van anderen te waarborgen maar ook om als onafhankelijke macht de vrijheid van de burger te garanderen en de invloed van de staat zo klein mogelijk te houden. Wanneer men de rol van de rechter beziet, valt eveneens op dat de verschillende grondrechtstheorieën niet of nauwelijks aandacht besteden aan grondrechten in de zin van subjectieve rechten. Een omschrijving van grondrechten als subjectieve rechten betekent dat het individu aan grondrechten rechten en plichten ontleent. Dat leidt tot de vraag of de burger zich voor de rechter op deze rechten kan beroepen en wat de gevolgen daarvan zijn.

3.3 Grondrechten: een nadere omschrijving

De verschillende grondrechtstheorieën staan voor verschillende visies op grondrechten, maar geven geen omschrijving van wat we nu onder grondrechten precies verstaan. Hoe omschrijven we grondrechten? Grondrechten hebben en hadden van doen met fundamentele rechten en mensenrechten (verklaringen), zo bleek in vorige hoofdstukken. Met de tijdsaanduiding ‘na de middeleeuwen’ werd duidelijk dat in die periode de natuurlijke rechten van de mens centraal kwamen te staan, onder meer in de theorie van het sociaal contract. Deze rechten bleken de voorlopers van (klassieke) grondrechten. Men kan stellen dat deze natuurlijke rechten stonden voor de mens van nature toekomstende fundamentele rechten. Het was voor het bestaan van deze rechten in beginsel niet van belang of deze gepositieerd waren in wet of verdrag; ze volgden uit de natuur en gingen vooraf aan door mensen gemaakte regelgeving. Met het gedachte-experiment over daadwerkelijke bescherming en de juridisering daarvan veranderde dat. In de mensenrechtenverklaringen vanaf de achttiende eeuw is men deze rechten in het positieve recht gaan incorporeren, zoals in hoofdstuk III duidelijk werd. In nationale constituties en latere verdragen heeft men deze positivering doorgezet. Het predikaat ‘natuurlijk recht’ is in de loop der tijd aan deze rechten komen te ontvallen; ze komen de mens ‘gewoon’ toe. Of men nu beweert dat dit van nature zo is of dat de ervaring dit leert, lijkt daarbij van ondergeschikt belang. In Van der Pot geeft men van grondrechten de volgende aanduiding:

‘Het begrip grondrechten wordt in het algemeen gebruikt voor in een grondwet of in verdragen gepositieerde fundamentele rechten (...).¹⁷²

En even verderop:

‘Persoonlijke autonomie, het recht op ontplooiing en respect voor de menselijke waardigheid staan centraal.’¹⁷³

Fundamentele rechten waarbij de ontplooiing van de mens centraal staat.¹⁷⁴ De eerste omschrijving duidt op gepositieerde rechten; dat betekent in beginsel dat het subjectieve rechten betreft waaraan het rechtssubject rechten en plichten ontleent. Dit aspect van grondrechten is niet zonder problemen zoals hiervoor al duidelijk werd. In de literatuur treft men geregeld de opvatting aan dat grondrechten voornamelijk de relatie tussen staat en onderdaan beheersen.¹⁷⁵ Of dat in het algemeen wordt aangenomen dat grondrechten oorspronkelijk alleen werking hadden in die relatie.¹⁷⁶ Wanneer men grondrechten als zodanig opvat, kan men ze uitleggen als rechtsplichten voor de staat. De staat moet zich op bepaalde gebieden onthouden om de vrije sfeer van de burger niet te schenden. Wanneer we grondrechten echter ook als subjectieve rechten kwalificeren brengt deze rechtssubjectiviteit bepaalde gevolgen met zich mee. We kunnen het niet alleen laten bij een plicht voor de staat tot onthouding dan wel een prestatie. Volgens Kortmann houden de grondrechten in:

¹⁷² Van der Pot 2006, p. 256.

¹⁷³ Van der Pot 2006, p. 260.

¹⁷⁴ Alkema geeft aan dat in de Nederlandse doctrine twee stromingen centraal staan over de conceptie van grondrechten, te weten de stroming die de menselijke vrijheid en waardigheid als uitgangspunt neemt en de stroming die een meer functionele benadering voorstaat. De menselijke waardigheid en de constitutionele functie zijn dan weliswaar verschillende uitgangspunten, scherp zijn in beide stromingen de kenmerken van grondrechten niet, zie Alkema 1995, p. 14-20.

¹⁷⁵ Burkens 1989, p. 38, Kortmann e.a. 1998, p. 3.

¹⁷⁶ Zie Akkermans & Koekoek 1992, p. 20, waar gesteld wordt dat in het algemeen wordt aangenomen dat grondrechten oorspronkelijk alleen werking hadden in de relatie tussen overheid en burger. De vraag of grondrechten horizontale werking hadden is in de achttiende en negentiende eeuw niet of nauwelijks expliciet aan de orde gesteld en traditioneel werden grondrechten geacht in het publiekrecht te werken. In het licht van het gedachte-experiment van het sociaal contract en de oorlog van allen tegen allen is dit opvallend. Leven, vrijheid en bezit dienden toch met name tegen anderen, medeburgers, beschermd te worden?

‘dat een individu of een groep individuen het recht heeft een bepaalde gewenst geachte toestand te bereiken, die men – hoe vaak ook – kan omschrijven als een menswaardig bestaan in de samenleving.’¹⁷⁷

Een individu of een groep individuen heeft in deze visie het recht op een menswaardig bestaan in de samenleving. De grondrechten brengen daarmee een doel tot uitdrukking dat als recht wordt geformuleerd. De verschillende omschrijvingen samen brengen ons dan tot de volgende kernmerken van grondrechten: het individu is rechtssubject en heeft in dat kader fundamentele rechten waaruit rechten en plichten volgen binnen de Nederlandse rechtsorde en waarbij de ontplooiing van het individu, het recht op een menswaardig bestaan, centraal staat.¹⁷⁸ Voor wat betreft de inhoud van de rechten zullen we het hiermee moeten doen. De precieze inhoud laat zich op basis van onder meer de toelichting van de wetgever en de rechtspraak over de afzonderlijke rechten nader kennen. Een ander punt behoeft nog wel enige nadere verduidelijking; wanneer grondrechten subjectieve rechten zijn, in welke verhoudingen en in welke situaties zijn deze rechten dan werkzaam?

3.4 De relaties waarin grondrechten werkzaam zijn

Grondrechten speelden al aan het einde van de achttiende eeuw in juridische documenten die ook voor Nederland van belang zijn geweest, een voorname rol. Grondrechten werden één van de kenmerken van de rechtsstaat, de tweede trede van de moderne staat waarbij de bescherming van de burger tegen de overheid centraal staat. Het lijkt vanuit dit perspectief logisch dat men vaak stelt dat grondrechten werken in de relatie tussen staat en burger, in verticale verhoudingen. De vraag is echter of dat de enige en daarmee uitsluitende relatie is waarbinnen de rechten werkzaam zijn. De eerste trede van de moderne staat ziet immers op bescherming van fundamentele waarden tegen medeburgers. In het vorige hoofdstuk werd duidelijk dat deze betekenis zich ook juridisch heeft verankerd in verschillende constituties. Die meer algemene betekenis zegt echter nog niets over de horizontale werking van specifieke grondrechten uit de Nederlandse grondwet.

Bij de grondwetsherziening is het leerstuk van de horizontale werking uitgebreid aan de orde geweest. In de literatuur worden de begrippen horizontale

¹⁷⁷ Kortmann 1997, p. 346.

¹⁷⁸ Rechtssubject naar Nederlands recht zijn in beginsel natuurlijke personen en rechtspersonen. Wie of wat nu precies drager zijn van rechten en plichten in het kader van grondrechten komt hier verder niet aan de orde. Van belang is slechts dat de burger tot de categorie natuurlijke personen behoort.

werking en derdenwerking soms door elkaar gebruikt. Horizontale werking zou specifiek zien op de relatie tussen burgers onderling. Derdenwerking zou staan voor de werking van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen in het algemeen, dus ook die waarin de staat als privaatrechtelijke partij aan het rechtsverkeer deelneemt.¹⁷⁹ In dit onderzoek hanteer ik het begrip ‘horizontale werking’. Voor de betekenis sluit ik in eerste instantie aan bij het standpunt van de regering bij de totstandkoming van de Grondwet van 1983. Dit standpunt waarmee men aansloot bij de zogenoemde schaal van Boesjes luidt:¹⁸⁰

‘Grondrechten kunnen op uiteenlopende wijzen ook in meer en minder vergaande mate in de horizontale verhoudingen doorwerken. De minst vergaande wijze is wellicht de opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken; dat is het geval met de instructienormen die men bij een aantal sociale grondrechten aantreft. Iets verder gaat de grondrechtsnorm, die zich niet alleen tot de wetgever richt maar zich ook aan de rechter presenteert als een belangrijke waarde waarvan de rechter de invloed ondergaat bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen. Vervolgens kan het grondrecht zelfstandig een rechtsbelang uitdrukken, dat de rechter bij de afweging van belangen mede in aanmerking moet nemen. Nog weer verder gaat een grondrecht, dat de uitdrukking is van een rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken. Ten slotte kan het grondrecht beogen zich dwingend aan de rechter op te leggen en slechts die afwijkingen toe te staan, welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar zijn.’¹⁸¹

Dit standpunt is bekend als de glijdende schaal. Deze begint bij een opdracht aan wetgever of overheid waarbij expliciet aan de instructienormen van sociale grondrechten wordt gerefereerd. Deze opdracht is niet aan de rechter gericht.¹⁸² De (formele) wetgever wordt expliciet genoemd en onder overheid kunnen we dan verder uitvoerende organen en lagere regelgevers verstaan. Dat de rechter daarin geen rol speelt, komt overeen met de betekenis van grondrechten volgens de sociaalstatelijke grondrechtstheorie waar grondrechten meer politieke normen zijn. In iedere volgende verdergaande vorm van horizontale werking van de glijdende schaal wordt de rechter vervolgens wel betrokken. Bij de laatste vorm

¹⁷⁹ Van Bijsterveld 2000, p. 59.

¹⁸⁰ De glijdende schaal van Boesjes, naar de indeling in een artikel in het *NJB* van Boesjes, Boesjes 1973.

¹⁸¹ Algehele grondwetsherziening 1979, p. 15-16.

¹⁸² Kortmann 1997, p. 352.

heeft de rechter weinig beslissingsruimte om van het grondrecht af te wijken. Die opvatting houdt in dat burgers sterke bescherming genieten tegen inbreuken op hun grondrechten door medeburgers. Samen met een sterke bescherming tegen de staat levert dat die vrije ruimte op waar de burger zich ongestoord moet kunnen emanciperen en ontplooien.

In welke relaties zijn de grondrechten nu werkzaam? De schaal van Boesjes geeft een overzicht van een beperkte tot ruime invulling van horizontale werking maar daarmee is nog geen antwoord gegeven op deze vraag. In het algemeen is duidelijk dat de werking van grondrechten in de relatie tussen staat en burger nergens wordt betwist; de burger verdient bescherming tegen de staat. De werking van de rechten in horizontale relaties is in beginsel in het Nederlandse recht erkend. Er is echter geen algemene standaard te geven van hoe een grondrecht precies werkt in een dergelijke relatie. Met het oog op rechtshandhaving en de rol van de rechter speelt de casuïstiek een grote rol; van geval tot geval zal de rechter moeten interpreteren of en hoe een grondrecht van toepassing is. Dit beeld sluit aan bij hoe in de doctrine is gereageerd op de horizontale werking. Volgens Bijsterveld laat de jurisprudentie over het algemeen bevredigende resultaten zien; de rechter blijkt doorgaans een goed oog te hebben voor de afweging van belangen tussen burgers onderling.¹⁸³ Volgens Van der Pot ligt het accent anders: in de jurisprudentie is geen vaste lijn te ontdekken.¹⁸⁴ Kortmann geeft aan dat in de praktijk de rechter zelden 'echte' horizontale werking aanneemt, maar zich baseert op het burgerlijk recht, strafrecht of bestuursrecht, waar grondrechtelijke belangen tussen burgers aan de orde zijn.¹⁸⁵ In de literatuur van wat minder recente datum stelde Burkens eind jaren tachtig dat de rechter aan grondrechten geen normatieve werking toekende in horizontale verhoudingen en de rechten als zodanig niet toepaste in die verhoudingen. Wel liet de rechter zich bij de concretisering van 'open' privaatrechtelijke begrippen leiden door beginselen die mede aan grondrechten ten grondslag zouden liggen.¹⁸⁶

Het blijkt dus moeilijk om in het algemeen aan te geven in welke relaties grondrechten nu wel en niet werkzaam zijn en op welke manier. Dit kan van grondrecht tot grondrecht en van situatie tot situatie verschillen; de glijdende schaal biedt diverse mogelijkheden. Een nadere aanwijzing kan nog gezocht worden in het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten. Wat houdt dit onderscheid in en wat zijn de consequenties hiervan voor de werking in verschillende relaties van deze rechten? Of meer in de termen van dit onderzoek:

¹⁸³ Bijsterveld 2000, p. 60.

¹⁸⁴ Van der Pot/Donner/Prakke 2001, p. 289.

¹⁸⁵ Kortmann 1997, p. 354.

¹⁸⁶ Burkens 1989, p. 184.

vordert veiligheid daadwerkelijke handhaving van fundamentele rechten in met name horizontale verhoudingen?

3.5 Klassieke en sociale grondrechten

Het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten is pas ontstaan in de twintigste eeuw.¹⁸⁷ Hoofdstuk 1 van de huidige Grondwet draagt de titel 'Grondrechten'. Het bevat 23 artikelen waarin grondrechten zijn vervat. Er is verder geen onderverdeling in paragrafen die het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten markeert. Dit onderscheid is gebaseerd op een formeel criterium: de vindplaats in de wet is van belang.¹⁸⁸ De grondwetgever heeft met twee wetsvoorstellen aangegeven dat de artikelen 1 tot en met 17 klassieke grondrechten en de artikelen 18 tot en met 22 sociale grondrechten bevatten.¹⁸⁹ Naast dit formele criterium treft men met name in de literatuur ook een materieel criterium aan.¹⁹⁰ Daarbij staat de specifieke inhoud van een bepaald artikel centraal. Dit laatste criterium biedt de mogelijkheid één (van de onderdelen) van de artikelen 1 tot en met 17 als sociaal grondrecht te betitelen. Voor de onderdelen van de artikelen 18 tot en met 22 geldt het omgekeerde: de mogelijkheid om als klassiek grondrecht te worden gezien. Zo op het eerste gezicht bezien lijkt het materiële criterium goed bruikbaar. Wie opteert voor dit criterium moet zich

¹⁸⁷ Het terminologische onderscheid dateert uit de twintigste eeuw, voor de term sociale grondrechten wordt in het algemeen verwezen naar de preadviezen voor de NJV uit 1953 van Loeff en Polak, de term klassiek grondrechten begint daarna in de literatuur op te duiken zie bijvoorbeeld Van Exter 1955, p. 11. De zorgplicht of positieve verplichting die met een sociaal grondrecht wordt verbonden is echter veel ouder. Zo is het recht op arbeid reeds aan de orde in de Franse *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1793, zie artt. 17, 18 en 20. Voor Nederland kan in dat opzicht verwezen worden naar art. 47 van de Staatsregeling van het Bataafsche Volk van 1798. Zie ook Van der Pot 2006, p. 445, Vlemminx 1998, p. 13 waar de auteur stelt: 'De vertaling van overheidsstaken in sociaal-grondrechtelijke zorgplichten heeft zich in Nederland dus verspreid over enkele eeuwen voltrokken'.

¹⁸⁸ Hier wordt niet specifiek aangesloten bij de formele definitie in die zin dat sociale grondrechten worden omschreven als rechten die nauw samenhangen met leef- en arbeidsomstandigheden en die zijn opgenomen in verdragen als ESH en IVESR, zie Heringa 1989, p. 2.

¹⁸⁹ Algehele grondwetsherziening 1979, p. 2-6 en 252-253. In de literatuur wordt ook naar deze indeling verwezen, zie Akkermans en Koekkoek 1992, p. 13. Het tweede wetsvoorstel had eveneens betrekking op artikel 23 maar dat werd verworpen. Artikel 208 van de oude Grondwet keerde in aangepaste vorm in artikel 23 van de Grondwet terug en dat wordt getypeerd als een combinatie van klassiek en sociaal.

¹⁹⁰ Zie Heringa 1989, p. 2, Heringa & Zwart 1991, p. 78, en Vlemminx 1998, p. 10. Zie ook Kortmann 1997, p. 342-343, die eveneens het formele criterium hanteert voor vindplaats in de wet en het materiële criterium voor meer inhoudelijke omschrijvingen, maar dan niet voor het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten maar voor grondrechten in het algemeen.

echter wel rekenschap geven van het gegeven dat het hanteren van het materiële criterium, en daarmee van een puur inhoudelijke toets, impliceert dat allerlei wettelijke bepalingen buiten Grondwet en (mensenrechten-)verdragen eveneens voor het algemene predikaat 'grondrecht' in aanmerking kunnen komen. De vindplaats in Grondwet of verdrag is dan immers niet meer van doorslaggevend belang.¹⁹¹

Wat zijn de onderscheidende kenmerken die een bepaling tot een klassiek of sociaal grondrecht maken volgens het materiële criterium? In het algemeen voert men dit terug op het onderscheid tussen een waarborg- en een instructienorm.¹⁹² Een klassiek grondrecht bevat een waarborgnorm wat betekent dat een bepaalde vrijheid van de burger beschermd dient te worden tegen inmenging van de staat op het betreffende gebied. Zo moet de staat bijvoorbeeld zo veel mogelijk buiten de persoonlijke levenssfeer van de burger blijven. Een sociaal grondrecht bevat een instructienorm wat betekent dat de staat een prestatie moet leveren in de zin van op het betreffende gebied beleid voeren om het grondrecht te verwezenlijken. Zo moet de staat onder meer maatregelen treffen ter bevordering van de volksgezondheid en van voldoende werk- en woongelegenheden. Het onderscheid tussen waarborg- en instructienorm impliceert echter meer; het heeft namelijk gevolgen voor de rechtsbescherming. De klassieke grondrechten zijn in beginsel in rechte afdwingbaar, de sociale grondrechten zijn dat in beginsel niet. Zo kan het recht op gelijke behandeling of op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer door de burger in een concreet geval in rechte worden ingeroepen. Het recht op een bepaalde geneeskundige behandeling of op een woning kan in beginsel niet in rechte worden afgedwongen door middel van een geslaagd beroep op de sociale grondrechten ter bevordering van de volksgezondheid of van voldoende werkgelegenheid.¹⁹³ Het aangehaalde voorbeeld over de vrijheid van meningsuiting aan het begin van dit hoofdstuk toont aan dat het onderscheid tussen waarborg- en instructienorm en daaruit voortvloeiende implicaties voor het handelen van de staat ten aanzien van dat grondrecht niet zo eenvoudig is als het op het eerste gezicht lijkt. Ook daar waar de staat zich van handelen moet onthouden om het recht op vrijheid van meningsuiting bijvoorbeeld niet te schenden, moet hij zich soms inspannen om

¹⁹¹ Tenzij men uiteraard stelt dat wel het formele criterium 'vindplaats in de Grondwet' geldt maar dat de plaats in de Grondwet zelf niet van doorslaggevend belang is maar de inhoud van het artikel.

¹⁹² Zo vereenzelvigde de regering de sociale grondrechten met instructienormen, zie Algehele grondwetsherziening 1979, p. 255 en 261, in de literatuur komt men deze opvatting in genuanceerde vorm tegen, zie bijvoorbeeld Kortmann 1997, p. 364, waar de auteur verwijst naar het standpunt van de regering maar aangeeft dat niettemin voorzichtigheid geboden is.

¹⁹³ Gerbranda en Kroes 1993 stellen op p. 333: 'In het algemeen kan gesteld worden dat waar expliciet zorgplichten zijn opgenomen, een beroep op de rechten niet licht zal slagen (...).'

media en fora te bieden om de vrijheid van meningsuiting überhaupt mogelijk te maken.

In de literatuur komt men op verschillende plaatsen de opvatting tegen dat het onderscheid tussen ‘klassiek’ en ‘sociaal’ geen recht doet aan de veelvormigheid van de grondrechten:

‘De grondwetgever heeft beide, de klassieke en sociale grondrechten, uit de oudere teksten bijeenverzameld, hen met nieuwe, zowel klassieke als sociale grondrechten aangevuld en hen zonder onderscheid in één hoofdstuk bijeengezet. Daar moesten wij ons verder maar aan houden en iedere bepaling voortaan op haar eigen merites als grondrecht opvatten en uitleggen, zonder ons er al te veel in te verdiepen of het nu een sociaal dan wel een klassiek grondrecht betreft. Die benaderingen moeten uitslijten.’¹⁹⁴

Vlemminx deelt deze opvatting.¹⁹⁵ Een belangrijk punt in zijn betoog is dat het onderscheid klassiek-sociaal ten onrechte de indruk wekt dat een grondrecht of een waarborgnorm of een instructienorm betreft. Vlemminx stelt dat dit onderscheid allesbehalve zuiver is. Rechtsnormen laten zich niet typeren als of louter instructienorm of louter waarborgnorm; ze vertonen een combinatie van beide kenmerken. Zowel bij de klassieke als de sociale grondrechten wordt de betekenis beheerst door de beleidsvrijheid die de staat wordt gegund.¹⁹⁶ Grondrechten zijn neergelegd in algemeen verbindende voorschriften; dat zijn algemene regels met externe werking, vastgesteld door een bevoegd overheidsorgaan op grond van een wetgevende bevoegdheid.¹⁹⁷ Het zijn eenzijdige publiekrechtelijke rechtshandelingen waaraan burgers rechten en verplichtingen ontleen, en die juridische verplichtingen bevatten voor de staat. Volgens Vlemminx is er op grond van dit laatste punt altijd sprake van een waarborggehalte, of het nu een klassiek of sociaal grondrecht betreft. Het sociale grondrecht betreffende de werkgelegenheid of de volksgezondheid biedt de burger net zo goed een bepaalde waarborg als klassieke grondrechten betreffende de vrijheid van meningsuiting of lichamelijke integriteit. Hoe groot het waarborggehalte is, hangt volgens

¹⁹⁴ Van der Pot 2006, p. 450.

¹⁹⁵ Vlemminx 1998, p. 33-34.

¹⁹⁶ Vlemminx 1998, p. 18-21.

¹⁹⁷ Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, par. 2.1. Vergelijk de omschrijving van ‘wet in materiële zin’ als ‘ieder besluit van een daartoe bevoegd overheidsorgaan, dat naar zijn inhoud algemeen en abstract is en dat externe werking bezit’, zoals beginnende rechtenstudenten die leren in H. Franken, Encyclopedie van de rechtswetenschap, Deventer: Gouda Quint, 2001, p. 409.

Vlemminx af van de omvang van de beleidsvrijheid waar de autoriteiten over beschikken en daar blijkt geen eenduidig en algemeen antwoord op te geven:

‘De grootste waarborg, de sterkste plicht en de minste beleidsvrijheid manifesteren zich wanneer de overheid gehouden is de vrijheden van burgers te respecteren en zich van inbreuken te onthouden’¹⁹⁸

Daarvan zal in het algemeen sprake zijn bij de klassieke grondrechten, lijkt op het eerste gezicht de meest voor de hand liggende conclusie. Het citaat illustreert hoe veiligheid in de zin van daadwerkelijke bescherming tegen medeburgers een staat voor problemen plaatst. De klagers in de zaak *Osman versus the UK* stellen dat de autoriteiten niet tijdig voldoende bescherming hebben geboden waardoor het recht op leven niet is gewaarborgd. De autoriteiten geven aan dat er geen of onvoldoende aanwijzingen waren dat er gevaar dreigde en dat zij bepaalde maatregelen moesten nemen. Hoewel één van de grootste waarborgen en sterkste plichten in het geding was, waren de autoriteiten ook gehouden de vrijheden van burgers te respecteren. Zoals het citaat al aangeeft met het meervoud “vrijheden”, gaat het daarbij vaak om verschillende rechten en vrijheden. In deze zaak was immers het recht op privacy van Paget-Lewis eveneens van belang. De beleidsvrijheid van de staat wordt mede bepaald door het respect voor verschillende vrijheden. In het licht van veiligheid als mogelijk grondrecht is de verhouding waarborg-beleidsvrijheid dan ook een belangrijk toetsingspunt: gaat het nu overwegend om een waarborg of om een grote mate van beleidsvrijheid voor de autoriteiten?

3.5.1 *Het belang van opname van rechten in de Grondwet*

De verankering van zowel klassieke als sociale grondrechten in de Grondwet duidt op het belang van bepaalde rechten en de daarin verankerde waarden. Ten eerste ziet men de Grondwet vaak als ‘wet der wetten’;¹⁹⁹ deze bevat essentiële waarden en de hoofdlijnen van de inrichting van de Nederlandse staat. Een bepaald recht opnemen in die wet heeft in ieder geval een bepaalde symbolische

¹⁹⁸ Vlemminx 1998, p. 37.

¹⁹⁹ Thorbecke verwees naar de Grondwet in zijn parlementaire redevoeringen als ‘dat waarop alles berust’, Krabbe 1840, 1840-1 nov. 1948, p. 8. Het is niet zo dat deze opvatting gedurende de 19e en 20e eeuw de enige opvatting was. Krabbe verwees naar de Grondwet als een schools product van een achttiende eeuws rationalisme en bekritiseerde de wijzigingsprocedure en het toetsingsverbod, Krabbe 1906, De Savornin Lohman brengt het belang van beide standpunten naar voren, De Savornin Lohman 1912. Van der Hoeven wijst erop dat de Grondwet wordt aangeduid als hoogste staatswet en dat de gedachte zeer sterk leeft dat het belangrijkste omtrent de staatsinstellingen en de rechtswaarborgen in een grondwet geregeld behoort te worden, Van der Hoeven 1988, p. 76/77.

waarde. Ten tweede gelden voor de Grondwet andere criteria voor de totstandkoming en herziening dan voor andere wetten, zoals in hoofdstuk III al kort aan de orde kwam. Nederland heeft een zogenoemde rigide constitutie: de ‘gewone’ wetgever kan de Grondwet niet wijzigen; herziening geschiedt door middel van een verzwaarde wijzigingsprocedure waarbij de aanneming van de wijziging onder meer een gekwalificeerde meerderheid vereist.²⁰⁰ Ten derde bevat de Grondwet het zogenoemde toetsingsverbod van artikel 120. Dat betekent dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid der wetten.²⁰¹ De rechter toets bepalingen uit wetten in formele zin niet aan bepalingen uit de Grondwet.²⁰² Opname van essentiële waarden in de Grondwet heeft dan tot gevolg dat de rechter daar in geval van een bepaling uit een wet in formele zin niet aan mag toetsen. Zo hangt er met opname van een recht in de Grondwet nogal het een en ander samen dat bij opname in andere wetgeving niet aan de orde is.

Voor deze studie is het volgende van betekenis. Het gaat er niet zozeer om het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten te handhaven of te verwerpen en een keuze voor het formele of materiële criterium te maken. Van belang is welke kenmerken essentieel zijn voor een grondrecht en daarmee ook voor veiligheid als grondrecht. Of het nu als een klassiek of sociaal grondrecht wordt getypeerd, in essentie gaat het erom wat het waarborggehalte voor de burger is, hoe groot de beleidsvrijheid van de autoriteiten is, of en in welke vorm het recht werking heeft in de verhouding tussen burgers onderling.

3.6 Het recht op veiligheid in de Grondwet

Wie het eerste hoofdstuk van de Grondwet leest, ziet enkele regelmatigheden in vorm en redactie van de grondrechten die min of meer samenhangen met de typering klassiek en sociaal. Wanneer we het formele criterium hanteren en de artikelen 1 tot en met 17 als klassieke grondrechten typeren en de artikelen 18 tot en met 23 als sociale grondrechten, kunnen we het volgende stellen over de vorm. De klassieke grondrechten zijn voornamelijk geformuleerd als vrij-

²⁰⁰ Hoofdstuk 8 van de Grondwet betreft de herziening van de Grondwet. Volgens art. 137 Gw wordt een verandering in de Grondwet eerst bij gewone wet aangenomen, daarop wordt de Tweede Kamer ontbonden en tenslotte is een gekwalificeerde meerderheid van minimaal twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen in beide kamers vereist om de herziening aan te nemen. Het onderscheid tussen rigide en flexibele constitutie dateert van 1884, zie Van Maarseveen en Van der Tang 1972, p. 490, zie ook Van der Hoeven 1988, p. 64.

²⁰¹ En verdragen, zie art. 120 Gw.

²⁰² Een wet in formele zin komt tot stand door middel van de procedure neergelegd in artt. 81-88 Gw.

heidsrechten voor een ieder. Veiligheid als klassiek grondrecht in de Nederlandse Grondwet zou dan in beginsel luiden:

‘Ieder heeft recht op veiligheid.’

Niet alle klassieke grondrechten bevatten deze vorm. Zo zijn de eerste artikelen van de Grondwet enigszins anders geformuleerd en een aantal grondrechten bevat de negatieve formulering ‘niemand’. De positief geformuleerde rechten in de artikelen 4, 5, 6, 10 en 11 vangen echter aan met ‘ieder’. Deze bepalingen stellen de individuele vrijheid als hoofdregel voorop, de bevoegdheid tot beperking is een uitzondering hierop. Bij die beperkingsbevoegdheid is de gebezigde terminologie van groot belang. Daaruit kan men namelijk afleiden of delegatie door de wetgever in formele zin is toegestaan. Daar waar de Grondwet spreekt van bij of krachtens de wet of het woord regel, regelen of een vorm daarvan bezigt, is delegatie toegestaan.²⁰³ Zou aan het conceptartikel de zinsnede ‘behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen’ worden toegevoegd, dan zou dat betekenen dat delegatie is toegestaan. Zou de zinsnede ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ luiden, dan zou delegatie dus niet toegestaan zijn. In dat geval moeten inbreuken op het grondrecht op veiligheid berusten op een wet in formele zin. Met het oog op de inbedding en coördinatie van een te voeren veiligheidsbeleid op centraal en decentraal niveau dienen de gevolgen van een gekozen formulering op dit punt goed te worden doordacht.

In dit onderzoek is de beperkingsclausule echter op een ander wijze van belang. Daarin is niet alleen neergelegd op welke wijze een grondrecht kan worden beperkt maar in een aantal gevallen ook in het kader van welke doelen. Zo kennen artikel 6, de vrijheid van godsdienst, en artikel 9, het recht tot vergadering en betoging, een tweede lid dat bepaalt dat de wet regels kan stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. Artikel 8, het recht tot vereniging, bevat de bepaling dat het recht bij de wet kan worden beperkt in het belang van de openbare orde. Veiligheid wordt nergens expliciet als doelcriterium genoemd. Maar een doelcriterium als ‘het belang van de openbare orde’ laat zien dat veiligheid ook als een dergelijk criterium opgenomen zou kunnen worden. Dat sluit in zekere zin ook aan bij de problematiek in de zaak *Osman versus the UK*. Wanneer we het recht op privacy van Paget-Lewis in die zaak vertalen naar artikel 10 Grondwet, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, zou dit recht beperkt kunnen worden in het kader van veiligheid.²⁰⁴ Met het oog op de

²⁰³ *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 22 e.v.

²⁰⁴ Art. 10 Grondwet kent een algemene beperkingsclausule, bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, en de leden 2 en 3 bevatten clausules die zien op bevoegdheidsverlening inzake

daadwerkelijke bescherming van (fundamentele rechten van) anderen kan iemands recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer dan worden ingeperkt. Artikel 10 kent een algemene beperkingsclausule die delegatie toestaat en waarin geen doelcriteria worden genoemd. Dat betekent dat veiligheid niet is uitgesloten als doelcriterium. En ook, wanneer de formele wet een delegatiebepaling inhoudt, dat een beperking gelegen kan zijn in nadere regels van een lagere regelgever. In de hoofdstukken hierna komt art. 2 Politiewet 1993 nog uitgebreid aan de orde. Dit artikel bevat een algemene taakstelling en voldoet in bepaalde gevallen als grondslag voor inbreuken op de persoonlijke levenssfeer in het kader van proactief optreden en opsporing door de strafrechtelijke autoriteiten. De beperkingsclausules bij klassieke grondrechten bieden dan ook zeker mogelijkheden voor veiligheid als opdracht aan de staat tot het bieden van daadwerkelijke bescherming aan de burgers. En wanneer delegatie is toegestaan kan dus bijvoorbeeld op gemeentelijk niveau, eveneens een bijdrage worden geleverd aan die opdracht. Veiligheid komt op deze wijze wel verder af te staan van een zelfstandig grondrecht.

Wanneer er toch sprake zou zijn van een grondrecht op veiligheid; ligt het dan voor de hand om het als klassiek grondrecht op te nemen? In een aantal verklaringen betreffende de rechten van de mens uit de achttiende eeuw bleek veiligheid immers expliciet opgenomen tussen de natuurlijke rechten op leven, vrijheid en bezit. Deze laatstgenoemde rechten ontwikkelden zich tot wat wij nu aanduiden als de klassieke grondrechten. In dit onderzoek staat veiligheid voor de bescherming van deze natuurlijke rechten die zich hebben ontwikkeld tot grondrechten. Veiligheid betekent daadwerkelijke bescherming van deze fundamentele rechten. Het moet worden verstaan als rechtszekerheid. In de Grondwet houdt het dan verband met daadwerkelijk bescherming en handhaving van de klassieke grondrechten, of in ieder geval van de waarden die aan deze rechten ten grondslag liggen. De vraag is of een grondrecht dat in de kern de gedachte van bescherming van de klassieke vrijheidsrechten behelst zelf als klassiek grondrecht in onze grondwet moet worden opgenomen. De positivering van de klassieke grondrechten op zich duidt immers toch al op het belang en de noodzaak van bescherming van deze waarden? Een klassiek grondrecht waarin deze gedachte apart expliciet tot uitdrukking wordt gebracht, lijkt nogmaals het belang van de klassieke grondrechten te benadrukken maar geen wezenlijke bijdrage te leveren of iets nieuws toe te voegen aan wat de Grondwet nu duidelijk ontbeert. De betekenis van veiligheid in de Grondwet lijkt veel meer daarin te bestaan dat het één van de uiteindelijke doelen weergeeft en hoe deze

het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens en aanspraken op kennisneming en gebruik van vastgelegde gegevens. Het gaat hier om de algemene beperkingsclausule.

te bereiken. Een veilige(r) samenleving wordt bereikt door in ieder geval de grondrechten van de burger te waarborgen. Dit moet we lezen als een opdracht aan de staat die zich er wat betreft de klassieke grondrechten voor leent om onderdeel uit te maken van de beperkingsclausules.²⁰⁵

De sociale grondrechten bevatten over het algemeen een opdracht aan de staat en met betrekking tot veiligheid zou een dergelijk recht kunnen luiden:

‘De veiligheid is voorwerp van zorg der overheid.’

Dit is een variant op artikel 20 Grondwet dat ziet op de bestaanszekerheid en spreiding van welvaart. Uiteraard zijn ook hier verschillende varianten mogelijk. Er zou ook aangesloten kunnen worden bij artikel 19 Grondwet dat ziet op bevordering van de werkgelegenheid en dan zou het artikel met de woorden ‘Bevordering van veiligheid’ aanvangen. Het lijkt een klein verschil en voor wie onderzoekt of veiligheid een grondrecht moet zijn is het in dit stadium van ondergeschikt belang, maar er zijn enige kleine verschillen tussen artikel 19 en 20 Grondwet wat betreft redactie die direct in het oog springen. Wanneer art. 19 als voorbeeld dient, staat bevordering van veiligheid dus centraal. Een dergelijk artikel kan op verschillende manieren worden opgevat. Ik noem er hier twee. In de eerste plaats lijkt het of in het artikel de suggestie ligt besloten dat veiligheid er los van de staat al is; de staat hoeft kennelijk niet voor de basisveiligheid, wat die ook inhoudt, te zorgen maar heeft de plicht om de (bestaande) veiligheid te bevorderen. De rol van de staat is complementair, wat overigens niet wil zeggen dat die rol onbelangrijk is. Maar het zou in dit geval te ver gaan om te stellen dat veiligheid dan bij uitstek een taak van de staat is. Dat kunnen we van de werkgelegenheid uit art. 19 Grondwet immers ook niet zeggen. De overheid is zeker belangrijk als werkgever maar voor het creëren van banen is ook het bedrijfsleven onmisbaar. In de tweede plaats is het artikel juist op tegenovergestelde wijze op te vatten, alsof veiligheid er nog helemaal niet is. Nu het artikel niet voorschrijft dat de staat voor een bepaalde basis moet zorgen maar spreekt van bevorderen, is het maar de vraag of en wat daar van terecht komt. Ook in dit geval lijkt het artikel geen recht te doen aan hetgeen er van de staat mag worden ver-

²⁰⁵ Rosenthal en Muller pleiten voor opname van veiligheid als (overigens sociaal) grondrecht in de Grondwet omdat daarmee ook duidelijk is dat een staat de burgers beschermt tegen schenders van de rechtsorde en als voordelen zien zij dat het recht duidelijk maakt dat veiligheid een kerntaak van de overheid is en er een fundament is voor toekomstige wetgeving en een vertrekpunt voor vormgeving van uitvoeringsregelingen zoals veiligheidsrapportages, Rosenthal en Muller 2004, p. 65-69. Koekkoek geeft naar aanleiding van het hier verderop te bespreken initiatiefvoorstel-Rietkerk aan dat de zorg voor veiligheid ook als uitdrukkelijke plicht van de overheid en als opdracht voor de wetgever geformuleerd kan worden, Koekkoek 2002, p. 549-561.

wacht. Artikel 19 Grondwet ligt dan ook wat minder voor de hand als voorbeeld voor een grondrecht op veiligheid dan artikel 20 Grondwet. Wanneer bestaanszekerheid in brede zin wordt opgevat, is het verwant aan of verbonden met veiligheid. Zo werden in het gedachte-experiment van het sociaal contract veiligheid en (voort)bestaan eveneens met elkaar verbonden. Het recht brengt in ieder geval het belang van de rol van de staat meer tot uitdrukking. De overheid moet zich in ieder geval met het onderwerp uit het grondrecht bezighouden en de suggestie dat de zorg eveneens of in overwegende mate aan anderen is overgelaten ontbreekt nagenoeg geheel. Overigens moet bestaanszekerheid in artikel 20 in sociaal-economische zin worden verstaan, de uitwerking van veiligheid in een (integraal) veiligheidsbeleid, een politie en ook een defensie valt niet onder dit grondrecht.²⁰⁶

Een andere relevante vraag van redactionele aard, die meer ziet op de reikwijdte van het begrip veiligheid, is of het conceptartikel met een bepaald lidwoord moet beginnen. Wanneer dit wordt weggelaten, kan dat enerzijds impliceren dat veiligheid in de meest brede zin van het woord bedoeld wordt. Onduidelijkheid over de afbakening van de betekenis bij de totstandkoming van het artikel zou dan de opmaat kunnen zijn voor een grote vergaarbak van de meest uiteenlopende handelingen en gedragingen die men onder de bepaling wil begrijpen. Er is dan immers geen sprake van een bepaalde veiligheid. Anderzijds kan het weglaten van het lidwoord duiden op een bepaalde bescheidenheid. Zo kan de staat nooit alle factoren onder controle krijgen die invloed uitoefenen op de veiligheid, voor een deel blijft die de uitkomst van het spel der vrije maatschappelijke krachten. Pretenties ten aanzien van de veiligheid kunnen dan maar beter achterwege blijven. Hoewel het beslist geen kwaad kan ieder woord zorgvuldig te wegen, kan hier toch wel een kanttekening bij worden geplaatst. Wanneer een artikel spreekt van 'is voorwerp van zorg der overheid' duidt dat al op enige bescheidenheid, het geeft in ieder geval geen blijk van een zekere stellige uitkomst op het betreffende gebied. Hoewel het enerzijds een belang benadrukt waar de staat aandacht aan dient te besteden en waar zij een bijzondere taak heeft, relateert het anderzijds de uitkomst van de inspanning die de staat moet verrichten. De formulering geeft al aan dat het onderwerp niet op een allesomvattende wijze door de overheid gewaarborgd kan worden.

3.6.1 *Het recht op veiligheid in het wetsvoorstel*

In het initiatiefwetsvoorstel van kamerlid Rietkerk(CDA) zoals dat in oktober 2001 bij de Tweede Kamer is ingediend, zien we die laatste bescheidenheid terug. Het recht op veiligheid heeft de vorm gekregen van een sociaal grondrecht

²⁰⁶ *Kamerstukken II 1975/76, 13 873, nr. 7, p. 18-19, voor de betekenis van bestaanszekerheid.*

waarin het voorwerp is van zorg der overheid.²⁰⁷ Dit voorstel dat weliswaar niet tot opname van veiligheid in de Grondwet heeft geleid, leent zich uitstekend om enkele zaken in dit kader nader te belichten.²⁰⁸ Dat begint al wanneer we de plaats bezien die het nieuwe sociale grondrecht zou moeten gaan innemen. Volgens het voorstel wordt het artikel 22a Grondwet en het luidt als volgt:

- '1. De veiligheid van allen die zich in Nederland bevinden en hun bezittingen, is voorwerp van zorg van de overheid.
2. De wet stelt regels ter bevordering van de veiligheid.'²⁰⁹

De plaats in de wet als artikel 22a wordt toegelicht met de motivering dat het een sociaal grondrecht betreft en dat de artikelen 18 tot en met 22 als dergelijke rechten worden beschouwd. Artikel 19 en artikel 20 zijn hiervoor al aan de orde geweest. Artikel 18 ziet op rechtsbijstand voor een ieder, artikel 21 op de woonbaarheid van het land, de bescherming en verbetering van het milieu en artikel 22 op de volksgezondheid. Artikel 23, het recht op onderwijs, wordt aangeduid als een bepaling met zowel expliciete sociale als klassieke elementen.²¹⁰ Het nieuwe artikel sluit het beste aan bij de artikelen 18 tot en met 22 en om de schijn van hiërarchie weg te nemen, kiest men bij de plaatsing voor de systematiek op basis van anciënniteit. Dat betekent dat het artikel 22a Grondwet moest worden.²¹¹ Deze motivering illustreert de verwarring omtrent de klassieke en sociale grondrechten: welk (onderdeel van een) artikel duiden we nu aan als klassiek en welk als sociaal? Artikel 23 wordt hier buiten de andere sociale grondrechten gehouden omdat het sociale en klassieke elementen bevat. Het blijft onduidelijk waarom in de toelichting op het voorstel artikel 23 deze aparte status krijgt toebedeeld, maar de artikelen 18 en 19 niet. Artikel 18 lid 1, het individuele recht op rechtsbijstand, en artikel 19 lid 3, het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid, duidt men namelijk in het algemeen aan als klassieke elementen en aangezien deze artikelen ook zogenoemde sociale ele-

²⁰⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 036, nrs. 1-3, het voorstel heeft na de indiening in 2001 de nodige aandacht gekregen maar daar is het bij gebleven. Hoewel de verkiezingen voor de Tweede Kamer van 2002 en ook die van 2003 de mogelijkheid boden voor de herzieningsprocedure van art. 137 Grondwet is het daar niet van gekomen.

