

Vergaderjaar 2017–2018

34 747

Voorstel van wet van de leden De Graaf, Fritsma en Wilders houdende een regeling inzake administratieve detentie (Wet administratieve detentie)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNEMERS

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 29 september 2017 en de reactie van de initiatiefnemers d.d. 23 november 2017, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 28 juni 2017 heeft de Tweede Kamer, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet van de leden De Graaf, Fritsma en Wilders houdende een regeling inzake administratieve detentie (Wet administratieve detentie), met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt er toe administratieve detentie in de vorm van een bestuurlijke maatregel wettelijk mogelijk te maken indien een persoon op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met mogelijke terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan en die maatregel noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid. De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) legt de maatregel op, op voorstel van de Algemene Inlichtingen- en Veiligheidsdienst (AIVD).

De Afdeling advisering van de Raad van State onderkent het grote belang van de bestrijding van terrorisme. Om terrorisme effectief te kunnen bestrijden, moet de overheid bevoegdheden hebben die soms een vergaande inbreuk maken op de grondrechten van personen, zoals op hun fysieke vrijheid. Daarbij dient er een balans te zijn tussen de bescherming van de veiligheid van burgers enerzijds, en de bescherming van de grondrechten van personen aan wie een straf of maatregel wordt opgelegd anderzijds. In de kern gaat het wetsvoorstel over de vraag onder welke omstandigheden de overheid moet kunnen overgaan tot het ontnemen van de fysieke vrijheid van burgers (detentie). Fysieke vrijheid is een van onze kostbaarste grondrechten. Vrijheidsontneming dient

daarom slechts in uitzonderlijke omstandigheden en met inachtneming van rechtsstatelijke waarborgen te worden toegepast.

Het onderhavige wetsvoorstel voldoet niet aan het noodzakelijke evenwicht; het schiet door op een wijze die in een rechtsstaat niet acceptabel is. Het biedt geen bescherming tegen willekeurige vrijheidsontneming omdat het voorstel de Minister bevoegd maakt om burgers op grond van een zeer ruim criterium zonder beperking in de tijd op te sluiten. Het gevolg daarvan kan zijn dat betrokkenen langdurig van hun vrijheid worden beroofd zonder dat zij door de strafrechter volgens een met waarborgen omklede procedure schuldig zijn bevonden aan een strafbaar feit. Daarbij komt dat betrokkenen zich tegen de opgelegde maatregel niet of nauwelijks kunnen verweren vanwege de vertrouwelijke aard van de AIVD-informatie waarop de maatregel is gebaseerd, terwijl de rechter bovendien volgens het voorstel niet bevoegd is de vrijheidsontneming volwaardig op haar rechtmatigheid te beoordelen. Al deze elementen bij elkaar opgeteld, leiden ertoe dat het wetsvoorstel de grenzen van wat in een rechtsstaat aanvaardbaar is ver te buiten gaat.

De Afdeling adviseert, gelet op het bovenstaande, van het voorstel af te zien.

1. Inhoud van het voorstel

Het voorstel maakt administratieve detentie mogelijk zonder dat sprake is van verdenking van een strafbaar feit. Administratieve detentie wordt zonder tussenkomst van de rechter opgelegd door de Minister van BZK, op voorstel van de AIVD. Het moet gaan om een persoon die op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met mogelijke terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan. De administratieve detentie moet noodzakelijk zijn met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid. Blijkens de toelichting denken initiatiefnemers daarbij aan daadwerkelijke jihadgangers en personen die zich bezighouden met het online en offline actief uitwisselen en propageren van jihadistisch gedachtegoed.

Administratieve detentie kan voor zes maanden worden opgelegd en telkens met dezelfde duur worden verlengd. Het aantal keren dat de maatregel kan worden verlengd is niet gemaximeerd. De maatregel wordt ingetrokken zodra deze niet langer noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid. De persoon aan wie de maatregel is opgelegd kan daartegen beroep instellen bij de rechtbank Den Haag. Deze doet binnen zeven dagen uitspraak en toetst daarbij marginaal of de Minister in redelijkheid tot oplegging van de administratieve detentie heeft kunnen komen.

De reden voor dit wetsvoorstel is blijkens de toelichting tweeledig. In de eerste plaats ziet het wetsvoorstel op gevallen waarin een grondslag voor strafrechtelijke vervolging van een mogelijk gevaarlijk persoon ontbreekt, terwijl die persoon wel een potentiële dreiging zou kunnen vormen. In de tweede plaats is de jihadistische beweging in Nederland dermate groot dat onmogelijk alle potentieel gevaarlijke personen in de gaten kunnen worden gehouden. Initiatiefnemers menen daarom dat er behoefte bestaat aan een maatregel om personen preventief vast te kunnen zetten ter bescherming van de nationale veiligheid.