²⁰⁸ Zie uitgebreider hierover Koekkoek, Van der Meulen en Buruma 2002.

²⁰⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 036, nr. 2, p. 1.

²¹⁰ Het eerste lid van art. 23 Grondwet, het onderwijs is een voorwerp van aanhoudende zorg der regering, is een voorbeeld van een sociaal grondrecht. Het artikel bevat in de leden 2, 3, 5 en 6 in rechte oproepbare vrijheden. Zo moet ingevolge het derde lid het openbaar onderwijs ieders godsdienst of levensovertuiging eerbiedigen, zie verder Kortmann e.a. 2004, p. 43-44.

²¹¹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 036, nr. 3, p. 8.

menten bevatten, zijn ze wat dit betreft te vergelijken met artikel 23.²¹² Wie de toelichting leest, krijgt de indruk dat daar anders over wordt gedacht en dat kennelijk de artikelen 18 tot en met 22 als de meest pure of echte sociale grondrechten gelden. Om dergelijke onduidelijkheden te vermijden, was de aanduiding van het nieuwe artikel als artikel 23a wellicht beter geweest. Of anders had men op meer inhoudelijke gronden aansluiting kunnen zoeken; zoals hiervoor al aan de orde kwam, was aansluiting bij de bestaanszekerheid uit artikel 20 niet vreemd geweest.

3.6.1.1 Veiligheid: geen extra legitimatie voor schendingen van fundamentele rechten door de staat

Volgens de toelichting op het voorstel wekt het bevreemding dat een algemene bepaling over de veiligheid van de burger ontbreekt, terwijl er wel bepalingen in de grondwet staan over de bestaanszekerheid, het milieu en de volksgezondheid.²¹³ De vraag is of deze constatering pleit voor opname van veiligheid als sociaal grondrecht, zeker gezien de betekenis van veiligheid die men voorstaat.²¹⁴ Het wetsvoorstel stelt expliciet dat men het begrip veiligheid hanteert zoals dat naar voren komt in de tweejaarlijkse Integrale Veiligheidsrapportage van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Men omschrijft veiligheid in het voorstel als de legitieme verwachting van de burger in een redelijke mate beschermd te worden tegen van buiten komend onheil. Deze algemene en brede omschrijving wordt ingevuld vanuit verschillende beleidsterreinen: de bestrijding en voorkoming van criminaliteit, openbare orde en veiligheid, rechtshandhaving, arbeidsveiligheid, milieuveiligheid en verkeersveiligheid.²¹⁵ Met de voorkoming van criminaliteit en rechtshandhaving omvat het voorstel dus ook de betekenis van veiligheid uit dit onderzoek. Maar het is duidelijk dat het op veiligheid in veel bredere zin ziet. Want het gaat niet alleen om het voorkomen van criminaliteit maar ook van rampen, zoals de vuurwerkramp in Enschede of de cafébrand in Volendam. De overtreding van wet- en regelgeving staat centraal; voor gedoogbeleid is volgens de Memorie van Toelichting bij het voorstel geen plaats.²¹⁶ Veiligheid staat in grote lijnen voor bescherming

²¹² Zowel artikel 18 als 19 Grondwet bevat een in rechte inroepbare bepaling en een opdracht aan de overheid, zie Kortmann e.a. 1998, p. 18-19.

²¹³ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 036, nr. 3, p. 2.

²¹⁴ Zie Piret 2002, p. 30, waar de auteur naar aanleiding van de aanspraak op grondwettelijke verankering aangeeft dat een zekere mate van veiligheid iets veel fundamentelers is dan een sociaal grondrecht.

²¹⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 036, nr. 3, p. 2.

²¹⁶ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 036, nr. 3, p. 3 en p. 5, denk hierbij ook aan de strafrechtelijke vervolging van de directeuren van *S.E. Fireworks* en de discussie over de (on)mogelijkheden van strafrechtelijke vervolging van de overheid in kader van de vuurwerkramp in Enschede.

tegen normovertredend gedrag. Normen die in deze gevallen zijn vastgelegd in wettelijke regels en die gehandhaafd moeten worden. Dat maakt de betekenis van veiligheid in de zin van rechtszekerheid zeer ruim; niet alleen de daadwerkelijke handhaving van fundamentele rechten maar handhaving van rechtsregels in het algemeen is een punt van aandacht. Het verband met criminaliteit betekent dat niet alleen de bescherming van de burger tegen gedrag van anderen maar ook de burger als mogelijke normovertreder, en daarmee als mogelijke verdachte, onder de reikwijdte van veiligheid in deze betekenis valt.

Het is juist deze laatste constatering die ons moet doen inzien dat veiligheid daarmee wezenlijk verschilt van de materie uit andere sociale grondrechten. De staat de opdracht geven maatregelen te treffen in kader van de sociale grondrechten op het gebied van werkgelegenheid, gezondheidszorg of het onderwijs is van een andere orde dan de opdracht tot maatregelen in het kader van de veiligheid waarbij de vrijheidsrechten van de burger in het geding zijn. Nog daargelaten dat het voorstel eraan voorbij gaat dat bijvoorbeeld art. 19 Grondwet reeds de wetgeving inzake arbeidsomstandigheden en veiligheid in bedrijven en instellingen bestrijkt en een afzonderlijk grondrecht daarvoor niet nodig is, is het maar de vraag of de positie van de staat ten opzichte van de burger versterkt moet worden door de mogelijkheid tot een inbreuk op vrijheidsrechten door de autoriteiten van een extra grondwettelijke legitimatie te voorzien.²¹⁷ Het gegeven dat dit gebeurt onder het mom van bescherming van de fundamentele rechten van de burger tegen inbreuken door anderen dreigt het zicht op deze consequentie enigszins te ontnemen. Veiligheid staat inderdaad voor de bescherming van de fundamentele rechten tegen inbreuken door anderen en de staat moet aan deze bescherming bijdragen. Het kan echter niet zo zijn dat uitgerekend dat leidt tot (extra) mogelijkheden voor de staat om die rechten in bepaalde situaties in te beperken. Grondwettelijke verankering in de vorm van een sociaal grondrecht hiervan staat juist op gespannen voet met de historische betekenis van veiligheid in de Grondwet. Dit wordt nog duidelijker uit het gegeven dat in de toelichting op de keuze voor een sociaal grondrecht in het wetsvoorstel blijkt, dat men het standpunt huldigt dat een dergelijk grondrecht de wetgever grote beleidsvrijheid geeft. De wetgever geeft nadere invulling aan het grondrecht en de burger kan daar rechtens geen invloed op uitoefenen.²¹⁸ Gezien de betekenis van veiligheid zou dat juist aanleiding moeten zijn voor een gerichtheid op versterking van de vrijheidsrechten van *alle* burgers, zowel de burger die bescherming behoeft tegen anderen als de verdachte in het kader van strafrechtelijke

²¹⁷ Zie over art. 19 lid 2 Grondwet, Kortmann e.a. 2004, p. 38.

²¹⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 036, nr. 3, p. 7.

vervolging. Wanneer dat niet het duidelijke gevolg is van veiligheid als sociaal grondrecht zou terughoudendheid geboden moeten zijn.

Het wetsvoorstel stelt vervolgens dat sociale grondrechten rechten zijn waarmee de wetgever terdege rekening moet houden. Deze rechten leggen de overheid zorgverplichtingen op die er toe bijdragen dat de algehele kwaliteit van de maatschappij naar een hoger niveau getild wordt.²¹⁹ De vraag is of daar een apart grondrecht op veiligheid voor nodig is. Men kan immers stellen dat de zorgverplichtingen die met veiligheid samenhangen juist zijn gelegen in rechtshandhaving van de (klassieke) vrijheidsrechten die bescherming van fundamentele waarden tot uitdrukking brengen. De vrijheidsrechten gebieden de overheid zich, in de klassieke betekenis, van bepaalde handelingen te onthouden maar in hoofdstuk III bleek dat deze rechten ook verbonden zijn met de betekenis dat de staat zich de inspanning moet getroosten om ervoor te zorgen dat deze rechten gestand gedaan worden. Bescherming en handhaving zijn taken voor de staat in deze. Wellicht dat deze betekenis ten aanzien van de grondrechten uit onze Grondwet wat minder uit de verf is gekomen, maar in hoofdstuk VI komt dat ten aanzien van vrijheidsrechten zoals neergelegd in het EVRM duidelijk aan de orde. De vraag is gerechtvaardigd of opname van klassieke vrijheidsrechten in een constitutie betekent dat deze uitsluitend zien op een plicht tot onthouding door de staat of dat daar ook een positieve uitwerking aan moet worden gegeven. Het EHRM is daar duidelijk over geweest en heeft het laatste expliciet bevestigd. De staat heeft de plicht in bepaalde gevallen fundamentele rechten en vrijheden van de burger daadwerkelijk te handhaven ten opzichte van andere burgers. Welke vorm van de glijdende schaal men ook van toepassing acht, het blijft vreemd wanneer men volhoudt dat de klassieke grondrechten in de grondwet, anders de verdragsrechten in het EVRM, uitsluitend duiden op onthouding van handelen door de overheid en niet of nauwelijks aangeven dat op bepaalde gebieden handelen juist geboden kan zijn. Vanuit een strikt juridisch perspectief is dat wel te verklaren en in theorie aannemelijk te maken, maar dat laat de feitelijke ruimte die de autoriteiten hebben onverlet. Een apart grondrecht op veiligheid is daar niet voor nodig.

In de toelichting op het wetsvoorstel wordt nog een ander argument genoemd dat zou pleiten voor opname van veiligheid als sociaal grondrecht. Wanneer men de betekenis en werking van de bestaande grondrechten kritisch bekijkt, kan men zich ook afvragen welke (nieuwe) rechten als grondrecht in de Grondwet moeten worden opgenomen. Volgens het voorstel moet de Grondwet alleen de hoofdlijnen van de staatsinrichting en de essentie van de grondrechten bevatten en slechts dan worden aangepast wanneer daaraan dringende

²¹⁹ *Kamerstukken II 2001/02, 28 036, nr. 3, p. 8.*

behoefte bestaat.²²⁰ Daarvan is sprake in geval het recht voor de burger een waarlijk essentiële functie voor het persoonlijk en maatschappelijk functioneren heeft.²²¹ Volgens de toelichting is dat hier het geval en dat rechtvaardigt opname als grondrecht in de Grondwet. Ook op dit argument valt nog wel wat af te dingen. In het voorgaande is duidelijk geworden dat veiligheid in constituties staat voor daadwerkelijke handhaving van fundamentele rechten en in de toelichting is veiligheid omschreven als bescherming tegen van buiten komend onheil. Wanneer men in de grondwet de bescherming en eerbiediging van waarden als leven en vrijheid neerlegt, is daarmee dan in de kern niet reeds de waarlijk essentiële functie voor het persoonlijke en maatschappelijke functioneren van de burger in de grondwet verankerd? De terughoudendheid om het aantal grondrechten uit te breiden om trivialisering van deze rechten te voorkomen, pleit juist voor grote voorzichtigheid en biedt geen steun aan het standpunt dat veiligheid als grondrecht in de grondwet moet worden opgenomen. Tenslotte is ook op het argument van Koekkoek dat de voorgestelde grondwetsbepaling de basis legt voor wetgeving inzake de veiligheid van de burger op verschillende beleidsterreinen, het nodige af te dingen.²²² Ten aanzien van reeds bestaande wetgeving is het op z'n minst genomen vreemd dat die achteraf van een grondwettelijke basis wordt voorzien. Het ontbreken van een dergelijk recht heeft aan de totstandkoming van wetgeving kennelijk niet in de weg te staan. En sterker nog; de vraag moet worden gesteld of allerlei maatregelen die in het kader van veiligheid en terrorismebestrijding recentelijk zijn voorgesteld in één keer van een grondwettelijke maatregel voorzien mogen en moeten worden. Vooral wanneer daar waar de persoonlijke levenssfeer wordt beperkt is aan de orde of de autoriteiten niet te ver en diep in de vrije sfeer van de burger kunnen treden en het tegen de staat beschermende karakter te veel wordt aangetast.

4 Conclusie

De verschillende theorieën over de grondrechten vertegenwoordigen verschillende kenmerken van de democratische rechtsstaat. Zo komen de rol van de staat, het belang van de vrijheid en de rol van politiek of wetgever in relatie tot

²²⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 036, nr. 3, p. 6, waar verwezen wordt naar het standpunt van de Raad van State, *Kamerstukken II*, 1975/76, 13 872, nr. 4, p.56, en de opvatting van de op 23 februari 1999 ingestelde Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk' die de regering adviseert omtrent de wenselijkheid van aanpassing of opname van grondrechten in de grondwet in het kader van de informatiesamenleving.

²²¹ Rapport Commissie 'Grondrechten in het digitale tijdperk', p. 47 (24 mei 2000, <http://www.minbzk.nl/gdt>).

²²² Koekkoek 2002, p. 561.

grondrechten aan de orde. De rol van de onafhankelijke rechter wordt echter niet of nauwelijks belicht. Daarmee komt eveneens nauwelijks de vraag aan de orde of en zo ja door wie in welke situaties voor de rechter een beroep kan worden gedaan op een grondrecht. Voor dit onderzoek is van belang of en in hoeverre grondrechten werken tussen burgers onderling en de rol van de autoriteiten daarbij. De regering heeft bij de grondwetsherziening van 1983 in deze de zogenoemde schaal van Boesjes als standpunt naar voren gebracht. Dat betekent dat vrijwel alle mogelijkheden voor horizontale werking van grondrechten zijn opengelaten. Een grondrecht kan een opdracht aan de wetgever inhouden maar ook beogen zich in een concreet geval dwingend aan de rechter op te leggen. Daarmee is weliswaar vastgesteld dat grondrechten kunnen doorwerken in relaties tussen burgers onderling maar nog niet voor welke rechten dat nu precies geldt en op welke manier. Het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten geeft ook geen uitsluitsel over de werking van de rechten in het algemeen of in horizontale verhoudingen in het bijzonder. Er is geen eenduidig antwoord te geven op de vraag hoe de verhouding is tussen waarborg en beleidsvrijheid van grondrechten.

Het voorgaande leidt niet onverkort tot een bevestigend antwoord op de vraag of een grondrecht op veiligheid daadwerkelijke handhaving van fundamentele rechten in relaties tussen burgers onderling vordert. Zou die vraag wel positief worden beantwoord dan zou dat pleiten voor opname in de Grondwet van het recht op veiligheid. In het licht van de klassieke rechten laat veiligheid zich het best plaatsen als doelcriterium in een beperkingsclausule. Op die wijze is het direct gekoppeld aan de fundamentele rechten. Alleen wordt hiermee duidelijk dat het dan niet zozeer staat voor daadwerkelijke handhaving van het recht waaraan het is gekoppeld maar eerder voor inperking van dat recht. Wanneer we veiligheid inlezen als doelcriterium bij het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer betekent dat immers dat dit recht mag worden beperkt op grond van veiligheid. En in dit onderzoek staat nu juist de betekenis centraal dat veiligheid dwingt tot daadwerkelijke handhaving van het fundamentele recht. In deze betekenis ligt veiligheid als sociaal grondrecht evenmin voor de hand. Eén van de belangrijkste argumenten is dat wanneer we ervan uitgaan dat een sociaal grondrecht op veiligheid de autoriteiten een bepaalde beleidsvrijheid geeft, die daarmee een extra grondwettelijke legitimatie verkrijgen om in de vrije sfeer van de burger te treden. Nu kunnen daar best goede redenen voor zijn maar wanneer het uitgangspunt is dat het juist om een versterking gaat van de fundamentele rechten van de burger, ligt het in eerste instantie niet voor de hand daarvoor een wijze te kiezen waarmee de positie van de staat wordt versterkt ten opzichte van de burger. Het recht zou dan op een dusdanige wijze geformuleerd moeten worden dat daaruit volgt dat de rol van de staat uitsluitend wordt ver-

sterkt om de burger daadwerkelijke bescherming te bieden tegen schendingen van zijn fundamentele rechten door medeburgers. Een sociaal grondrecht zou daarvoor wellicht geschikt kunnen zijn maar dat luistert wel heel nauw, getuige de betekenis die het grondrecht op veiligheid kreeg in het initiatiefwetsvoorstel uit 2001.

Deze betekenis zal dan ook meer gezocht moeten worden in de verdragsrechten. Los van de bezwaren en problemen die in dit hoofdstuk zijn geschetst, heeft het ook in dit hoofdstuk genoemde grondwettelijke toetsingsverbod mede ertoe bijgedragen dat de nadere invulling van de grondrechten veel minder is uitgekristalliseerd dan de rechten uit het EVRM. In de jurisprudentie van het EHRM en de doctrine zijn een aantal leerstukken ontwikkeld die in het kader van veiligheid het nader bezien waard zijn. Alvorens die nader te bestuderen, komt in het volgende hoofdstuk eerst artikel 2 Politiewet 1993 aan de orde. Dit wetsartikel biedt namelijk een basis voor de autoriteiten om in een vroeg, preventief, stadium in de vrije sfeer van burgers in te grijpen. Voordat de vraag kan worden beantwoord welke verplichting er op de autoriteiten rust om in het kader van fundamentele rechten preventief te moeten handelen, is het zinvol eerst de grenzen te verkennen die aangeven hoever de autoriteiten mogen gaan. In het hoofdstuk daarna kunnen die resultaten dan worden gebruikt bij het schetsen van de verplichting die op de autoriteiten rust ingevolge bepaalde verdragsrechten.

Veiligheid en de politie(taak)

1 Inleiding

Bij preventie van criminaliteit in het kader van veiligheid speelt de politie een voorname rol. De invulling van die rol is niet eenvoudig; het niet (hebben) voorkomen van delicten leidt regelmatig tot kritiek. Soms krijgt de politie het verwijt dat door niet tijdig te zijn opgetreden, zaken (onnodig) uit de hand zijn gelopen en er slachtoffers zijn gevallen. Dit is min of meer het verwijt dat de klagers in de *Osman-case* de Britse autoriteiten maken. De politie stelt daar tegenover dat in sommige gevallen geen actie ondernomen kan worden zolang er nog niets is gebeurd en de beschikbare informatie een onvoldoende basis biedt om op te treden.

In dit hoofdstuk onderzoek ik deze taak van de politie. Wat is de rol van de politie bij veiligheid als het gaat om het daadwerkelijk voorkomen van inbreuken op fundamentele rechten? Dat vereist ten eerste een omschrijving en afbakening van de politietaak zoals die is neergelegd in de Nederlandse wetgeving en uitgewerkt in de jurisprudentie. De wettelijke omschrijving is opgenomen in de Politiewet 1993. Na een analyse van deze omschrijving op basis van de wetsgeschiedenis, volgt een nadere uitwerking aan de hand van relevante jurisprudentie. Dit resulteert in een algemene omschrijving van gevallen waarin de politie bepaalde handelingen kan uitoefenen nog voordat de verdenking van een strafbaar feit bestaat.

In het volgende hoofdstuk analyseer ik vervolgens de positieve verplichting die op lidstaten ingevolge het EVRM rust. Het resultaat uit dit hoofdstuk vergelijk ik uiteindelijk met het resultaat uit het volgende hoofdstuk. Dat wordt een vergelijking tussen enerzijds de mogelijkheden die de autoriteiten hebben om preventief tegen burgers op te treden en daarbij op fundamentele rechten in te breken met anderzijds de positieve bescherming van fundamentele rechten van burgers die de autoriteiten moeten bieden. Die vergelijking moet niet alleen duidelijk maken wat de autoriteiten mogen maar vooral wat ze zouden moeten doen wanneer deze twee aspecten samen vallen: preventief optreden tegen een toekomstige schending van een fundamenteel recht door het bieden van positieve bescherming van dat fundamentele recht.

2 De politietaak: een korte omschrijving

Zonder de pretentie te hebben hier een volledig historisch overzicht en de volledige betekenis van 'politie' weer te geven, is een verwijzing daarnaar evenwel op zijn plaats. 'Politie' wordt verbonden met het Griekse *politeia* en in het Nederlands met 'politiek', welke dan als gemeenschappelijk kenmerk 'de algemene taak tot bescherming en instandhouding van de gemeenschap' hebben.²²³ Evenals bij veiligheid komt hier het beschermingsaspect naar voren. Bescherming van de gemeenschap als betekenis van *securitas* ontwikkelde zich na de middeleeuwen tot een onderscheid tussen binnenlandse en buitenlandse veiligheid, zoals in hoofdstuk II aan de orde kwam. Een vergelijkbare ontwikkeling wordt aan de betekenis van 'politie' toegekend: in de oorspronkelijke betekenis duidde het niet op een functionele onderscheiding en verschilden het militaire, bestuurlijke en rechtsprekende aspect niet van elkaar. In de loop der tijd scheedde als eerste de militaire en op het buitenland gerichte taakstelling zich af en vervolgens de berechting. De politietaak ging de voorfase van de berechting omvatten. Zo hield het Franse *la police* een sterke gerichtheid op de binnenlandse ordehandhaving in.²²⁴

De taak tot binnenlandse ordehandhaving is voor de Nederlandse politie op verschillende manieren georganiseerd. De politie kan mede worden gezien aan de hand van de gezagsverhouding binnen de staat en de daarmee samenhangende organisatie: centraal of decentraal. De politie maakt dan onderdeel uit van zowel het landelijk als het plaatselijk bestuur.²²⁵ Boek heeft het voorgaande aangegeven als eerste grondslag waarop de politie kan worden ingedeeld en voegt daar een tweede aan toe: de wijze waarop de politie werkt.²²⁶ De politie kan enerzijds worden gezien als de sterke arm die desnoods geweld gebruikt om gehoorzaamheid bij de burgers af te dwingen. Anderzijds kan de uitoefening van de politietaak worden gezien als een functie van de gemeenschap zelf; de politie moet de taak uitoefenen door middel van overreding.²²⁷ Deze laatste grondslag ziet op een idee dat hiervoor al uitgebreid aan de orde kwam bij het gedachte-experiment van het sociaal contract. Ook daar kan men de nadruk leggen op de

²²³ Zie de beschrijving in Elzinga, Van Rest & De Valk 1995, p. 9, die de betekenis (minder) kort weergeven en voor de details verwijzen naar gespecialiseerde literatuur.

²²⁴ Elzinga, Van Rest & De Valk 1995, p. 9-10.

²²⁵ De politietaak werd van oudsher verzorgd op gemeentelijk niveau. Zie verder voor de ontwikkeling van de politie op decentraal en centraal niveau, Van der Pot. 2006, p. 763 e.v., Elzinga, Van Rest & De Valk 1995, p. 10 e.v.

²²⁶ Boek 1999, p. 27-28.

²²⁷ Boek 1999, p. 27 verwijst naar: R. Reiner, Police research in the United Kingdom; a critical review, in: Tonry, M. Morris, N. (eds), Modern policing, Chicago, University Press, pp. 435-508.

onderwerping aan de soeverein en daarmee gehoorzaamheid centraal stellen, zoals in de opvatting van Hobbes. Maar ook kan men de nadruk leggen op de gemeenschap zelf en daar het soevereine situeren, zoals in de opvatting van Rousseau. De eerste visie waarin de gehoorzaamheid aan de machthebber centraal staat past niet bij de gedachte van de democratische rechtsstaat. Volgens Boek past die visie ook niet bij de politie; hij benadrukt dat die haar werk doet door overreding. In zijn opvatting moet de taak van de politie tot ordehandhaving worden gezien in het licht van de rechtsorde waarin de politie die taak vervult. De rechtsorde omschrijft hij als volgt:

‘Die rechtsorde is (in elk geval in Nederland) een democratisch-rechtsstatelijke orde waar bescherming van individuele vrijheden en persoonlijke integriteit zo niet het grootste dan toch een zeer groot goed is. Historisch gezien vormen de (formele en informele) machthebbers de grootste bedreiging voor die belangen terwijl verdeling van de macht uitstekende bescherming daartegen oplevert.’²²⁸

Deze omschrijving sluit aan bij het verhandelde tot nu waarin de bescherming van fundamentele rechten het centrale thema is. En waarom zou dat voor of bij uitoefening van de politietaat anders zijn? Ook daarbij of eigenlijk juist daarbij komt de bescherming van de burger aan de orde, zoals de *Osman-case* aan het begin al duidelijk maakte. Na deze globale aanduiding en de koppeling daarvan aan de rechtsorde zoals Boek die omschrijft, moet duidelijk worden wat die taakomschrijving nu meer precies inhoudt. De wetgever heeft de taakomschrijving van de politie in de Politiewet verankerd. Dit biedt een aanknopingspunt tot een nadere bestudering van die taak.

3 De politietaat volgens de Politiewet 1993

3.1 Artikel 2 Politiewet 1993

Artikel 2 Politiewet 1993 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.”²²⁹

²²⁸ Boek 1999, p. 28.

²²⁹ De Politiewet 1993 is de Wet van 9 december 1993, Stb. 724. Artikel 2 is een kernbepaling van die wet, zie Michiels, Naeyé, Blomberg & Boek 1997, p. 37. De hulpverleningstaak dient aldus te worden opgevat dat ‘ieder die werkelijk hulp behoeft in eerste en laatste instantie een beroep op de politie kan doen, indien en zolang andere hulpverle-

Dit artikel was voorheen artikel 28 Politiewet 1957 en is ongewijzigd overgenomen. De algemene wettelijke omschrijving van de politietaak luidt dus ‘de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen die deze behoeven’. In het licht van de omschrijving van rechtsorde door Boek zoals die in de vorige paragraaf is aangehaald, zou de politietaak voor wat betreft het eerste deel in essentie neer komen op handhaving van de in die rechtsorde van groot belang zijnde individuele vrijheden en persoonlijke integriteit. Onder de politietaak kan aldus mede worden verstaan de daadwerkelijke handhaving van fundamentele rechten. Een klacht als in de *Osman-case* dat de politie eerder had moeten ingrijpen om fundamentele rechten van slachtoffers/betrokkenen te beschermen is in die context gezien een legitieme klacht. Zo gezien vervult de politie een spilfunctie in het kader van de veiligheid.

Maar volgt uit of past deze omschrijving ook bij de wetgeving zelf? Bij de totstandkoming van de Politiewet 1957 heeft de formulering geen aanleiding gegeven tot uitgebreide bespiegelingen. Voor de – op zich – zeer algemene omschrijving gold, onder verwijzing naar de commissie-Langemeijer, dat ‘de functie der politieorganen is gebonden aan de beperking, dat alle uitoefening moet liggen binnen de sfeer van het handhaven en doen naleven van de eisen van de rechtsorde, zoals deze door alle administratie, die de beschikking heeft over de politie, moet worden geëerbiedigd’.²³⁰ Ook hier staat dus (naleving van) de rechtsorde centraal. Een wettelijke grondslag voor de bevoegdheid en een nadere omschrijving daarvan werd niet nodig geacht:

‘Uit de bewoordingen van de taakomschrijving volgt reeds, dat de politie bij de keuze van de middelen, waarmede zij haar taak vervult, gebonden is aan het geldende recht, hetwelk krachtens eens algemeen erkende ongeschreven regel, medebrengt, dat zij geen gebruik maakt van onnodig harde middelen of van middelen, die niet in juiste verhouding staan tot de ernst van de onrechtmatige toestand, die moet worden voorkomen of ongedaan gemaakt.

De ondergetekenden zijn van oordeel, dat het achterwege laten een nadere regeling van de bevoegdheden van de politie ook niet in strijd is met de beginselen van de rechtstaat, omdat de rechtmatigheid van het optreden der politie in laatste instantie ter beoordeling staat van de onafhankelijke rechter. Volgens de jurisprudentie is de politie slechts bevoegd om te handelen als orgaan

ningsfaciliteiten ontbreken’, TK 1992-1993, 22 562, nr. 10, p. 47, eerder waren al voorbeelden gegeven zoals het waarschuwen voor dreigende calamiteiten en het oplossen van noodsituaties waarin mens of dier zich bevinden, TK 1985-1986, 19 535, nr. 3. p. 6, hier wordt in dit onderzoek niet verder op ingegaan.

²³⁰ *Kamerstukken II 1956/57* (Handelingen), p. 2466, de commissie-Langemeijer was in 1948 ingesteld en had in 1949 het rapport ‘Verslag van de commissie ter bestudering van het politievraagstuk’ uitgebracht.

van de rechtsorde en komt aan de politie geen zelfstandige onbepaalde bevoegdheid toe, gelijk onder de werking van de Code Pénal voor haar werd gevindiceerd.²³¹

De wetsgeschiedenis biedt weliswaar geen expliciete omschrijving van de politietaak als de daadwerkelijke handhaving van fundamentele rechten maar verbindt die taak wel met de rechtsorde en het geldende recht, waarin die fundamentele rechten een prominente plaats innemen. Voorts wordt de politietaak expliciet beperkt door de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. De rechter neemt bij de beoordeling een sleutelpositie in; hij beoordeelt uiteindelijk de rechtmatigheid van het optreden.

De kritiek die op deze bevoegdheid ontstond, richtte zich dan ook op de jurisprudentie van de Hoge Raad. In de kern hield de kritiek in dat artikel 28 te onbepaald was om er bepaalde bevelen en/of opsporingsmethoden op te baseren.²³² De gebondenheid aan gezag en recht liet het soort bevoegdheden waarmee de politie die taak kan uitoefenen nog volledig open. De rechtspraak moest in voorkomende gevallen uitleg geven aan die taak en dat lokte scherpe kritiek uit. Dit is voor de wetgever echter geen aanleiding geweest het artikel in de latere politiewet aan te passen. Integendeel, uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever nadrukkelijk voor handhaving van de taakomschrijving heeft gekozen en deze optisch gezien een prominentere positie heeft gegeven door deze in artikel 2 op te nemen.²³³ Met de uitgeoefende kritiek op de taakomschrijving uit artikel 2 (artikel 28 oud) wordt in de wetsgeschiedenis dan ook korte metten gemaakt:

‘Dit artikel, dat de politietaak omschrijft, is letterlijk overgenomen uit artikel 28 van de bestaande Politiewet. Welke kritiek bij het ontstaan van dit artikel daarover ook moge zijn geuit, het heeft, zijn waarde en betekenis, ook naar de politie toe, in de afgelopen 35 jaar afdoende bewezen. De mening dat de Hoge Raad – wij citeren nu prof. mr. H.Ph.J.A.M. Hennekens in de gemeentestem van 22 mei 1992 – “aan deze bepaling een uitleg (heeft) gegeven, die de rechtsstaat op haar (bedoeld zal zijn: zijn) grondvesten doet trillen”, laten wij graag voor rekening van de schrijver. De kracht van dit voorschrift ligt hierin, dat het in weinig woorden het wezen van de politietaak omschrijft, normerend is voor het politieoptreden, duidelijk aangeeft welke beperkingen aan de politietaak zijn gesteld maar tevens rekening houdt met de soms onvoorzienbare – situaties, waarin politieoptreden geboden is. Hoe, zoals prof. Hennekens betoogt, dit artikel aan iedere politie-ambtenaar impliciet “een kaartje voor een “rechtsvrije” staat” aanbiedt, ontgaat ons volkomen. Dit miskent

²³¹ *Kamerstukken II* 1953/54, 3525, nr. 3, p. 13.

²³² Hennekens 1984 en Boek 2005, p. 1883.

²³³ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 562, nr. 3, p. 35.

immers de door ons al gesignaleerde beperkingen die in het artikel duidelijk aan de uitoefening van de politietaak zijn gesteld, te weten de ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en overeenstemming met de geldende rechtsregels. Is aan die twee voorwaarden niet voldaan, dan moet de taakuitoefening van de politie niet moeilijker worden gemaakt dan deze al is. Op elke wettelijke taakomschrijving van de politie zal wel iets aan te merken zijn. Elke verfijning of aanvulling van die taakomschrijving, zoals bijvoorbeeld door prof. mr. T.M. Schalken gesuggereerd in het Nederlands Juristenblad 1990, p. 805-811, zal alleen maar tot nieuwe interpretatieproblemen aanleiding geven. De huidige, die in de praktijk is beproefd en door de Hoge Raad gewogen, zouden wij niet licht missen.’²³⁴

De opvatting dat een algemene omschrijving van de politietaak een aantasting van de rechtsstaat inhoudt, is in de wetsgeschiedenis nadrukkelijk verworpen. De bevoegdheid van de politie op basis van artikel 2 Politiewet 1993 moet aldus worden gezien als ondergeschikt aan het bevoegd gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels. Dat laat toch nog steeds de vraag onbeantwoord naar de ruimte die de bevoegdheid de politie biedt en de grens die is gesteld aan het daadwerkelijk handhaven van de rechtsorde. Die zal toch overeenkomen met de ruimte en afbakening die de geldende rechtsregels bieden. Hoe de Hoge Raad die taakomschrijving nader heeft ingevuld, komt later aan de orde. Eerst volgt een nadere uitwerking van die taak in de wet. De artikelen 12 en 13 Politiewet 1993 maken onder meer duidelijk wie of wat onder het bevoegd gezag moet worden verstaan.

3.2 Artikelen 12 en 13 Politiewet 1993

De artikelen luiden:

Artikel 12

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.

Artikel 13

1. Indien de politie optreedt ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, dan wel taken verricht ten dienste van justitie, staat zij, tenzij in enige wet anders is bepaald, onder gezag van de officier van justitie.

²³⁴ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 562, nr. 10, p. 47. Zie ook Boek 2005, p. 1883, die spreekt van ongewoon scherpe bewoordingen waarin afstand wordt genomen van de rechtsgeleerde kritiek.

2. De officier van justitie kan de betrokken ambtenaren van politie de nodige aanwijzingen geven voor de vervulling van de in het eerste lid bedoelde taken.

De politietaak uit artikel 2 Politiewet 1993 van daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde valt uiteen in handhaving van de openbare orde en strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. De hulpverleningstaak is verbonden met de handhaving van de openbare orde en valt onder het gezag van de burgemeester. De strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en taken ten dienste van de justitie vallen onder het gezag van de officier van justitie. De laatstgenoemde taken zijn nader uitgewerkt in artikel 1 lid 1 sub g Politiewet 1993 en blijven hier verder buiten beschouwing.²³⁵

Het onderscheid tussen handhaving van de openbare orde en strafrechtelijk handhaving van de rechtsorde is in 1988 expliciet in de Politiewet opgenomen.²³⁶ Voor handhaving van de openbare orde is aangesloten bij de Gemeentewet. Ingevolge die wet is de burgemeester belast met de handhaving van de openbare orde. Dat wil zeggen ‘de zorg voor de naleving van regels, bij niet naleving waarvan de orde en rust in het openbare leven wordt verstoord’, en ook ‘de handhaving van de openbare orde omvat zowel de daadwerkelijke voorkoming en beëindiging van zich concreet voordoende of dreigende verstoringen van de openbare orde als de algemene, bestuurlijke, voorkoming van strafbare feiten die invloed hebben op de orde en rust in de gemeentelijke samenleving’.²³⁷ Bij de daadwerkelijke voorkoming van zich concreet voordoende of dreigende verstoringen kan men denken aan ongeregelde heden die (naar verwachting gaan) plaatsvinden bij demonstraties, voetbalwedstrijden of andere evenementen. De burgemeester heeft daar ook een preventieve taak die hij uitoefent wanneer hij een demonstratie of voetbalwedstrijd verbiedt. Wanneer het bij dergelijke gebeurtenissen tot een verstoring van de openbare orde komt, kan daarbij sprake zijn overtreding van het strafrecht. De politietaak onder gezag van de burgemeester zal derhalve niet altijd even duidelijk te onderscheiden zijn van die onder gezag van de officier van justitie. De wetgever heeft niet beoogd hier een duidelijk onderscheid in aan te brengen. Integendeel, onder verantwoordelijk-

²³⁵ Zie hierover Elzinga, Van Rest & De Valk 1995, p. 36-37.

²³⁶ Daarvoor was sprake van handhaving van de openbare orde en de opsporing van strafbare feiten, zie artikelen 35 en 36 Politiewet 1957. Zie overigens het – ingetrokken – wetsvoorstel betreffende vaststelling van een nieuwe Politiewet, TK 1980-1981, 16 812, nr. 3, p. 6, waar de omschrijving van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde is opgenomen die hierna nog aan de orde komt.

²³⁷ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 562, nr. 3, p. 7-8. Zie hoofdstuk XI Gemeentewet en in het bijzonder artikel 172. Zie ook de parlementaire behandeling van de Gemeentewet, met name *Kamerstukken II* 19 403, nrs 10 en 16, over de reikwijdte van het begrip handhaving van de openbare orde.

heid van de burgemeester valt dus eveneens 'de algemene, bestuurlijke preventie van criminaliteit'.²³⁸ Daarmee wordt de bestuurlijke handhaving (deels) zeer nauw verbonden met de strafrechtelijke. Het in artikel 14 Politiewet 1993 neergelegde driehoeksoverleg tussen officier van justitie, burgemeester en korpschef, is vanuit dat oogpunt bezien dan ook verre van overbodig.

In 1988 is de opsporing van strafbare feiten gewijzigd in de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Dit laatste omvat:

'de daadwerkelijke voorkoming, de opsporing, de beëindiging, de vervolging en berechting van strafbare feiten, alsmede de tenuitvoerlegging van beslissingen van de rechter of het Openbaar Ministerie in strafzaken.'²³⁹

Het zal duidelijk zijn dat voor dit onderzoek met name de daadwerkelijke voorkoming van strafbare feiten van belang is. Wat moet daar nu onder worden verstaan? Volgens de parlementaire stukken was dit onderdeel van de taakstelling aanleiding tot veel discussie waarin ook het Openbaar Ministerie werd betrokken. Dat kreeg door een aantal politieke fracties met name een repressieve taak toegedicht en met deze omschrijving werd deze uitgebreid met een preventieve taak.²⁴⁰ De gedachte was dat het Openbaar Ministerie ingevolge het Wetboek van Strafvordering belast was met de opsporing van strafbare feiten en dat daar niet van moest worden afgeweken. Hier werd tegenover gesteld dat beperking van de taak van het OM tot de opsporing van strafbare feiten en de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen achterhaald zou zijn. De invoering in 1921 zag dan wel op een repressieve taakstelling voor het Openbaar Ministerie; dit veranderde onder invloed van onder meer ontwikkelingen als een positieve

²³⁸ *Kamerstukken II* 1989/90, 19 403, nr. 16, p. 38 (ontleend aan het hiervoor reeds genoemde ingetrokken wetsvoorstel 16 812). De rol van het bestuur is niet beperkt tot het weigeren van vergunningen, stadsinrichting e.d. Als het gaat om preventie en bestrijding van criminaliteit kan worden gewezen op de sluiting van drugspanden en de zogenoemde bestuurlijke ophouding (zie de artikelen 154a en 176a Gemeentewet). In de veiligheidsrapportages die sinds de jaren 90 zijn verschenen, ligt de nadruk op een geïntegreerde benadering waarbij crimineel gedrag niet alleen de verantwoordelijkheid van Justitie is maar bestuur en burgers op verschillende manieren moeten bijdragen aan de veiligheid van de leefomgeving en op die manier als het ware Justitie bijstaan in de bestrijding van criminaliteit, zie hiervoor de Integrale veiligheidsrapportages (IVR) zoals die sinds 1993 zijn verschenen via het Ministerie van Binnenlandse Zaken maar waarbij tevens de ministeries van Justitie, Sociale Zaken en Werkgelegenheid, Verkeer en Waterstaat en VROM waren betrokken).

²³⁹ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 562, nr. 3, p. 8, zie ook TK 1987-1988, 19 535, nr. 5, p. 29.

²⁴⁰ *Kamerstukken II* 1986/87, 19 535, nr. 4, p. 29-31, let op het gaat hier dus om het gezag van het OM over de politietaak voor zover de politie optreedt ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde; het OM zelf is op basis van artikel 124 RO eveneens belast met de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.

toepassing van het opportuniteitsbeginsel en de uitbreiding van de opsporingsmethoden waardoor de politie bekend raakte met op handen zijnde criminaliteit, wat weer tot overleg met het Openbaar Ministerie noopte. De omschrijving 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde' zou dan ook meer recht doen aan en beter passen bij de bestaande praktijk waarin vooraf aan de politie aanwijzingen werden verstrekt aan de opsporing van welke delicten prioriteit moest worden gegeven. Het af luisteren van telefoongesprekken werd wettelijk mogelijk gemaakt en er werd gebruik gemaakt van infiltranten en observatieteams. De waarneming van criminaliteit door de politie beperkte zich aldus niet meer tot die welke zich publiekelijk manifesteerde maar de politie raakte bekend met voorgenomen strafbare feiten. In deze benadering wordt het strafrechtelijke apparaat gestuurd op grond van (uitgezet) beleid en wordt de Minister van Justitie daarop aangesproken door het parlement.²⁴¹ Hoewel de kritiek, zowel binnen als buiten het parlement, daarmee niet was weggenomen, is de omschrijving in 1988 in de Politiewet opgenomen en later zonder veel discussie overgenomen in de Politiewet 1993. Daarmee is de politietaak onder strafrechtelijk gezag zoals die uit de Politiewet volgt ruimer dan die uit het Wetboek van Strafvordering.²⁴²

Waar de grenzen van die taak liggen kan in eerste instantie worden gezien in de verhouding tot de politietaak onder bestuurlijk gezag. Staat bij de strafrechtelijke preventieve taak daadwerkelijke voorkoming van strafbare feiten centraal, de bestuurlijke preventieve taak zal een sterk beleidsmatig karakter hebben en bestaan uit het ontwikkelen en uitvoeren van een op de lokale problematiek toegesneden bestuurlijk handavingsbeleid dat mede is gericht op het voorkomen van criminaliteit.²⁴³ Van strafrechtelijke preventie zal dan sprake zijn bij een vermoeden van voorbereiding van een strafbaar feit in een concreet geval. Wanneer dat vermoeden een meer algemeen of breed karakter heeft, komt de preventie wellicht dichter in de buurt te liggen van de bestuurlijke taak. Daarbij zal het driehoeksoverleg een belangrijke rol spelen; een precieze afbakening tussen de strafrechtelijke en bestuurlijke preventie taak lijkt niet goed mogelijk, zeker niet op voorhand. Dat heeft de wetgever ook niet beoogd:

'Wij zijn (...) van mening dat de voorkoming van veel voorkomende criminaliteit in beginsel een aangelegenheid is die niet uitsluitend onder het gezag van het Openbaar Ministerie valt. Hier is sprake van een gedeelde verantwoordelijkheid voor een geïntegreerd criminaliteitsbeleid (preventief en repressief)

²⁴¹ *Kamerstukken II 1987/88*, 19 535, nr. 5, p. 31.

²⁴² Het Wetboek van Strafvordering spreekt immers van opsporing van strafbare feiten en belast de Officier van Justitie met de algemene leiding van het opsporingsonderzoek, zie artikel 141 Sv en artikel 148 Sv.

²⁴³ *Kamerstukken II 1987/88*, 19 535, nr. 5, p. 30.

met het bestuur, met name de burgemeester in het kader van het driehoeks-overleg.²⁴⁴

Hoewel een precieze afbakening dus niet valt te maken, moet toch worden opgemerkt dat er in bestuurlijk en strafrechtelijk opzicht een verschil bestaat in toegekende bevoegdheden en het daarbij behorende instrumentarium. De bestuurlijke taak ziet met name op maatregelen die betrekking hebben op de inrichting van en omgang met de openbare ruimte in brede zin en het bereiken en handhaven van een bepaalde orde en rust.²⁴⁵ Daartoe behoort in beginsel niet – op enig moment – de inzet van opsporingsmethoden en/of dwangmiddelen, hoewel recente ontwikkelingen in het bestuursrecht zoals bijvoorbeeld de bestuurlijke ophouding een en ander toch in een ander licht plaatst.²⁴⁶ Maar dergelijke ontwikkelingen brengen nog niet met zich dat reeds daarom strafrecht en bestuursrecht op dit punt samen gevoegd en als één bestudeerd kunnen worden. De principiële verschillen zijn daarmee immers niet zomaar verdwenen. In het strafrecht staat onder meer de straf centraal. Die straf is niet gericht op het herstel van onrecht. Een bestuursrechtelijke sanctie daarentegen zal in beginsel niet gericht zijn op het toevoegen van leed. Dat er een overeenkomst bestaat in het kader van preventief optreden betekent nog niet dat er zomaar een vergelijking gemaakt kan worden.²⁴⁷ In het onderzoeksproject “Strafvordering 2001” is terecht aangegeven dat de principiële verschillen tussen beide rechtsgebieden zijn afgenomen en dat er door de etiketten heen naar de inhoud moet worden gekeken. Maar het stellen van algemene regels zal alleen mogelijk zijn op basis van een theorie die de traditionele grenzen van strafrecht en bestuursrecht overstijgt.²⁴⁸ In dit onderzoek is nu juist gekozen voor een meer klassieke theoretische opzet waarin rekening wordt gehouden met de traditionele grenzen van de rechtsgebieden. Juist om bloot te kunnen leggen welke mogelijkheden daar -in dit geval het strafrecht- zijn blijven liggen. Het bestuursrecht dient in dit onderzoek dan ook vooral om waar nodig een wat bredere context te schetsen van een bepaald onderzoeksresultaat.

²⁴⁴ *Kamerstukken II* 1987/88, 19 535, nr. 5, p. 29.

²⁴⁵ Door middel van het integraal veiligheidsbeleid wordt beoogd het publieke leven te sturen waarbij overheid, maatschappelijke organisaties, bedrijfsleven en burgers zijn betrokken. Ook de politie speelt daarbij een rol. Vanaf 1993 zijn verschillende integrale veiligheidsrapportages verschenen. Voor een overzicht van verschillende thema's en participanten, een omschrijving van veiligheid en een beeld van het beleid en de rol daarin, zie bijvoorbeeld de Integrale Veiligheidsrapportage 2000, *Kamerstukken II* 1998-1999, 26 604, nr. 1, p. 6-9.

²⁴⁶ Zie Kooijmans en Mevis 1999 (I en II).

²⁴⁷ Ook zo Corstens 2005, p. 2.

²⁴⁸ Zie Groenhuijsen en Knigge 2001, p. 24 e.v.

De inzet van opsporingsmethoden en dwangmiddelen behoort dus tot de strafrechtelijke kant van de uitvoering van de politietaak. Ook wanneer een situatie in eerste instantie valt onder de bestuurlijke preventieve politietaak, kan deze zich in strafrechtelijke richting ontwikkelen en kunnen opsporing en/of de inzet van dwangmiddelen aan de orde komen. Zodra het optreden van de politie op enige wijze is gericht op (het voorkomen van) strafbare feiten, moet een dergelijke situatie als een strafrechtelijk optreden worden aangemerkt. De vraag is dan wanneer de politie welke middelen mag inzetten ter voorkoming van strafbare feiten en met name in welke gevallen de Politiewet daar een toereikende basis voor biedt terwijl tegelijkertijd nog niet is voldaan aan de vereisten die de strafvordering daaraan stelt.

In de Politiewet 1993 ontbreekt niet alleen een omschrijving van de algemene politietaak, ook het daadwerkelijk voorkomen van strafbare feiten is niet nader omschreven. In het laatst aangehaalde citaat verwijst de wetgever naar veelvoorkomende criminaliteit waarbij een geïntegreerde – ook preventieve – aanpak wordt nagestreefd. Daarmee is nog niet duidelijk welke criminaliteit het betreft en hoe daartegen mag of moet worden opgetreden. In de toelichting heeft de wetgever meer situaties of voorbeelden genoemd waaruit is af te leiden wat de globale inhoud is en waar de grenzen liggen van strafrechtelijke preventie op basis van de Politiewet 1993. Een nadere analyse van de wetsgeschiedenis biedt zodoende een eerste stap naar een kader waarin is neergelegd op welke wijze en onder welke omstandigheden in een zo vroeg mogelijk stadium de autoriteiten tegen burgers kunnen optreden.

3.3 Het wettelijk kader: de wetsgeschiedenis nader bezien

De omschrijving van strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde zoals die hiervoor is weergegeven, maakte reeds deel uit van het ingetrokken wetsvoorstel 16 812 dat een nieuwe Politiewet bevatte.²⁴⁹ In de toelichting bij dit voorstel is expliciet ingegaan op wat verstaan moest worden onder de daadwerkelijke voorkoming van strafbare feiten. Bij latere wijzigingen van de politiewet wordt steeds verwezen naar de omschrijving in dit wetsvoorstel. Vandaar dat hier niet kan worden volstaan met een enkele verwijzing naar dat voorstel. De omschrijving van de daadwerkelijke voorkoming van strafbare feiten luidt volgens dat voorstel:

“Belangrijkste onderdeel van de taak van de politie ten dienste van de justitie is de opsporing en vervolging van strafbare feiten; ze omvat echter meer dan dat. Ook de daadwerkelijke voorkoming van strafbare feiten, alsmede hun beëindiging, vormen een onderdeel van de

²⁴⁹ Zie artikel 1 van het wetsvoorstel.

strafrechtelijke rechtshandhaving. Bij de daadwerkelijke voorkoming van strafbare feiten – een begrip dat enger is dan de in artikel 46, tweede lid, gehanteerde term voorkoming (zonder meer) van strafbare feiten – kan onderscheid worden gemaakt tussen preventief optreden dat situatie- of persoonsgericht is. In het eerste geval – dat van de situatiegerichte aanpak – is er sprake van optreden tegen – of anticiperen op – bepaalde verontrustende criminaliteitsverschijnselen, bij voorbeeld straat- of caféterreur, stelselmatige vernielingen, bankovervallen, inbrakenreeksen in bepaalde wijken enz. – zonder dat er nog sprake behoeft te zijn van een gericht optreden tegen bepaalde individualiseerbare personen. Het behoort dan tot de taak van het openbaar ministerie maatregelen tegen dergelijke criminele activiteiten te overwegen om het plegen, de herhaling of de uitbreiding ervan te voorkomen (zo’n maatregel kan bij voorbeeld zijn een verhoogde politiesurveillance). Daarnaast kan worden gedacht aan het daadwerkelijk voorkomen van strafbare feiten door een meer persoonsgerichte benadering, waarbij over bepaalde personen die zich in een criminele sfeer ophouden, en van wie wordt verwacht dat zij zich alleen of in samenwerking met anderen aan ernstige strafbare feiten zullen schuldig maken, inlichtingen worden verzameld, dezen worden geschaduwd etc. Ook met deze preventieve maatregelen heeft het openbaar ministerie, als onderdeel van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, bemoeienis.”²⁵⁰

Deze omschrijving maakt een onderscheid tussen twee gevallen waarin strafrechtelijk preventief optreden aan de orde is. Ten eerste wanneer er sprake is van bepaalde verschijnselen. Deze verschijnselen zijn verontrustend en laten zich typeren door een bepaalde mate van stelselmatigheid. Wanneer café- of straatterreur zich bijvoorbeeld slechts incidenteel voordoet op wisselende locaties zal het niet goed mogelijk zijn daarop te anticiperen. Pas wanneer dergelijke situaties zich niet meer als (onverwacht) incident voordoen maar zich herhalen, kan een preventieve strategie worden bedacht en uitgevoerd. Veel voorbeelden van strafbare feiten in deze categorie worden niet gegeven. Bij café- of straatterreur moeten we zelf bedenken wat de strafbare feiten kunnen zijn terwijl verder vernieling, bankoverval en inbraak worden genoemd. Als enig concreet middel wordt een verhoogde politiesurveillance genoemd. Ten tweede is preventief strafrechtelijk optreden aan de orde wanneer er sprake is van de verwachting dat bepaalde personen zich schuldig zullen maken aan ernstige strafbare feiten. In dit geval zijn geen voorbeelden gegeven maar zijn de strafbare feiten naar zwaarte aangeduid. Het optreden geldt dus niet voor situaties waarin men verwacht dat bepaalde personen zich alleen of met anderen schuldig zullen maken

²⁵⁰ *Kamerstukken II* 1980/81, 16812, nr. 3, p. 33-34.

aan een klein of licht strafrechtelijk vergrijp. De concrete middelen die hier in ieder geval van toepassing zijn, zijn het inwinnen van inlichtingen of schaduwen.

Uit het voorgaande leid ik het volgende af. Preventief politie-optreden tegen lichte, of in ieder geval niet ernstige strafbare feiten is in beginsel niet mogelijk door middel van een persoonsgerichte benadering. In het licht van de *Osman-case* houdt deze conclusie in dat men niet kan klagen over autoriteiten die geen maatregelen hebben genomen tegen een individuele dader van wie men weliswaar strafbare maar slechts lichte vergrijpen verwachtte. Wanneer de familie Osman van Paget-Lewis slechts de verwachting had dat hij kleine vernielingen zou gaan aanrichten, zou naar deze omschrijving voor een dergelijk geval in Nederland de Politiewet geen basis bieden voor preventief politieoptreden. Tegen dergelijke strafbare feiten kan eerst dan preventief worden opgetreden wanneer deze feiten onderdeel uitmaken van een bepaald verschijnsel dat zich bij herhaling voordoet. Preventief politie-optreden tegen ernstige strafbare feiten kan eveneens wanneer sprake is van een bepaald verschijnsel dat zich bij herhaling voordoet maar ook, anders dan bij niet ernstige feiten, tegen een persoon die zich ophoudt in de criminele sfeer en een bepaalde verwachting wekt. Vertaald naar de casus uit de *Osman-case* houdt het laatste in dat wanneer de dreiging van Paget-Lewis jegens de familie Osman bestaat uit ernstige strafbare feiten, preventief strafrechtelijk optreden mogelijk is wanneer Paget-Lewis zich ophoudt in een criminele sfeer. Ten aanzien van de criminele sfeer is niet aangegeven of daarmee uitsluitend wordt gedoeld op een crimineel milieu waar men op dat moment deel van uitmaakt of dat het plegen van eerdere strafbare feiten door, of de verdenking daarvan jegens, die persoon reeds voldoende is. Middelen die verder gaan dan – de al dan niet verhoogde – surveillance lijken in beginsel alleen in te kunnen worden ingezet in het laatste, tweede, genoemde geval.

Hoewel enkele concrete voorbeelden zijn gegeven, levert de omschrijving toch nog te weinig op en laat deze nog veel vragen onbeantwoord. Wat is bijvoorbeeld het moment waarop de politie daadwerkelijk (gericht) aandacht aan iemand gaat besteden? En hoe concreet moet de verwachting zijn en aan welke (ernstige) criminaliteit moeten we denken? Uiteraard zal een en ander afhangen van de situatie en van geval tot geval verschillen maar een wat meer gedetailleerde normering in deze is wel wenselijk. Enkele jaren later heeft de wetgever de preventieve taak in het kader van de wijziging van artikel 36 (oud) Politiewet als volgt omschreven:

“De justitiële taakuitoefening van de politie met betrekking tot mogelijke toekomstige strafbare feiten wordt onder meer zichtbaar aan het optreden naar aanleiding van informatie over een op handen zijnde overval of het verzamelen van inlichting over zware criminelen. Dergelijk optreden kan het daadwerkelijk plegen van voorgenomen strafbare feiten voorkomen, of, indien zij

reeds zijn aangevangen, er toe leiden dat de strafbare situatie wordt beëindigd of de daders op heterdaad betrapt. De politie voert zulke taken vanouds uit onder de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie.”²⁵¹

En later als volgt:

“Daar waar het bij voorbeeld gaat om een meer persoonsgerichte benadering waarbij de politie over bepaalde personen die zich in de criminele sfeer ophouden, inlichtingen verzamelt, behoort dit optreden tot de preventieve maatregelen die vallen onder de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en daarmee onder het gezag van het openbaar ministerie. Verder behoort de beantwoording van de vraag of, indien de politie kennis draagt van het voornemen tot een ernstig delict, het plegen ervan moet worden voorkomen dan wel een begin van uitvoering moet worden toegelaten teneinde de daders te kunnen vatten teneinde deze strafrechtelijk aansprakelijk te kunnen stellen, tot de taak van de officier van justitie. (...)

De officier van justitie heeft tot taak in concrete situaties waarin criminaliteit desondanks voorkomt of zich op korte termijn dreigt voor te gaan doen, vanuit zijn verantwoordelijkheid voor de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, met de hem ter beschikking staande middelen maatregelen te nemen teneinde deze dreiging af te wenden. (...)

Het zou in onze ogen onjuist zijn de taak van de officier van justitie te beperken tot een slechts afwachten tot een strafbaar feit plaatsvindt. Daar waar het in concrete situaties gaat om bijvoorbeeld de vraag of moet worden ingegrepen op grond van langs justitiële weg verkregen informatie (infiltratie, afluisteren telefoongesprekken) dan wel moet worden afgezien van daadwerkelijke voorkoming (bijvoorbeeld teneinde de daders te kunnen vatten) is het praktisch dat de officier van justitie beslist.”²⁵²

Uit het eerste citaat volgt dat de informatiepositie van de politie in deze fase van belang is. Uit de eerste zin leid ik af dat het kennelijk kan gaan om informatie die aan de politie is verstrekt alsook om inlichtingen die door de politie zelf worden verzameld. Deze informatie is in ieder geval gerelateerd aan mogelijke toekomstige strafbare feiten. Als voorbeeld wordt het plegen van een overval genoemd. Uit het tweede citaat blijkt vervolgens dat het om het plegen van een ernstig delict moet gaan. Dit wordt niet nader toegelicht. Ook hier blijft onduidelijk welke maatstaf hier geldt om ernstige delicten aan te duiden. Betreft het bijvoorbeeld de misdrijven en niet de overtredingen uit het Wetboek van Strafrecht? Of valt slechts een deel van de misdrijven hieronder en gaat het om misdrijven als omschreven in artikel 67 Wetboek van Strafrecht? De wetgever heeft

²⁵¹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19535, nr. 3, p. 6.

²⁵² *Kamerstukken II* 1987/88, 19535, nr. 5, p. 29-30.

daarover nog steeds geen duidelijkheid verschaft. Verder is van belang dat de wetgever er op wijst welke afwegingen in concrete situaties aan de orde kunnen zijn. Daarbij benadrukt hij het preventieve aspect maar ook dat het voorstelbaar is dat juist wordt afgezien van preventie om de daders te kunnen betrappen. Dit laatste raakt aan verschillende belangen. Zo zal daarbij een rol spelen wat de gevolgen zijn van het afzien van preventie. Zijn er slachtoffers te verwachten of andere (aanzienlijke) schade? Preventie zou die gevolgen nu juist moeten voorkomen. Ten aanzien van de positie van een mogelijke dader is de inschatting dat iemand daadwerkelijk zal overgaan tot het plegen van een strafbaar feit van cruciaal belang. Het is er immers om begonnen dat te voorkomen. Verderop in dit onderzoek komt nog aan de orde welke rol die inschatting speelt. Vooralsnog heeft de wetgever in deze latere toelichting niet meer duidelijkheid gegeven omtrent het voorkomen van strafbare feiten. Er lijkt dan ook sprake van een soort terugtrekkende beweging ten opzichte van de toelichting bij het eerder ingetrokken wetsvoorstel nu uit deze stukken niet meer kan worden afgeleid dan dat de politie optreedt op basis van verkregen of ingewonnen informatie over mogelijke toekomstige strafbare feiten die ernstige delicten betreffen en waarbij de officier van justitie moet beslissen in een concrete situatie.

Deze betekenis is vervolgens overgenomen in de huidige Politiewet:

“Het begrip «strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde» is ontleend aan de bestaande Politiewet, zoals deze bij de wet van 14 december 1988, Stb. 576, gewijzigd werd. Waar dus nog zeer onlangs dit begrip na een uitvoerige discussie in de politiewetgeving werd geïntroduceerd, lijkt het doelmatig daarbij aan te sluiten. Het omvat de daadwerkelijke voorkoming, de opsporing, de beëindiging, de vervolging en berechting van strafbare feiten, alsmede de tenuitvoerlegging van beslissingen van de rechter of het openbaar ministerie in strafzaken (zie ook artikel 1 van het wetsvoorstel voor een provinciale politie, Kamerstukken II 1980/81, 16 812, nr. 2). Hierbij zij aangetekend, dat deze nadere begripsbepalingen aldus moeten worden verstaan, dat het openbaar ministerie verantwoordelijk is voor de preventie van strafbare feiten die op daders is gericht (bijv. de aanpak van bepaalde risico-groepen, zoals drugsverslaafden, waarvan de leden zich veelal aan ernstige vormen van criminaliteit schuldig maken).”²⁵³

De wetgever heeft hier expliciet het gezag van het openbaar ministerie over de politietask aan de orde gesteld en de incorporatie daarvan in de Politiewet opnieuw bevestigd. Alleen levert hetgeen de wetgever daarover zegt in het licht van het voorgaande geen duidelijkheid op. Het openbaar ministerie is verantwoordelijk voor de preventie van strafbare feiten die op daders is gericht. Is dat de-

²⁵³ *Kamerstukken II* 1991/92, 22 562, nr. 3, p. 8.

zelfde als de persoonsgerichte preventie die hiervoor aan de orde was? Ter illustratie wordt gewezen op de aanpak van bepaalde groepen maar een meer gedetailleerde invulling van die taak ontbreekt ook hier. In het vervolg van de parlementaire stukken is die ook niet te vinden. Het lijkt hier voornamelijk te gaan om personen die al eerder een strafbaar feit hebben gepleegd; er wordt immers gesproken van daders en niet van mogelijke verdachten. Het laatste deel van de omschrijving wekt de suggestie dat het meer om het voorkomen van recidive gaat dan om preventie van (ernstige) strafbare feiten in het algemeen. Verder valt op dat het onderscheid tussen situatiegerichte en persoonsgerichte preventie hier niet meer wordt gemaakt. Afgaande op het voorbeeld van de aanpak van risico-groepen lijken die twee benaderingen echter nog steeds mogelijk. Het gegeven voorbeeld duidt immers op de aanpak van zowel een bepaalde situatie als van individualiseerbare personen. Met de term 'strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde' is volgens de wetgever niet zo veel aan de hand. Het lijkt hem niet zinvol de discussie over te doen die is gevoerd bij de eerdere introductie van die term die sindsdien vrij algemeen is aanvaard en nauwelijks, althans bij de voorbereiding van het wetsvoorstel, commentaar heeft uitgelokt.²⁵⁴

Dat laatste staat toch enigszins in schril contrast met de felle kritiek die is geuit op de omschrijving van de politietaak in artikel 2 Politiewet 1993 en of die houding de wetgever past komt aan het einde van dit onderzoek nog nader aan de orde. Zoals hiervoor al werd aangegeven, zou die omschrijving te onbepaald zijn en te veel ruimte laten voor invulling van die bevoegdheid in de praktijk. Hoewel uit de wetsgeschiedenis blijkt dat die bevoegdheid ook redelijk onbepaald is, heeft de wetgever die kritiek dus resoluut van de hand gewezen en zich verlaten op de jurisprudentie van de Hoge Raad. Want in de rechtspraak heeft de invulling van de bevoegdheid, met de weinige aanknopingspunten die de wetgever heeft gegeven, gestalte gekregen.

3.4 Het jurisprudentiële kader

Dat de politie een preventieve taak heeft is in de jurisprudentie reeds lang geleden bevestigd. In HR 11 maart 1929, NJ 1929, 895, was de vraag aan de orde of een politieagent bevoegd was een man van de openbare weg te verwijderen en tot aan zijn ontnuchtering in te sluiten. Advocaat-generaal van Lier was in zijn conclusie van mening dat het nieuwe Wetboek van Strafvordering geen wijziging bracht in eerdere jurisprudentie en dat onderscheid moest worden gemaakt tussen enerzijds Titel IV, eerste afdeling, van het Wetboek waarin aanhouding wordt verstaan enkel aanhouding ter voor geleiding (aan justitie) en anderzijds maatregelen van politiezorg. De politie had immers mede de zorg tot

²⁵⁴ *Kamerstukken II 1992/93, 22 562, nr. 10, p. 6.*

voorkoming van verstoring van de openbare orde en de openbare of bijzondere veiligheid. De Hoge Raad volgde die opvatting en heeft in het arrest overwogen:

‘dat toch de taak der politie omvat de verzekering van de openbare orde, veiligheid en rust;
dat tot deze preventieve taak behoort het verwijderen van een beschonken persoon van den openbaren weg, en dat een surveillerend politieagent op redelijke wijze van deze bevoegdheid gebruik maakt, door zoodanig persoon tijdelijk, tot hij ontnuchterd zal zijn, in bewaring te stellen’²⁵⁵

In het kader van de uitoefening van de algemene politiezorg was de politie dus bevoegd om vanuit het oogpunt van preventie dwingend op te treden. De omschrijving van de Hoge Raad als de verzekering van onder meer veiligheid sluit nauw aan bij de omschrijving van veiligheid die besloten ligt in de constituties en die in de eerste hoofdstukken van dit onderzoek aan de orde is geweest. Daarbij ging het om de verzekering of het veiligstellen in de zin van de daadwerkelijke bescherming van fundamentele rechten. Een expliciete afweging van het algemeen belang, in de zin van de openbare orde, veiligheid en rust, tegen het belang van het individu, de ingeslotene, komt in deze zaak nog niet aan de orde. Het is heden ten dage moeilijker voor te stellen dat in een dergelijke situatie geen beroep wordt gedaan op een, eventueel onderliggend, individueel vrijheidsrecht en dat de rechter de vrijheid van het individu en de bevoegdheid van de politie(agent) in het kader van het algemeen belang tegen elkaar afweegt. In casu werd door de verdediging de lijn gevolgd dat de politie uitsluitend tot aanhouding kan overgaan op grond van de voorschriften uit Wetboek van Strafvordering. Daarin is neergelegd in welke gevallen inbreuk mag worden gemaakt op de vrijheid van de burger. In zijn noot bij het arrest merkt Van Dijk op dat de politie bij de uitoefening van de algemene bevoegdheid tot handhaving der openbare orde gebruik moet maken van redelijke (evenredige) middelen. Daarnaast wijst hij op de reikwijdte van de bevoegdheid; er hoeft geen sprake te zijn van strafbare feiten die gepleegd worden of staan gepleegd te worden. De verzekering van openbare orde, veiligheid en rust is reeds genoeg. De man werd in dit geval niet aangehouden wegens openbare dronkenschap ex artikel 453 Wetboek van Strafrecht. In dat geval zouden de regels uit het Wetboek van Strafvordering

²⁵⁵ HR 11-03-1929, NJ 1929, p. 896, zie ook HR 22-06-1931, NJ 1932, 88 en HR 26-11-1957, NJ 158, 356 waaruit blijkt dat een verdachte in beginsel niet tot medewerking verplicht is tenzij uit zulk uit een wettelijke bepaling volgt (artikel 52 Sv strekt weliswaar tot staande houden maar niet tot een bevel of vordering krachtens artikel 184 Sr ook al verstoort iemand de rust en veiligheid). Zie ook recent HR 23-01-2007, LJN: AZ3880, rov. 3.8.3, waarin aan artikel 2 Politiewet geen rechtsplicht van de verdachte kan worden ontleend.

van toepassing zijn geweest. De zaak die uiteindelijk voor de strafrechter is gebracht betrof wederspanningheid. Bij en na zijn aanhouding, die dus op grond van de algemene politiebevoegdheid plaats had, heeft de man zich verzet en op grond van dat verzet is hij vervolgd. De bevoegdheid tot preventief optreden van de politie kan daarmee gekenschetst worden als zeer ruim; het hoeft niet te gaan om bescherming van fundamentele rechten van specifieke (groepen van) burgers. Wanneer dat wel het geval zou zijn, is de vraag aan de orde hoe de hiervoor beschreven afweging er uit komt te zien wanneer die een fundamenteel recht van een burger als slachtoffer tegenover een fundamenteel recht van een burger als potentiële dader betreft.

Na de inwerkingtreding van de Politiewet in 1957 is de algemene taakstelling van de politie die was neergelegd in artikel 28 van die wet aan de orde geweest in HR 24 oktober 1961, NJ 1962, 86 (Zeijense nachtbraker). Hoewel het in dit geval de handhaving van de openbare orde betrof, is het toch relevant om het arrest te bespreken aangezien het niet om grootschalige ordeverstoringen ging maar om de rechtmatigheid van het handelen van politieagent jegens een burger. Deze agent had om 01.30 uur 's nachts een man op straat getroffen die aan het schreeuwen en tieren was. Om de orde en rust te herstellen had de agent gevorderd dat de man onmiddellijk naar huis zou gaan. Toen deze door bleef gaan met razen en tieren heeft de agent hem beetgepakt om hem naar huis te begeleiden waarbij de man zich met geweld heeft verzet. In het arrest heeft de Hoge Raad omtrent artikel 28 Politiewet overwogen:

‘dat de politie krachtens artikel 28 Politiewet (wet van 4 juli 1957 S. 244) tot taak heeft „in ondergeschiktheid aan het bevoegd gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregelen te zorgen voor de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het verlenen van hulp aan hen, die deze behoeven”;

dat blijkens artikel 35 van diezelfde wet onder vorenbedoelde handhaving is begrepen de handhaving der openbare orde;

dat blijkens de bewezenverklaring de betrokken politie-ambtenaar de voormelde vordering heeft gedaan en het voormelde bevel heeft gegeven ter handhaving van de openbare orde;

dat dit optreden dus in het algemeen binnen den kring van zijn bevoegdheid lag;

dat de vraag, of het handelend optreden van een politie-ambtenaar rechtmatig is, nochtans mede hiervan afhangt, of het door de omstandigheden, waaronder het plaatsvindt, naar redelijk inzicht wordt vereist;’²⁵⁶

²⁵⁶ HR 24-10-1961, NJ 1962, 86, p. 332.

Wat bij het vorige arrest door de annotator werd opgemerkt, wordt hier expliciet door de Hoge Raad overwogen: de rechtmatigheid van het optreden van een politieagent hangt mede hiervan af of het door de omstandigheden naar redelijk inzicht wordt vereist. De proportionaliteit en subsidiariteit zijn aldus van belang. In deze zaak heeft de Hoge Raad overwogen dat de politieagent redelijkerwijs van oordeel kon zijn dat de enkele vordering om het schreeuwen en tieren te staken geen voldoende waarborg zou bieden dat de man niet elders op de openbare weg zou voortgaan met verstoring van de openbare orde. Daarmee wordt de bevoegdheid anders dan in 1929 het geval was, beperkt door vier factoren. De in de wettelijke omschrijving opgenomen factoren het bevoegde gezag en de geldende rechtsregels en de uit deze uitspraak voortvloeiende proportionaliteit en subsidiariteit.

In HR 22 februari 1977, NJ 1977, 288, ging het eveneens om handhaving van de openbare orde. Ter daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde nam een politieagent een vlaggenstok met daaraan een rode vlag in beslag die even tevoren door jongeren aan het Utrechtse stadhuis was vastgemaakt en door een andere politieagent vervolgens was losgemaakt. Het betrof hier geen inbeslagneming in de zin van het Wetboek van Strafvordering maar:

‘(...) de “inbeslagneming” van de vlaggestok met rode vlag, die volgens die telestelegging geschiedde ter uitvoering van artikel 28 Politiewet, niet was een inbeslagneming in de zin van de derde afdeling van de vierde titel van het eerste boek van het Wetboek van Strafvordering, maar een onder zich nemen ter daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde, als in voormeld artikel bedoeld (...),
de (...) inbeslagneming door een politieambtenaar die kennelijk optrad ter handhaving van de openbare orde – naar algemeen bekend een taak van de politie – (...) die politieambtenaar handelde ter uitvoering van een wettelijk voorschrift (...)’²⁵⁷

Van Veen merkt in zijn noot bij dit arrest op dat allerlei middelen ter handhaving van de openbare orde geoorloofd zijn. Welgeteld noemt hij er slechts twee: de aanhouding (uit het vorige arrest) en de inbeslagneming (uit dit arrest). Tevens benadrukt hij dat wanneer de politie krachtens de Politiewet de openbare orde handhaaft, zij handelt ter uitvoering van een wettelijk voorschrift. De combinatie van de stelling dat allerlei middelen zijn toegestaan met die dat het handelen betreft ter uitvoering van een wettelijk voorschrift, versterkt enigszins de indruk van de ruim omschreven bevoegdheid die de politie tal van mogelijkheden biedt zonder dat daar voldoende, nader omschreven en de vrijheid van de burger be-

²⁵⁷ HR 22-02-1977, NJ 1977, 288, p. 1007.

schermende, controle op is. Maar een indruk is nog geen concrete nadere invulling.

In een aantal latere arresten heeft de Hoge Raad de rechtmatigheid getoetst van het optreden van de politie in situaties waarin nog geen strafbaar feit was gepleegd en de politie, anders dan in de voorgaande zaken, optrad ter voorkoming van strafbare feiten (of zoals later geformuleerd de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde). In HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 564 was die vraag aan de orde naar aanleiding van een observatie voorafgaand aan een inbraak. Een politieagent zag op een nacht even voor 01.00 uur in een auto die voor een rood verkeerslicht stond een aantal zogenaamde ‘bekenden van de politie’. Enige tijd later zag deze agent de auto waarin de hiervoor bedoelde personen hadden gezeten, geparkeerd staan. Die auto is vervolgens door de politie in de gaten gehouden. Toen om 04.30 uur een drietal mannen kwam aangelopen, in de auto is gestapt en weggereden, is de politie de auto gevolgd. Om 04.35 uur vernamen zij via het berichtencentrum dat er op korte afstand van de plaats waar de auto had gestaan een inbraak was gepleegd. Daarop zijn de inzittenden van de auto als verdachten aangemerkt en kort daarop aangehouden. De Hoge Raad heeft in zijn arrest onder meer overwogen:

‘dat op het moment waarop tot de aanhouding van de verdachte werd overgegaan, een redelijk vermoeden in de zin van het eerste lid van artikel 27 Sv bestond, dat de verdachte zich te zamen en in vereniging met (...) en (...) had schuldig gemaakt aan de via het berichtencentrum van de gemeentepolitie te Eindhoven gemelde inbraak in het pand van Van Woerkom Interieurverzorging BV aan de Mr. Pankenstraat 8 te Bergeijk. Evenbedoeld vermoeden kon worden ontleend aan al hetgeen achtereenvolgens door de verbalisant Kessels en de verbalisanten Van Dinter en Cox op 5 jan. 1983 tussen 00.55 uur en 04.35 uur was waargenomen bij de observatie van de Renault met het kenteken (...), beschouwd in samenhang met het feit dat genoemde inbraak volgens de omstreeks 04.35 uur gedane melding had plaatsgevonden op een afstand van ongeveer 250 m van de plaats waar de Renault tussen 01.30 uur en 04.30 uur had gestaan. De omstandigheid dat de verdenking in de zin van artikel 27 Sv pas na de melding van de inbraak ontstond neemt niet weg dat de verbalisanten a. ook tijdens het daaraan voorafgaande observeren van de Renault en de in hun relaas bedoelde personen in de rechtmatige uitoefening van hun functie handelden, nl. ter uitvoering van de in artikel 28 Politiewet omschreven taak, en b. hetgeen zij tijdens dit observeren hadden waargenomen mede in aanmerking konden nemen bij de beantwoording van de vraag of ten aanzien van (...), (...) en (...) een redelijk vermoeden van daderschap

kon worden aangenomen ter zake van de omstreeks 04.35 uur gemelde inbraak.²⁵⁸

Observeren zonder dat sprake is van een verdenking in de zin van artikel 27 Sv is hier rechtmatig en behoort tot de politietaak van daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde. De informatie die tijdens dat observeren is verzameld kan in een later stadium (mede) dienen om dat redelijk vermoeden aan te nemen. Waar het tot nu toe bevoegdheden van de politie betrof die inhielden dat de burger zelf direct merkte dat de politie jegens hem ook daadwerkelijk tot actie overging, in de zin van aanhouding of inbeslagneming, is in dit geval sprake van een verschuiving van activiteiten naar een eerdere fase. De politie is al een tijdje actief zonder dat de persoon waar de activiteiten zich op richten dat hoeft te merken. Observeren kan immers al uren, of (nog veel) langer, plaatsvinden voordat tot actie wordt overgegaan. De aanvang van het handelen van de politie schuift daarmee nadrukkelijker dan hiervoor het geval was naar een eerder punt in de tijd ten opzichte van het moment dat daadwerkelijk een strafbaar feit plaatsvindt. Hierbij moet wel worden opgemerkt dat het niet zo is dat nu geheel wordt gebroken met de (vage) omschrijving en strekking die de wetgever met de politietaak voor ogen heeft gestaan. Daarbij is immers het verzamelen van informatie aan de orde geweest en observeren is een van de beste mogelijkheden om (al dan niet ongemerkt) informatie te verzamelen.

Dat dit observeren onder artikel 28 (oud) Politiewet valt, wordt eveneens bevestigd in een arrest tegen een medeverdachte, HR 14 oktober 1986, NJ 1988, 511, waarin de Hoge Raad nog explicieter heeft overwogen dat het geen opsporing en daarom geen strafvordering betrof:

‘Terecht hebben de Rb en het hof het beroep op onrechtmatigheid van voormeld “schaduwen” verworpen. Daarbij hebben zij kennelijk – en terecht – geoordeeld, dat dit “schaduwen” niet het karakter van opsporing had en derhalve niet kon worden aangemerkt als strafvordering in de zin van artikel 1 Sv. De in de toelichting op het middel opgeworpen vraag of dit “schaduwen” ingevolge enige wettelijk bepaling was toegestaan, moet bevestigend worden beantwoord, aangezien blijkens de door de Rb. en het hof vastgestel-

²⁵⁸ HR 14-10-1986, NJ 1987, 564, rov. 7.3. In zijn conclusie bij dit arrest heeft A-G Meijers aangegeven dat opsporing in de zin van de Politiewet in bredere zin wordt gebruikt dan in het Wetboek van Strafvordering. Daar gaat het om de opsporing van de verdachte na een gepleegd strafbaar feit, terwijl de rechnermethoden die hier aan de orde zijn opsporingsmiddelen zijn die naar hun aard gehanteerd (mogen) worden in de fase voordat er van een verdachte sprake is. De HR maakte op dezelfde datum in een ander arrest (HR NJ 1988, 511, tegen een medeverdachte, in de tekst ook besproken) uit dat observeren hier in de betekenis van schaduwen geen opsporing is en daarom geen strafvordering betreft.

de omstandigheden het “schaduw” in het onderhavige geval geschiedde binnen het kader van de in artikel 28 Politiewet omschreven algemene taak van de politie om te zorgen voor – o.m. – de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde.”²⁵⁹

Het schaduw hield geen opsporing in en dus is er geen sprake van strafvordering in de zin van artikel 1 Wetboek van Strafvordering. De algemene politietaak uit artikel 28 (oud) Politiewet biedt soelaas in geval er nog geen sprake is van een vermoeden van enig strafbaar feit. Het gegeven dat iemand een bekende is van de politie in combinatie met zijn gedrag, dat wellicht vragen oproept bij een politieagent in de trant van wat iemand op dat tijdstip daar moet of doet, is voldoende.

In de literatuur heeft Mevis vraagtekens gezet bij de redenering van de Hoge Raad die inhoudt dat uit artikel 28 Politiewet justitiële bevoegdheden worden afgeleid. Ook Mevis stelt dat in dit geval artikel 1 Wetboek van Strafvordering niet van toepassing is. Niet op grond van de processuele fase waarin de activiteit wordt verricht maar omdat deze observatie geen inbreuk maakt op enig grond- of vrijheidsrecht van de geobserveerden.²⁶⁰ In het vervolg moet blijken of en in hoeverre de Hoge Raad de processuele fase van doorslaggevend belang acht, of dat – een combinatie van – andere factoren, zoals de aard van de activiteit, het zwaarst wegen. Bij een combinatie kan de processuele fase uiteraard een van de factoren zijn.

In HR 13 oktober 1992, NJ 1993, 223, was aan de orde of (de rechtmatigheid van) het fotograferen van (nog) niet verdachte personen is gelegen in de taakstelling en bevoegdheid van artikel 28 Politiewet. Het Hof had overwogen dat op geen enkele wijze aannemelijk was geworden dat de politie bij de observaties die in het openbaar waren verricht voorafgaand aan het gerechtelijk vooronderzoek, haar algemene taak en bevoegdheid als bedoeld in artikel 28 Politiewet te buiten was gegaan en dat evenmin viel in te zien waarom de tijdens de observaties gemaakte foto’s onrechtmatig zouden zijn verkregen. Volgens de Hoge Raad gaf het oordeel geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en was het niet onbegrijpelijk. Hoewel de fase hier eveneens wordt vermeld, lijken de omstandigheden waaronder de observatie heeft plaatsgevonden, te weten de openbaarheid, van groot belang: wat in het openbaar plaatsvindt is in beginsel voor iedereen vrij waar te nemen, dus ook voor de politie.

De nadruk en betekenis die aan de openbaarheid in deze context werd toegekend, heeft tot de nodige kritiek geleid. Zo zijn vraagtekens geplaatst bij het idee dat een mogelijke schending van de persoonlijke levenssfeer, van de in deze gevallen nog niet als verdachte aan te merken personen, zoals neergelegd in artikel 8 EVRM beperkt zou moeten worden tot dat wat zich buiten de openbaarheid

²⁵⁹ HR NJ 1988, 511, rov. 6.2.

²⁶⁰ Mevis 1988.

afspeelt.²⁶¹ Wat daar ook van zij, het is nog maar de vraag of de openbaarheid de doorslaggevende factor is geweest op grond waarvan de voorgaande observaties en handelingen – de kritiek zette de schaduwarresten uit 1986 ook in dat licht – een basis vonden in artikel 28 (oud) Politiewet. Mevis wees er al op dat de observaties volgens hem geen inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de geobserveerden inhielden. Van de observaties kan worden gezegd dat deze niet alleen plaatsvonden in de openbaarheid maar zich tevens hebben beperkt tot een bepaalde incidentele gebeurtenis en zijn deze niet duidelijk gericht en stelselmatig geweest. Dus naast de processuele fase en bepaalde omstandigheden kan men ook denken aan aard of intensiteit van het middel dat wordt gebruikt. De gehanteerde methode kan bij de beoordeling van de rechtmatigheid van belang zijn. Deze factor is in de jurisprudentie geëxpliciteerd. In HR NJ 1996, 249 (het Zwolsman-arrest) komen verschillende factoren aan de orde die van belang zijn in de fase voorafgaand aan die van de opsporing. De Hoge Raad heeft in dat arrest het volgende overwogen:

“6.4.2 Ook in de fase voorafgaand aan die van de opsporing in de zin van het Wetboek van Strafvordering is een inbreuk door politieambtenaren op bij de Grondwet voorziene, of in bepalingen van verdragen die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden gegarandeerde, fundamentele rechten van de burger niet geoorloofd dan voor zover een zodanige inbreuk door de Grondwet of de desbetreffende verdragsbepaling is toegestaan onder de in de desbetreffende bepaling van de Grondwet of van het verdrag vervatte of daaruit voortvloeiende voorwaarden en beperkingen. In geval de Grondwet het stellen van beperkingen aan enig fundamenteel recht toelaatbaar acht, wordt zulks slechts geëgitimeerd door of krachten een wet in formele zin.