2. Vrijheidsontneming

a. Algemeen

Eén van de kerntaken van de overheid is het garanderen van een veilig land waarin mensen in vrijheid en veiligheid kunnen leven. Deze kerntaak vindt zijn weerslag in onze democratische rechtsorde zoals deze wordt gewaarborgd in de Grondwet en in internationale verdragen. Met het oog op deze kerntaak is van belang dat al geruime tijd sprake is van een aanzienlijke terrorismedreiging. Volgens de Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid is de kans op een aanslag in Nederland reëel, al zijn er op dit moment geen concrete aanwijzingen dat er voorbereidingen worden getroffen om in Nederland een aanslag te plegen.¹ De meest bepalende dreiging voor Nederland is blijkens het Dreigingsbeeld Terrorismenederland de jihadistische dreiging.²

Om terrorisme effectief te kunnen bestrijden, moet de overheid bevoegdheden hebben die soms een vergaande inbreuk maken op de grondrechten. De inbreuk die de overheid op de grondrechten van burgers maakt, moet echter wel worden afgestemd op de reële risico's waarmee de Nederlandse samenleving en de daarmee verbonden internationale rechtsorde thans worden geconfronteerd en daarom slechts onder bijzondere omstandigheden en voorwaarden worden toegestaan. Daarnaast dient de inbreuk altijd met waarborgen te zijn omkleed. De Grondwet en mensenrechtenverdragen bieden om die reden enerzijds een grondslag aan de overheid om in te grijpen in de vrijheid van haar burgers, en voorzien anderzijds in waarborgen die diezelfde burger beschermen tegen overmatige of onnodige inperking van die vrijheid. De complexe balans tussen de handhaving van de democratische rechtsorde en de nationale veiligheid enerzijds en het voorkomen van te vergaande inbreuken op grondrechten anderzijds dient bij wet te worden geregeld.

In wezen gaat het hier om de vraag onder welke omstandigheden en voorwaarden de overheid moet kunnen overgaan tot het beperken van de fysieke vrijheid van burgers (detentie). Die vraag is rechtstreeks verbonden met de kernbeginselen van de Nederlandse democratische rechtsstaat, zoals legaliteit, proportionaliteit en toetsing door de onafhankelijke rechter. Fysieke vrijheid is een fundamenteel grond- en mensenrecht, dat reeds lang tot de Europese constitutionele traditie behoort.³ Fysieke vrijheid is één van onze kostbaarste grondrechten⁴: zonder fysieke vrijheid zijn onze andere grondrechten niets waard. De Grondwet en de mensenrechtenverdragen brengen om die reden mee dat vrijheidsontneming slechts onder de meest stringente randvoorwaarden en met inachtneming van strikte waarborgen is toegestaan. Deze voorwaarden en waarborgen zijn erop gericht te voorkomen dat de overheid misbruik maakt van haar bevoegdheden door burgers op willekeurige gronden van hun vrijheid te beroven.

¹ Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding en Veiligheid, Dreigingsbeeld Terrorismenederland 45 uni 2017.

² Ibid.

³ Zie artikel 29 van de Magna Carta 1225 (een beknoptere versie was reeds te vinden in artikel 39 van de Magna Carta 1215): «No freeman shall be taken or imprisoned, or be disseised of his freehold, or liberties, or free customs, or be outlawed, or exiled, or any other wise destroyed, nor will we pass upon him, nor condemn him, but by lawful judgment of his peers, or by the law of the land. We will sell to no man, we will not deny or defer to any man either justice or right». Deze bepaling is nog steeds geldend Engels recht (al is de functie ervan door latere wetgeving overgenomen), zie *Halsbury's Statutes* (4th edition), Vol. 10 (Londen 1995), blz. 5 e.v.

⁴ Zie J.T. Buys, De Grondwet. Toelichting en kritiek, Tweede deel, Arnhem Gouda Quint 1887, blz. 382: «Het ligt voor de hand dat de Grondwet niet mocht verzuimen aan het kostbaarste van al onze rechten, het recht op persoonlijke vrijheid, al de constitutionele waarborgen te schenken, welke bestaanbaar zouden zijn met de eischen van de openbare veiligheid».

b. Bestaande maatregelen

De wetgever heeft, met het oog op de hiervoor besproken toegenomen terreurdreiging, het instrumentarium aan preventieve en repressieve maatregelen om terrorisme te bestrijden de afgelopen jaren aanzienlijk uitgebreid. Daarbij is telkens gepoogd de precaire balans aan te brengen tussen veiligheid enerzijds, en de vrijheidsbeperking van personen aan wie een straf of maatregel wordt opgelegd anderzijds.