6.4.3 Het wettelijk stelsel van het gebruik van dwangmiddelen, zoals onder meer is voorzien in het Wetboek van Strafvordering, is niet van toepassing in de zojuist bedoelde fase. Voor zover door de politie in die fase gebruik wordt gemaakt van onderzoeksmethoden en –technieken zal een inbreuk op fundamentele rechten – waarbij met name valt te denken aan die welke kunnen worden samengevat als het recht op de persoonlijke levenssfeer, zoals dit in het sedert 17 februari 1991 ten volle in werking getreden artikel 10 Grondwet is voorzien alsmede is vervat in het in artikel 8 lid 1 EVRM gegarandeerde recht op respect voor ieders privé-leven – slechts zijn toegestaan op de wijze zoals is uiteengezet in 6.4.2.

6.4.4 De bevoegdheid tot het maken van een inbreuk als in 6.4.2 bedoeld moet voldoende kenbaar en voorzienbaar in de wet zijn omschreven. Behoudens hetgeen hierna in 6.4.5 wordt overwogen, voldoet een algemeen geformuleerde bepaling als artikel 2 Politiewet 1993 (artikel 28 Politiewet) niet aan

²⁶¹ Zie de noot van Schalken bij het arrest en ook Schalken 1992.

die eis. De voortschrijdende ontwikkeling van het fundamentele recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, zoals deze ontwikkeling gestalte heeft gekregen in rechtspraak en doctrine, en de toenemende technische verfijning en intensivering van onderzoeksmethoden en –technieken verlangen een meer precieze legitimatie voor zulke inbreuken dan artikel 2 Politiewet 1993 biedt.

Ook de regering heeft in enige wetsvoorstellen, waarvan de behandeling is opgeschort in afwachting van de resultaten van de parlementaire enquête naar de gebezigde opsporingsmethoden ten aanzien van de zware criminaliteit, tot uitgangspunt genomen dat mede voor toepassing in de fase die aan het opsporingsonderzoek voorafgaat voor bepaalde onderzoeksmethoden waarbij de persoonlijke levenssfeer in het geding is, een afzonderlijke wettelijke voorziening is vereist.

6.4.5 Het vorenstaande neemt niet weg dat de politie ingevolge artikel 2 Politiewet 1993 bevoegd is in de 6.4.2 bedoelde fase handelingen te verrichten welke de in die bepaling aan haar opgedragen taak meebrengt, zoals het ter handhaving van de openbare orde geven van een bevel zich te verwijderen of onder zich nemen van voorwerpen (vgl. HR 24 oktober 1961, NJ 1962, 82; HR 22 februari 1977, NJ 1977, 288), observatie en schaduwen (vgl. HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 564 en HR 14 oktober 1986, NJ 1988, 511) of het in het openbaar fotograferen van personen (vgl. HR 13 oktober 1992, NJ 1993, 223), en dat ook indien door zulke verrichtingen een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer zou worden gemaakt, de globale taakomschrijving van artikel 2 Politiewet 1993 daarvoor een toereikende wettelijke grondslag biedt.”²⁶²

In de fase die vooraf gaat aan opsporing in de zin van het Wetboek van Strafvordering vinden handelingen die worden verricht door de politie niet zonder meer een wettelijke basis in de algemene taakstelling van artikel 2 Politiewet 1993. De onbepaaldheid van de bevoegdheid zoals die in genoemd wetsartikel is neergelegd en die felle kritiek heeft uitgelokt, kent grenzen en die worden hier nader aangegeven. Wanneer een handeling van de politie inbreuk op een fundamenteel recht maakt, zal deze uiteraard de toets van de beperkingsclausule van het betreffende recht moeten kunnen doorstaan. De Hoge Raad wijst daarbij met name op artikel 8 EVRM en stelt tevens dat een algemeen geformuleerde bepaling als artikel 2 Politiewet 1993 in dat kader niet voldoet aan de eis ‘bij de wet voorzien’ uit het tweede lid. Wanneer de handeling echter een beperkte inbreuk betreft, biedt artikel 2 Politiewet 1993 volgens de Hoge Raad een toereikende wettelijke grondslag. Daarmee is een onderscheid aangebracht voor handelingen van de politie die plaatsvinden voorafgaand aan de opsporing. De processu-

²⁶² HR 19-12-1995, NJ 1996, 249, rov. 6.4.2-6.4.5.

ele fase is dus wel van belang maar meer om aan te geven dat het Wetboek van Strafvordering en het daarin neergelegde toetsingskader nog niet van toepassing is. Want los van de fase moeten handelingen van de politie de toets aan fundamentele rechten kunnen doorstaan. Daarbij lijkt de Hoge Raad het oog te hebben gehad op factoren als de intensiteit van de handelingen of de omstandigheden waaronder deze hebben plaatsgevonden. Juist dergelijke factoren kunnen bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer is gemaakt of dat die inbreuk meer dan beperkt is. Zo kunnen handelingen als schaduwen of fotograferen op intensieve wijze en op alle mogelijke plaatsen worden verricht. Overigens moet niet worden vergeten dat die algemene taakstelling niet uitsluitend ziet op de fase die aan opsporing vooraf gaat maar het gehele traject waarbij de politie is betrokken, beslaat.

De volgende handelingen zijn tot nu toe onder artikel 2 Politiewet 1993, of een voorloper daarvan, gebracht:

- het geven van een bevel zich te verwijderen van de openbare weg;
- in het openbaar een voorwerp onder zich nemen;
- observatie en schaduwen in het openbaar;
- in het openbaar fotograferen van personen.

Hiermee zijn een aantal specifieke handelingen ten aanzien van (nog) niet verdachte personen onder het bereik van artikel 2 Politiewet 1993 gebracht.²⁶³ Het valt op dat de Hoge Raad in overweging 6.4.5 deze handelingen, zoals die zich in de genoemde zaken hebben voorgedaan, op zich onder artikel 2 Politiewet 1993 schaarde en over die handelingen in meer algemene zin nog 's afzonderlijk aangeeft dat wanneer deze slechts een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer behelzen artikel 2 Politiewet 1993 ook dan een wettelijke basis biedt. Dit zou verwarring kunnen oproepen in een voorkomend geval van bijvoorbeeld 'schaduwen' en of dat bezien moet worden in het licht van de arresten NJ 1987, 564 en NJ 1988, 511 of van artikel 8 EVRM. De vraag of uit artikel 2 Politiewet 1993 direct justitiële bevoegdheden kunnen worden afgeleid of dat daarbij de toets aan de persoonlijke levenssfeer altijd een voorname rol speelt, is daarmee immers nog steeds niet beantwoord. De onduidelijkheid wordt mede gevoed door het gegeven dat in de genoemde zaken de handelingen zich allemaal in het openbaar hebben afgespeeld. Daarmee lijkt de hiervoor genoemde kritiek om de persoonlijke levenssfeer te beperken tot wat zich buiten de openbaarheid afspeelt, nog steeds enige grond te hebben. Aan de andere kant heeft de Hoge Raad duidelijk gesteld dat artikel 2 Politiewet 1993 in beginsel niet voldoet als

²⁶³ HR 29-01-2008, NJ 2008, 36 en HR 11-03-2008, LJN: BB4096 brengen hier geen verandering in maar daaruit is meer af te leiden dat met name ook bepaald feitelijk handelen onder artikel 2 Politiewet 1993 is te brengen.

wettelijke basis voor inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en dat een meer precieze legitimatie is vereist. Reeds daarom moet worden aangenomen dat de toets aan de persoonlijke levenssfeer altijd aan de orde is en dat hetgeen in 6.4.5 is overwogen bij uitzondering als inbreuk daarop is toegelaten. Daarmee zou schaduwen dus zijn toegestaan, zoals Mevis reeds eerder bepleitte naar aanleiding van de specifieke zaken, wanneer het geen ongeoorloofde inbreuk op de persoonlijke levenssfeer maakt en de algemene taakstelling in de Politiewet daarvoor een toereikende wettelijke basis biedt. Dat laat echter onverlet dat ook een wat meer precieze legitimatie van de beperkte inbreuk, door nadere uitwerking van de rechterlijke toets aan artikel 8 EVRM, meer duidelijkheid en zekerheid biedt.

In de conclusie bij het laatst besproken arrest heeft advocaat-generaal Van Dorst er op gewezen dat de politie iedere onderzoeksmethode mag hanteren, zolang daarmee niet in strijd met enige wettelijke regeling en/of enig fundamenteel recht en/of enig beginsel van een goede procesorde en/of de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit wordt gehandeld. Dit betekent dat artikel 2 Politiewet 1993 een wettelijke basis biedt voor al die gevallen waarin rechten, regelingen noch beginselen zijn geschonden. Die stelling is op zich juist, de wetgever heeft verschillende malen benadrukt dat de algemene taak moet worden uitgeoefend onder het bevoegde gezag en overeenkomstig het geldende recht. Van Dorst wijst er in zijn conclusie overigens nog op dat de politie vaak haar taak uit hoofde van de Politiewet voor de voeten wordt geworpen in geval zij zelf stelt dat ze eerst mag optreden nadat het delict daadwerkelijk is gepleegd en er dus een slachtoffer moet zijn gevallen alvorens de politie in actie mag komen.²⁶⁴ Dat verwijt maken de klagers in de zaak *Osman v. the UK* de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk. Waarom terughoudendheid betracht terwijl preventief optreden was geboden?

3.4.1 *Grenzen, onderzoeksmethoden en uitzonderingen: de Wet BOB en de Wet terroristische misdrijven*

In latere jurisprudentie is de lijn van de toegestane beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer voortgezet, met dien verstande dat het in die zaken veelal observaties betrof van verdachten in de zin van artikel 27 Wetboek van Strafvordering of meer specifiek de observatie van personen die voorkwamen in onderzoeken naar drugshandel.²⁶⁵ Dat is op zich niet zo vreemd: artikel 2 Politiewet 1993 heeft voor de invoering van de Wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden (BOB) een belangrijke rol gespeeld in die gevallen die nog hadden

²⁶⁴ Conclusie bij NJ 1996, 249, par. 33.

²⁶⁵ HR NJ 1996, 249 valt min of meer ook in deze categorie aangezien het onderzoek betrof naar, zoals Schalken hem in zijn annotatie aanduidt, hasjbaron Charles Zwolsman.

plaatsgevonden voor de inwerkingtreding van deze wet op 1 februari 2000. Met deze wet heeft, kort gezegd, een aantal onderzoeksmethoden, waaronder de stelselmatige observatie, een wettelijke basis gekregen. Deze methoden kunnen tegen een verdachte in de zin van artikel 27 Wetboek van Strafvordering worden ingezet. Daarnaast kunnen de in titel V van het Eerste Boek van Strafvordering geformuleerde opsporingsbevoegdheden ingezet worden voor het onderzoek naar het beramen of plegen van ernstige misdrijven in georganiseerd verband. Dat betekent dat de bevoegdheden niet alleen gebruikt kunnen worden om een strafbaar feit te onderzoeken maar ook, indien sprake is van georganiseerde criminaliteit, om een complex van personen en feiten te onderzoeken, ter opheldering van ernstige misdrijven die in georganiseerd verband worden beramd of gepleegd.²⁶⁶ De daarbij betrokken personen hoeven (nog) geen verdachten te zijn in de zin van artikel 27 Wetboek van Strafvordering. Volgens de Memorie van Toelichting gaat het er (ook) om bij onderzoek naar georganiseerde criminaliteit opsporingsbevoegdheden te kunnen gebruiken ten aanzien van personen die geen verdachte zijn, ook niet verdachten van voorbereidingshandelingen, maar ten aanzien waarvan wel het vermoeden bestaat dat zij betrokken zijn bij het in georganiseerd verband beramen of plegen van misdrijven.²⁶⁷

Voor dit onderzoek is op zich van belang en interessant dat bepaalde bevoegdheden kunnen worden ingezet tegen personen die (nog) geen verdachte zijn in de zin van artikel 27 Wetboek van Strafvordering. Daar past wel direct de kanttekening bij dat de wet BOB ziet op personen die op een of andere wijze deel uitmaken van een georganiseerd crimineel verband en die groep valt niet onder de vraagstelling van dit onderzoek. Paget-Lewis, de leraar van Ahmed Osman die hier model staat voor de burger die de fundamentele rechten van zijn medeburger(s) schendt, behoort immers duidelijk niet tot die groep personen. De bevoegdheden jegens personen ten aanzien van wie uit feiten of omstandigheden nog geen redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit zoals de wetgever die in het Wetboek van Strafvordering heeft neergelegd, zien dus niet op de situaties die in dit onderzoek centraal staan. De arresten die de Hoge Raad vanaf eind jaren negentig over artikel 2 Politiewet 1993 heeft gewezen betreffen, zoals hierna duidelijk wordt, eveneens veelal andere situaties dan die in dit onderzoek aan de orde zijn. Dat betekent niet dat het oordeel van de Hoge Raad in die zaken over de toereikendheid van artikel 2 Politiewet 1993 als wettelijke basis voor een toegestane beperkte inbreuk op artikel 8 EVRM niet (meer) relevant is voor dit onderzoek. De grenzen van artikel 2 Politiewet 1993 worden daarin immers nader verkend en aangegeven. Van belang daarbij

²⁶⁶ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 6. Ook dan is sprake van opsporingsonderzoek, zie artikel 132a Sv.

²⁶⁷ *Kamerstukken II 1996/97*, 25 403, nr. 3, p. 27.

is wanneer sprake is van een beperkte, dus toegestane, inbreuk op artikel 8 EVRM. Daarom volgen hierna de belangrijkste punten uit de meest relevante zaken.

In het verlengde hiervan moet ook worden gewezen op de wetgeving die is ingevoerd in het kader van terrorismebestrijding. Deze wetgeving ziet onder meer op verruiming van mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven.²⁶⁸ Daarbij is tevens voorzien in het inzetten van bijzondere opsporingsmethoden, zoals die hiervoor zijn besproken, in het geval er aanwijzingen zijn voor een terroristische aanslag maar de betrokken personen nog geen verdachten zijn in de zin van artikel 27 Wetboek van Strafvordering.²⁶⁹ Het zal duidelijk zijn dat Paget Lewis ook hier niet tot de kring van betrokken personen behoort, althans niet op grond van de feiten zoals die in *Osman v. the United Kingdom* zijn vastgesteld. Maar tegelijkertijd wordt duidelijk dat recent het Nederlandse strafrecht een verandering heeft ondergaan in die zin dat voor bepaalde situaties de ‘gewone’ regels opzij zijn gezet en dat daarvoor andere normen gelden. Een ieder zal het belang van bestrijding van zware en georganiseerde criminaliteit en terrorisme erkennen, maar deze ontwikkeling doet wel de vraag rijzen of de reeds bestaande regelgeving dusdanig ontoereikend dat deze nieuwe mogelijkheden in het leven moesten worden geroepen.²⁷⁰ In het afsluitende hoofdstuk wordt het gevonden kader nog gezien in het licht van deze ontwikkeling.

3.4.2 Bestuursrechtelijke ontwikkelingen

²⁶⁸ Wet terroristische misdrijven, Stb. 2004, 290, houdt een wijziging en aanvulling in van enkele wetten waarbij in het Wetboek van Strafrecht onder meer de straffen zijn verhoogd voor misdrijven als doodslag en mishandeling als zij met een terroristisch oogmerk zijn gepleegd, rekrutering voor de Jihad en samenspanning tot het begaan van terroristische misdrijven strafbaar zijn gesteld, op deelneming aan een terroristische organisatie 15 jaar gevangenisstraf is gezet en de leiders van een dergelijke organisatie levenslang kunnen krijgen; verder heeft de minister van Justitie zogenaamde doorzettingsmacht (bevoegdheden op andere terreinen dan justitie bij acute terroristische dreigingen), en zijn er wijzigingen in de Luchtvaartwet, de Vreemdelingenwet en de Wet afgeschermd getuigen.

²⁶⁹ Verruiming mogelijkheden tot opsporing en vervolging van terroristische misdrijven, Stb. 2006, 580, naast de bijzondere opsporingsbevoegdheden ziet de wet ook op verruiming van mogelijkheden om in een verkennend stadium informatie te verzamelen, verruiming van mogelijkheden personen te fouilleren buiten concrete verdenking van een strafbaar feit, bewaring ook mogelijk buiten het geval van ernstige bezwaren en uitsstel van volledige inzage processtukken.

²⁷⁰ Zie over een deel van deze maatregelen en artikel 5 EVRM, Veegens 2006.

Hoewel de maatregelen die recent in het bestuursrecht zijn genomen het bestek van dit onderzoek te buiten gaan, is het interessant om kort stil te staan bij de ontwikkelingen die aldaar gaande zijn. In hoofdstuk III is daar al op gewezen. Het gaat te ver om alle maatregelen te duiden maar wat opvalt, is dat net als in het strafrecht ook in het bestuursrecht preventie terrein lijkt te winnen. Daarbij speelt met name de burgemeester een rol zoals bijvoorbeeld bij de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden en cameragebieden.²⁷¹ In geval van cameratoezicht kan de gemeenteraad de burgemeester de bevoegdheid verlenen om te besluiten tot toepassing van cameratoezicht op een openbare plaats, indien het belang van handhaving van de openbare orde daartoe noodzaakt.²⁷² Daarbij kan men bijvoorbeeld denken aan cameratoezicht in uitgaansgebieden in binnensteden om geweld en overlast te voorkomen of te verminderen. Nog daargelaten of en in welke mate cameratoezicht effectief is, biedt een camera de mogelijkheid tot een snelle reactie op een incident.²⁷³ Daarmee kan soms erger worden voorkomen. Maar de wet biedt meer; de verstrekking van bepaalde gegevens is mogelijk. De vastgelegde beelden kunnen onder bepaalde voorwaarden worden verstrekt aan de met opsporing belaste instanties indien er concrete aanwijzingen zijn dat die beelden informatie bevatten die noodzakelijk is voor de opsporing van een gepleegd strafbaar feit.²⁷⁴

Dit laatste is op z'n minst opvallend te noemen. Een bestuursrechtelijke maatregel biedt op deze wijze een opmaat naar het strafrecht. En dat is wat in deze ontwikkeling in meer brede zin besloten lijkt te liggen. Daar waar het strafrecht geen mogelijkheden biedt, worden bestuursrechtelijke maatregelen ingezet. Want met het preventief fouilleren, het overal om een legitimatiebewijs mogen vragen en het door de burgemeester kunnen sluiten van woningen waar drugs worden verkocht; het strafrecht lijkt overvleugeld door bestuursrecht of bestuursorgaan.²⁷⁵ Daar is dan ook stevige kritiek op geleverd. Volgens Schröder leveren cameratoezicht op openbare plaatsen, preventief fouilleren en een

²⁷¹ Artikelen 151b en 151c Gemeentewet, zie Rogier 2007 en De Jong 2007.

²⁷² Wet van 30 juni 2005 tot wijziging van de Gemeentewet en de Wet politieregisters in verband met de invoering van regels omtrent het gebruik van camera's ten behoeve van toezicht op openbare plaatsen (cameratoezicht op openbare plaatsen), Stb. 2005, 392.

²⁷³ Volgens onderzoek is cameratoezicht niet effectief ter preventie van geweld, zie Van der Knaap e.a. 2006, p. 116.

²⁷⁴ De beelden vormen een register in de zin van de Wet politieregisters. De wetgever zelf kan de wijzigingen op dit gebied nauwelijks bijhouden; voornoemde wet is per 1 januari 2008 vervallen en vervangen door de Wet politiegegevens maar een en ander is niet per voornoemde datum aangepast in de Gemeentewet.

²⁷⁵ Interessant voor de verhouding strafrecht-bestuursrecht is HR 11 maart 2008, LJN: BB4096, het arrest ziet niet op preventie maar er is wel uit af te leiden dat wanneer het strafrecht 'iets' regelt het niet voor de hand ligt dat in of via het bestuursrecht een zwaarder middel mogelijk wordt gemaakt.

uitgebreide identificatieplicht problemen op met de waarborgen van artikel 8 lid 2 EVRM.²⁷⁶ Rogier heeft aangegeven dat de uitbreiding van het handhavend bestuursrecht zo gek nog niet is, zolang het bestuursrecht maar niet wordt gebruikt om criminaliteit en terrorisme in individuele gevallen te bestrijden.²⁷⁷ Het strafrecht zal zelf met een antwoord moeten komen op de problemen die zich voor doen. Het kan niet mee liften op (bestuurlijke) maatregelen die worden genomen om de openbare orde te handhaven en criminaliteit in het algemeen te voorkomen. Want bij daadwerkelijke rechtshandhaving en voorkoming van criminaliteit is van belang dat crimineel gedrag kan worden bestreden in het concrete geval. En daarvoor is nog steeds het strafrecht het aangewezen middel en niet het bestuursrecht.

3.4.3 *De grenzen van artikel 2 Politiewet 1993 vanaf 1998*

In HR 2 juni 1998, NJ 1998, 783 was in het kader van een onderzoek naar grootscheepse handel in grondstoffen van harddrugs geobserveerd in en vanuit de lounge van een hotel alsmede in een motel. In cassatie werd onder meer geklaagd dat de resultaten van deze observatie niet voor het bewijs gebruikt hadden mogen worden nu daarmee een ongeoorloofde inbreuk was gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte zodat het op die manier verkregen bewijsmateriaal onrechtmatig was verkregen en buiten beschouwing had behoren te blijven. De Hoge Raad heeft overwogen:

“6.2 Opmerking verdient allereerst dat de lounge van een hotel een voor het publiek toegankelijke ruimte is. Hetzelfde kan worden gezegd van de algemene ruimte van een motel. Daaruit vloeit voort dat personen die zich in een dergelijke ruimte bevinden er rekening mee dienen te houden dat derden hen kunnen waarnemen.

Voorts verdient opmerking dat personen die zich in een voor het publiek toegankelijke ruimte bevinden er rekening mee dienen te houden dat zich in een dergelijke ruimte derden op gehooraafstand kunnen bevinden waardoor deze derden ook auditieve waarnemingen kunnen doen.

6.3 Het door het Hof onder 11 gebezigde bewijsmiddel, zoals hiervoor onder 4.3 weergegeven, houdt – voorzover ter beoordeling van het middel van belang – niet meer in dat verbalisant 116 op zaterdag 30 oktober 1993, terwijl hij zich in de lounge van het Golden Tulip-hotel bevond, heeft waargenomen dat R.F.J. van V., A.M.G. van W en de verdachte kwamen lopen uit de richting van de lift welke toegang geeft tot de hotelkamers en dat zij het hotel verlieten.

²⁷⁶ Schröder 2005.

²⁷⁷ Rogier 2007 waarin tevens tal van maatregelen worden genoemd en besproken.

6.4 Het door het Hof onder nummer 18 gebezigde bewijsmiddel, zoals hiervoor onder 4.3 weergegeven, houdt – voorzover ter beoordeling van het middel van belang – niet meer in dan dat er op 5 februari 1994 een ontmoeting heeft plaatsgevonden in het Motel Eindhoven tussen de verdachte en F.E., alsmede dat tijdens deze ontmoeting een telefonisch contact wordt vastgelegd. Anders dan het middel veronderstelt, heeft het Hof kennelijk geoordeeld, hetgeen gelet op de overige inhoud van het bewijsmiddel niet onbegrijpelijk is, dat het hier een op niet onregelmatige wijze direkt en/of met rechterlijke machtiging afgeluisterd telefoongesprek betreft.

6.5 Gelet op het vorenoverwogene was het Hof, nu ter zake in feitelijke aanleg geen verweer is gevoerd en voorts ook niet het ernstige vermoeden rijst dat een onrechtmatige inbreuk is gemaakt op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, niet gehouden het gebruik tot het bewijs van de hiervoor bedoelde bewijsmiddelen nader te motiveren.”²⁷⁸

In het voorgaande is al duidelijk geworden dat van belang is dat handelingen van de politie in het openbaar hebben plaatsgevonden. Ook uit dit arrest blijkt dat de plaats van waaruit en waarin is geobserveerd van cruciaal belang is. In dit geval bevonden zowel observator als observandus zich in een voor het publiek toegankelijke ruimte en in die omstandigheden moet de inmenging in de persoonlijke levenssfeer als een beperkte worden beschouwd. Wanneer een dergelijke observatie plaatsvindt voordat er sprake is van de verdenking van een strafbaar feit moet deze, op grond van HR NJ 1996, 249 geacht worden een wettelijke basis te hebben in artikel 2 Politiewet 1993.

Nu is de lounge van een hotel weliswaar een plaats die voor een ieder toegankelijk is maar tegelijkertijd is het nu niet een plaats waar een ieder ook snel komt. De groep mensen die de lounge bezoekt zal voornamelijk beperkt blijven tot mensen die daar, of in het hotel, specifiek iets te zoeken hebben. Dat is toch wat anders dan de openbare weg waarop een ieder zich begeeft die, naar welke bestemming ook, onderweg is. Wat de ruimte betreft is van een – meer dan een beperkte – inbreuk op de persoonlijke levenssfeer kennelijk eerst dan sprake wanneer die ruimte aan bepaalde vereisten voldoet. Een ruimte die weliswaar niet privé is maar slechts door min of meer een bepaalde groep mensen wordt bezocht, voldoet daaraan dus niet. Een ruimte waar de persoonlijke levenssfeer duidelijker bescherming verdient jegens een handeling van de politie zoals een observatie zal dan ook in beginsel niet toegankelijk dienen te zijn voor het publiek.

De vraag welke mogelijkheden er nu voor de politie liggen binnen een voor het publiek toegankelijke ruimte, is slechts ten dele beantwoord. Er is geen reden om wat iedere burger daar kan zien of horen aan de politie te onthouden.

²⁷⁸ HR 2 juni 1998, NJ 1998, 783, rov. 6.2-6.5.

Wat betreft het zien mogen ook foto's worden genomen nu fotograferen in het openbaar zijn grondslag vindt in artikel 2 Politiewet 1993. Wat betreft het horen is in deze zaak een telefoongesprek afgeluisterd in die zin dat binnen gehoorafstand is meegeluisterd naar wat de geobserveerde persoon tijdens het telefoongesprek heeft gezegd. In het licht van het huidige massale gebruik van de mobiele telefoon in het openbare leven op de meest uiteenlopende plaatsen, lijkt het niet vreemd dat die informatie niet anders wordt beoordeeld dan een gewoon gesprek dat binnen gehoorafstand kan worden gevolgd. Een gevolg daarvan kan zijn, hoewel dat geval zich misschien niet heel snel zal voordoen, dat een volledig, dus tweezijdig, telefoongesprek afgeluisterd wordt. Dat kan het geval zijn wanneer de persoon aan de andere kant van de lijn zich, met mobiele telefoon, eveneens in het openbaar bevindt en wordt geobserveerd. Deze twee eenzijdig afgeluisterde gesprekken geven dan samengevoegd het volledige gesprek weer zonder dat daar een telefoontap aan te pas heeft hoeven komen.

In een aantal latere arresten wordt nog duidelijker welke criteria een rol spelen om te bepalen of sprake is van een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Het gaat dan onder meer om HR 18 mei 1999, NJ 2000, 104, HR 5 juni 2001, NJ 2001, 518 en HR 12 februari 2002, NJ 2002, 301 en HR 29-03-2005, LJN: AS2752. In de eerstgenoemde zaak had het Hof overwogen dat voor de vraag of van een ontoelaatbare, namelijk meer dan beperkte inbreuk op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer sprake is niet alleen kwantitatieve criteria als frequentie en duur beslissend zijn maar tevens de plaats waar is geobserveerd, methoden die zijn toegepast, het doel dat werd nagestreefd, overlast die daarbij is ondervonden en de graad van verdenking tegen de observandus van belang zijn. De Hoge Raad heeft overwogen:

“Door bij de beantwoording van die vraag de criteria te hanteren die zijn weergegeven in de voorlaatste alinea op blz. 2 van zijn arrest heeft het Hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Daarbij heeft het Hof voor wat betreft de “overlast” die bij die observaties is ondervonden en – in het verlengde daarvan – voor wat betreft het in de toelichting op het middel onder 8 aangevallen oordeel, kennelijk het oog op de indringendheid van die observaties, terwijl het Hof “de graad van verdenking van de observandus”, gelet op hetgeen het Hof in de eerste volzin van de tweede alinea op blz. 4 van het arrest heeft geoordeeld, kennelijk als toetssteen heeft gehanteerd bij de beantwoording van de vraag of voortdurende van de observaties gerechtvaardigd is geweest. (...) De in de toelichting op het middel onder 9 tot en met 15 geformuleerde klachten stelen kennelijk op het uitgangspunt dat het Hof heeft geoordeeld dat de omstandigheid dat de geobserveerde activiteiten van de verdachte zich op een openbare plaats hebben afgespeeld meebrengt dat

van een inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer geen sprake kan zijn. Ook die klachten berusten op een onjuiste lezing van het bestreden arrest.”²⁷⁹

De ‘graad van verdenking’ in de zin van strafvordering zal strikt genomen geen rol (kunnen) spelen wanneer het de situatie betreft waarin nog geen verdenking jegens iemand bestaat. Wel kan eventueel beschikbare informatie die nog niet op een strafbaar feit wijst een rol spelen; in de Schaduwarresten heeft de informatie dat de geobserveerden bekenden van de politie waren mede een rol gespeeld en zoals bij de bespreking van de wetgeving is aangegeven is de informatiepositie, wanneer het informatie betreft die bij de politie is binnen gekomen of die de politie zelf heeft verworven, bij de uitoefening van de preventieve politietask van belang. In dit arrest lijkt overigens de openbaarheid te worden gerelativeerd. Kennelijk is het één van de factoren die een rol kan spelen en leidt niet de enkele omstandigheid dat een observatie in de openbaarheid heeft plaatsgevonden reeds tot de slotsom dat er sprake is van een beperkte inbreuk op de levenssfeer van een observandus.

In de laatstgenoemde zaak, HR 12 februari 2002, NJ 2002, 301, lijkt de openbaarheid, in combinatie met de verschillende gebruikte methoden van observeren, echter weer een prominente plaats in te nemen. De woning van de verdachte was gedurende ruim 5 maanden 24 uren per dag vanaf de openbare weg met een (statische) camera geobserveerd en in dezelfde periode waren op 21 dagen met een gemiddelde tijdsduur van 5 uren dynamische observaties uitgevoerd. Het Hof had overwogen dat de observatie met de statische camera weliswaar als stelselmatig kon worden aangemerkt maar nu niet anders dan (een deel van) de openbare weg in beeld kon worden gebracht, van niet meer dan een beperkte inbreuk op de privacy van de verdachte kon worden gesproken. Ook de dynamische observatie en de combinatie van beide observatiemethoden leidden tot niet meer dan een beperkte inbreuk op de privacy van de verdachte. De Hoge Raad heeft onder meer overwogen:

²⁷⁹ HR 18 mei 1999, NJ 2000, 104, rov. 5.3. Zie ook HR NJ 2001, 518 waarin de vraag aan de orde is of er sprake is geweest van stelselmatige observaties. Gelet op het aantal, de spreiding en de beperkte duur en intensiteit was volgens het Hof geen sprake van stelselmatige observaties en deze vormden slechts een beperkte inbreuk op de privacy van de verdachte. HR: oordeel van het Hof dat de observaties slechts een zo beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte maken dat de artikelen 2 Politiewet en 142 Sv daarvoor een toereikende wettelijke grondslag bieden, geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk, en HR 30-03-2004, NJ 2004, 377 waarin de HR overweegt dat niet is gesteld dat de observaties specifiek op de verdachte waren gericht en ook al zou artikel 2 Politiewet niet een voldoende legitimatie bieden dan volgt i.c. geen bewijsuitsluiting omdat daarvoor niet een belangrijk strafvorderlijk voorschrift of rechtsbeginsel in zodanige mate is geschonden.

“3.4 Het Hof heeft aldus geoordeeld dat, gelet op de duur, de intensiteit, de plaats en de wijze waarop de observaties zijn verricht, deze slechts een zo beperkte inbreuk maakten op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte, dat artikel 2 Politiewet 1993 en artikel 141 Sv daarvoor een toereikende grondslag bieden. Daarbij heeft het Hof betekenis toegekend aan zijn vaststelling dat met behulp van de vaste camera niets anders dan (een deel van) de openbare weg voor de woning van de verdachte in beeld kon worden gebracht terwijl het Hof kennelijk heeft geoordeeld dat ook bij de dynamische observaties alleen sprake is geweest van waarnemingen in de openbare ruimte. In de overwegingen van het Hof ligt besloten dat ook van proportionaliteit sprake is. ’s Hofs oordeel geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk mede in aanmerking genomen het aantal en de aard van de feiten waarvan de betrokkene werd verdacht.”²⁸⁰

Ook al is sprake, anders dan in de eerder aangehaalde zaken, van langdurige observatie dan is de daardoor veroorzaakte schending van de persoonlijke levenssfeer per definitie nog niet een onaanvaardbare schending, zeker wanneer de observatie in het openbaar heeft plaatsgevonden. Het arrest roept de vraag op of toch één bepaald criterium (soms) de doorslag geeft. In dit geval heeft de lange duur in ieder geval niet de doorslag gegeven. Dat enkele gegeven is immers niet reeds voldoende om te concluderen tot een meer dan beperkte schending van de persoonlijke levenssfeer. Dat lijkt anders voor wat betreft de plaats, de openbaarheid. Het gaat wellicht te ver om te stellen dat de uitkomst dat slechts sprake is van een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer enkel en alleen is gebaseerd op het gegeven dat de observatie in het openbaar heeft plaatsgevonden. Maar het is duidelijk dat wel heel veel gewicht wordt toegekend aan die laatste omstandigheid.

In deze laatste uitspraken worden naast artikel 2 Politiewet 1993 eveneens de artikelen 141 en 142 Wetboek van Strafvordering genoemd als toereikende wettelijke basis voor de observaties. Van deze observaties kan dan ook niet meer

²⁸⁰ HR NJ 2002, 301, rov. 3.4. In HR 25 januari 2000, NJ 2000, 279, was gedurende een bepaalde periode sprake van statische observatie van een bedrijfsterrein die door het Hof als stelselmatig was aangeduid. Deze kwalificatie deed volgens de HR niet af aan het oordeel van het Hof dat door deze observatie slechts een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer was gemaakt. Het Hof had in dat kader overwogen dat het om de observatie van een bedrijfsterrein ging en niet van een privé-woning waarbij het technische hulpmiddel buiten de inrichting op openbaar terrein was opgesteld met het doel vast te stellen of in strijd met vergunningsvoorwaarden werd gehandeld en niet om de identiteit van personen vast te stellen. Zie ook HR 29-03-2005, LJN: AS 2752, waarin verdachte gedurende 3 maanden op 32 dagen een dagdeel op openbare plaatsen is geobserveerd en er tevens camera's waren gericht op een woning en een deel van de openbare weg en artikel 2 Politiewet en artikel 141 Sv een voldoende wettelijke basis opleveren.

gezegd worden dat deze uitsluitend in – wat hier in het onderzoek wordt genoemd – de preventieve fase of de proactieve fase hebben plaatsgevonden waarin nog geen enkele verdenking jegens de geobserveerde persoon bestond. Nu bestrijkt de algemene taakstelling zoals die is neergelegd in de Politiewet niet alleen de preventieve fase. Het oordeel over de observaties die niet in die fase hebben plaatsgevonden is dan ook interessant voorzover daarover is bepaald dat die al dan niet een beperkte inbreuk op artikel 8 EVRM inhouden en voorzover het factoren bevat die geen betrekking hebben op een verdenking in de zin van artikel 27 Sv. In het licht van een dergelijke verdenking is in verschillende arresten de vraag beantwoord of voortdurende van observatie gerechtvaardigd is, aan de hand van de graad van verdenking.²⁸¹ Tevens blijkt uit recente jurisprudentie dat in geval van observatie zonder voorafgaande verdenking de openbaarheid een prominente plaats blijft innemen. In HR 20 april 2004, NJ 2004, 525, was het (permanente) cameratoezicht in Rotterdam aan de orde waarmee strafbare feiten waren opgespoord. Hoewel de bevoegdheid tot de observatie niet is gelegen in de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde maar in de bevoegdheid van de burgemeester tot handhaving van de openbare orde, wordt hier een vergelijkbare redenering gevolgd als in de eerder besproken zaken. De door camera's waargenomen gedragingen van verdachte hebben zich in het openbaar afgespeeld. De Hoge Raad overweegt dat in het oordeel van het Hof dat de persoonlijke levenssfeer van verdachte niet is aangetast, besloten ligt dat de waarneming geen betrekking had op een situatie waarin de verdachte mocht verwachten onbevangen zichzelf te kunnen zijn.

Dat die openbaarheid van cruciaal belang is blijkt ook uit HR 21 maart 2000, LJN AA5254. In deze zaak is weliswaar niet artikel 2 Politiewet 1993 als grondslag aan de orde maar het betreft wel de vraag of er sprake is van een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De observaties zijn gedaan door sociaal rechercheurs in het kader van onderzoek naar sociale zekerheidsfraude. Gedurende een periode van acht maanden zijn de rechercheurs 125 keer langs de woning van de verdachte gereden ten einde na te gaan of de auto's waarvan de medeverdachte zich bediende in de omgeving van die woning stonden. Het Hof oordeelde dat, rekening houdend met de periode en frequentie, sprake was van een lichte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. De Hoge Raad heeft overwogen dat dit oordeel onbegrijpelijk is “nu de observaties gedurende een periode van ongeveer acht maanden 125 maal vanaf de openbare weg hebben plaatsgevonden, waarbij tevens in de woning is gekeken en wel met het oog op de beantwoording van de vraag of de verdachte samenwoonde met de medeverdachte”.²⁸² De Hoge Raad betreft het gegeven dat in de woning is gekeken in zijn

²⁸¹ Vgl. HR 12 februari 2002, LJN AD9222.

²⁸² HR 21 maart 2000, LJN AA5254, rov. 3.5.

oordeel waarvoor het Hof kennelijk geen oog heeft gehad. En daarmee wijkt deze situatie af van de andere zaken die hiervoor zijn besproken. Daarin is soms ook sprake geweest van veel observaties over een periode van maanden. Die observaties vielen onder wat een ieder op en vanaf de openbare weg kon zien. In dit geval is men verder gegaan. Hoewel de Hoge Raad de duur en frequentie in het oordeel betreft, lijkt daaruit in het licht van het voorgaande af te leiden dat kijken in een woning om te zien of bepaalde personen samenwonen, ook al gebeurt dat vanaf de openbare weg, niet zo maar onder de beperkte inbreuk valt. Nog daargelaten de specifieke bevoegdheid van de sociaal rechercheurs, maakt ook deze zaak duidelijk dat de openbaarheid van essentieel belang is voor een legitieme beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Wanneer alles, te weten observandus, observator, gedrag en gesprek, zich in de openbaarheid afspeelt is er niet snel sprake van een meer dan beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Wanneer de observator op enige wijze binnendringt in de sfeer die buiten de openbaarheid is gelegen, kan dat anders zijn.

4 Conclusie

De strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde omvat mede de daadwerkelijke voorkoming van strafbare feiten. De wetgever is echter uitermate terughoudend geweest om hier nadere invulling aan te geven. Naast het voorkomen van nogal uiteenlopende verschijnselen, zoals caféterreur en bankovervallen, houdt die voorkoming ook een persoonsgerichte benadering in. Bij deze laatste benadering kunnen we dan denken aan personen die zich ophouden in een criminele sfeer en ernstige strafbare feiten kunnen gaan plegen. Maar de toelichting van de wetgever was steeds gericht op voorbeelden; zeker niet op een limitatieve opsomming of afbakening. Uit de wetsgeschiedenis is niet veel meer af te leiden dan dat de politie optreedt op basis van beschikbare informatie over mogelijke toekomstige strafbare feiten die ernstige delicten betreffen. De beschikbare informatie kan zowel actief als passief verkregen informatie zijn. Maar hoe het verkrijgen van informatie zich verhoudt tot hetgeen de politie nu wel of niet mag doen in deze fase blijft onduidelijk. De wetgever heeft de invulling overgelaten aan de praktijk die uiteindelijk door de onafhankelijke rechter wordt getoetst.

In de jurisprudentie is een aantal handelingen onder de reikwijdte van artikel 2 Politiewet 1993, of een voorloper daarvan, gebracht:

- het geven van een bevel zich te verwijderen van de openbare weg;
- in het openbaar een voorwerp onder zich nemen;
- observatie en schaduwen in het openbaar;
- in het openbaar fotograferen.

De toets waaraan deze handelingen moesten voldoen was eerst dat deze plaats hadden gevonden onder het bevoegd gezag, in overeenstemming met het recht en binnen de eisen van de proportionaliteit en subsidiariteit. Met de opkomst van EVRM is artikel 8 van dit verdrag een centrale rol gaan spelen. De hiervoor genoemde handelingen gelden als een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en daarbij spelen de volgende factoren een rol:

- frequentie;
- duur;
- plaats;
- methoden;
- doel;
- overlast.

In de jurisprudentie wordt voorts nog de graad van verdenking genoemd voor de boordeling of een ingezet middel mag voortduren; er is dan echter reeds sprake van een verdenking. Hoewel in dit onderzoek nu juist de fase centraal staat waarin er nog geen concrete verdenking bestaat, is de graad van verdenking niet zonder belang. Wanneer de politie preventief optreedt jegens een bepaalde persoon kan gedurende dat optreden een verdenking ontstaan. Informatie die is verzameld kan in enig stadium mede dienen ter onderbouwing van een redelijk vermoeden in de zin van artikel 27 Wetboek van Strafvordering. Hoewel in de hiervoor besproken arresten steeds verschillende factoren aan de orde komen, is de factor plaats als die de openbaarheid betreft vrijwel zonder uitzondering impliciet of expliciet in ieder arrest aan de orde gesteld. Ook wanneer andere factoren als duur en frequentie op zich wellicht nopen tot de slotsom dat sprake is geweest van een behoorlijk intensieve observatie, kan nog sprake zijn van een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene(n) omdat die observatie in het openbaar heeft plaatsgevonden. Ook de inzet van de methoden of middelen, bijvoorbeeld statische of dynamische observatie, lijkt van enigszins ondergeschikt belang wanneer deze in het openbaar plaatsvindt. Pas wanneer de autoriteiten de buiten de openbaarheid gelegen sfeer van de burger binnendringen, lijkt de persoonlijke levenssfeer van die burger sterker beschermd te worden. Kortom; voor de staat die zich actief inzet op het preventieve vlak liggen de mogelijkheden daartoe in de openbare ruimte. De vraag die in het volgende hoofdstuk aan de orde komt, is of de positieve verplichting uit het EVRM de staat dwingt in bepaalde gevallen van die ruimte gebruik te maken.

Veiligheid als positieve verplichting

1 Inleiding

De gebeurtenissen in de zaak *Osman vs the UK* geven treffend de complexiteit aan waarmee de bescherming van de burger tegen anderen gepaard gaat. Deze zaak laat niet alleen een fatale afloop zien maar ook hoe burgers belemmerd worden in hun vrijheid wanneer ze te maken krijgen met gedrag van medeburgers waar de autoriteiten niets aan doen. De voor de hand liggende oplossing lijkt om dergelijk gedrag zo vroeg mogelijk op het spoor te komen maar in de praktijk is dat niet zo eenvoudig. Uit de verschillende verklaringen in deze zaak komt het beeld naar voren dat op bepaalde momenten de klagers de ernst van de situatie anders inschatten dan de autoriteiten dat doen. Dit is op zich niet vreemd of ongewoon; de politie kan zich niet uitsluitend laten leiden door het verhaal van een bepaalde groep betrokkenen. Er zullen voldoende aanwijzingen moeten zijn die het verhaal van die betrokkenen ondersteunen.

De betrokkenheid van de politie en de uiteindelijke strafrechtelijke afdoening duiden op bescherming tegen *crimineel* gedrag van anderen. Het antwoord op dergelijk gedrag ligt in de meeste gevallen in het strafrecht. Uit het vorige hoofdstuk is duidelijk dat de politie op grond van de Politiewet 1993 preventief mag optreden. Daarbij is niet duidelijk geworden en niet specifiek aan de orde geweest of er ook gevallen zijn waarin de autoriteiten preventief moeten optreden. De vraag is wat de invloed hier is van fundamentele rechten. Dwingen deze tot preventief strafrechtelijk optreden? En als dat niet zo is, bieden ze daar dan op z'n minst genomen de ruimte voor? Vanuit die optiek is het interessant te bezien wat het EHRM precies zegt over de beschermingsplicht van de staat in dit geval en hoe die vorm krijgt. Het gaat dus met name om het nemen van preventieve maatregelen; het strafrecht bood in deze zaak pas echt uitkomst, in die zin dat de schending van fundamentele rechten van betrokkenen stopte, toen er verschillende slachtoffers waren gevallen. Wat bieden de fundamentele rechten uit het EVRM in dit soort situaties? En hoe verhoudt die bescherming zich tot het strafrecht en met name tot artikel 2 Politiewet 1993?

Het EHRM heeft in zijn arrest geoordeeld over de zogenoemde positieve verplichting die rust op de autoriteiten van de lid-staten bij het EVRM. Aan de hand van de artikelen 1 en 2 EVRM, jurisprudentie van het EHRM en met name het arrest in deze zaak wordt deze verplichting ingevuld. Uiteindelijk analyseer ik hoe de invulling door de wetgever en Nederlandse rechter van de taak van politie wat betreft preventie zich verhoudt tot de invulling door het EHRM van

de positieve (verdrags)verplichting voor zover die op preventie ziet. Hoewel in artikel 5 EVRM veiligheid expliciet is opgenomen, is dat artikel hier niet aan de orde. Dat recht ziet immers op het verbod op de willekeurige vrijheidsbeneming. Veiligheid wordt daarin geen autonome betekenis toegekend moet steeds samen worden gezien met de fysieke vrijheid van de persoon. Die heeft slechts betrekking op fysieke vrijheid en veiligheid en betreft de afwezigheid van arrestatie en detentie.²⁸³ Het houdt voor de staat geen verplichting in om de burgers te beschermen tegen bedreigingen van persoonlijke vrijheid door medeburgers.²⁸⁴

2 De invulling van de positieve verplichting

2.1 De positieve verplichting

Alvorens de positieve verplichting onder artikel 2 EVRM nader te onderzoeken, volgt hier eerst een algemene beschrijving van die verplichting. Wanneer we aan verplichtingen op grond van fundamentele rechten denken, zal dat in eerste instantie aan negatieve verplichtingen zijn; de staat moet immers uit de vrije sfeer van de burger blijven. Een effectieve bescherming betekent echter niet alleen een onthoudingsplicht maar ook een positieve plicht. Het EHRM heeft de term positieve verplichtingen geïntroduceerd in het arrest *Marckx vs Belgium*:

“Nevertheless it does not merely compel the State to abstain from such interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective “respect” for family life.

This means, amongst other things, that when the State determines in its domestic legal system the regime applicable to certain family ties such as those between an unmarried mother and her child, it must act in a manner calculated to allow those concerned to lead a normal family life. As envisaged by Article 8 (art. 8), respect for family life implies in particular, in the Court’s view, the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child’s integration in his family. In this connection, the State has a choice of various means, but a law that fails to satisfy this requirement violates paragraph 1 of Article 8 (art. 8-1) without there being any call to examine it under paragraph 2 (art. 8-2).”²⁸⁵

²⁸³ Corstens 2003, p. 342.

²⁸⁴ Vande Lanotte en Haeck 2005, p. 277.

²⁸⁵ EHRM 13 juni 1979, par. 31, in Vande Lanotte en Haeck (2005), p. 99, wordt er op gewezen dat in de Belgische Taalzaak (EHRM 23 juli 1968) de positieve verplichting al waarneembaar was, zie ook Lawson 1995 (I), p. 562.

Hier lijken die verplichtingen in de eerste plaats voornamelijk de wetgever te betreffen. Het EHRM heeft geen algemene omschrijving gegeven van de positieve verplichtingen. Waar de negatieve verplichting in de noodzakelijkheidstoets uit de beperkingsclausules was gelegen, stond de positieve verplichting aanvankelijk in de sleutel van de zogenaamde *fair balance*-test.²⁸⁶ In *Rees vs the United Kingdom* (par. 37) overwoog het EHRM het volgende:

“In determining whether or not a positive obligation exists, regard must be had to the fair balance that has to be struck between the general interest of the community and the interests of the individual, the search for which balance is inherent in the whole of the Convention (see, mutatis mutandis, amongst others, the James and Others judgment of 21 February 1986, Series A no. 98, p. 34, para. 50, and the Sporrong and Lönnroth judgment of 23 September 1982, Series A no. 52, p. 26, para. 69). In striking this balance the aims mentioned in the second paragraph of Article 8 (art. 8-2) may be of a certain relevance, although this provision refers in terms only to “interferences” with the right protected by the first paragraph – in other words is concerned with the negative obligations flowing therefrom (see, mutatis mutandis, the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, p. 15, para. 31).”²⁸⁷

Bij de positieve verplichtingen speelde derhalve de afweging tussen de belangen van de gemeenschap en die van het individu een rol. Het EHRM heeft echter zelf al aangegeven dat de doelen die van belang zijn in het kader van de negatieve verplichtingen van ‘een zekere relevantie’ kunnen zijn voor het vinden van de juiste afweging in het licht van de positieve verplichting. Deze, op zich weinig verrassende, toets komt op die manier wel heel dicht aan te liggen tegen die van de negatieve verplichting nu daarbij dus ook dezelfde doelen betrokken kunnen worden. In de literatuur wordt dan ook aangegeven dat het verschil tussen negatieve en positieve verplichtingen is uitgevlakt.²⁸⁸ Daarmee lijkt de aanvankelijke kritiek op de positieve verplichting ook enigszins verstomd. De voor de positieve verplichting geldende *fair balance*-test is als ondoorzichtig bestempeld en bood daarmee ruimte aan oneigenlijke argumenten. Als oplossing is voorgesteld om de positieve verplichting dan ook zo veel mogelijk naar analogie van de negatieve verplichting te ontwikkelen waarmee willekeur zou worden voorkomen.²⁸⁹ Lawson heeft er op gewezen dat de noodzakelijkheidstest van lid 2 ook

²⁸⁶ Zie Lawson 1995 (I) + (II), die de aparte wijze van toetsing bij de positieve verplichting d.m.v. de *fair balance*-test nader analyseerde en aangaf dat het EHRM waar mogelijk die verplichting aan de vereisten van lid 2 ging toetsen, zie ook verder in de tekst.

²⁸⁷ EHRM 17 oktober 1987, par. 37.

²⁸⁸ Vande Lanotte en Haeck 2005, p. 100.

²⁸⁹ Zie bijvoorbeeld Forder 1992.

ruimte biedt voor een aanzienlijke *margin of appreciation* en een belangenafweging die ook verborgen politieke elementen kent. Zijn conclusie is dat de *fair balance*-test een cosmetische operatie is geweest en geen wezenlijke invloed uitoefent op de uitkomst van een concreet geval.²⁹⁰ Gezien het gegeven dat beide verplichtingen nu zo dicht tegen elkaar aan zijn komen te liggen, lijkt dat dan ook een juiste conclusie te zijn geweest. Hoewel het EHRM in zijn uitspraken nog steeds expliciet de positieve verplichting van een lidstaat noemt, treffen we in zijn arresten ook het onderscheid aan tussen schendingen die in het Engels worden aangeduid als “substantive” en “procedural”.²⁹¹ In de literatuur wijst men in dit kader op het onderscheid tussen materiële en procedurele verplichtingen.²⁹² De lidstaten moeten zich zowel actief tonen in de inhoudelijke verwezenlijking van de verdragsrechten waardoor in concrete situaties bescherming wordt geboden als dat ook in concrete situaties een effectief onderzoek kan worden gedaan wanneer een verdragsrecht is geschonden. Het moge duidelijk zijn dat met name de eerst genoemde verplichting in dit onderzoek aan de orde is. De mogelijkheid van daadwerkelijk en effectief onderzoek dat tevens voldoende onafhankelijk is, is eveneens van groot belang maar zal toch voornamelijk de functie hebben om duidelijkheid te scheppen naar aanleiding van iets dat al is gebeurd. In de hierna te bespreken zaken blijkt soms dat vertegenwoordigers van de staat, bijvoorbeeld de (geheime) politie, een rol heeft gespeeld bij de schending van het recht op leven maar dat moeilijk is duidelijk te krijgen wat die rol precies is geweest. Uiteraard kan van de procedurele verplichting ook een preventieve werking uitgaan. Het bestaan en de inrichting van een onderzoeksprocedure zal zeker invloed kunnen uitoefenen op het handelen van de autoriteiten. Maar het ziet nu met name op een procedure waardoor dat handelen zo effectief mogelijk kan worden onderzocht wat uiteindelijk de handhaving van de verdragsrechten voor de burger ten goede zal komen.

2.2 Artikel 2 EVRM en de positieve verplichting

De hiervoor genoemde arresten over de positieve verplichting betreffen voornamelijk artikel 8 EVRM maar gelden in rechtspraak en literatuur als basis voor

²⁹⁰ Lawson 1995 (II), p. 730. Zie ook EHRM 27 november 1994, (Kroon and others v. the Netherlands), par. 31, waarin m.b.t. artikel 8 EVRM wordt gesteld dat de grenzen tussen positieve en negatieve verplichtingen zich niet lenen voor precieze definiëring maar dat de toepasselijke beginselen overeenkomen; in beide gevallen gaat het om een *fair balance* en heeft de staat een *margin of appreciation*.

²⁹¹ Zie bijvoorbeeld het arrest dat hierna nog aan de orde komt EHRM 8 november 2005, (Gongadze v. Ukraine), waar het EHRM in het kader van ‘a substantive violation’ nog wijst op de positieve verplichting en daarna toekomt aan de bespreking van ‘a procedural violation’, par. 159-180, waarvan met name 164, 171 & 180.

²⁹² Vande Lanotte en Haeck 2005, p. 101

de positieve verplichting in het algemeen. Het EHRM heeft zich ook met regelmaat uitgesproken over de positieve verplichtingen die voortvloeien uit artikel 2 EVRM. Maar wat betekent het recht op leven uit artikel 2 en hoe moeten we de positieve verplichting onder dat artikel zien?

Artikel 2 EVRM houdt in ieder geval in dat een ieder die onder de rechtsmacht van een lidstaat ressorteert recht heeft op bescherming van zijn leven. In het vervolg zal uit de jurisprudentie duidelijk worden dat die bescherming geldt als het leven wordt bedreigd door (iemand van) de staat als ook door medeburgers. De meest duidelijke grens die het EHRM tot nu heeft getrokken is dat het recht op leven voorsnog niet kan worden ingeroepen voor de bescherming van ongeboren leven, hoewel het ook niet echt is uitgesloten. In *Evans versus the United Kingdom* heeft het EHRM zijn eerdere stelling herhaald dat bij afwezigheid van een consensus binnen Europa over de wetenschappelijke en juridische definitie van het begin van (het) leven, de lidstaten een ruime ‘margin of appreciation’ moet worden gegund en dat in het onderhavige geval onder Engels recht een embryo geen zelfstandige rechten en belangen toekomt.²⁹³

Maar voor alle levens van mensen die ressorteren onder het EVRM zal een kader van wetgeving en bestuurlijke instrumenten moeten bestaan waaronder strafrechtelijke bepalingen die zien op de bescherming van het leven en een stelsel gericht op rechtshandhaving voor preventie, opsporing en bestraffing van overtredingen van die bepalingen. Het EHRM heeft echter bepaald dat op grond van artikel 2 EVRM in bepaalde gevallen van lidstaten mag worden geëist dat deze nog iets meer doen door zogenaamde preventieve operationele maatregelen te nemen. En dat is waar de positieve verplichtingen beginnen. In een aantal zaken waaronder *Akkoç versus Turkey* heeft het EHRM de ‘gewone’ en positieve verplichtingen uit artikel 2 EVRM nog eens op een rij gezet, waarbij in dit geval een verwijzing naar *Osman versus the UK* die in dit hoofdstuk uiteraard nog uitgebreid aan de orde komt:²⁹⁴

“The Court recalls that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (see the *L.C.B. v. the United Kingdom* judgment of 9 June 1998, Reports 1998-III, p. 1403, § 36). This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by a law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational meas-

²⁹³ EHRM 7 maart 2006, par. 46. Zie ook EHRM 8 juli 2004, *Vo versus France*.

²⁹⁴ EHRM 10 oktober 2000.

ures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual (see the *Osman v. the United Kingdom* judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, p. 3159, § 115)”²⁹⁵

De betekenis van deze verplichtingen komt in de volgende paragraaf aan de orde. Daarbij bevat artikel 2 EVRM nog de positieve verplichting tot het uitvoeren van effectief onderzoek naar de gang van zaken in bepaalde situaties. In *Cyprus vs Turkey* was deze verplichting aan de orde en volgens het EHRM geschonden.²⁹⁶ In deze zaak klaagde de regering van Cyprus over schendingen van het EVRM door Turkije. De klachten waren onder meer gebaseerd op de verdwijningen van Grieks-Cyprioten en hun familieleden en de levensomstandigheden in Noord-Cyprus. Bij de bespreking van artikel 2 EVRM heeft het EHRM het volgende overwogen:

“For the Court, the applicant Government’s allegations must, however, be examined in the context of a Contracting State’s procedural obligation under Article 2 to protect the right to life. It recalls in this connection that the obligation to protect the right to life under Article 2 of the Convention, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 to “secure to everyone within [its] jurisdiction the rights and freedoms defined in [the] Convention”, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by agents of the State (see, *mutatis mutandis*, the *McCann and Others v. the United Kingdom* judgment of 27 September 1995, Series A no. 324, p. 49, § 161, and the *Kaya v. Turkey* judgment of 19 February 1998, Reports 1998-I, p. 329, § 105) or by non-State agents (see, *mutatis mutandis*, the *Ergi v. Turkey* judgment of 28 July 1998, Reports 1998-IV, p. 1778, § 82; the *Yaşa v. Turkey* judgment of 2 September 1998, Reports 1998-VI, p. 2438, § 100; and *Tanrikulu v. Turkey* [GC], no. 23763/94, § 103, ECHR 1999-IV).”²⁹⁷

In dit laatste citaat is sprake van de procedurele verplichting. Zoals hiervoor al is aangegeven, spreekt het EHRM niet altijd expliciet van positieve verplichtingen ten opzichte van de ‘gewone’ negatieve verplichting maar is er soms sprake van materiële en procedurele verplichtingen, of deze nu positief zijn of niet. Het EHRM verwijst in dit citaat onder meer naar *McCann and others versus the United Kingdom*. Die zaak bevat eveneens een standaardoverweging die in latere arresten regelmatig terugkeert en van belang is voor uitleg en toepassing van artikel 2

²⁹⁵ EHRM 10 oktober 2000, par. 77, Zie ook EHRM 3 april 2001, *Keenan v. the UK*, par. 89.

²⁹⁶ EHRM 10 mei 2001.

²⁹⁷ EHRM 10 mei 2001, par. 131 (en zie de verwijzingen in het citaat zelf).

EVRM. Volgens het EHRM moet het gaan om daadwerkelijke bescherming want de voorzieningen die de bescherming van artikel 2 EVRM moeten bieden, dienen praktisch en effectief te zijn:

“The Court approach to the interpretation of Article 2 (art. 2) must be guided by the fact that the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings requires that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (see, inter alia, the *Soering v. the United Kingdom* judgement of 7 July 1989, Series A no. 161, p. 34, para. 87, and *Loizidou v. Turkey* (Preliminary Objections) judgement of 23 March 1995, Series A no. 310, p. 27, para. 72).”²⁹⁸

Artikel 2 EVRM mag volgens het EHRM dus niet verworden tot een min of meer dode letter van de wet, of het verdrag in dit geval. Deze interpretatie die inhoudt dat de burger in een voorkomend geval concreet beschermd wordt, komt ook nog aan de orde bij de bespreking van artikel 1 EVRM. Want ook daar hanteert het EHRM een vergelijkbare interpretatie.

2.3 De positieve verplichting in de zaak *Osman versus the UK*

De uitleg van de verplichtingen uit de eerste zin van artikel 2 EVRM in *Osman vs the UK* is dusdanig van belang geweest dat deze terugkeert in standaardoverwegingen in latere arresten.²⁹⁹ In deze paragraaf analyseer ik de positieve verplichting onder artikel 2 uit dit arrest, in het licht van de jurisprudentie van het EHRM uiteraard met name over artikel 2 EVRM.

In deze zaak zijn onder meer de artt. 2 en 8 EVRM, respectievelijk het recht op bescherming van het leven en het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, in het geding. De positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 8 EVRM is in 1985 erkend in de zaak *X and Y vs the Netherlands*.³⁰⁰ Wat artikel 2 betreft, geeft het EHRM in *Osman vs the UK* opnieuw aan dat ook dit recht zowel een negatieve als positieve verplichting impliceert. Het EHRM sluit hiermee aan bij eerdere jurisprudentie en verwijst expliciet naar *L.C.B. versus the United Kingdom*.³⁰¹ Het EHRM overweegt namelijk het volgende, hetgeen overeenkomt met het citaat uit de vorige paragraaf uit *Akkoç vs Turkey*:

²⁹⁸ EHRM 27 september 1995, par. 146.

²⁹⁹ Zoals al bleek uit *Akkoç vs Turkey* en nog zal blijken uit te bespreken arresten en zie ook Van der Velde 2005, p. 10 die spreekt over de basis voor latere arresten, zie voor de gevolgen binnen het Engelse recht vlak na de uitspraak, Lidbetter & George 2001.

³⁰⁰ EHRM 26 maart 1985, zie Lawson 1995 (I) + (II) die de positieve verplichting beschrijft tot en met 1995 aan de hand van zaken die artikel 8 EVRM betreffen.

³⁰¹ EHRM 9 juni 1998, par. 36.

‘The Court notes that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (...). It is common ground that the State’s obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the rights to life by putting in place effective criminal law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the Court that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual. The scope of this obligation is a matter of dispute between the parties.’³⁰²

Dit citaat geeft dus aan dat er inderdaad in sommige gevallen meer vereist is dan uitsluitend de voorzieningen van het strafrecht. Het blijft hier echter nog onduidelijk waar dat ‘meer’ uit bestaat. Het EHRM geeft hier aan dat in bepaalde nader omschreven omstandigheden op de autoriteiten de positieve verplichting rust om “preventive operational measures” te nemen die het individu beschermen wiens leven bedreigd wordt door de criminele handelingen van een ander individu. Voordat het nader ingaat op de mogelijke maatregelen die de staat moet nemen, toont het eerst dat het oog heeft voor de positie waarin de staat kan komen te verkeren. De staat kan niet iedereen altijd en overal beschermen tegen het (criminele) gedrag van anderen. De maatregelen moeten derhalve niet een onmogelijke last op de autoriteiten leggen. Uit deze zaak komt de volgende standaardoverweging die in latere arresten terugkeert:

‘For the Court, and bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising.’³⁰³

In bepaalde situaties kan de burger van de autoriteiten eenvoudigweg niet verlangen dat deze preventieve maatregelen nemen om hem te beschermen tegen

³⁰² EHRM 28 oktober 1998, par. 115.

³⁰³ EHRM 28 oktober 1998, par. 116, zie bijvoorbeeld ook EHRM 23 mei 2001, *Denizci and others versus Turkey*, par. 375.

criminele handelingen van anderen. Soms is het onmogelijk of staat het niet in verhouding tot het dreigende gevaar. Ook in de zaak *Mastromatteo versus Italy* verwijst het EHRM naar *Osman versus the UK* op dit punt. Het EHRM merkt op dat die zaak verschilt van *Osman versus the UK* aangezien het niet de persoonlijke bescherming betreft van één of meer te identificeren individuen maar de bescherming van een mogelijk doelwit, een toevallige passant bijvoorbeeld, tegen een dodelijk handeling. In een dergelijk geval treft de autoriteiten geen verwijt omdat de positieve verplichting niet inhoudt iedereen tegen elk strafbaar geweld te beschermen.³⁰⁴ Het EHRM geeft in de onderhavige zaak aan dat daar nog een ander aspect bij komt. Wanneer de politie betrokken is bij het voorkomen van misdaden dient men andere rechten, en daarmee onder meer andere artikelen van het verdrag, niet uit het oog te verliezen:

‘Another relevant consideration is the need to ensure that the police exercise their powers to control and prevent crime in a manner which fully respects the due process and other guarantees which legitimately place restraints on the scope of their action to investigate crime and bring offenders to justice, including the guarantees contained in Articles 5 and 8 of the Convention.’³⁰⁵

Een beperking van de beschermingsplicht van de autoriteiten in het kader van fundamentele rechten komt hier naar voren. De burger die mogelijk inbreuk zal maken op de rechten van een andere burger door crimineel gedrag, verdient eveneens bescherming. Het strafrecht bevat een aantal waarborgen die bij opsporing en vervolging de verdachte burger bescherming bieden. De genoemde artikelen uit het verdrag zelf, artikel 5 en artikel 8, hebben niet in de laatste plaats bijgedragen aan de ontwikkeling en verfijning van deze waarborgen. Dat in de preventieve fase nog niet van opsporing en vervolging sprake is, betekent niet dat deze uitgangspunten niet in acht genomen behoeven te worden. Het EHRM erkent expliciet het belang van het respect voor iemands persoonlijke levenssfeer en de onschuldpresumptie bij het voorkomen van criminaliteit.

Op grond van het voorgaande zijn aan de positieve verplichting van de staat ex artikel 2 EVRM tot nu toe de volgende eisen te stellen: het nemen van preventieve maatregelen mag niet een onmogelijke of disproportionele opgave zijn voor de autoriteiten van een lidstaat en het nemen van dergelijke maatregelen mag niet in strijd zijn met de verworven rechten van betrokken burgers waartegen die maatregelen zich richten.

³⁰⁴ EHRM 24 oktober 2002, par. 68-69.

³⁰⁵ EHRM 28 oktober 1998, par. 116.

2.3.1 *De positieve verplichting en artikel 1 EVRM*

Voordat de invulling van de positieve verplichting verder wordt onderzocht, moet eerst artikel 1 EVRM nader worden toegelicht. Artikel 1 EVRM brengt tot uitdrukking dat een staat die partij is bij de conventie een ieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden verzekert. In de vorige hoofdstukken is de term ‘verzekeren’ nader aan de orde geweest en met de hier gehanteerde betekenis van veiligheid verbonden. ‘Verzekeren’ was als partieel synoniem van ‘veiligheid’ te herleiden tot het Latijnse *securitas*. Wie de Engelse versie van de conventie beziet, treft het verwante Engelse *to secure* aan. Het artikel luidt namelijk:

‘The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in section I of this Convention.’

Dit eerste artikel van de conventie brengt dus direct een plicht van de staat tot uitdrukking. Het is niet voldoende dat de conventie bepaalde rechten en vrijheden tot uitdrukking brengt maar deze moeten ook verzekerd worden: de staat moet er voor zorg dragen dat de rechten daadwerkelijk veiliggesteld worden. De betekenis die veiligheid in dit onderzoek heeft, sluit daar bij aan; de daadwerkelijke bescherming van fundamentele waarden door de staat. Dat betekent dat men van de handhaving van de rechten serieus werk moet maken. In het EVRM is dit dus expliciet tot uitdrukking gebracht. Dat dit artikel niet slechts een prachtig theoretisch uitgangspunt is maar in concrete gevallen een belangrijke rol speelt blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM. In de literatuur verwijst men hier wel naar als *the effective principle*. Van Hoof zegt op dit punt:

‘The notion that the Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective is, explicitly or implicitly, present in many judgements of the Court.’³⁰⁶

Het hier gestelde is eveneens in de zaak *Osman versus the UK* aan de orde. Het EHRM neemt geen genoegen met de invulling van het recht op leven door middel van een bepaalde, en daarmee beperkte, standaardopvatting. In de uitspraak staat centraal of de autoriteiten daadwerkelijk alles hebben gedaan wat gezien de omstandigheden van het geval, redelijkerwijze van hen mocht worden verwacht. Dit is een positieve verplichting die op de autoriteiten van het Verenigd Koninkrijk berustte en het EHRM verwijst in zijn uitspraak op dit punt expliciet naar artikel 1 EVRM.³⁰⁷ Hoewel uit de tekst van de andere verdragsartikelen, zoals

³⁰⁶ Van Hoof 1998, p. 74, in de latere druk wordt dit minder expliciet gesteld, zie Van Hoof 2006, p. 13 e.v.

³⁰⁷ EHRM 28 oktober 1998, par. 116.

artikel 2 EVRM in dit geval, niet expliciet blijkt dat op de staat een positieve verplichting rust, is dit in bepaalde situaties dus toch het geval. Artikel 1 EVRM is daarmee van essentieel belang voor de interpretatie van de rest van de conventie. Volgens Van Hoof noopt het zogenoemde *effectiveness principle* het EHRM in bepaalde gevallen tot een extensieve interpretatie van bepaalde rechten en vrijheden uit de conventie, en steunt men op dit beginsel wanneer men positieve verplichtingen voor een lidstaat aanneemt.³⁰⁸ Dat blijkt met name van belang in situaties waarin de rechten of vrijheden van een burger bescherming verdienen tegen (een) andere burger(s):

‘There is an obvious link between the recognition of certain positive obligations for the State and the principle that the Convention rights are intended to be practical and effective. This is particularly so where a positive obligation imposes a duty on the State to protect an individual’s rights and freedoms against infringements by private parties.’³⁰⁹

Ook hier wordt duidelijk dat de beschermingsplicht van de staat daadwerkelijk gestand gedaan moet worden in situaties waarin de rechten en vrijheden tussen burgers onderling in het geding zijn. Het beginsel van een effectieve waarborging van de rechten en vrijheden zoals in artikel 1 tot uitdrukking gebracht, geeft mede vorm aan het karakter van de jurisprudentie van het Hof. Voor de Nederlandse rechtsorde houdt dit in dat de autoriteiten in geval van bescherming van fundamentele waarden die zijn neergelegd in het EVRM in voorkomende gevallen moeten voldoen aan de positieve verplichting om de rechten en vrijheden daadwerkelijk te beschermen, met name in relaties tussen burgers onderling. Artikel 1 EVRM verwoordt daarmee de rechtszekerheid, de daadwerkelijke handhaving van fundamentele rechten. Dit beginsel ziet dus ook op de daadwerkelijke bescherming door de autoriteiten van burgers tegen crimineel gedrag van medeburgers.

2.3.2 *De invulling van de positieve verplichting tot bescherming van het leven*

Daar waar het EHRM in *Osman versus the UK* het belang van artikel 1 EVRM benadrukt geeft hij eveneens aan hoe hij vaststelt of een staat niet heeft voldaan aan de positieve verplichting om het recht op leven te beschermen:

‘In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person (see paragraph 115 above), it must be established to its satisfaction

³⁰⁸ Van Hoof 1998, p. 74.

³⁰⁹ Van Hoof 1998, p. 75.

that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.’³¹⁰

Dit criterium speelt in latere zaken over de positieve verplichting van artikel 2 EVRM eveneens een cruciale rol.³¹¹ Het eerste deel van het criterium is dat de autoriteiten kennis hadden van of behoorden te hebben van criminele handelingen van een derde ten tijde van het bestaan van een daadwerkelijke en onmiddellijke bedreiging van het leven van een, te identificeren, individu of individuen. Hier komt bij dat de autoriteiten verzuimd moeten hebben maatregelen te nemen die binnen hun mogelijkheden liggen en waarvan het redelijk is te oordelen dat daarvan verwacht mocht worden dat de bedreiging van het leven daarmee zou worden afgewend. Het EHRM verwijst naar de stellingname van het Verenigd Koninkrijk op dit punt die als een te rigide maatstaf wordt afgedaan. Deze stellingname houdt ten aanzien van de positieve verplichting het volgende in:

‘They emphasised however that this obligation could only arise in exceptional circumstances where there is a known risk of a real, direct and immediate threat to that individuals’s life and where the authorities have assumed responsibility for his or her safety. In addition, it had to be shown that their failure to take preventive action amounted to gross dereliction or wilful disregard of their duty to protect life. Finally, it must be established on sound and persuasive grounds that there is a causal link between the failure to take the preventive action of which the authorities are accused and that that action, judged fairly and realistically, would have been likely to have prevented the incident in question.’³¹²

Het verschil tussen het standpunt van de Britse autoriteiten en van het EHRM zit voornamelijk in de toevoegingen. De eerste zin van het hierboven geciteerde komt grotendeels overeen met wat het EHRM zegt. De Britse autoriteiten stellen aansluitend op dit criterium dat klagers moeten kunnen aantonen dat het nalaten van de autoriteiten om preventieve maatregelen te nemen of in actie te komen voort moet komen uit grove onachtzaamheid of opzettelijke veronachtzaming van hun plicht om het leven te beschermen. Dat betekent dat in de op-

³¹⁰ EHRM 28 oktober 1998, par. 116.

³¹¹ Zie ook EHRM 6 mei 2003, *Menson and others versus the United Kingdom* (niet-ontvankelijk), EHRM 30-11-2004, *Öneryildiz versus Turkey*, par. 101 en EHRM 20-12-2004, *Makaratzis versus Greece*, par. 71.

³¹² EHRM 28 oktober 1998, par. 107.

vatting van de Britse autoriteiten de staat in ieder geval een verwijt gemaakt moet kunnen worden betreffende het verzaken van hun beschermingsplicht. Daarbij moet tevens worden vastgesteld dat er een causaal verband is tussen het nalaten van het nemen van preventieve maatregelen en het gegeven dat deze maatregelen, bij een redelijke en realistische beoordeling, waarschijnlijk de gebeurtenis zouden hebben (doen) voorkomen. De Britse autoriteiten vinden de maatstaf 'kennis hebben of behoren te hebben van criminele handelingen in het licht van een daadwerkelijke en onmiddellijke bedreiging van iemands leven en nalaten hiertegen preventieve maatregelen te nemen die binnen de mogelijkheden liggen van de autoriteiten', dus onvoldoende. Het nalaten om de kans in te schatten dat er een bepaalde bedreiging jegens het leven bestaat of het nalaten maatregelen te nemen in dat kader moet volgens hen zijn te herleiden tot grove veronachtzaming van de plicht om het leven te beschermen. Bovendien stellen ze dat causaal verband is vereist tussen het nalaten maatregelen te treffen en de gebeurtenis. Bij een redelijke en realistische beoordeling zou de gebeurtenis waarschijnlijk zijn voorkomen.

Men kan zich afvragen welke opvatting van causaal verband hier aan ten grondslag ligt, temeer daar de formulering enige vragen oproept. Wanneer men expliciet stelt dat het gaat om 'het nalaten om maatregelen te nemen' ligt het in de lijn der verwachting een oorzakelijk verband te verwachten met 'het plaatsvinden van de gebeurtenis'. Immers, het feit dat men *geen* maatregelen heeft genomen lijkt een noodzakelijke voorwaarde te moeten zijn voor het intreden van het gevolg, de gebeurtenis in kwestie. Wanneer men als gevolg stelt dat bepaalde maatregelen deze gebeurtenis waarschijnlijk zouden hebben voorkomen, lijkt het logisch dit met de oorzaak te verbinden wanneer men *niet* zou hebben nagelaten maatregelen te nemen. Om het vereiste verband te benadrukken lijkt de volgende formulering van toepassing: wanneer men maatregelen zou hebben genomen, zou de gebeurtenis, bij een redelijke en realistische beoordeling, waarschijnlijk niet hebben plaatsgevonden. Of: omdat men nagelaten heeft maatregelen te nemen is het waarschijnlijk, bij een redelijke en realistische beoordeling, te stellen dat de gebeurtenis heeft plaatsgevonden. De redenering die de Britse autoriteiten gebruiken, lijkt in ieder geval te duiden op een *conditio sine qua non*-verband; het nalaten van het nemen van preventieve maatregelen moet een noodzakelijke voorwaarde zijn voor het intreden van het gevolg. Het is overigens van belang te bedenken dat aan het vaststellen van het causale verband al andere vereisten vooraf zijn gegaan.

Op het punt van het causale verband komt het Hof niet expliciet terug, maar verderop zullen we zien dat het impliciet een cruciale rol speelt. Het eerste punt betreffende de grove veronachtzaming komt wel expliciet aan de orde. Het EHRM stelt:

'The Court does not accept the Government's view that the failure to perceive the risk to life in the circumstances known at the time or to take preventive measures to avoid that risk must be tantamount to gross reliance or wilful disregard of the duty to protect life (...). Such a rigid standard must be considered to be incompatible with the requirements of Article 1 of the Convention and the obligations of Contracting States under that article to secure the practical and effective protection of the rights and freedoms laid down therein'³¹³

Dit citaat maakt opnieuw duidelijk dat de positieve verplichting niet los gezien kan worden van artikel 1 van de conventie. Wat betreft de interpretatie van de positieve verplichting die voortvloeit uit artikel 2 EVRM is hier van belang dat het Hof aangeeft hoe het geformuleerde criterium ingevuld moet worden:

'it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge. This question can only be answered in the light of all the circumstances of any particular case.'³¹⁴

Het is voldoende dat men aantoonst dat de autoriteiten niet alles hebben gedaan wat men redelijkerwijze van ze mocht verwachten om een daadwerkelijke en onmiddellijke bedreiging van het leven waarvan ze kennis hadden of behoorden te hebben, te vermijden. Alle omstandigheden van het geval dienen in overweging genomen te worden om dit criterium te toetsen. Dus geen grove veronachtzaming en ook geen causaal verband maar de vraag of de staat alle redelijke maatregelen heeft getroffen ter bescherming van het leven van een individu tegen bedreiging ervan door een ander gezien in het licht van de kennis die de autoriteiten hadden of behoorden te hebben en de omstandigheden van het geval.

2.3.3 *De redenering van het Hof: causaal verband vereist*

Die laatst genoemde vraag beantwoordt het EHRM vervolgens in zijn arrest. Dat antwoord houdt de conclusie in dat er in dit geval geen sprake is van een schending van artikel 2 EVRM. Het EHRM geeft aan dat het redelijk is te stellen dat de bezorgdheid van de school omtrent de genegenheid van Paget-Lewis voor Ahmet Osman aan de politie is doorgegeven tijdens de vijf ontmoetingen tussen maart en mei 1987 en dat de politie daarmee is geïnformeerd omtrent alle relevante zaken van die periode. De beschikking over deze informatie betekent ech-

³¹³ EHRM 28 oktober 1998, par. 116.

³¹⁴ EHRM 28 oktober 1998, par. 116; zo ook in de zaken *Menson versus the UK*, *Öneryıldiz versus Turkey* en *Makaratzis versus Greece*.

ter niet dat het EHRM vindt dat de autoriteiten op dat moment kennis hadden van hetgeen waarop de positieve verplichting van artikel 2 EVRM ziet en dat het nalaten van de politie om vanaf dat moment Paget-Lewis nauwlettend te observeren hen aangerekend kan worden. Zo is er op geen enkel moment gesuggered dat Ahmet seksueel bedreigd werd door Paget-Lewis en zeker niet dat zijn leven in gevaar was. Het EHRM stelt dat de waardering van de situatie door de politie en hun beslissing om de zaak als een interne aangelegenheid van de school te behandelen niet onredelijk is.

De indieners van de klacht hechten veel belang aan de geestelijke gesteldheid van Paget-Lewis en met name aan zijn vermogen om tot geweld over te gaan en dit geweld op Ahmet Osman te richten. Het gegeven dat de schorsing van Paget-Lewis op een bepaald moment werd opgeheven en dat de psychiater van de ILEA op basis van meerdere gesprekken Paget-Lewis niet als geestesziek of met de neiging tot gewelddadigheid aanmerkt, doet het EHRM constateren dat het onredelijk is van de politie te verwachten de handelingen van Paget-Lewis als die van een geestesziek of zeer gevaarlijk individu aan te merken. Bij de vaststelling van de kennis die aan de autoriteiten, in casu de politie, kan worden toegeschreven, heeft het EHRM oog gehad voor het vandalisme dat huis en bezit van de familie Osman trof tussen mei en november 1987. Het EHRM merkt op dat geen van de incidenten als levensbedreigend kon worden aangemerkt en dat er geen bewijs voor handen was voor de betrokkenheid daarbij van Paget-Lewis. De beslissing om hem uiteindelijk te arresteren en te vervolgen was niet gebaseerd op het gegeven dat hij een bedreiging vormde voor de levens van de familie Osman maar omdat hij verdacht werd van betrokkenheid bij enkele strafrechtelijke overtredingen.

Volgens het EHRM kunnen de indieners van de klacht geen enkel beslissend moment aanwijzen in de opeenvolging van gebeurtenissen die hebben geleid tot de tragische schietpartij, waarvan gezegd kan worden dat de politie wist of behoorde te weten dat de levens van de familie Osman in daadwerkelijk en onmiddellijk gevaar waren. Hoewel de familie Osman wijst op gemiste mogelijkheden die de politie in staat zouden hebben gesteld om de bedreiging van Paget-Lewis onschadelijk te maken, door bijvoorbeeld naar bepaalde bewijzen te zoeken of Paget-Lewis op grond van *the Mental Health Act 1983* in bewaring te stellen, dan nog kan van dergelijke maatregelen niet gezegd worden dat deze een bedreiging door Paget-Lewis geneutraliseerd zouden hebben of dat op grond van gevonden bewijzen een rechter zijn opname en vasthouding in een psychiatrisch ziekenhuis zou hebben bevolen. Het EHRM benadrukt in dit verband nogmaals dat de politie zijn bevoegdheden moet uitoefenen op een dusdanige wijze dat deze in overeenstemming is met de rechten en vrijheden van (alle) individuen. Volgens

het EHRM is er in dit geval dan ook geen sprake van een schending van artikel 2 EVRM.³¹⁵

Betekent dit nu dat het EHRM zich met deze redenering aan zijn eigen criterium houdt? Dat betrof immers de beantwoording van de vraag of de staat alle redelijke maatregelen heeft getroffen ter bescherming van het leven van een individu. Het is duidelijk dat dit een ruime omschrijving is die om nadere invulling vraagt. De hierboven aangehaalde argumenten geven weer hoe het EHRM die ruime omschrijving nader invult. Een belangrijk, steeds terugkerend, punt in de redenering is dat de politie niet zomaar voetstoots kan en mag aannemen dat een bepaalde burger vrijheden en rechten van anderen schendt. De kennis die de politie op een bepaald moment heeft, moet voldoende aanwijzingen bevatten waaruit blijkt dat preventieve maatregelen noodzakelijk zijn om anderen te beschermen. De rechten van alle burgers, met name ook die van toekomstige of potentiële verdachten, mag men daarbij geen enkel moment uit het oog verliezen. Deze redenering is uiteraard weinig verrassend en sluit aan bij het kader van rechtsstatelijkheid dat het handelen van de staat aan banden legt en de burger beschermt tegen een al te voortvarend staatsoptreden om de vrije sfeer van de burger binnen te dringen.

Naast dit algemene punt volgt uit de redenering van het EHRM een opvatting over het causaal verband. Het EHRM geeft aan dat de indieners van de klacht geen enkel beslissend moment in de opeenvolging van gebeurtenissen, die hebben geleid tot de tragische schietpartij, kunnen aanwijzen waaruit blijkt dat de Britse autoriteiten wisten, of behoorden te weten, dat de levens van de familie Osman daadwerkelijk en onmiddellijk werden bedreigd. Met deze woordkeus lijkt het EHRM al enigszins aan te geven dat de indieners van de klacht op een bepaald punt moeten aantonen dat de opeenvolgende gebeurtenissen met elkaar in verband staan en dat wanneer de politie ergens in die reeks op basis van voldoende kennis anders zou hebben gehandeld, of die kennis gehad zou behoren te hebben en dus anders zou hebben behoren te handelen, de causale keten doorbroken zou zijn geweest en het fatale gevolg niet ingetreden zou zijn. In deze redenering is 'het hebben of behoren te hebben van voldoende kennis' een noodzakelijke voorwaarde die aangetoond moet worden en vervolgens moet het aannemelijk zijn dat wanneer op basis van die kennis zou zijn gehandeld, de uiteindelijke uitkomst anders zou zijn geweest. Dat wijkt toch enigszins af van de eerder door het EHRM verwoorde opvatting dat men moet aantonen dat de autoriteiten niet alles hebben gedaan wat redelijkerwijze van ze mocht worden verwacht om een daadwerkelijke en onmiddellijke bedreiging van het (recht op) leven te voorkomen. Dit laatste impliceert immers niet noodzakelijkerwijze dat men ook moet aantonen dat de uitkomst daadwerkelijk anders geweest zou zijn wanneer men

³¹⁵ EHRM 28 oktober 1998, par. 117-121.

op basis van bepaalde kennis zou hebben gehandeld. In de formulering van het criterium is dit dus niet zodanig aan de orde maar in de uiteindelijke toepassing van het criterium lijkt het EHRM die eis wel te stellen. Daarmee komt het EHRM veel dichter in de buurt van het standpunt van het Verenigd Koninkrijk dan aanvankelijk het geval lijkt te zijn. Het geeft namelijk aan dat ook al zouden bepaalde (preventieve) maatregelen genomen zijn dan nog is het in die gevallen volgens het EHRM onwaarschijnlijk dat het tot een ander resultaat, een andere opeenvolging van gebeurtenissen eigenlijk, zou hebben geleid. Als voorbeelden van mogelijke maatregelen noemt het EHRM het zoeken naar bewijzen, het laten opnemen van Paget-Lewis op grond van *the Mental Health Act* of het nemen van meer actieve stappen in de richting van een onderzoek na zijn tijdelijke verdwijning. Ook al zouden de autoriteiten dergelijke maatregelen hebben genomen dan nog zou de wenselijke uitkomst, het onschadelijk maken van de bedreiging van leven(s) door Paget-Lewis, waarschijnlijk niet gerealiseerd zijn. In casu zou het anders handelen door de politie volgens het EHRM geen andere resultaten hebben laten zien. Van belang hierbij is dat dit wel in het licht gezien moet worden van de onschuldpresumptie. Het EHRM koppelt het hiervoor beschreven causale verband niet los van andere relevante factoren. Het handelen van de politie toetst men aan het criterium van kennis die de politie had of had behoren te hebben, maar daarbij houdt het rekening met de onschuldpresumptie die geldt ten aanzien van een mogelijke verdachte van een strafbaar feit. Deze factoren zijn zeer nauw met elkaar verbonden. De bescherming door de staat van een fundamenteel recht van een burger vindt zijn begrenzing in de bescherming van fundamentele rechten van een andere burger tegen het optreden van die staat.

Wat leert deze zaak ons over de invulling van de positieve verplichting? In ieder geval dat de positieve verplichting die op de staat rust om de burger te beschermen tegen crimineel gedrag uit meer bestaat dan naleving van het positieve strafrecht in die staat. In bepaalde situaties zal de staat zich moeten inspannen fundamentele rechten en vrijheden van de burger, zoals het recht op leven, daadwerkelijk en effectief te beschermen. Als algemene beperking daarbij geldt dat het nemen van (preventieve) maatregelen voor de staat niet onmogelijk of disproportioneel moet zijn en dat de maatregelen niet in strijd mogen zijn met verworven rechten en vrijheden van potentiële verdachten. Zo zal onder meer de onschuldpresumptie gestand gedaan moeten worden. Binnen het kader van deze grenzen moet de staat vervolgens preventieve maatregelen nemen. Het gaat dan om gevallen waarin de autoriteiten kennis hebben of behoren te hebben van handelingen van een burger die een daadwerkelijke bedreiging vormen voor de fundamentele rechten en vrijheden van een medeburger. Achteraf moet de burger in geval van een schending van deze positieve verplichting aantonen dat de staat in dit kader niet alles heeft gedaan wat redelijkerwijze mocht worden

verwacht. In niet nader gespecificeerde termen kan men het criterium omschrijven als: ‘heeft de staat alle redelijke maatregelen getroffen ter bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van een burger tegen schending door een andere burger?’ Hoewel het EHRM bij de invulling van dit criterium niet in expliciete bewoordingen een causaal verband eist, blijkt bij analyse van de redenering van het EHRM impliciet wel degelijk naar een causaal verband gezocht te moeten worden. Het criterium omvat niet alleen een zogenoemde *conditio sine qua non*. De burger moet bij schending niet alleen aannemelijk maken dat de staat bepaalde kennis had of had behoren te hebben. Deze kennis is tevens een noodzakelijke voorwaarde voor de autoriteiten om tot bepaalde handelingen of maatregelen te komen die zeer waarschijnlijk zouden hebben geleid tot een andere uitkomst. Dit zijn zware eisen die het EHRM aanlegt; in concrete gevallen lijkt het voor burgers een zeer moeilijke opgave te worden dit criterium vervuld te krijgen. Vooral het vereiste om aan te tonen dat maatregelen zeer waarschijnlijk tot een andere uitkomst zouden hebben geleid, maakt het moeilijk. Want dat is toch net iets anders dan wanneer men aannemelijk moet maken dat de autoriteiten maatregelen hadden behoren te nemen. In dat geval geeft het mogelijke succes van die maatregelen net iets minder de doorslag. Uit *Öneryildiz versus Turkey* blijkt ook dat de lat inderdaad erg hoog ligt.³¹⁶ In deze zaak had een metaanexplosie plaatsgevonden op een afvalstortplaats. Daarbij waren dodelijke slachtoffers gevallen en huizen verwoest. Twee jaar voor de explosie was een rapport verschenen waarin werd gewezen op het gevaar van een dergelijke explosie. De burgemeesters van de betrokken steden in het gebied waren echter nog niet tot het nemen van maatregelen gekomen toen de explosie plaatsvond. In dat geval stelt het EHRM dat het onmogelijk is dat de betrokken onderdelen van de Turkse overheid geen kennis hadden of behoorden te hebben van de risico’s voor de omwonenden van de afvalstortplaats en dat op de autoriteiten de positieve verplichting rustte om maatregelen te nemen.³¹⁷ Maar dat vereist dus wel een rapport met een omschrijving van het specifieke gevaar en duidelijke aanwijzingen dat de autoriteiten daarenboven nalatig waren, of op z’n minst genomen, treuzelden met het nemen van de noodzakelijke maatregelen.

2.4 De positieve verplichting en de persoonlijke levenssfeer

De klagers doen naast een beroep op schending van artikel 2 EVRM eveneens een beroep op schending van artikel 8 EVRM. Ook hier staat het nemen van (preventieve) maatregelen in een zo vroeg mogelijk stadium centraal. Tijdens de hoorzitting hebben de klagers hun voornaamste klacht in dit kader omschreven

³¹⁶ EHRM 30-11-2004.

³¹⁷ EHRM 30-11-2004, par. 101.

als ‘the failure of the police to secure the second applicant’s personal safety’.³¹⁸ Daarmee lijkt de bescherming van het respect voor het privé-leven, familie- en gezinsleven, de woning en de correspondentie wel heel gemakkelijk te worden teruggebracht tot een vorm van ‘veiligheid’. Maar uit het vervolg van de tekst van het arrest blijkt dat deze klacht met name ziet op de fysieke integriteit. Het EHRM geeft vervolgens niet expliciet aan waaruit de positieve verplichting onder artikel 8 EVRM bestaat. Onder verwijzing naar hetgeen bij de bespreking van de positieve verplichting onder artikel 2 EVRM aan de orde is geweest stelt het EHRM vast dat geen enkele positieve verplichting onder artikel 8 EVRM is geschonden:

‘The Court recalls that it has not found it established that the police knew or ought to have known at the time that Paget-Lewis represented a real and immediate risk to the life of Ahmet Osman and their response to the events as they unfolded was reasonable in the circumstances and not incompatible with the authorities’ duty under Article 2 of the Convention to safeguard the right to life. In the Court’s view, that conclusion equally supports a finding that there has been no breach of any positive obligation implied by Article 8 of the Convention to safeguard the second applicant’s physical integrity.’³¹⁹

Hoewel niet ongebruikelijk wanneer er een beroep is gedaan op meerdere verdragsrechten, is het jammer dat het EHRM volstaat met deze verwijzing. Want meer dan dat de conclusie die in het kader van artikel 2 EVRM wordt getrokken, steun biedt aan de bevinding dat er geen schending is van enige positieve verplichting in het kader van artikel 8 EVRM, biedt de uitspraak niet. Het blijft nu onduidelijk wat de positieve verplichtingen die uit dit artikel voortvloeien in dit geval inhouden. Het EHRM stelt immers niet dat de positieve verplichting zoals die in het kader van artikel 2 EVRM is besproken op vergelijkbare wijze heeft te gelden in het kader van artikel 8 EVRM. Hoewel het er niet met zoveel woorden staat, lijkt het EHRM hier toch meer aan te geven dat nu er geen sprake is van schending van een positieve verplichting ex artikel 2 er al helemaal geen sprake kan zijn van een schending van een positieve verplichting ex artikel 8. Dan behoeft het EHRM immers niet uitgebreid en apart te toetsen aan de positieve verplichtingen die daaruit (nog) voortvloeien. Deze benadering, het achterwege laten van een aparte toets in het kader van een tweede verdragsartikel, hanteert het EHRM ook regelmatig wanneer er wel sprake is van een schending van een verdragsartikel en er tevens een beroep is gedaan op nog een ander verdragsartikel. In dergelijke gevallen laat het EHRM onderzoek en bespreking van het

³¹⁸ EHRM 28 oktober 1998, par. 125 (Ahmet Osman is ‘the second applicant’).

³¹⁹ EHRM 28 oktober 1998, par. 128.

andere artikel soms achterwege. Het EHRM komt daar dan niet meer aan toe of stelt dat zich daarbij geen aparte of zelfstandige kwestie (meer) voor doet.

Dat artikel 2 een sterkere positie heeft dan artikel 8 wekt geen verbazing. Anders dan artikel 2, behoort artikel 8 immers niet tot de in artikel 15 EVRM genoemde bepalingen waarop geen enkele afwijking is toegelaten. De privacy van artikel 8 kan in tijd van oorlog of in geval van een algemene noodtoestand beperkende maatregelen te dulden hebben, terwijl dat voor het recht op leven van artikel 2 anders ligt. Daarbij lijken de positieve verplichtingen die uit artikel 8 voortvloeien als het om (preventief) strafrechtelijk optreden gaat niet of nauwelijks als “substantive” maar vooral als “procedural” aan de orde.³²⁰ In de zaak *M.C. versus Bulgaria* overweegt het EHRM als volgt:

“Further, the Court has not excluded the possibility that the State's positive obligation under Article 8 to safeguard the individual's physical integrity may extend to questions relating to the effectiveness of a criminal investigation (see *Osman v. the United Kingdom*, judgment of 28 October 1998, Reports 1998-VIII, p. 3164, § 128.).”³²¹

Hiermee bevestigt het EHRM dat hetgeen in *Osman* is opgenomen over de positieve verplichting ex artikel 8 in ieder geval ziet op wat als “procedural” wordt aangeduid. En in dit onderzoek staat nu juist de verplichting centraal die als “substantive” te boek staat. Gelet hierop en op het casuïstische karakter van de rechtspraak van het EHRM ontbreekt een goede basis voor een analyse van preventief strafrechtelijk optreden in het kader van de positieve verplichting ex artikel 8. Uit de laatst geciteerde overweging van het EHRM volgt eveneens dat een nadere toespitsing op de “physical integrity” waar het EHRM in dit geval van spreekt, dat niet anders maakt. De lichamelijke integriteit maakt weliswaar deel uit van het privé-leven maar niet iedere aantasting daarvan wordt beschermd door artikel 8.³²² Nog daargelaten of er sprake is van een positieve verplichting. Het valt op dat die over het algemeen meer aan het gezinsleven dan aan het privé-leven wordt verbonden.³²³

Daarbij moet ook worden bedacht dat het recht op privacy een veel abstracter recht is dan het recht op leven uit artikel 2. Aan laatstgenoemd artikel zijn

³²⁰ Zie voor een algemeen overzicht van voorbeelden van positieve verplichtingen op grond van artikel 8 EVRM, Janssen 2004, p. 23.

³²¹ EHRM 4 december 2003, par. 152.

³²² EHRM 26 maart 1985, par. 22 en EHRM 25 maart 1993, par. 36.

³²³ Zie het hiervoor genoemde overzicht van Janssen 2004 maar ook Vande Lanotte & Haec 2004, p. 706 e.v. waar de positieve plichten kort in het algemeen aan de orde komen maar vervolgens specifiek onder het gezinsleven zijn opgenomen en niet onder het privé-leven.

direct delictsomschrijvingen uit het Wetboek van Strafrecht te koppelen en daarmee strafbare feiten zoals moord of doodslag. Bij de privacy ligt dat anders; op het eerste gezicht leveren strafbare feiten indirect een schending van de privacy. Bij een diefstal met braak kan die schending daaruit bestaan dat door een goed weg te nemen uit iemands huis daarmee de woning en dus de privésfeer is geschonden. Eerst wanneer privacy nader wordt uitgelegd en toegespitst, is het directer in het geding. Met name wanneer het staat voor de hiervoor al genoemde lichamelijke integriteit. Daarbij is heel makkelijk een strafbaar feit zoals mishandeling te plaatsen dat goed past binnen het bestek van dit onderzoek. Maar een strafzaak waarin dat aan de orde is, komt niet op een dergelijke manier voor het EHRM. De lichamelijke integriteit van artikel 8 lijkt juist meer voor te behouden zijn voor bijvoorbeeld een gezonde leefomgeving.³²⁴

Het EHRM heeft het kennelijk niet nodig geacht invulling te geven invulling te geven aan de positieve verplichting ex artikel 8 EVRM zoals hier aan de orde. Daarmee ontbreekt ook een basis voor een mogelijkheid tot preventief strafrechtelijk optreden op grond daarvan. Het EHRM heeft in zijn arresten niet de vraag aan de orde gesteld of de autoriteiten op grond van de positieve verplichting ex artikel 8 EVRM in actie hadden moeten komen omdat sprake was van mogelijke of toekomstige strafbare feiten van een burger jegens een medeburger. Dat het EHRM kennelijk niet aan. Het recht op leven leent zich daar wel voor, het recht op privacy kennelijk niet.

Voor wat betreft de aanvallen op de woning van de familie Osman komt het EHRM tot een zelfde slotsom. De stelling dat de reactie van de politie onder de gegeven omstandigheden redelijk was en niet in strijd met de plicht van de autoriteiten geldt *mutatis mutandis* ten aanzien van een mogelijke schending van artikel 8 EVRM. In het kader van het nalaten van de politie het vandalisme te onderzoeken overweegt het Hof:

‘As to the applicants’ contention that the police failed to investigate the attacks on their home with a view to ending the campaign of harassment against the Osman family, the Court reiterates that the police had taken the view that there was no evidence to implicate Paget-Lewis and for that reason charges could not be laid against him.’³²⁵

Dit citaat toont voor een deel hetzelfde als wat bij de mogelijke schending van de positieve verplichting uit artikel 2 een rol speelde: er is geen bewijs om Paget-

³²⁴ Zie bijvoorbeeld EHRM 19 februari 1998, par. 56-60; positieve verplichting tot informatieverstrekking in het licht van ernstige vervuiling door nabij gelegen fabriek; wanneer het de lichamelijke integriteit van de gedetineerden betreft is artikel 3 EVRM aan de orde, zie bijvoorbeeld EHRM 11 juli 2006.

³²⁵ EHRM 28 oktober 1998, par.129.

Lewis met de strafbare feiten in verband te brengen. Er is daarom geen sprake van een schending van de positieve verplichting tot daadwerkelijke bescherming die voortvloeit uit artikel 8 EVRM. Het ontbreken van voldoende aanwijzingen en/of bewijs is in deze zaak cruciaal voor de uiteindelijke uitkomst dat er geen sprake is van een schending van de positieve verplichting. De verplichting tot daadwerkelijke en effectieve bescherming van (de rechten en vrijheden van) de burger zal vaker geen gestand gedaan kunnen worden op grond van het ontbreken van voldoende bewijs. Bij al deze vaststellingen is opnieuw van cruciaal belang de kennis die de politie had of behoorde te hebben gehad. Die (potentiële) kennis stelt het EHRM vast op basis van de beschikbare feitelijke informatie.

In het kader van deze mogelijke schending komt aan de orde of de indieners van de klacht zelf een civiele procedure, in Nederland kan men bijvoorbeeld denken aan een straatverbod, tegen Paget-Lewis hadden kunnen beginnen:

‘The applicants maintained that they could not have been expected to obtain a civil injunction to prevent Paget-Lewis from intimidating their family and attacking their home and property since any such request would have been futile. They pleaded in this respect that they would have been unable to provide a court with any proof that Paget-Lewis was responsible for the facts of vandalism given that the police had never taken any steps to investigate the incidents which they had reported.’³²⁶

De indieners lijken zich in een vicieuze cirkel te bevinden. Ze kunnen zelf niet aantonen wie verantwoordelijk is voor het vandalisme, de politie onderneemt geen actie naar aanleiding van hun klachten en daarmee blijven ze in dezelfde positie; ze kunnen niet aantonen wie verantwoordelijk is voor het vandalisme en geen verband leggen met Paget-Lewis. De hulp van de politie is op dit vlak onontbeerlijk. De politie is speciaal getraind en bevoegd tot het opsporen van strafbare feiten; de burger is dat niet. Aan politie en burger kan men daarom niet dezelfde eisen stellen om de betrokkenheid van iemand bij vandalisme aannemelijk te maken. Voor het met succes voeren van een civiele procedure tegen Paget-Lewis was de familie Osman op dit vlak afhankelijk van de politie. Het Hof verwijst op dit punt nogmaals naar de bij artikel 2 gebezigde stelling dat niet aannemelijk is gemaakt dat de politie wist of behoorde te weten dat Paget-Lewis op dat moment een daadwerkelijke en onmiddellijke bedreiging vormde voor het leven Ahmet Osman.

In deze zaak was de kennis dus niet dusdanig dat de autoriteiten, met name de politie, in actie hadden moeten komen om de positieve verplichtingen ex artikel 2 en artikel 8 EVRM gestand te doen. In een aantal andere zaken heeft het EHRM geoordeeld dat de kennis van de autoriteiten, of de kennis die deze be-

³²⁶ EHRM 28 oktober 1998, par. 125.

hoorden te hebben, wel zodanig was dat maatregelen ter bescherming van het recht op leven mochten worden verwacht.

2.5 Kennis die de autoriteiten hebben of behoren te hebben

In latere zaken waarin het EHRM heeft vastgesteld dat de positieve verplichting onder artikel 2 EVRM wel is geschonden, is uiteraard eveneens de kennis die de autoriteiten hadden of behoorden te hebben aan de orde geweest. *Osman v. the UK* biedt slechts een negatieve beschrijving van de kennis die de autoriteiten hadden in die zin dat die kennis kennelijk niet voldoet aan de criteria die het EHRM hanteert. Hoewel het moeilijk is harde criteria te formuleren gezien het casuïstische karakter van de jurisprudentie van het EHRM, bieden de latere zaken toch voldoende houvast om in ieder geval tot enkele uitgangspunten tot komen.

In een aantal zaken tegen Turkije heeft het EHRM vastgesteld dat de positieve verplichting uit artikel 2 EVRM wel is geschonden. Eén van die zaken is *Kiliç versus Turkey*.³²⁷ In deze zaak is onder meer de vraag aan de orde of de Turkse autoriteiten hebben voldaan aan de positieve verplichting om preventieve maatregelen te nemen om het leven van Kemal Kiliç te beschermen dat werd bedreigd door de criminele handelingen van een ander individu. Kiliç was lid van een mensenrechtenorganisatie in Şanlıurfa en werkte als journalist voor de Turks Koerdische krant *Özgür Gündem* die tussen mei 1992 en april 1994 verscheen. Eind 1993 werden aanklachten ingediend tegen de hoofdredacteur, manager en eigenaar van de krant. Ze werden beschuldigd van lidmaatschap van de PKK (de Koerdische arbeiderspartij), van ondersteuning van de PKK en van het maken van propaganda voor de PKK. Daarvoor, eind 1992, stuurde Kiliç de gouverneur van Şanlıurfa reeds een persbericht waarin melding werd gemaakt van doodsb bedreigingen tegen, aanvallen en moorden op medewerkers die betrokken waren bij de totstandkoming, verspreiding en verkoop van de krant. En van bescherming van kantoren, medewerkers en distributeurs door veiligheidsfunctionarissen in andere delen van het gebied. Kiliç verzocht de gouverneur om bescherming van de medewerkers van de krant waaronder hijzelf, een andere journalist, de distributeur en de chauffeur. De gouverneur wees het verzoek af door middel van een brief van 30 december 1992; in geen enkele provincie werd bescherming geboden en er was geen sprake van aanvallen op of bedreiging van distributeurs. Op 11 januari 1993 heeft Kiliç een nieuw persbericht verspreid inhoudende dat aanvallen op medewerkers van de krant doorgingen ondanks een dringend verzoek om beschermende maatregelen. Daarop werd Kiliç in staat van beschuldiging gesteld wegens belediging van de gouverneur en op 18 januari 1993 werd hij één dag gedetineerd. Op 18 februari 1993 heeft Kiliç aan

³²⁷ EHRM 28 maart 2000.

het eind van de middag het kantoor van de krant in het centrum van Şanlıurfa verlaten en is hij onderweg weg naar Külünçe, waar hij met zijn vader woonde, doodgeschoten.³²⁸

Er is te weinig, of geen direct, bewijs om met voldoende zekerheid vast te stellen door wie Kiliç is doodgeschoten en of de schutter voor de staat werkte of in opdracht van de staat handelde.³²⁹ Het EHRM overweegt ten aanzien van de kennis die de Turkse autoriteiten hadden over het gevaar dat Kiliç liep, als volgt:

'65. The Court notes that Kemal Kiliç made a request for protection to the governor of Şanlıurfa on 23 December 1992, just under two months before he was shot dead by unknown gunmen. His petition shows that he considered himself and others to be at risk because they worked for *Özgür Gündem*. He claimed that distributors and sellers of the newspaper had been threatened and attacked in Şanlıurfa and in others towns in the south-east region. In his press release of 11 January 1993, he detailed specific attacks on two news-stands in Şanlıurfa.

66. The Government had claimed that Kemal Kiliç was not more at risk than any other person or journalist in the south-east, referring to the tragic number of victims to the conflict in that region. The Court has previously found, that in early 1993 the authorities were aware that those involved in the publication and distribution of *Özgür Gündem* feared that they were falling victim to a concerted campaign tolerated, if not approved, by State officials (see the *Yaşa v. Turkey* judgement of 2 September 1998, *Reports* 1998-VI, p. 2440, § 106). It is undisputed that a significant number of serious incidents occurred involving killings of journalists, attacks on newspaper kiosks and distributors of the newspaper (see the *Yaşa* judgement cited above, p. 2440, § 106, and the case of *Ersöz and Others v. Turkey* pending before the Court, application no. 23144/93, Commission's report of 29 October 1998, §§ 28-62 and 141-42, unpublished). The Court is satisfied that Kemal Kiliç, a journalist for *Özgür Gündem*, was at this time at particular risk of falling victim to an unlawful attack. Moreover, this risk could in the circumstances be regarded as real and immediate.

67. The authorities were aware of this risk. The governor of Şanlıurfa had been petitioned by Kemal Kiliç who had requested protective measures. In Diyarbakır, the police were in consultation with the *Özgür Gündem* office there about protective measures.

68. Furthermore, the authorities were aware, or ought to have been aware, of the possibility that this risk derived from the activities of persons or groups acting with the knowledge or acquiescence of elements in the security forces. A 1993 report by a Parliamentary Investigation Commission (see paragraph

³²⁸ EHRM 28 maart 2000, par. 8-14.

³²⁹ EHRM 28 maart 2000, par. 48, 50 & 64.

33 above) stated that it had received information that a Hizbullah training camp was receiving aid and training from the security forces and concluded that some officials might be implicated in the 908 unsolved killings in the south-east region. (...) The Court does not rely on the report as establishing that any State official was implicated in any particular killing. The report does, however, provide further strong substantiation for allegations, current at the time and since, that “contra-guerrilla” groups or terrorist groups were targeting individuals perceived to be acting against State interests, with the acquiescence, and possible assistance, of members of the security forces.”³³⁰

Uit het voorgaande zijn de volgende punten af te leiden die van belang zijn bij de beoordeling van de kennis die de autoriteiten hadden of behoorden te hebben:

- het slachtoffer heeft de autoriteiten geïnformeerd over de situatie en om bescherming gevraagd;
- de autoriteiten waren op de hoogte van het gegeven dat bij betrokkene(n) de vrees bestond om slachtoffer te worden welke vrees wordt ondersteund door het aantal ernstige incidenten dat zich reeds heeft voorgedaan.

Kort gezegd moet er dus sprake zijn van gegronde vrees voor schending van een fundamenteel recht, in dit geval het recht op leven, van de ene burger door een ander(e burger) waarover de autoriteiten zijn ingelicht en waarvoor om bescherming is gevraagd. In dit geval staat de andere burger tussen haken omdat in deze zaak niet duidelijk is of de dreiging uitging van een andere burger of van een persoon of personen die een band had(den) met de veiligheidsdiensten.

Het is duidelijk dat het moeilijkste onderdeel de gegronde vrees is. Wanneer zal daar nu precies sprake van zijn? In deze zaak vallen bepaalde aspecten in dat kader op. Zo is van belang dat zich reeds een aantal ernstige incidenten heeft voorgedaan maar daarbij was het latere slachtoffer (nog) niet betrokken. Ook richtte de dreiging zich niet uitsluitend of specifiek op het latere slachtoffer; de dreiging was gericht op een bepaalde groep waar het latere slachtoffer deel van uit maakte. En dat laatste is in combinatie met de eerdere ernstige incidenten van essentieel belang. Van de autoriteiten kan in immers niet worden verlangd dat zij iedere burger overal beschermen; al eerder kwam naar aanleiding van de zaak *Mastromatteo versus Italy* de toevallige passant die slachtoffer wordt aan de orde. In die zaak bestond jegens de toevallige passant geen positieve verplichting tot bescherming van het recht op leven. Maar het is dus ook weer niet zo dat iemand zelf reeds eerder slachtoffer moet zijn geweest of dat de bedreiging zich expliciet op hem richt. Wanneer de autoriteiten informatie hebben over ernstige incidenten jegens en bedreiging van een bepaalde groep personen, kan dat op zich reeds voldoende zijn om te kunnen spreken van gegronde vrees. Daarvoor

³³⁰ EHRM 28 maart 2000, par. 65-68.

is niet altijd vereist dat de dreiging zich meer specifiek op het (latere) slachtoffer richt of dat dat slachtoffer reeds bij eerdere incidenten betrokken is geweest.

Deze twee laatste voorwaarden waren eveneens niet vervuld in de zaak *Edwards versus the UK*.³³¹ In die zaak stellen de ouders van Christopher Edwards dat de autoriteiten hebben gefaald om het leven van hun zoon te beschermen en verantwoordelijk zijn voor zijn dood. Edwards leed aan schizofrenie en werd op 27 november 1994 gearresteerd omdat hij op straat vrouwen had benaderd met ongepaste voorstellen. Zijn gedrag, zowel voor zijn aanhouding als ook daarna op het politiebureau, leidde bij de betrokken politieagenten tot het idee dat Edwards geestelijk niet in orde was. Edwards werd echter door een sociaal werker die telefonisch overlegde met een psychiater, geschikt bevonden om te worden gedetineerd en dringende medische hulp werd niet noodzakelijk geacht. Edwards werd alleen in een cel geplaatst. De volgende dag werd Edwards naar de rechtbank gebracht waar hij tijdens zijn verblijf in een cel en op weg naar de zitting eveneens obsceniteiten over vrouwen schreeuwde. Zijn ouders hebben de *duty solicitor* ingelicht over zijn geestelijke gesteldheid en verzocht om medische verzorging en hem niet in hechtenis te houden. De officier van justitie heeft de rechtbank geïnformeerd dat Edwards werd gezien als een bedreiging voor vrouwen. Er werd besloten hem drie dagen in hechtenis te houden in *Chelmsford prison*. Betrokkenen aldaar besloten hem op een afdeling te plaatsen waar geen vrouwen werkten. Verder werd het gedrag van Edwards door medewerkers als vreemd getypeerd. Een lid van de medische staf zag geen reden om hem in het gezondheidscentrum op te laten nemen; deze medewerker was niet op de hoogte van de discussies en informatie over zijn geestelijke gezondheid maar uitsluitend van het feit dat Edwards een politieagente had lastig gevallen.

Op 26 november 1994 werd Richard Linford gearresteerd wegens een aanval op zijn vriendin en haar buurman.³³² Op het politiebureau had men het vermoeden dat hij geestelijk niet in orde was. Zijn gedrag was bizar en agressief. Na overleg met deskundigen werd hij toch geschikt bevonden voor detentie. Zijn gedrag werd verklaard als het gevolg van onder meer alcoholmisbruik. Hoewel een betrokken deskundige wist dat bij Linford eerder de diagnose schizofrenie was gesteld, wist hij ook dat Linford gestoord gedrag kon vertonen na alcohol- en drugsgebruik. Zijn gedrag bleef bizar en agressief tegenover de politieagenten. Op 28 november 1994 werd besloten hem in voorlopige hechtenis te houden in *Chelmsford prison*; op de zitting had men hem omschreven als “niet gestoord maar gevaarlijk”. Aanvankelijk werd hij daar alleen in een cel geplaatst. Vanwege een cellentekort werd hij later in één cel geplaatst met Christopher Edwards. In alle andere cellen in dat deel zaten op dat moment eveneens twee

³³¹ EHRM 14 maart 2002.

³³² Het arrest spreekt van neighbour; dat kan ook buurvrouw zijn.

gedetineerden per cel. Op 29 november 1994 vond een gevangenisbewaarder Edwards dood in de cel; hij was geslagen en geschopt. Linford bekende op 21 april 1995 schuld aan doodslag op Edwards.³³³

Het EHRM overweegt ten aanzien van de vraag of de autoriteiten wisten of behoorden te weten van het bestaan van een daadwerkelijke en onmiddellijke bedreiging van het leven van Edwards door de daden van Linford, het volgende:

“1. Christopher Edwards was killed while detained on remand by a dangerous, mentally ill prisoner, Richard Linford, who was placed in his cell. As a prisoner he fell under the responsibility of the authorities who were under a domestic-law and Convention obligation to protect his life. The Court has examined, firstly, whether the authorities knew or ought to have known of the existence of a real and immediate risk to the life of Christopher Edwards from the acts of Richard Linford and, secondly, whether they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.

2. As regards the state of knowledge of the authorities, the Court notes that it was considered in the inquiry report that any prisoner sharing a cell with Richard Linford that night would have been at risk to his life. It seems therefore to the Court that the essential question is whether the prison authorities knew or ought to have known of his extreme dangerousness at the time the decision was taken to place him in the same cell as Christopher Edwards.

3. That Richard Linford was mentally ill was known to the doctors who were treating him – he had been admitted to hospital in 1988 and been diagnosed as suffering from schizophrenia. He also had a history of violent outbursts and assaults. However, some weeks prior to his arrest on 26 November 1994, while fears had arisen that he was capable of serious violence, the consultant psychiatrist considered that one more effort to manage his behaviour through depot medication was required before steps were taken to detain him under the Mental Health Act 1983. At the police station, after his arrest, his bizarre behaviour led the police to suspect that he was mentally ill and the police surgeon considered that his mental state was such that he was not fit to be detained. This view was overruled, somewhat to the surprise of the police, by the psychiatric registrar who examined him and concluded that his behaviour could be a result of substance abuse and a deliberate attempt at manipulation. The registrar did not consult Richard Linford's notes which would have shown him that he was under consideration for compulsory committal. While in the police station, Richard Linford's behaviour continued to fluctuate with violent and bizarre episodes. When he arrived at the prison after being remanded in custody by the court, he bore visible signs

³³³ EHRM 14 maart 2002, par. 9-22.

of injury and was known to the screening health worker to have been “difficult”. The screening health worker was not, however, made aware of his prison record or his previous committal to hospital and the police, prosecution and court did not pass on any detailed information relating to his conduct and his known history of mental disturbance.

4. The Court is satisfied that information was available which identified Richard Linford as suffering from a mental illness with a record of violence which was serious enough to merit proposals for compulsory detention and that this, in combination with his bizarre and violent behaviour on and following arrest, demonstrated that he was a real and serious risk to others and, in the circumstances of this case, to Christopher Edwards, when placed in his cell.

5. As regards the measures which they might reasonably have been expected to take to avoid that risk, the Court observes that the information concerning Richard Linford's medical history and perceived dangerousness ought to have been brought to the attention of the prison authorities, and in particular those responsible for deciding whether to place him in the health care centre or in ordinary location with other prisoners. It was not. There was a series of shortcomings in the transmission of information, from the failure of the registrar to consult Richard Linford's notes in order to obtain the full picture, the failure of the police to fill in a CID2 form (exceptional risk) and the failure of the police, prosecution or Magistrates' Court to take steps to inform the prison authorities in any other way of Richard Linford's suspected dangerousness and instability.

6. The Government have pointed out that even if a CID2 form had been filled in by the police, this would not have conclusively led the prison to place Richard Linford in the health care centre rather than a cell with another prisoner. They submit that the screening process concentrated on the behaviour of the prisoner on admission and was not expected to be a full medical or psychiatric examination, a doctor generally visiting each prisoner within a day of arrival. However, the inquiry report considered that if the screening health worker had been properly informed of Richard Linford's background, he would have perhaps paid closer attention, noticing that Linford had lied in his answers in the questionnaire and he might in those circumstances have erred on the side of caution and not placed him on ordinary location. It is true that this is speculation to some extent. However, the Court considers that it is self-evident that the screening process of the new arrivals in a prison should serve to identify effectively those prisoners who require for their own welfare or the welfare of other prisoners to be placed under medical supervision. The defects in the information provided to the prison admissions staff were combined in this case with the brief and cursory nature of the examination carried out by a screening health worker who was found by the inquiry to be inadequately trained and acting in the

absence of a doctor to whom recourse could be had in case of difficulty or doubt.

7. It is apparent from the inquiry report that in addition there were numerous failings in the way in which Christopher Edwards was treated from his arrest to his allocation to a shared cell. In particular, despite his disturbed mental state, no doctor was called to examine him in the police station, no CID2 form was filled in by the police and there was a failure to pass on to the prison screening officer information provided informally by the applicants, the probation service at the court and an individual police officer. However, although it would obviously have been desirable for Christopher Edwards to be detained either in a hospital or the health care centre of the prison, his life was placed at risk by the introduction into his cell of a dangerously unstable prisoner and it is the shortcomings in that regard which are most relevant to the issues in this case. On the same basis, while the Court deplores the fact that the cell's call button, which should have been a safeguard, was defective, it considers that on the information available to the authorities, Richard Linford should not have been placed in Christopher Edwards's cell in the first place.

8. The Court concludes that the failure of the agencies involved in this case (medical profession, police, prosecution and court) to pass information about Richard Linford on to the prison authorities and the inadequate nature of the screening process on Richard Linford's arrival in prison disclose a breach of the State's obligation to protect the life of Christopher Edwards. There has therefore been a breach of Article 2 of the Convention in this regard.

Uit deze zaak zijn de volgende punten af te leiden die van belang zijn bij de beoordeling van de kennis die autoriteiten hadden of behoorden te hebben:

- de autoriteiten beschikten over relevante informatie, in dit geval betreffende de geestelijke toestand en geschiedenis van gewelddadig gedrag van de persoon die het recht op leven van een ander heeft geschonden;
- het gegeven dat die relevante informatie niet is doorgegeven, in dit geval aan de autoriteiten van de gevangenis, is van ondergeschikt belang;
- de persoon die een bedreiging vormde voor anderen vertoonde in aanwezigheid van de autoriteiten afwijkend en gewelddadig gedrag, in dit geval tijdens en na zijn aanhouding onder meer in aanwezigheid van de politie en gevangenisbewaarders;
- op grond van het voorgaande en dus bij de autoriteiten bekende gegevens zou hij verplicht gedetineerd moeten worden aangezien hij een daadwerkelijk en onmiddellijk gevaar is voor anderen.

Anders dan bij de vorige zaak speelt hier niet dat het slachtoffer voordat hij met de dader in contact kwam bij de autoriteiten zijn gegronde vrees voor schending

van zijn recht op leven heeft gemeld. Edwards' leven was dan ook pas in gevaar vanaf het moment dat hij met Linford in één cel belandde. Linford was niet zozeer van meet af aan een bedreiging voor alleen Edwards maar meer voor een ieder die onbeschermd en afgeschermd van anderen met hem in contact kwam, waaronder een celgenoot. Het EHRM geeft in zijn overweging immers aan dat Edwards gezien zijn (geestelijke) toestand weliswaar beter in een ziekenhuis of medische afdeling van een gevangenis geplaatst had kunnen worden maar dat het er in de eerste plaats omgaat dat Linford niet bij hem in de cel geplaatst had moeten worden. Ook hier is sprake van een relativering van hetgeen uit de zaak *Mastromatteo v. Italy* leek te volgen over de toevallige passant. Wanneer iemand een vrijwel zeker gevaar vormt voor het leven van anderen, kan op de autoriteiten een positieve verplichting tot bescherming rusten ook al is het slachtoffer nogal willekeurig.

In de zaak *Gongadze versus the Ukraine* is het slachtoffer zeker niet willekeurig te noemen. Georgiy Gongadze, journalist en hoofdredacteur van *Ukrainska Pravda*, stond bekend vanwege zijn kritische houding ten opzichte van de autoriteiten en was actief betrokken bij het onder de aandacht brengen in binnen- en buitenland van de problemen rondom de vrijheid van meningsuiting in de Oekraïne. Op 14 juli 2000 schreef hij een open brief aan de *Prosecutor General* waarin hij klaagde dat de autoriteiten zijn familie, vrienden en collega's hadden ondervraagd in het kader van een vermeend strafbaar feit waar hij bij betrokken zou zijn geweest. Voorts had hij de klacht dat hij door onbekenden werd gevolgd wanneer hij met de auto van huis naar zijn werk reed en weer terug. Op 1 september 2000 antwoordde de *General Prosecutor's Office* dat er geen gronden waren voor het nemen van beschermende maatregelen. Op 16 september 2000 verdween Georgiy Gongadze. Zijn onthoofde lichaam is op 2 november 2000 gevonden. Het heeft nog enige maanden, inspanningen van zijn vrouw en moeder en onderzoek door buitenlandse deskundigen gevergd, voordat, ondanks de houding van de autoriteiten, definitief bevestigd kon worden dat het inderdaad Gongadze was die was gevonden. Hoewel onderzoek wees op de betrokkenheid van de autoriteiten, werd niemand in staat van beschuldiging gesteld. Pas nadat Viktor Yuschenko eind 2004 tot president was gekozen en het onderzoek werd heropend zijn een generaal en twee kolonels gearresteerd. Volgens een onderzoeksrapport uit september 2005 van de parlementaire commissie die de moord onderzoekt, is de ontvoering en moord georganiseerd door voormalig president Kuchma en voormalig minister van Binnenlandse zaken Kravchenko.³³⁴

Het EHRM overweegt ten aanzien van de vraag of de positieve verplichting is geschonden, als volgt:

³³⁴ EHRM 8 november 2005, par. 9-146.

“9. The recent developments in the present case demonstrate with a high degree of probability that police officers were involved in the disappearance and murder of Mr. Gongadze. The question to be determined is whether the authorities failed to comply with their positive obligation to protect Mr Gongadze from a known risk to his life.

10. The Court first notes that, in the instant case, the applicant’s husband in his open letter of 14 July 2000 to the Prosecutor General reported several facts concerning the interrogation of his relatives and colleagues by police officers about him and his surveillance by unknown persons. He requested the investigation of these facts and that measures be taken for his protection.

11. Secondly, the authorities, primarily prosecutors, ought to have been aware of the vulnerable position in which a journalist who covered politically sensitive topics placed himself / herself *vis-à-vis* those in power at the material time (cf. the death of 18 journalists in Ukraine since 1991 – paragraph 83 above).

12. Thirdly, the Court notes that, by virtue of powers conferred upon it under domestic law, the General Prosecutor’s Office (the “GPO”) is entitled and obliged to supervise the activities of the police and investigate the lawfulness of any actions taken by them. Despite clear indications in the letter of Mr Gongadze about the inexplicable interest in him shown by law-enforcement officers, the response of the GPO was not only formalistic, but also blatantly negligent (paragraph 12 above). A fortnight later the applicant’s husband disappeared.

13. The Court finds that these complaints from the late Mr. Gongadze and subsequent events, revealing the possible involvement of State officials in his disappearance and death, were neglected or simply denied without proper investigation for a considerable period of time. There was no reaction to the alleged involvement of the police in the disappearance, when information about such a possibility was disseminated publicly (paragraph 41 above). The fact that the alleged offenders, two of them active police officers, were identified and charged with the kidnap and murder of the journalist just a few days after the change in the country’s leadership, raises serious doubts as to the genuine wish of the authorities under the previous Government to investigate the case thoroughly.

14. In view of these considerations, the Court finds that there has been a substantive violation of Article 2 of the Convention.”

Ook in deze zaak beschikten de autoriteiten volgens het EHRM over relevante informatie; deze was door het slachtoffer zelf verstrekt. Daarbij heeft het slachtoffer ook om beschermende maatregelen gevraagd. De autoriteiten hadden zich tevens bewust moeten zijn van de kwetsbare positie waarin een journalist zich bevindt die verslag doet van politiek gevoelige onderwerpen, te meer daar sinds 1991 reeds achttien journalisten in de Oekraïne zijn gedood. Voorts wordt de

reactie van *the General Prosecutor's Office* door het EHRM aangemerkt als flagrant onachtzaam. Deze aanduiding wordt gemotiveerd met de duidelijke aanwijzingen in Gongadze's brief voor een onverklaarbare interesse in hem van de autoriteiten en dat hij spoorloos verdwijnt twee weken nadat hij om bescherming heeft gevraagd.

Net als in *Kiliç versus Turkey* is in deze zaak de relevante informatie schriftelijk vastgelegd en gestuurd naar een vertegenwoordiger van de autoriteiten die daadwerkelijke bescherming kan bieden. Wanneer de informatie schriftelijk is vastgelegd, is goed na te gaan over welke informatie de autoriteiten beschikten en waar of bij wie deze informatie zich bevond. Daarbij biedt een open brief de mogelijkheid om naderhand te controleren welke informatie nu precies de autoriteiten moet hebben bereikt; geknoei door autoriteiten achteraf kan daarmee worden voorkomen of aan het licht worden gebracht. Maar ook informatie die niet door de pers is ontvangen en/of is gepubliceerd kan uiteraard waardevol zijn. Wanneer in dossiers de nodige informatie is opgenomen, kan immers ook daaruit worden afgeleid dat de autoriteiten over de benodigde kennis beschikten. In deze zaak is daarnaast opnieuw van belang dat het gebeuren in een context van eerdere incidenten of gevallen past aangezien het EHRM verwijst naar de achttien gedode journalisten. Het slachtoffer maakte in dit geval ook weer deel uit van een groep die kennelijk bloot stond aan een bepaalde dreiging. Dat het EHRM de reactie van de autoriteiten op de brief van het slachtoffer niet alleen als formalistisch maar tevens als flagrant onachtzaam aanduidt is veelzeggend. In deze zaak is het kennelijk – op grond van het voorgaande – volstrekt helder en overduidelijk dat, anders dan in *Osman versus the UK*, de autoriteiten niet aan hun positieve verplichting hebben voldaan. Net als in *Kiliç versus Turkey*, alhoewel in die zaak zulks met onvoldoende zekerheid is te stellen, kan daarbij van belang zijn dat de autoriteiten als het ware mede de dader zijn van de moord. Het is niet alleen zo dat ze verantwoordelijk zijn voor het achterwege laten van beschermende maatregelen voor het slachtoffer tegen een 'particuliere' dader maar de dader behoorde tot de autoriteiten zelf.

De punten uit de hiervoor besproken arresten vinden bevestiging in de overige jurisprudentie van het EHRM, alhoewel die toch behoorlijk casuïstisch is en het formuleren van algemene uitgangspunten daardoor wat moeilijk is. Maar de bekendheid van informatie bij de autoriteiten, of de terechte veronderstelling daarvan, is van cruciaal belang. In *Sabuktekin versus Turkey* is klaagsters echtgenoot volgens haar door de veiligheidsdienst gedood vanwege zijn politieke activiteiten voor een pro-Koerdische politieke partij. In deze zaak komt het EHRM echter niet tot een schending van – de positieve verplichting van – artikel 2 EVRM:

“The applicant alleges that her husband was deliberately killed by the security forces or at their instigation on account of his activities in a pro-Kurdish political party. She has submitted a statement by her brother-in-law (see paragraphs 9 and 10 above) in support of her allegations. However, the Court notes that that statement is not corroborated in any decisive way by any other eyewitness statement or other evidence. In their statements to the public prosecutor, neither the applicant nor Halil Sabuktekin mentioned the facts described in that statement (see paragraphs 17, 45, 47, 53, 56 and 57 above). The statement is also contradicted by the statements of the other eyewitnesses, including Latif Turan and Müslüm Olcay, and the other evidence that has been provided.

95. In these circumstances, the Court considers that the conclusion that Salih Sabuktekin was murdered by or with the complicity of agents of the State is based more on hypothesis and speculation than reliable evidence. It considers that the evidence before it does not provide proof capable of supporting that conclusion (see paragraph 94 above).

96. The Court accordingly finds that the evidence in the case file does not allow it to conclude that Salih Sabuktekin was killed by the security forces or with their connivance.

Consequently no violation of Article 2 of the Convention has been established on that account.”³³⁵

Nu er slechts sprake is van één verklaring die geen steun vindt in overig bewijs en de verklaring zelfs door andere verklaringen wordt tegengesproken, betitelt het EHRM het standpunt van de klaagster als een hypothese en speculatie.³³⁶ Betekent dit nu dat in geval er nauwelijks bewijs voorhanden is het EHRM niet tot de constatering van een schending van de positieve verplichting van artikel 2 EVRM kan komen? Uiteraard biedt de beschikbaarheid van informatie een klager de meeste steun. Maar er lijkt een nuancering te signaleren in de jurisprudentie. In een aantal zaken heeft het EHRM weliswaar moeten vaststellen dat er weliswaar weinig materiaal beschikbaar is maar dat de autoriteiten geen (afdoende) verklaring hebben kunnen geven voor bepaalde gebeurtenissen en dat sprake is van een materiële schending van artikel 2 EVRM. In *Ciçek versus Turkey* zijn twee broers samen met een aantal dorpsgenoten tijdens een militaire operatie gevangen genomen in het Zuidoosten van Turkije. Hoewel niet bekend is wat er precies met hen is gebeurd, stelt het EHRM dat er enkele factoren zijn die leiden tot de aanname van een schending van artikel 2 EVRM. Het gaat dan om

³³⁵ EHRM 19 maart 2002, par. 94-96.

³³⁶ EHRM 25 mei 1998, *Kurt versus Turkey*, betreft een vergelijkbare uitkomst; in deze zaak is de klacht volgens EHRM teveel gebaseerd op veronderstellingen die te weinig bieden om het gebrek aan overtuigende aanwijzingen te compenseren.

- het tijdsverloop: van de broers is gedurende meer dan zes jaar al niets vernomen;
- het gegeven dat de broers door de autoriteiten zijn opgepakt;
- en het gegeven dat de broers niet tegelijk met hun dorpsgenoten zijn vrijgelaten.

Daarbij wordt verwezen naar de algehele situatie in dat deel van Turkije gedurende de periode dat de broers zijn opgepakt die voor iemand in – een niet bevestigde of erkende – detentie als levensbedreigend kan worden getypeerd. Nu de autoriteiten geen enkele verklaring hebben gegeven voor wat er met de broers is gebeurd na hun arrestatie moet hun – veronderstelde – dood aan de autoriteiten worden toegerekend.³³⁷

Er is dus nog enige, zij het zeer beperkte, speelruimte wanneer er nauwelijks bewijs voorhanden is. Maar dan moet wel een bepaald minimum aan informatie beschikbaar zijn waarbij op een of ander wijze vast komt te staan dat de autoriteiten zelf een – hoe beperkt en ondergeschikt ook – aandeel hebben gehad in de gebeurtenissen en kunnen factoren als tijdsverloop en de algehele situatie van invloed zijn.

In het licht van de casuïstische benadering van het EHRM verdient het volgende nog aandacht. In *Yaşa versus Turkey* waarin de klager en zijn oom op straat zijn beschoten en als gevolg waarvan klagers oom is overleden, constateert het EHRM geen schending van artikel 2 EVRM. Volgens de klager zijn zij beschoten door leden van de geheime dienst en was de reden dat zij de pro-Koerdische krant *Özgür Gündem* verkochten (de krant die ook in *Kiliç versus Turkey* aan de orde was). Het EHRM kan niet tot aanname van een schending van artikel 2 EVRM komen omdat het materiaal niet *beyond a reasonable doubt* tot de conclusie leidt dat leden van de veiligheidsdienst verantwoordelijk zijn voor de beschieting. In het licht van het voorgaande is die uitkomst niet echt verwonderlijk, hoewel er een rapport beschikbaar is dat vergelijkbare incidenten vermeldt en aangeeft hoe gevaarlijk de situatie was voor bijvoorbeeld medewerkers en verkopers van de genoemde krant.³³⁸ Wat opvallend is aan deze zaak is dat, hoewel de uitspraak slechts ruim een maand voor *Osman versus the United Kingdom* is gedaan, daarin het begrip ‘positive obligation’ niet voorkomt. Nu is al eerder gesteld dat het EHRM niet heel streng en consequent is in de terminologie die hij hanteert. Maar deze uitspraak wordt in latere uitspraken wel aangehaald als voorbeeld van een zaak waarin de positieve verplichting aan de orde was. In *Ilhan versus Turkey* overweegt het EHRM dat *Yaşa* (samen met *Osman*)

³³⁷ EHRM 27 februari 2001, par. 146-147, zie ook de vergelijkbare zaken EHRM 8 juli 1999, *Cakici versus Turkey*; EHRM 9 mei 2000, *Ertak versus Turkey*; EHRM 13 juni 2000, *Timurtas versus Turkey* en EHRM 21 november 2000, *Demiray versus Turkey*.

³³⁸ EHRM 2 september 1998, par. 92-97.

heeft te gelden als voorbeeld van een zaak waarin de positieve verplichting van de autoriteiten om het leven van een individu tegen derden te beschermen, aan de orde is.³³⁹ Dat laat zien dat de rechtspraak van het EHRM niet altijd even makkelijk te doorgronden is.

3 Conclusie: de positieve verplichting in het licht van artikel 2 Politiewet 1993

Uit de besproken arresten zijn de volgende criteria af te leiden om de positieve verplichting nader te omschrijven:

- er bestaat een gegronde vrees voor een schending van een fundamenteel recht van een burger door een andere burger;
- deze vrees wordt bevestigd door of is af te leiden uit voor de autoriteiten beschikbare relevante informatie, daarbij is van belang dat die informatie - achteraf- is te verifiëren zodat op schrift of anderszins vastgelegde informatie de voorkeur verdient;
- wat die informatie inhoudt zal van geval tot geval verschillen; deze kan betrekking hebben op eerdere incidenten, op verdenking van of betrokkenheid bij andere strafbare feiten en/of op een of meerdere bepaalde personen;
- op de autoriteiten rust de plicht dat beschikbare informatie bij de juiste persoon en op de juiste plaats komt zodat noodzakelijke maatregelen genomen kunnen worden;
- op de bedreigde burger kan de plicht rusten de autoriteiten in te lichten en daarbij is opnieuw van belang dat de daarbij verstrekte informatie schriftelijk of anderszins wordt vastgelegd;
- wanneer de informatie ontbreekt kan op basis van bepaalde gegevens toch ook op de autoriteiten de plicht rusten om bescherming te bieden, met name wanneer de autoriteiten zelf betrokken zijn of invloed hebben op bepaalde gebeurtenissen.

Deze omschrijving sluit aan bij wat de wetgever voor ogen stond met het voorkomen van strafbare feiten door de politie; beschikbare informatie die aanleiding geeft te vrezen voor ernstige delicten. De vrees voor schending van een fundamenteel recht, in feite betreft het hier het recht op leven, betekent immers dat er sprake moet zijn van vrees voor een ernstig delict. Het belang van informatie is door de wetgever eveneens expliciet aan de orde gesteld; die informatie is immers de basis op grond waarvan kan worden opgetreden. Voorzover de autoriteiten, in de vorm van de politie, op basis van artikel 2 Politiewet 1993 preventief mogen optreden, komen de basisvoorwaarden in algemene zin der-

³³⁹ EHRM 27 juni 2000, par. 75-76.

halve overeen met de voorwaarden die de autoriteiten verplichten tot preventief optreden ter bescherming van de burger.

Wanneer er sprake is van een situatie waarin bepaalde informatie beschikbaar is die leidt tot de gegronde vrees voor ernstige strafbare feiten dwingt de positieve verplichting de autoriteiten in beginsel tot het nemen preventieve maatregelen. Deze preventieve maatregelen zullen fundamentele rechten van burgers zo veel mogelijk moeten respecteren en dienen te voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Maatregelen die daarvoor in aanmerking komen zijn dus maatregelen die niet snel inbreuk maken op rechten van nog niet als verdachte aangemerkte burgers. Daartoe behoren volgens de jurisprudentie dus in ieder geval het geven van een bevel zich te verwijderen en in het openbaar een voorwerp onder zich nemen, observeren, schaduwen en fotograferen. Bij de uitvoering van deze maatregelen spelen de factoren frequentie, duur, plaats, methoden en doel een rol. Met name de plaats is van essentieel belang. Wanneer de autoriteiten de mogelijkheden van en in de openbare ruimte benutten en daarbij niet of nauwelijks de buiten de openbaarheid gelegen sfeer van de burger binnendringen, zullen de maatregelen de toets van rechtmatigheid moeten kunnen doorstaan.

Voor de burger betekent het voorgaande dat van hem mag worden verwacht dat hij relevante informatie bij de autoriteiten meldt en dat hij er voor zorgt dat die informatie op een of andere wijze wordt vastgelegd. Daarbij heeft ook te gelden hoe concreter en gedetailleerder de informatie is, hoe zwaarder de verplichting die op de autoriteiten rust om preventieve maatregelen te nemen. Wanneer de autoriteiten bijvoorbeeld kennis hebben of behoren te hebben van een concrete ernstige bedreiging waarbij aanwijzingen bestaan voor fysiek geweld of informatie bekend is over de geestesgesteldheid van een betrokkene, kan daarin voldoende indicatie zijn gelegen om maatregelen te nemen. Daarbij zal uiteraard van belang zijn dat de niet alleen voldoende concreet is maar ook voldoende betrouwbaar. Wanneer op voorhand duidelijk is dat bepaalde informatie niet concreet en/of niet betrouwbaar is, is sprake van een geval waarin het kennelijk ongegrond is om preventieve maatregelen te nemen. Wanneer er twijfel is over de concreetheid en/of betrouwbaarheid van de informatie zal kort nader onderzoek moeten uitwijzen of er voldoende grond is preventieve maatregelen te nemen. Wanneer de informatie voldoende concreet en betrouwbaar is zijn de autoriteiten gehouden passende preventieve maatregelen te nemen.

Slotbeschouwing

1 Inleiding

Op basis van de onderzoeksresultaten is naast de meer precieze antwoorden op de vragen uit hoofdstuk I ook in bredere zin iets te zeggen over veiligheid. Na de beantwoording van de onderzoeksvragen, volgt een beschouwing waarbij op grond van de bevindingen het preventieve karakter van het strafrecht en achtereenvolgens de rol van politie, openbaar ministerie, rechter, aangevers van strafbare feiten en van de wetgever aan de orde komen.

2 De vragen van het onderzoek

In dit onderzoek staat veiligheid in de zin van bescherming van de burger tegen crimineel gedrag van een medeburger centraal waarbij de nadruk ligt op de preventieve taak van de staat.

De eerste vraag van de probleemstelling luidt:

- Wat is de rechtstheoretische inbedding van veiligheid in deze betekenis?

Veiligheid is verbonden met het sociaal contract en de drie klassieke waarden van Radbruch.

Veiligheid is afgeleid van het Latijnse *securitas*, dat al sinds de middeleeuwen betrokken werd op personen en goederen en waar zodoende de bescherming van het leven en de eigendom centraal stond. Na de middeleeuwen bleef deze betekenis, die we kunnen vertalen als de bescherming van de burger tegen medeburgers op straat, van belang. Deze invulling van *securitas*, die we kunnen aanduiden als de binnenlandse veiligheid, kwam in een dubbele betekenis te staan: bescherming tegen medeburgers en bescherming tegen de staat. Deze dubbele betekenis heeft zich in ons rechtsdenken verankerd door een begrip als de democratische rechtsstaat. Het gedachte-experiment van het sociaal contract en de verschillende *pacta* die daarbij in de literatuur wel worden onderscheiden, duiden op diverse mogelijkheden om de posities van staat en burger in het licht van veiligheid nader in te vullen. Daarbij dient rekening gehouden te worden met het de private belangen overstijgende karakter van het gemeenschapsbelang

en de soevereiniteit van (de leden van) die gemeenschap, met de verhouding tussen staat en burgers en met de verantwoordelijkheid van de staat om fundamentele waarden tussen burgers onderling te garanderen. Door het recht moet een aantal waarden tot uitdrukking worden gebracht, te weten individuele rechten en rechtssubjectiviteit, een normatieve ordening en de rechtszekerheid die voor daadwerkelijke ordening en rust zorgt omdat deze waarde de handhaving van het recht eist. Deze onderverdeling sluit aan bij de klassieke waarden van Radbruch die doelmatigheid, rechtvaardigheid en rechtszekerheid als waarden van het recht formuleert.

Vanuit deze rechtstheoretische inbedding van veiligheid is vervolgens de relatie gelegd met de fundamentele rechten zoals neergelegd in grondwet en verdrag. Onder invloed van Amerikaanse en Franse verklaringen en de theorie van het sociaal contract treffen we veiligheid, in de betekenis van de verzekering van de natuurlijke rechten tegen inbreuken daarop door medeburgers, aan het einde van de 18e eeuw op een prominente plaats in onze constitutie aan. Veiligheid is en blijft één van de belangrijkste waarden die aan onze constitutie ten grondslag ligt. Het is een van de fundamentele waarop onze constitutie rust en daarmee een van de pijlers van onze rechtsorde. Het eist immers dat de belangrijkste waarden die in die rechtsorde zijn opgenomen ook daadwerkelijk gestand worden gedaan. De verbondenheid met en het belang voor de grondrechten is onmiskenbaar.

De tweede vraag van dit onderzoek is:

- Is veiligheid in deze betekenis een grondrecht?

Het antwoord op die vraag is nee.

Het onderzoek leidt niet tot een bevestigend antwoord op de vraag of een grondrecht op veiligheid daadwerkelijke handhaving van fundamentele rechten in relaties tussen burgers onderling vordert. In het licht van de klassieke grondrechten laat veiligheid zich het best plaatsen als doelcriterium in een beperkingsclausule. Op die wijze is het direct gekoppeld aan de fundamentele rechten. Alleen wordt hiermee duidelijk dat het dan niet zozeer staat voor daadwerkelijke handhaving van het recht waaraan het is gekoppeld maar eerder voor inperking van dat recht. En in dit onderzoek staat nu juist de betekenis centraal dat veiligheid dwingt tot daadwerkelijke handhaving van het fundamentele recht. In deze betekenis ligt veiligheid als sociaal grondrecht evenmin voor de hand. Eén van de belangrijkste argumenten is dat wanneer we ervan uitgaan dat een sociaal grondrecht op veiligheid de autoriteiten een bepaalde beleidsvrijheid geeft, die

daarmee een extra grondwettelijke legitimatie verkrijgen om in de vrije sfeer van de burger te treden. Nu kunnen daar best goede redenen voor zijn maar wanneer het uitgangspunt is dat het juist om een versterking gaat van de fundamentele rechten van de burger, ligt het in eerste instantie niet voor de hand daarvoor een wijze te kiezen waarmee de positie van de staat wordt versterkt ten opzichte van de burger.

De derde vraag van het onderzoek is:

- Welke eisen zijn af te leiden uit artikel 2 Politiewet 1993 op grond waarvan de politie preventief kan optreden?

De politie kan een bevel tot verwijdering geven, een voorwerp onder zich nemen, observeren, schaduwen en fotograferen en dat alles dient in het openbaar te geschieden. Het gaat met name om feitelijk handelen.

Uit de wetsgeschiedenis bij dit artikel is niet veel meer af te leiden dan dat de politie optreedt op basis van beschikbare informatie over mogelijke toekomstige strafbare feiten die ernstige delicten betreffen. De beschikbare informatie kan zowel actief als passief verkregen informatie zijn. Maar hoe het verkrijgen van informatie zich verhoudt tot hetgeen de politie nu wel of niet mag doen in deze fase blijft onduidelijk. De wetgever heeft de invulling overgelaten aan de praktijk die uiteindelijk door de onafhankelijke rechter wordt getoetst. De rechter heeft de hiervoor genoemde handelingen onder de reikwijdte van artikel 2 Politiewet 1993, of een voorloper daarvan, gebracht. De toets waaraan deze handelingen moesten voldoen was eerst dat deze plaats hadden gevonden onder het bevoegd gezag, in overeenstemming met het recht en binnen de eisen van de proportionaliteit en subsidiariteit. Met de opkomst van het EVRM is artikel 8 van dit verdrag een centrale rol gaan spelen. De hiervoor genoemde handelingen gelden als een beperkte inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en daarbij spelen de volgende factoren een rol: duur, plaats, methoden, doel en overlast. De factor 'plaats' speelt vrijwel zonder uitzondering impliciet of expliciet in alle rechterlijke uitspraken een belangrijke rol. Daarbij is met name de openbaarheid van belang. Voor de staat die zich actief inzet op het preventieve vlak liggen de mogelijkheden daartoe dan ook in de openbare ruimte.

Vervolgens is de positieve verplichting van de autoriteiten ingevolge artikel 2 EVRM bezien. Deze verplichting vereist van de autoriteiten dat deze een daadwerkelijke en onmiddellijke bedreiging van het recht op leven voorkomen. En dat betekent preventief optreden. Dat kan door middel van handelen op grond van artikel 2 Politiewet 1993. De vraag is dan welke voorwaarden uit de positie-

ve verplichting volgen op grond waarvan een staat moet overgaan tot preventief optreden.

Dat leidt tot de vierde en laatste vraag van het onderzoek en die luidt:

- In welke gevallen, dat wil zeggen onder welke voorwaarden, moeten de Nederlandse autoriteiten preventief optreden ter bescherming van een mogelijke, toekomstige schending van een fundamenteel recht van een burger door een medeburger?

De voorwaarden luiden als volgt:

- er bestaat een gegronde vrees voor een schending van een fundamenteel recht van een burger door een andere burger;
- deze vrees wordt bevestigd door of is af te leiden uit voor de autoriteiten beschikbare relevante informatie, daarbij is van belang dat die informatie – achteraf – is te verifiëren zodat op schrift of anderszins vastgelegde informatie de voorkeur verdient;
- wat die informatie inhoudt zal van geval tot geval verschillen; deze kan betrekking hebben op eerdere incidenten, op verdenking van of betrokkenheid bij andere strafbare feiten en/of op een of meerdere bepaalde personen;
- op de autoriteiten rust de plicht dat beschikbare informatie bij de juiste persoon en op de juiste plaats komt zodat noodzakelijke maatregelen genomen kunnen worden;
- op de bedreigde burger kan de plicht rusten de autoriteiten in te lichten en daarbij is opnieuw van belang dat de daarbij verstrekte informatie schriftelijk of anderszins wordt vastgelegd;
- wanneer de informatie ontbreekt, kan op basis van bepaalde gegevens toch ook op de autoriteiten de plicht rusten om bescherming te bieden, met name wanneer de autoriteiten zelf betrokken zijn of invloed hebben op bepaalde gebeurtenissen.

3 Strafrechtelijke preventie

Het strafrecht heeft de laatste jaren een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt wanneer het op preventie aankomt. In dit onderzoek is onder meer gewezen op de bijzondere opsporingsbevoegdheden die zijn ingevoerd om de georganiseerde criminaliteit en het terrorisme te bestrijden. De voorwaarden voor preventief optreden die in dit onderzoek zijn geformuleerd steken enigszins schril af bij die wetgeving. Een bescheiden kader waarvan op het eerste gezicht wellicht sterk betwijfeld kan worden of het wel net zo effectief kan zijn als de

maatregelen die de wetgever de laatste jaren heeft genomen. Over die maatregelen valt in ieder geval te zeggen dat de wetgever nauwelijks aan empirische onderbouwing heeft gedaan. Corstens heeft erop gewezen dat bij bepaalde maatregelen de kracht van de argumentatie vooral is te zoeken in het herhalen van steeds weer hetzelfde, niet empirisch ondersteunde motief.³⁴⁰ Volgens het onderzoek van Lintz voegt de strafrechtelijke uitbreiding van de strafbaarstellingen in het kader van terroristische misdrijven niet veel toe aan het strafrecht en verhoudt het onderdeel over de samenspanning zich moeilijk met de principes van het Nederlandse strafrecht.³⁴¹ Zware middelen zijn ingezet om vooral aan de eventuele dreiging van (internationaal) terrorisme het hoofd te bieden. Die zware middelen houden in dat *binnen* het Nederlandse strafrecht zelf een nog niet verdachte burger meer dan voorheen aan onderzoek kan worden onderworpen. De kanttekening die vanuit dit onderzoek daarbij wordt geplaatst is dat de wetgever heeft verzuimd te bezien welke mogelijkheden nog besloten lagen in het bestaande strafrechtelijke kader. De wetgever heeft geen antwoord gegeven op de vraag wat er nog mogelijk was *zonder* over te gaan tot uitbreiding van bestaande bepalingen dan wel invoering van nieuwe bepalingen. Eerst moeten toch de grenzen van het bestaande worden verkend alvorens de grenzen worden verlegd naar een nieuwe horizon. Eerst moet toch de vraag worden beantwoord wat nog mogelijk is voordat er iets nieuws wordt ingevoerd.

Het kader dat hier is geschetst ziet op criminaliteit in het algemeen en niet op bepaalde situaties in het bijzonder. Een onmiskenbaar voordeel daarvan is dat niet het risico ontstaat dat handelingen of bevoegdheden die zijn ingevoerd voor een bepaalde situatie, eigenlijk een uitzonderingssituatie, langzaam aan gaan gelden voor het strafrecht in het algemeen. Strafrechtelijke wetgeving die slechts geldt voor bepaalde situaties maar die is opgenomen in het commune strafrecht kan de werking hebben van een olievlek en op termijn voor steeds meer situaties gaan gelden. Dat hoeft op zich nog geen bezwaar te zijn wanneer bij opname van de nieuwe bepalingen goed is bezien of die passen binnen de grondslagen van het commune strafrecht. Een uitzondering wordt over het algemeen niet voor niets als uitzondering gepresenteerd; die verhoudt zich niet goed tot de rest. Wanneer die uitzondering steeds meer veralgemeniseerd wordt, kan dat grote consequenties hebben voor het commune recht. De uitzondering wordt steeds meer regel. Wanneer het strafrechtelijke preventie betreft, mogen in het licht van alleen al het vereiste van de verdenking van een strafbaar feit en de onschuldpresumptie niet lichtvaardig maatregelen worden genomen die aan deze vereisten voorbij gaan. Juist omdat het vereiste van de verdenking van een strafbaar feit daarbij

³⁴⁰ Corstens 2005b.

³⁴¹ Lintz 2007

wordt losgelaten. Het zoeken van aansluiting bij het bestaande kader biedt dan ook de beste garantie dat aan de bestaande vereisten zo veel mogelijk wordt voldaan.

Daarbij kunnen de klassieke waarden van Radbruch een rol spelen. De rechtszekerheid vordert de daadwerkelijke handhaving van het geldende recht en dat betekent dat mogelijke inbreuken op fundamentele rechten moeten worden voorkomen. Daar kunnen echter niet alle middelen voor worden ingezet. Radbruch laat zien dat de rechtszekerheid niet alleen van belang is voor de positiviteit en dus de gelding van het recht. De rechtszekerheid draagt ook bij aan de verwezenlijking van de rechtvaardigheid. Wanneer de cultuur en daarmee de rechtsorde het belang van onvervreemdbare mensenrechten formuleert, moet het recht die tot uitdrukking brengen. Dat betekent dat strafrechtelijke preventie, om een mogelijke inbreuk op een fundamenteel recht te voorkomen, begrensd wordt door de mensenrechten zoals die voor iedereen binnen de Nederlandse rechtsorde gelden. Wanneer dat in bepaalde situaties of voor bepaalde groepen zou veranderen, is er volgens de opvatting van Radbruch sprake van strijdigheid van het positieve recht met het bovenwettelijk recht. Dat bovenwettelijk recht biedt ons nu juist een kader om te bepalen waar de grenzen liggen van wat wel en niet kan. Het juridische moet die grenzen niet overschrijden. Dat houdt in dat het strafrecht, al dan niet in preventieve zin, niet is terug te brengen tot een louter formeel geheel. Net zoals aan het strafrecht, ligt aan onze rechtsorde, een normatief stelsel ten grondslag.

Dat de rechtszekerheid dus daadwerkelijke bescherming eist, betekent dat vanaf het vroegst mogelijke moment de vrijheid van de burger bescherming verdient. Veiligheid staat voor de zekerheid van bescherming van de vrije sfeer. Bij (preventief) handelen van de staat zal altijd het uitgangspunt moeten zijn dat de vrije sfeer van de burger wordt beschermd en gerespecteerd. Bij de invulling en uitvoering van die bescherming zal de staat dus niet louter, of niet louter met name, de afweging tussen vrijheid en veiligheid moeten maken zoals vaak wordt gesteld. De veiligheid eist immers de daadwerkelijke beleving van de vrijheid. En dat geldt voor alle burgers. De staatstaak behelst nu juist die vrijheid voor alle burgers te optimaliseren. Bij een inbreuk op die vrije sfeer door een burger wordt dan ook terecht de nodige zorgvuldigheid betracht wanneer deze op grond van de regels van strafvordering van zijn vrijheid wordt beroofd. Het belang van het respect voor de vrije sfeer en de daaruit voortvloeiende plicht tot terughoudendheid die op de staat rust, komt immers mede tot uitdrukking in de voorwaarden waaronder iemands vrijheid door de staat kan worden ontnomen.

De toepasselijkheid van die regels is duidelijk in geval een inbreuk op de vrije sfeer, in de zin van een strafbaar feit, is geconstateerd. Wanneer er een verdenking bestaat en iemand als verdachte kan worden aangemerkt, is derhalve

duidelijk hoe de staat moet handelen. Maar wat nu als van een strafbaar feit en een verdenking nog geen sprake is? De veiligheid vordert immers bescherming vanaf het vroegst mogelijke moment. Artikel 2 Politiewet 1993 biedt de politie daartoe de mogelijkheid; onder dat artikel is ook het voorkomen van criminaliteit begrepen. Dat betekent niet dat er verregaande bevoegdheden zijn waarvan de politie gebruik kan maken, hetgeen past binnen de betekenis van veiligheid. Die vordert immers terughoudendheid van de autoriteiten; bij het handelen dient de bescherming van de vrije sfeer van de burger mede uitgangspunt te zijn. Daar staat tegenover dat om die vrije sfeer zo veel mogelijk te bevorderen, de autoriteiten maatregelen moeten kunnen nemen om mogelijke inbreuken daarop te voorkomen. Artikel 2 Politiewet 1993 vervult die rol; het biedt een basis voor bepaalde maatregelen jegens een burger of burgers. In de meeste gevallen gaat het daarbij om bescherming van een of het algemeen belang. De politie probeert zo vroeg mogelijk toekomstige criminaliteit op het spoor te komen en te voorkomen. Het gaat om bescherming in brede zin en niet om daadwerkelijke bescherming van een concrete burger.

De veiligheid vereist nu dat laatste ook. De focus ligt tot nu toe vrijwel uitsluitend op de (mogelijke) overtreder en de toets of zijn recht op de persoonlijke levenssfeer al dan niet is geschonden. Denken en handelen vanuit een mogelijk concreet slachtoffer lijkt vrijwel niet aan de orde. Maar de daadwerkelijke bescherming van de vrije sfeer bestaat niet alleen hierin dat mogelijke inbreuken in brede zin worden voorkomen en dat de terughoudendheid van de staat zijn begrenzing vindt in de persoonlijke levenssfeer van eventuele overtreders maar ook dat recht wordt gedaan aan de burger als individu en als rechtssubject met vrijheidsrechten die bescherming verdienen. In het EVRM geldt voor een aantal rechten de positieve verplichting van de staat om op actieve wijze de burger te beschermen. In een concreet geval toetst het EHRM of de staat wel al het mogelijke heeft gedaan om die bescherming te bieden. Het kader dat voor die verplichting geldt, kan niet alleen als toetssteen maar tevens als leidraad dienen om het handelen van de autoriteiten richting te geven wanneer het aankomt op de daadwerkelijke bescherming van een burger tegen een andere burger.

Dat voorkomt dat een denken ontstaat waarin de vrije sfeer van de burger wordt gedefinieerd door de negatieve bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer. Wanneer die niet is geschonden, is er eigenlijk niets aan de hand. Een dergelijk denken staat veraf van de waarden die uit onze constituties voortvloeien en waarin de vrijheid niet alleen op negatieve wijze maar ook op positieve wijze centraal staat. Anders dan het wellicht lijkt, leidt de nadruk op de vrijheid van de burger niet tot een verabsolutering van die vrijheid. Een situatie waarin het voor een staat vrijwel onmogelijk is om ook maar enigszins in te grijpen wanneer nodig, is niet aan de orde. Integendeel juist. De nadruk op de vrijheid van de

burger en de actieve bescherming daarvan, brengt juist het belang en besef naar voren dat er voor de staat verschillende mogelijkheden zijn om niet af te wachten en te handelen in een vroeg stadium.

De nadruk op de vrijheid van de burger betekent dan ook niet dat preventie en aandacht voor bestrijding van misdaad geen of nauwelijks prioriteit genieten. De positieve plicht van de staat eist nu juist dat misdaad wordt bestreden en waar mogelijk wordt voorkomen. In het hedendaagse debat zoals dat in de rechtswetenschap wordt gevoerd, lijkt dit op de achtergrond geraakt. Een strafrechtelijke benadering waarin de uitgangspunten van de rechtsstaat centraal staan, roept de kritiek over zich af te verworden tot een retorische traditie waarin nieuwe wetsvoorstellen, bijvoorbeeld over terrorismebestrijding, worden begeleid met commentaar dat de beginselen van het strafrecht worden uitgehold.³⁴² Het kader uit dit onderzoek laat nu juist zien dat bedoelde uitgangspunten niet alleen de mogelijkheid bieden om recente ontwikkelingen kritisch te kunnen volgen maar dat daarin tevens een fundament ligt besloten waarop die ontwikkelingen gestoeld kunnen worden. En daarmee krijgen de mensenrechten de plaats die ze toekomt. Onze Grondwet stelt die rechten immers voorop en de analyse van de constituties uit dit onderzoek laat zien dat daar een ontwikkeling van enkele eeuwen aan vooraf is gegaan. Dat belang is in de tweede helft van de twintigste eeuw nog eens nadrukkelijk onderstreept door de rol die het EVRM is gaan spelen. Door dat verdrag wordt het Nederlandse strafrecht uiteindelijk door een internationale rechter, het EHRM, getoetst aan de mensenrechten zoals neergelegd in dat EVRM. De wetgever zal er dan ook voor moeten zorgen dat nieuwe wetgeving in die zin ‘mensenrechten-proof’ is. Een kader voor strafrechtelijke preventie dient gestoeld te zijn op die mensenrechten en de mogelijkheden die daar binnen liggen.³⁴³

4 De lessen van Osman

Zonder de pretentie te hebben een volledig en gedetailleerd kader te presenteren, is er wel iets meer te zeggen over het handelen van de autoriteiten en de bescherming van en tegen inbreuken op de vrije sfeer van de burger. In de rechtspraak van het EHRM komt immers het handelen van bijvoorbeeld politie of klagers expliciet aan de orde. Daarbij speelt de informatie waarover verschillende betrokkenen beschikken een cruciale rol en ook aan de hand daarvan is meer te zeggen over de rol van die betrokkenen.

³⁴² Zie Rozemond 2005 en een reactie daarop: Prakken en Spronken 2005.

³⁴³ Zie Borgers 2007 die een meer economische benadering kiest en met name wijst op een kosten-batenanalyse en kritisch hierover Franken 2008.

Politie

Een eerste opvallend punt uit *Osman vs the UK* is dat er verschillende versies bestaan over de informatie die de familie Osman en de school aan de politie hebben gegeven. In het licht van die contacten hebben betrokken politiefunctionarissen later aangegeven zich niet meer te kunnen herinneren over bepaalde zaken te zijn geïnformeerd. Dat kan duiden op slordigheid van de familie Osman en de school maar ook van de politie. Dat laatste idee wordt versterkt doordat ook over de informatie van een andere autoriteit, te weten *the Inner London Education Authority* (ILEA) die de politie informeerde dat Paget-Lewis bedreigingen uitte jegens hoofdonderwijzer Perkins, de lezingen uiteen lopen. De telex over deze informatie die in december 1987 bij de politie rondging, bevatte in ieder geval informatie over de bedreigingen, een beschrijving van Paget-Lewis en gegevens over zijn auto. Gelet op de acties die de politie vlak daarna, in januari 1988, tegen Paget-Lewis ondernam – onder meer een procedure wegens onvoorzichtig rijgedrag en registratie wegens verdenking van vandalisme – bevatte de informatie kennelijk toch wel enige grond daarvoor. Het EHRM stapt daar wel heel gemakkelijk overheen. Daarbij was de informatie niet beperkt tot een enkel incident maar zag deze op verschillende gebeurtenissen en was deze bovendien niet uitsluitend afkomstig van een mogelijk slachtoffer maar tevens van een betrokken school en een betrokken maatschappelijke instelling.

Een zorgvuldige behandeling van binnengekomen informatie door de autoriteiten is van essentieel belang. Het gaat daarbij dus niet alleen om een goede inhoudelijke beoordeling van de informatie maar tevens om zorgvuldige documentatie daarvan; achteraf moet zijn vast te stellen welke informatie bij de autoriteiten bekend was. De zaken *Kiliç vs Turkey* en *Gonzadze vs Ukraine* tonen dat eens te meer aan. Daarin hebben de slachtoffers respectievelijk een persbericht en een open brief gebruikt waardoor er, anders dan in *Osman vs the UK*, geen misverstand bestaat omtrent de informatie die zij de autoriteiten hebben verstrekt. Nu zijn de slachtoffers in die zaken journalisten en wijken de omstandigheden van die beroepsgroep in de betrokken lidstaten behoorlijk af van de situatie in bijvoorbeeld het Verenigd Koninkrijk of ons land. Van de Nederlandse autoriteiten mag echter worden verwacht dat deze er zorg voor dragen dat aan eisen van zowel materiële als formele zorgvuldigheid wordt voldaan. Dat geldt met name voor de politie die op basis van de informatie moet beslissen of, en zo ja welke, actie wordt ondernomen.

Dat de informatie die de politie verzamelt en hoe daar mee om te gaan van steeds groter belang is geworden, blijkt uit de vervanging van de Wet politieregisters door de Wet politiegegevens.³⁴⁴ De voortgaande digitalisering maakt

³⁴⁴ Wet van 27 juli 2007, Stb. 2007, 300, in werking getreden per 1 januari 2008.

steeds meer informatie steeds makkelijker beschikbaar, althans via digitale netwerken en databanken. In de Memorie van Toelichting bij deze wet is er op gewezen dat de politie gegevens verzamelt en waar nodig met elkaar in verband brengt en dat het dan vaak zal gaan om gegevens over personen jegens wie nog geen verdenking bestaat en gegevens die niet zijn voortgekomen uit diepgaand onderzoek. Gelegde verbanden en opvallende feiten die daaruit naar voren komen, kunnen eventueel aanleiding geven tot verdieping en gerichte verwerking voor een bepaald doel. De uitvoering van de dagelijkse politietaak vormt op die manier de uiterst belangrijke basis voor de algehele uitvoering van de politietaak op grond van artikel 2 Politiewet 1993.³⁴⁵ De nodige waarborgen tegen ongerechtvaardigde inbreuken op de persoonlijke levenssfeer worden geboden door het vereiste van doelbinding, autorisatie en beperking van gebruik van bepaalde gegevens. En tevens is voorzien in rechtsbescherming, toezicht en controle.³⁴⁶ Hoewel het begrijpelijk is dat bij de tot standkoming van de wet voorwaarden voor bescherming en beschikbaarheid van informatie centraal hebben gestaan, is het een gemiste kans dat niet of nauwelijks is gesproken over wat de politie met welke informatie moet of kan doen.³⁴⁷ Juist nu zo nadrukkelijk aan de orde is geweest dat de politie over informatie beschikt en wat de politietaak in dat kader behelst. De wetgever lijkt een blinde vlek te hebben wanneer de dagelijkse politietaak aan de orde is. Eventuele bestaande mogelijkheden voor preventie lijken geen enkele prioriteit te genieten. Preventie lijkt men toch vooral centraal te stellen in het kader van georganiseerde criminaliteit en terrorisme.

Openbaar Ministerie

Maar naast de politie is de informatie ook van belang voor andere betrokken instanties. In *Osman vs the UK* rijst ook de vraag of op basis van de binnengekomen informatie niet eerder een gerichter opsporingsonderzoek jegens Paget-Lewis had kunnen en moeten plaatsvinden. Daarbij is niet alleen de rol van de politie maar ook die van het Openbaar Ministerie van belang. Zo is het op zich vreemd dat de registratie van Paget-Lewis wegens verdenking van vandalisme pas plaatsvindt maanden nadat de incidenten hebben plaatsgevonden. Ook is het gegeven dat Ahmet Osman van school moest veranderen en zijn schoolvriend Leslie Green bij een tante moest verblijven omdat zij werden lastig gevallen en achtervolgd door Paget-Lewis, kennelijk geen aanleiding geweest tot enig strafrechtelijk onderzoek. Nu hoeft er niet direct buitensporig te worden gereageerd door te

³⁴⁵ TK 2005-2006, 30 327, nr. 3, p. 10.

³⁴⁶ TK 2005-2006, 30 327, nr. 3, p. 17.

³⁴⁷ In de Wet politiegegevens ligt de nadruk met name op een verruiming van wettelijke mogelijkheden tot verstrekking van persoonsgegevens, niet op wat de politie zelf met de informatie doet, zie ook Bitter en Bleichrodt 2007, p. 139-142.

snel het strafrecht in te zetten. Maar in geval van informatie met voldoende basis om aan te nemen dat twee jongeren zich op dusdanige wijze bedreigd voelen zodat ze van school moeten wisselen en elders (tijdelijk) moeten gaan wonen, zou toch zeker aanleiding kunnen zijn voor een strafrechtelijk onderzoek wegens bedreiging of belaging. Niet alleen de politie maar dus ook het OM zal zich actief moet opstellen. In het beleid van het OM zal op enige wijze moeten doorklinken dat de positieve verplichting noopt tot het nemen van bepaalde maatregelen. Daarbij valt te denken aan beleidsregels in de vorm van een richtlijn of speciale aanwijzing, zoals die bijvoorbeeld bestaat voor huiselijk geweld waarbij het proces-verbaal een aparte checklist bevat om gevallen zo snel mogelijk op het spoor te komen. Wat betreft de positieve plicht kan men beleid voeren waarbij men (extra) alert is op bedreigingen en gewelddadig gedrag bij binnengekomen informatie aangezien die gedragingen in de besproken zaken steeds voorkomen.

Rechter

Hoewel de positieve plicht hier hoofdzakelijk wordt gezien voor autoriteiten die een preventieve taak hebben en dus in een zo vroeg mogelijk stadium bij het voorkomen van crimineel gedrag zijn betrokken, valt er toch ook wel wat over de rol van de Nederlandse rechter te zeggen. Die heeft in deze geen rol die vergelijkbaar is met die van de politie of het openbaar ministerie, maar het hiervoor geschetste kader kan aan de orde komen wanneer de rechter als rechter-commissaris bij een onderzoek wordt betrokken of als de rechter, achteraf, toetst of aan de positieve plicht is voldaan. Het belang van de rechter-commissaris moet niet worden onderschat. Zo kan deze op grond van artikel 177 Wetboek van Strafvordering een opdracht aan opsporingsambtenaren geven. Op grond van de uitkomsten van dit onderzoek kan de rechter-commissaris bij een afweging van de belangen van een verdachte tegenover het algemeen belang van strafvordering, dit laatste belang mede bezien in het licht van de positieve plicht die voortvloeit uit de fundamentele rechten van mogelijke slachtoffers.

Daarnaast wijs ik nogmaals op de formele zorgvuldigheid die zo van belang is ten aanzien van binnengekomen informatie. Het EHRM lijkt in *Osman vs the UK* de stelling van de Britse autoriteiten dat bepaalde informatie niet is ontvangen of een andere, minder ernstige, inhoud had redelijk gemakkelijk aan te nemen terwijl er toch ook duidelijke aanwijzingen zijn dat daar wel het nodige op aan te merken is. Die aanname heeft tot gevolg dat eveneens redelijk gemakkelijk wordt aangenomen dat de autoriteiten de positieve plicht niet hebben geschonden. Het criterium mag dan wel luiden 'de kennis of informatie die de autoriteiten hadden of behoorden te hebben'; de jurisprudentie van het EHRM laat zien dat een casuïstische benadering betekent dat de feitelijke situatie veel zwaarder weegt dan de situatie zoals die behoorde te zijn. In de zaken waarin

niet ter discussie staat over welke informatie de autoriteiten daadwerkelijk beschikten, zoals in *Kiliç vs Turkey* and *Gongadze vs Ukraine*, speelt de aanwezige informatie een essentiële rol bij de aanname van een schending van de positieve plicht. Ook in *Edwards vs the UK* is van belang dat voldoende informatie over de geestelijke gesteldheid van zowel Edwards als Linford bij de autoriteiten aanwezig is geweest. In zaken waarbij niet zo duidelijk is welke informatie nu precies bij de autoriteiten aanwezig was, zou de rechter grondig te werk moeten gaan om daarvan een zo goed mogelijk beeld te krijgen. Zeker wanneer het belang daarvan zo cruciaal is voor het uiteindelijke oordeel of sprake is van schending van de positieve plicht.

Aangevers van strafbare feiten

In het licht van het voorgaande zijn ook opmerkingen te maken voor aangevers van bepaalde informatie. Een aangever kan er goed aan doen zijn eigen verhaal op schrift stellen en dat (laten) voegen bij een melding of aangifte. Ook kan men zelf de datum van een melding en eventueel een nummer van een proces-verbaal noteren voor het geval er later onduidelijkheid bestaat over wanneer welke informatie aan de autoriteiten is verstrekt. In ieder geval kan dat ertoe bijdragen dat de informatie, zoals in hoofdstuk VI al is aangegeven, zo concreet, gedetailleerd en gedocumenteerd mogelijk is en schriftelijk wordt vastgelegd.

Wetgever

In de Memorie van Toelichting bij de Politiewet 1993 nam de wetgever uitdrukkelijk afstand van de kritiek die was uitgeoefend op de rechtspraak van de Hoge Raad inzake de invulling van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde. Die kritiek kwam erop neer dat het wetsartikel te onbepaald was om daar bevoegdheden op te baseren in het kader van de preventie en opsporing van strafbare feiten. De wetgever sloot zich aan bij de jurisprudentie zoals die was ontstaan en stemde daarmee in met de interpretatie die aan de strafrechtelijke handhaving was gegeven. Wat er ook zij van de kritiek op de jurisprudentie; het was duidelijk dat handelen in het kader van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde een inmening inhield in de persoonlijke levenssfeer van burgers. Wanneer dat het geval is en dat ook nog door middel van rechtspraak duidelijk is geworden, moet de wetgever wanneer die zich buigt over nieuwe regelgeving op dat gebied dan niet uitgebreider motiveren hoe de gecreëerde bevoegdheden zich verhouden tot een fundamenteel recht als de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer?

In dit onderzoek staan, net als in de jurisprudentie, fundamentele rechten zoals neergelegd in een verdrag centraal. Een belangrijke reden daarvoor is gelegen in het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet; de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen. Een van de rede-

nen dat de rechter wetgeving niet aan de grondrechten toetst betreft het primaat van de wetgever. De wetgever heeft de democratische legitimatie die de rechter ontbeert; de wetgever fungeert in zekere zin dan ook als hoeder van de grondwet. Dat de rechter op bepaalde wijze wetgeving toetst aan verdragen, en zoals hiervoor al gesteld aan mensenrechten, doet niet af aan de positie van de wetgever in deze. De rechterlijke toetsing is een onafhankelijke toetsing achteraf; de wet is dan immers al in werking getreden. Maar van belang is ook dat wetgeving op het moment van inwerkingtreding 'grondwetbestendig' dient te zijn en dus in overstemming met de grondrechten. Die grondrechten bevatten immers beperkingsclausules waar de rechter ten aanzien van (bepalingen uit) wetten niets mee doet maar die wel als het ware voorschrijven hoe en in hoeverre grondrechten van burgers beperkt mogen worden. Dat betekent dat in een aantal gevallen de wetgever nieuwe wetgeving zal moeten motiveren.³⁴⁸

Ook in gevallen waarin de rechter zich reeds heeft uitgesproken over een bepaalde regel, zoals hier over de betekenis van de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, kan motiveren door de wetgever bij herziening van de wetgeving waarin die regel is opgenomen, gewenst zijn. Er kan immers onduidelijkheid zijn ontstaan over de uitleg van de rechter. De wetgever kan die onduidelijkheid wegnemen. De wetgever kan het kader dat door de rechter is ontwikkeld nader uitwerken en invullen zodat onzekerheid over de uitleg voor toekomstige gevallen afneemt. Hoe duidelijker de grenzen door de wetgever worden aangegeven hoe groter de rechtszekerheid zal zijn. Die rechtszekerheid pleit er voor dat de wetgever in gevallen waarin mensenrechten aan de orde zijn, niet alleen aan de grondrechten toetst maar ook aan die mensenrechten waar de rechter in het concrete geval aan moet toetsen, dus met name aan de rechten uit het EVRM.

De behandeling van de Politiewet 1993, met name de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, en de latere jurisprudentie leert dat de wetgever in een dergelijk geval duidelijkheid dient te verschaffen. De wetgever moet in een dergelijk geval aangeven of er bevoegdheden zijn voor de politie en wat die, of wat de feitelijke handelingen die zijn toegestaan, inhouden. Wanneer het gaat om optreden tegen mogelijke ernstige criminaliteit moet helder zijn wat politie, openbaar ministerie en rechter(-commissaris) daar voor een rol in hebben. Dat betekent niet dat altijd een nauwkeurige omschrijving met daarin opgenomen voorwaarden moet worden gegeven. Het is nu eenmaal niet mogelijk alles wat zich voor kan doen vooraf precies te overzien. Maar dat enige ruimte nodig en daarmee onbepaaldheid in regelgeving nodig is, wil niet zeggen dat daarom met een algemene omschrijving kan en mag worden volstaan. Door middel van voorbeelden van bevoegdheden of handelingen kan de wetgever aangeven wat wel of niet onder

³⁴⁸ Zie uitgebreid over de motiveringsplicht van de wetgever, Waaldijk 1994.

een bepaalde regel valt. Een dergelijke opsomming is dan weliswaar niet limitatief maar biedt toch een kader dat als uitgangspunt kan dienen voor toetsing in een concreet geval. Daarbij is van essentieel belang dat de wetgever zich uitlaat over hoe de bevoegdheden of toegestane handelingen zich verhouden tot fundamentele rechten van burgers. De wetgever kan immers ook de contouren van een toegestane inbreuk, zoals de beperkte inbreuk die in de jurisprudentie is ontwikkeld, schetsen.

Slot

Wanneer betrokkenen deze lessen ter harte nemen, wordt mogelijk de schending van een fundamenteel recht, zoals het recht op leven, in een bepaald geval voorkomen. Daar past echter direct de volgende kanttekening bij. Want bij alle hiervoor geschetste mogelijkheden zal steeds de vrije sfeer van *alle* burgers in de gaten moeten worden gehouden. Het EHRM geeft in zijn rechtspraak immers terecht aan dat ook de fundamentele rechten van een als mogelijke verdachte aangemerkte burger respect verdienen. Daarbij wijst het hof met name op respect voor de persoonlijke levenssfeer en op de onschuldpresumptie. Dat dit niet betekent dat de autoriteiten maar machteloos moeten toezien alvorens in het leven van een burger te kunnen ingrijpen, blijkt uit dit onderzoek. Wel zal nauwlettend in de gaten moeten worden gehouden waar en hoe dat ingrijpen precies gebeurt. Het belang van de zorgvuldigheid maar ook de betrouwbaarheid van informatie speelt hier uiteraard een grote rol. De autoriteiten zullen tot maatregelen of handelingen overgaan wanneer uit ontvangen informatie de ernst van een dreiging blijkt en die informatie aan voornoemde criteria voldoet. Wanneer dat het geval is, moet vervolgens worden gehandeld binnen de grenzen van de toegestane beperkte inbreuk op fundamentele rechten. Dat houdt in dat het voornamelijk zal gaan om maatregelen in de openbare ruimte zonder gebruik te maken van (ingrijpende) technische hulpmiddelen. In het licht van de veel dieper ingrijpende mogelijkheden die er zijn voor andere gevallen, zoals in de wet Bijzondere Opsporingsbevoegdheden zijn neergelegd, lijken de middelen wellicht beperkt. Maar dat zijn ze zeker niet gezien de informatie die is verzameld in zaken waar van deze mogelijkheden gebruik is gemaakt. Er ligt dan ook voldoende ruimte voor de autoriteiten om met respect voor ieders fundamentele rechten die rechten daadwerkelijk te beschermen. De beschermingsplicht leidt dan ook niet tot drastische stappen of maatregelen die haaks staan op een rechtsstatelijk kader waarin mensenrechten een centrale plaats innemen. Het leidt juist tot een kader waarin de staat de veiligheid actief bevordert zonder te kort te doen aan de vrije sfeer van de burgers.

Literatuur

Algehele grondwetsherziening 1979

Algehele grondwetsherziening, Deel 1a Grondrechten, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1979.

Alkema 1995

E.A. Alkema, 'De reikwijdte van fundamentele rechten – De nationale en internationale dimensies', in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1995-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-129.

Althusius 1614

J. Althusius, *Politica: methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illust*, oorspronkelijk 1614, Aalen: Scientia Verlag 1981.

Althusius (1614) 1994

J. Althusius, *Politica: an Abridged Translation of Politics Methodically set forth and illustrated with Sacred and Profane Examples*, Indianapolis: Liberty Fund 1994 (*Politica: methodice digesta atque exemplis sacris et profanis illust* 1614, vertaald door F.S. Carney).

Archives Parlementaires 1965

Archives Parlementaires de 1787 à 1860: recueil complet des débats législatif et politique des Chambres Françaises, Première Série, Parijs: Centre National de la Recherche Scientifique 1965.

Arendt 1958

H. Arendt, *The Human Condition*, Chicago: The University of Chicago Press 1958.

Bannier 1936

G.W. Bannier, *Grondwetten van Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1936.

Beccaria (1764) 1971

C. Beccaria, *Over misdaden en straffen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1971 (*Dei Delitti e Delle Pene* 1764, vertaald door J.M. Michiels).

Beck 1992

U. Beck, *Risk Society – Towards a New Modernity*, London: Sage Publications 1992.

Beck 1997

U. Beck, *De wereld als risicomaatschappij: essays over de ecologische crisis en de politiek van de vooruitgang*, Amsterdam: De Balie 1997 (vertaald door I. van der Aart en M. Hajer).

Berlin 1958

I. Berlin, 'Two concepts of liberty', in: *Four essays on liberty*, Oxford: Oxford University Press 1958.

Besselink 2001

L.F.M. Besselink, 'De Constitutie en uitzending van militairen voor vredeshandhaving', in: *Tijdschrift voor Ambtenarenrecht* 2001, p. 295-306.

Van Bijsterveld 2000

S.C. van Bijsterveld, 'Hoofdstuk 1 Grondrechten', in: A.K. Koekkoek, *De Grondwet*, Deventer: W.E.J Tjeenk Willink 2000, p. 45-62.

Bitter en Bleichrodt 2007

C.M. Bitter en F.W. Bleichrodt, 'Informatievoorziening in het kader van de bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme', in: L.J.J. Rogier e.a., *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (pre-adviezen VAR 2007), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 121-186.

Boek 1995

J.L.M. Boek, *Organisatie, functie en bevoegdheden van politie in Nederland. Juridische beschouwingen over het politiestelsel en het politiebureau in historisch perspectief* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint 1995.

Boek 1999

J.L.M. Boek, 'De politiefunctie', in: C.J.C.F. Fijnaut, E.R. Muller, U. Rosenthal, *Politie. Studies over haar werking en organisatie*, Alphen aan den Rijn: Samson 1999, p. 27-43.

Boek 2005

J.L.M. Boek, 'Bijlage 3, Politiewet 1993', in: C.P.M. Cleiren & J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar. Strafvordering*, Deventer: Kluwer 2005, p. 1877-1921.

Borgers 2007

M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Bos 1976

A.M. Bos, *De voorgeschiedenis van de grondrechten*, Deventer: Kluwer 1976.

Brainich von Brainich Felth 1993

E.T. Brainich von Brainich Felth, *Staatsnoodrecht* (dissertatie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993.

Brouwer 2006

J.G. Brouwer, *Van nachtbrakers tot terroristen, over persoonsgericht verstoren* (oratie Groningen), Groningen: Rijksuniversiteit Groningen 2006.

Brunner/Conze/Koselleck 1984

O. Brunner, W. Conze & R. Koselleck, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Stuttgart: Klett-Cotta 1984.

Van den Burg 1975

F.H. van den Burg, 'Mens en burger', in: R. Crinice Le Roy en J.G. Steenbeek (red.), *De mens in het recht* (Prins-bundel), Den Haag: Vuga-boekerij 1975, p 47-60.

Van den Burg & Boels 1994

F.H. van der Burg & H. Boels, *Tweehonderd jaar rechten van de mens in Nederland*, Leiden: F.M. van Asbeck Centrum voor Mensenrechtenstudies, 's-Gravenhage: Sdu Uitgeverij Koninginnegracht 1994.

Burkens 1989

M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van de grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.

Buruma 2002

Y. Buruma, 'Een grondwettelijk recht op veiligheid? Strafrechtspolitieke argumenten', in: *NJCM-Bulletin* 2002, p. 575-586.

Clarenbeek 1978

Th.J. Clarenbeek, *De oorlogswet voor Nederland* (diss. Universiteit van Amsterdam), Alphen aan den Rijn: H.D. Tjeenk Willink 1978.

Cliteur 1989

P.B. Cliteur, Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing, *Nederlands Juristenblad* 1989, p. 1369-1375.

Condorcet (1787) 1968

M.J.A.N.C. Condorcet, 'Lettres d'un bourgeois de New-Haven à un citoyen de Virgine sur l'inutilité de partager le pouvoir législatif entre plusieurs corps', in: A. Condorcet O'Connor & M.F. Arago, *Oevres*, nieuwe editie van de uitgave Parijs 1847-1849, Stuttgart-Bad Cannstatt: Frommann 1968.

Corstens 2003

G.J.M. Corstens & J. Praedel, *Het Europese strafrecht*, Kluwer: Deventer 2003.

Corstens 2005a

G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Kluwer: Deventer 2005.

Corstens 2005b

G.J.M. Corstens, Dijkdoorbraken in de strafrechtspleging, in: *Het Nederlands Juristenblad* 2005, p. 289.

Couvée en Pikkemaat 1963

D.H. Couvée en G. Pikkemaat, *1813-15, ons koninkrijk geboren*, Alphen aan den Rijn: Samson 1963.

Couwenberg 1988

S.W. Couwenberg (red.), *Opstand der burgers: de Franse revolutie na 200 jaar*, Kampen: Kok Agora 1988.

Van Dijk & Fligt 1998

T. van Dijk & S. Flight, *De Grondwet en het recht op veiligheid*, Hilversum: Intomart bv Sociaal Wetenschappelijk Onderzoek (in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken) 1998.

Van Dijk en Van Hoof 1998

P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Den Haag: Kluwer Law International 1998.

Van Dijk en Van Hoof e.a. 2006

P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn en L. Zwaak, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2006.

Donner 1998

J.P.H. Donner, 'Grondwet en constitutie in de toekomst', in: M.C. Burkens e.a. (red.), *Gelet op de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1998, p. 8-26.

Duguit & Monnier 1925

L. Duguit & H. Monnier, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Parijs: Librairie Générale de droit et de jurisprudence 1925.

Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985

Eindrapport van de Commissie Wetgevingsvraagstukken, Orde in regelgeving, 's-Gravenhage 1985.

Elias (1939) 1987

N. Elias, *Het civilisatieproces – Sociogenetische en psychogenetische onderzoeken*, Utrecht: Het Spectrum 1987 (Ueber den Prozess der Zivilisation: soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen 1939, vertaald door W. Kranendonk).

Elzinga, Van Rest en De Valk 1995

D.J. Elzinga, P.H.S. van Rest en J. de Valk, *Het Nederlandse politierecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.

Elzinga 1998

D.J. Elzinga, 'De betekenis van de Nederlandse Grondwet in de 19e eeuw', in: N.C.F. van Sas en H. ter Velde (red.), *De eeuw van de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1998, p. 80-95.

Figgis (1896) 1970

J.N. Figgis, *The Divine Rights of Kings*, Gloucester, Mass.: Peter Smith 1970.

Foqué & 't Hart 1990

R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming*, Arnhem: Gouda Quint bv 1990, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen 1990.

Foqué 1992

R. Foqué, *De Ruimte van het Recht* (oratie Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1992.

Foqué 1994

R.M.G.E. Foqué, 'Legitimiteit van het huidige strafrechtssysteem', in: H. de Doelder, R.M.G.E. Foqué & R.A.F. Gerding (red.), *Taak en functioneren van het OM*, Arnhem: Gouda Quint; Rotterdam: Sanders Instituut 1994, p. 11-26.

Foqué 1998

R. Foqué, 'De noodzakelijke verwevenheid van recht en ethiek', *Ars Aequi* (47), 1998-1, p. 6-17.

Forder 1992

C.J. Forder, 'Positieve verplichtingen in het kader van het EVRM', in: *NJCM-Bulletin* 1992, p. 617-631.

Franken 2008

A.A. Franken, 'Strafrechtswetenschappen en terrorismebestrijding', in: *Delikt en Delinquent* 2008, p. 1-6.

Franklin 1973

J.H. Franklin, *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 1973.

Friedman (1944) 1953

W. Friedman, *Legal Theory*, third Edition, London: Stevens & Sons 1953.

Fijnaut, Muller & Rosenthal 1999

C.J.C.F. Fijnaut, E.R. Muller & U. Rosenthal (red.), *Politie. Studies over haar werking en organisatie*, Alphen aan den Rijn: Samson 1999.

Ganshof (1944) 1977

F.L. Ganshof, *Was ist das Lehnwesen?*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft 1977 (Qu'est-ce que la féodalité? 1944, vertaald door R. & D. Groh).

Gerbranda en Kroes 1993

Tj. Gerbranda & M. Kroes, *Grondrechten evaluatie-onderzoek: eindrapport*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 1993.

De Gouges (1791) 1989

O. de Gouges, *Verklaring van de rechten van de vrouw en burgeres*, Kampen: Kok agora 1989 (Declaration des droits de la femme et de la citoyenne 1791, vertaald door en met medewerking van H. Schroeder & A. Helene).

Groenhuijsen en Knigge 2001

M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter terechtzitting, eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2001.

De Haan 1999

W. de Haan, 'Menselijk geweld', *Tijdschrift voor Criminologie*(41) 1999-2, p. 162-165.

Van Hasselt 1987

Van Hasselt, *Nederlandse staatsregelingen en grondwetten*, Alphen aan den Rijn: Samson Uitgeverij 1987.

Hazewinkel-Suringa/Remmeling 1996

L. Remmelink, *Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1996.

Hart 1961

H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press 1961.

Hart (1958) 1983

H.L.A. Hart, 'Positivism and the separation of law and morals', in: *Essays in jurisprudence and philosophy*, Oxford: Clarendon Press 1983.

't Hart 1976

A.C. 't Hart, *Om het OM. Een verkenning van enkele aspecten van taak en functioneren van Openbaar Ministerie in Nederland* (oratie Tilburg), Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

't Hart 1983

A.C. 't Hart, *Strafrecht en beleid. Essays*, Leuven: Acco, Zwolle: Tjeenk Willink 1983.

't Hart 1994a

A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

't Hart 1994b

A.C. 't Hart, 'Goed bestuur en integere rechtshandhaving', in: H. de Doelder, R.M.G.E. Foqué & R.A.F. Gerding (red.), *Taak en functioneren van het OM*, Arnhem: Gouda Quint; Rotterdam: Sanders Instituut 1994, p. 11-26.

Hennekens 1984

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Politiebevelen en burgerlijke vrijheden, in: *Nederlands Juristenblad* 1984, p. 321-326.

Hennekens 2004

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orderecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Heringa 1989

A.W. Heringa, *Sociale grondrechten*, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1989.

Hirsch Ballin 1992

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Gêne politici over moreel appel misplaatst', *NRC Handelsblad*, 24 september 1992, p. 8.

Hobbes (1642) 1991

T. Hobbes, *Man and Citizen*, Indianapolis/Cambridge: Hackett Publishing Company 1991 (De Homine 1658, vertaald door C.T. Wood, T.S.K. Scott-Craig & B. Gert in 1972. De Cive 1642, vertaald door T. Hobbes in 1651).

Hobbes (1651) 1991

T. Hobbes, *Leviathan*, London 1651, Cambridge texts in the history of political thought, Cambridge: Cambridge University Press 1991.

Van der Hoeven 1988

J. van der Hoeven, *De plaats van de grondwet in het constitutionele recht*, aangevulde heruitgave van het academische proefschrift (diss. 1958 Amsterdam UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Van Hoof 1984

G.J.H. van Hoof, The legal nature of economic, social and cultural rights: a rebuttal of some traditional views, in: P. Alston & K. Tomasevski (eds), *The right to food*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1984, p. 97-110.

Interimrapport van de commissie Kleine criminaliteit 1984

Interimrapport van de commissie Kleine criminaliteit (commissie Roethof), Den Haag: Staatsuitgeverij 1984.

Isensee 1983

J. Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin: Walter de Gruyter 1983.

Janse 2000

R. Janse, *De Rechtsfilosofie van Thomas Hobbes* (diss. Rotterdam), Delft: Eburon 2000.

Janse de Jonge 2000

E.J. Janse de Jonge, 'Artikel 42', in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 307-316.

Jansen 1992

C.J.H. Jansen, 'Gustav Radbruch', in: P.B. Cliteur & M.A. Loth (red.), *Rechtsfilosofen van de twintigste eeuw*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 71-89.

Janssen 2004

H.L. Janssen, 'Privé-leven en gezinsleven, in: A.W. Heringa (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

De Jong 2000

M.A.D.W. de Jong, *Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid* (dissertatie Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

De Jong 2004

M.A.D.W. de Jong, 'De opgetuigde burgemeester. Over uitbreiding van bevoegdheden tot handhaving van openbare orde', *Gemeenschap* 2004, p. 673-685.

De Jong 2007

M.A.D.W. de Jong, 'De burgemeester als misdaadbestrijder: reddingsboei of dwaallicht?', in: L.J.J. Rogier e.a., *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (preadviezen VAR 2007), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 59-120.

Van der Knaap, Nijssen en Bogaerts 2006

L.M. van der Knaap, L.T.J. Bogaerts & S. Bogaerts, *Geweld verslagen? Een studie naar de preventie van geweld in het publieke en semi-publiek domein*, WODC en Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2006.

Koekkoek 2000

A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

Koekkoek 2002

A.K. Koekkoek, 'Veiligheid als grondrecht', in: *NJCM-Bulletin* 2002, nr. 5, p. 549-561.

Kooijmans en Mevis 1999 (I)

T. Kooijmans, P.A.M. Mevis, 'Bestuurlijke detentie', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1999, p. 109-117.

Kooijmans en Mevis 1999 (II)

T. Kooijmans, P.A.M. Mevis, 'Nogmaals bestuurlijke detentie: het wetsvoorstel bestuurlijke ophouding', *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 1999, p. 244-247.

Koopman 1998

J. Koopman, *De democratische inbedding van de regionale politie* (dissertatie Groningen), Deventer: Kluwer 1998.

- Van Koppen & de Poot 2000
P.J. van Koppen & C.J. Poot, 'Integraal Veiligheidsbeleid, de Media en Criminaliteit', Nederlands Juristenblad 2000, p. 358-360.
- Korthals 2000
 A.H. Korthals, 'Juridisering in het openbaar bestuur', in: *Nederlands Juristenblad 2000, p. 209-214.*
- Kortmann 1997
 C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 1997.
- Kortmann e.a. 1998
 C.A.J.M. Kortmann e.a., *Grondwet – Tekst en Commentaar*, Deventer: Kluwer 1998.
- Krabbe 1906
 H. Krabbe, 'De heerschappij der Grondwet', *De Gids* 1906, p. 371-407.
- De Lange 2005
 R. de Lange, Noodrecht en grondrechten, in: *NJCM-Bulletin* 2005, p. 523-550.
- Vande Lanotte & Haeck 2004
 J. vande Lanotte & Y. Haeck (ed.), *Handboek EVRM. Deel 2: Artikelsgewijze commentaar*, Antwerpen: Intersentia 2004.
- Vande Lanotte & Haeck 2005
 J. vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 1: algemene beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005.
- Lawson 1995 (I)
 R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test – deel I', in: *NJCM-Bulletin* 1995, p. 558-573.
- Lawson 1995 (II)
 R. Lawson, 'Positieve verplichtingen onder het EVRM: opkomst en ondergang van de 'fair balance'-test – deel II', in: *NJCM-Bulletin* 1995, p. 727-750.
- Lidbetter and George 2001
 A. Lidbetter and J. George, 'Negligent public authorities and Convention rights – The legacy of *Osman*', in: *European Human Rights Law Review* 2001, p. 599-615.
- Lintz 2007
 J.M. Lintz, *De plaats van de Wet terroristisch misdrijven in het materiële strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Locke (1699) 1988

J. Locke, *Two Treatises of Government*, London 1699, Cambridge texts in the history of political thought, Cambridge: Cambridge University Press 1988.

Loeff 1953

J.J. Loeff, De sociale grondrechten van de mens, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1953-I*, Zwolle: Tjeenk-Willink 1953, p. 101-180.

Loof 2005

J.P. Loof, *Mensenrechten en staatsveiligheid: verenigbare grootheden? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

Loof & Cliteur 1997

J.P. Loof & P.B. Cliteur (red.), *Mensenrechten, dierenrechten, ecosystemen. Over het toekennen van fundamentele rechten aan mannen, vrouwen, kinderen, dieren en de rest van de natuur*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997.

Van Maarseveen en Van der Tang 1972

H.Th.J.F. van Maarseveen en G.F.M. van der Tang, 'Grondwetconcepties', *De Nederlandse Gemeente* (26) 1972-41, p. 488-492.

Maslow 1970

A.H. Maslow, *Motivation and Personality*, New York: Harper & Row, 1970.

Van der Meulen 2002

B. van der Meulen, 'Een grondrecht op veiligheid: bestuursrechtelijke aspecten', in: *NJCM-Bulletin* 2002, p. 562-574.

Michiels, Naeyé, Blomberg & Boek 1997

F.C.M.A. Michiels, J. Naeyé, A.B. Blomberg & J.L.M. Boek, *Artikelsgevijs commentaar Politiewet 1993*, 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V.

Mill (1859) 1989

J.S. Mill, *Over vrijheid*, Meppel: Boom 1989 (On liberty 1859, vertaald door W. E. Krul).

Mol Lous 2008

L. Mol Lous, 'De Wet politiegegevens: herziening van de Wet politieregisters', in: *Ars Aequi* 2008, p. 303-307.

Muller, Kummeling & Bron 2007

E.R. Muller, H.R.B.M. Kummeling en R.P. Bron, *Veiligheid en privacy*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

Pelle 1998

J. Pelle, *In de staatsrechtgeleerde wereld* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint, Rotterdam: Sanders Instituut 1998.

Piret 2000

J.M. Piret, 'Veiligheid en rechtsstatelijkheid: rechtsfilosofische en ideeënhistorische beschouwingen', *Delikt en Delinquent* (30) 2000-1, p. 31-49.

Piret 2002

J.M. Piret, 'Het recht op veiligheid: fundamenteleler dan een sociaal grondrecht', in: K. Rimanque e.a., *Het recht op veiligheid*, Antwerpen: Maklu-Uitgevers nv 2002, p. 9-37.

Polak 1953

C.H.F. Polak, Behoren de sociale grondrechten als vervat in de internationale verklaring van de rechten van de mens (art. 22 e.v.) ook voor ons recht aanvaard, in de grondwet verankerd en wettelijk nader omschreven te worden?, in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Zwolle: Tjeenk-Willink 1953.

Van der Pot 2006

D.J. Elzinga, R. de Lange m.m.v. H.G. Hoogers, *Van der Pot, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2006.

Radbruch 1914

G. Radbruch, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Leipzig: Verlag von Quelle & Meyer 1914.

Radbruch (1914-1949) 1973

G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, achte auflage, herausgegeben von Erik Wolf & Hans-Peter Schneider, Stuttgart: K.F. Koehler Verlag 1973.

Raes 1994

K. Raes, 'Onveiligheid in een normloze wereld', in: *Als Angst Regeert*, Amsterdam: Uitgeverij De balie 1994, p. 15-35.

Raes 1995a

K. Raes, 'Onveiligheid als culturele conditie - Tussen conventie en moraliteit', *Tijdschrift voor Rechtstheorie en Rechtsfilosofie* (24) 1995-2, p. 86-90.

Raes 1995b

K. Raes, 'De naakte samenleving - pleidooi voor een onpersoonlijke maar vertrouwde publieke cultuur', *Justitiële Verkenningen* (21) 1995-5, p. 62-95.

Rawls 1996

J. Rawls, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press 1996, with a new introduction and the reply to Habermas.

Recht in beweging 1990

Ministerie van Justitie, *Recht in Beweging: een Beleidsplan voor Justitie in de Komende Jaren*, Den Haag: SDU Uitgeverij 1990.

Robbers 1987

G. Robbers, *Sicherheit als Menschenrecht: Aspekte der Geschichte, Begründung und Wirkung einer Grundrechtsfunktion*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1987.

Rogier 2006

L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006.

Rogier 2007

L.J.J. Rogier, 'De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht', in: L.J.J. Rogier e.a., *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (preadviezen VAR 2007), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 7-57.

Romme 1945

C.P.M. Romme, *Nieuwe grondwetsartikelen: een bijdrage tot herstel en vernieuwing*, Amsterdam: Urbi et Orbi, 1945.

Rosenthal & Muller 2004

U. Rosenthal en E.R. Muller, Het grondrecht op veiligheid, in: E.R. Muller, *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 59-69.

Rousseau (1762) 1995

J.-J. Rousseau, *Het maatschappelijk verdrag of beginselen der staatsinrichting*, Amsterdam: Boom 1995 (Du contrat social 1762, vertaald door S. van den Braak en G. van Roermund).

De Savornin Lohman 1912

B.C. de Savornin Lohman, *Over het begrip grondwet* (oratie Utrecht), Utrecht: Oosthoek 1912.

De Savornin Lohman 1926

B.C. de Savornin Lohman, *Onze constitutie*, Utrecht: Kemink & Zoon 1926.

Schuyt 1997

C.J.M. Schuyt, 'Bronnen van juridisering en hun confluentie', in: *Nederlands Juristenblad* 1997, p. 925-930.

Schuyt 1999

C.J.M. Schuyt, 'Publiek geweld', in: *Delikt en Delinquent* (29) 1999-5, p. 383-388.

Schwitters e.a. 1996

R.J.S. Schwitters e.a., *De risicomaatschappij* (Justitiële verkenningen 1996-5) 's-Gravenhage: Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum, Ministerie van Justitie 1996, Arnhem: Gouda Quint 1996.

Schröder 2005

N.M. Schröder, 'Veiligheid en privacy in de openbare ruimte', in: *Veiligheid en privacy*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

Sociaal en Cultureel Rapport 1974-2000

Sociaal en Cultureel Planbureau, *Sociaal en Cultureel Rapport*, 1974-2000, Rijswijk/Den Haag: Sociaal en Cultureel Planbureau, 1974-2000.

Struycken 1914

A.A.H. Struycken, *De Grondwet: haar karakter en waarde*, Arnhem: Gouda Quint 1914.

Van der Tang 1998

G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee* (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint, Rotterdam: Sanders Instituut 1998.

Thorbecke 1856

J.R. Thorbecke, *Parlementaire redevoeringen van Mr. J.R. Thorbecke*, Deventer: Ter Gunne 1856-1870.

Veegens 2006

K. Veegens, 'Het Straatsburgse recht op vrijheid en veiligheid en Nederlandse verdenkingscriteria voor 'terrorisme-verdachten', in: *NJCM-Bulletin* 2006, p. 182-204.

Van der Velde 2005

J. van der Velde, 'Positieve verplichtingen. Over het ontstaan en het karakter van positieve verplichtingen in de jurisprudentie', in: A.W. Heringa (red.), *EVRM Rechtspraak & Commentaar*, Den Haag: SDU Uitgevers 2005.

Vermeulen 1992

B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?', in: *Tijdschrift voor Rechtstheorie en Rechtsfilosofie* 1992, p. 16-46.

Vlemminx 1994

F. Vlemminx, *Het profiel van de sociale grondrechten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1994.

Vlemminx 1998

F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998.

Vlemminx en Boekhorst 2000

F.M.C. Vlemminx en M.G. Boekhorst, 'Artikel 93', in: A.K. Koekkoek, *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 455-465.

De Vries 1971

J. de Vries, *Etymologisch woordenboek*, Leiden, Brill 1971.

Waaldijk 1994

C. Waaldijk, *Moitveringsplichten van de wetgever* (diss. Maastricht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1994.

Van der Wal 2004

R. van der Wal, *Of geweld zal worden gebruikt! Militaire bijstand bij handhaving en herstel van de openbare orde (1840-1920)*, Hilversum: Uitgeverij Verloren 2004.

Weinacht 1968

P.L. Weinacht, *Staat: Studien zur Bedeutungsgeschichte des Wortes von den Anfängen bis 19. Jahrhundert*, Berlin: Duncker & Humblot 1968.

Westerman 1998

P. Westerman, *Rechtsfilosofie, inleiding*, Heerlen: Van Gorcum/Open Universiteit 1998.

Zijderveld 1998

A.C. Zijderveld. *De samenleving als schouwspel*, Maarssen: Elsevier/De Tijdstroom 1998.

Zijderveld 1999

A.C. Zijderveld, 'Recht in zicht – Maatschappelijke juridisering', in: *Ars Aequi* 1999, p. 634-638.

Van Zuijlen 2004

R.W. van Zuijlen, 'Veiligheid als begrip: fundering van de rechtsorde', in: E.R. Muller, *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, p. 7-24.

Jurisprudentie

Europese Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 23-07-1968, case “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium, appl. nos. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64

EHRM 13-06-1979, Marckx v. Belgium, appl. no. 6833/74

EHRM 26-03-1985, X and Y v. the Netherlands, appl. no. 8978/80

EHRM 17-10-1987, Rees v. the United Kingdom, appl. no. 9532/81

EHRM 27-10-1994, Kroon and others v. the Netherlands, appl. no. 18535/91

EHRM 27-09-1995, McCann and others v. the United Kingdom, appl. no. 18984/91

EHRM 19-02-1998, Guerra and others v. Italy, appl. no. 14967/89

EHRM 19-02-1998, Kaya v. Turkey, appl. no. 22729/93

EHRM 25-03-1998, Kurt v. Turkey, appl. no. 24276/94

EHRM 09-06-1998, L.C.B. v. the United Kingdom, appl. no. 23413/94

EHRM 28-07-1998, Ergi v. Turkey, appl. no. 23818/94

EHRM 02-09-1998, Yaşa v. Turkey, appl. no. 22495/93

EHRM 28-10-1998, Osman v. the United Kingdom, appl. no. 23452/94

EHRM 08-07-1999, Çakici v. Turkey, appl. no. 23657/94

EHRM 08-07-1999, Tanrikulu v. Turkey, appl. no. 23763/94

EHRM 28-03-2000, Kiliç v. Turkey, appl. no. 22492/93

EHRM 04-05-2000, Powell v. the United Kingdom, appl. no. 45305/99

EHRM 09-05-2000, Ertak v. Turkey, appl. no. 20764/92

EHRM 13-06-2000, Timurtaş v. Turkey, appl. no. 23531/94

EHRM 27-06-2000, İlhan v. Turkey, appl. no. 22277/93

EHRM 10-10-2000, Akkoç v. Turkey, appl. nos. 22947/93; 22948/93

EHRM 21-11-2000, Demiray v. Turkey, appl. no. 27308/95

EHRM 27-02-2001, Çiçek v. Turkey, appl. no. 25764/94

EHRM 03-04-2001, Keenan v. the United Kingdom, appl. no. 27229/95

EHRM 10-05-2001, Cyprus v. Turkey, appl. no. 25781/94

EHRM 23-05-2001, Denizci and others v. Cyprus, appl. nos. 25316/94; 25321/94; 27207/95

EHRM 14-03-2002, Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, appl. no. 46477/99

EHRM 19-03-2002, Sabuktekin v. Turkey, appl. no. 27243/95

EHRM 24-10-2002, Mastromatteo v. Italy, appl. no. 37703/97

EHRM 18-03-2003, Glass v. the United Kingdom, appl. no. 61827/00

EHRM 06-05-2003, *Menson and others v. the United Kingdom*, appl. no. 47916/99
EHRM 04-12-2003, *M.C. versus Bulgaria*, appl. no. 39272/98
EHRM 08-07-2004, *Vo v. France*, appl. no. 53923/00
EHRM 10-11-2004, *Taskin and others v. Turkey*, appl. no. 46117/99
EHRM 30-11-2004, *Öneryildiz v. Turkey*, appl. no. 48939/99
EHRM 20-12-2004, *Makaratzis v. Greece*, appl. no. 50385/99
EHRM 24-02-2005, *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, appl. nos. 57947/00; 57948/00; 57948/00
EHRM 08-11-2005, *Gongadze v. Ukraine*, appl. no. 34056/02
EHRM 07-03-2006, *Evans v. the United Kingdom*, appl. no. 6339/05
EHRM 11-07-2006, *Jalloh v. Germany*, appl. no. 54810/00

Hoge Raad

HR 11-03-1929, NJ 1929, 895
HR 22-06-1931, NJ 1932, 88
HR 26-11-1957, NJ 1958, 356
HR 24-10-1961, NJ 1962, 86
HR 02-04-1974, NJ 1974, 243
HR 22-02-1977, NJ 1977, 288
HR 29-05-1979, NJ 1979, 495
HR 30-10-1985, NJ 1985, 275
HR 14-10-1986, NJ 1987, 564
HR 14-10-1986, NJ 1988, 511
HR 09-03-1993, NJ 1993, 633
HR 13-10-1993, NJ 1993, 223
HR 19-12-1995, NJ 1996, 249
HR 15-04-1997, LJN: ZD0678
HR 02-06-1998, NJ 1998, 783
HR 18-05-1999, NJ 2000, 104
HR 08-06-1999, LJN: ZD1589
HR 25-01-2000, NJ 2000, 279
HR 21-03-2000, LJN: AA5254
HR 10-04-2001, NJ 2001, 424
HR 05-06-2001, NJ 2001, 518
HR 12-02-2002, NJ 2002, 301
HR 12-02-2002, LJN: AD 9222
HR 25-06-2002, NJ 568

HR 30-03-2004, NJ 2004, 377
HR 20-04-2004, NJ 2004, 525
HR 18-01-2005, LJN: AR6606
HR 29-03-2005, LJN: AS2752
HR 17-10-2006, LJN: AU6741
HR 20-10-2006, NJ 2007, 3
HR 23-01-2007, LJN: AZ3880
HR 29-01-2008, NJ 2008, 36
HR 11-03-2008, LJN: BB4096