De Afdeling wijst er in dat verband op dat de strafbaarstelling van voorbereidingshandelingen van terrorisme is verruimd, dat nadere specifiek op terrorisme gerichte strafbaarstellingen zijn ingevoerd en dat het strafmaximum voor met terrorisme samenhangende delicten is verhoogd.⁵ Voor al deze misdrijven is voorlopige hechtenis mogelijk. De Wet versterking strafrechtelijke aanpak terrorisme, die nog aanhangig is bij de Kamer, voorziet daarnaast in de mogelijkheid om ook voorlopige hechtenis op te leggen aan de verdachte van een terroristisch misdrijf zonder dat sprake is van ernstige bezwaren.⁶ Dit betekent dat een terreurverdachte in totaal 44 dagen kan worden gedetineerd, zelfs als geen sprake is van ernstige bezwaren tegen die verdachte. Aan personen die in verband kunnen worden gebracht met terroristische activiteiten of de financiering daarvan en die een bedreiging vormen voor de nationale veiligheid kunnen sinds 1 maart 2017 ten slotte ook nog vrijheidsbeperkende administratieve maatregelen worden opgelegd, zoals een gebieds-, uitreis- of contactverbod, of een meldplicht.⁷ Het gaat hierbij, net als in het onderhavige voorstel, om administratieve maatregelen voor een persoon die (nog) niet wordt verdacht van een strafbaar feit.

Naast de voorgaande maatregelen heeft de grondwetgever onderkend dat als sprake is van een noodtoestand dergelijke maatregelen niet noodzakelijkerwijs volstaan. In noodsituaties kan van de overheid niet worden verwacht dat zij haar taken steeds volgens de bestaande door de Grondwet en verdragen vereiste procedures en voorwaarden kan volbrengen. Zowel de Grondwet als het EVRM kennen daarom de overheid de mogelijkheid toe in dergelijke extreme omstandigheden af te wijken van een aantal grondwets- en mensenrechtenbepalingen.⁸ Hierin is onder meer voorzien door de Wet buitengewone bevoegdheden burgerlijk gezag (Wet bbbg). Op grond van de Wet bbbg kan de commissaris van de

⁵ Zo is er een specifieke strafbaarstelling van deelneming aan en het oprichten en het leiden van een terroristische organisatie ingevoerd (art. 140a Sr), is samenspanning tot bepaalde ernstige terroristische misdrijven strafbaar gesteld, het strafrecht beter toegesneden op het bestrijden van het rekruteren voor de jihad (art. 205 Sr werd daartoe verruimd), zijn artikelen 135 en 136 Sr (betreffende het nalaten kennis te geven van voorgenomen misdrijven) beter afgestemd op terrorismebestrijding, er een zwaardere straf gesteld op het misdrijf van artikel 189 Sr (betreffende het verbergen of anderszins begunstigen van daders van bepaalde ernstige delicten) als het gaat om het verbergen van een verdachte van een terroristisch misdrijf en is deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme strafbaar gesteld (Wet van 12 juni 2009 (Stb. 2009, 245) tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, Wetboek van Strafvordering en enkele aanverwante wetten in verband met de strafbaarstelling van het deelnemen en meewerken aan training voor terrorisme, uitbreiding van de mogelijkheden tot ontzetting uit het beroep als bijkomende straf en enkele andere wijzigingen). Daarnaast is op grond van het EU-Kaderbesluit een aantal nader omschreven misdrijven expliciet als terroristische misdrijven aangemerkt indien ze worden gepleegd met een terroristisch oogmerk; voor een groot deel van deze terroristische misdrijven is het strafmaximum verhoogd (zie artikel 83 en 83a Sr).

⁶ Kamerstukken II 2016/17, 34 746 nr. 2.

⁷ Zie de Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, in werking getreden op 1 maart 2017, Stb. 2017, 65.

⁸ Zie artikel 103 Grondwet en artikel 15 EVRM. Het afkondigen van de uitzonderingstoestand en de toekenning van bijzondere bevoegdheden aan het bestuur kennen een zware procedure. Dit geschiedt door de regering bij koninklijk besluit. Meteen na het afkondigen van de noodtoestand dient de Staten-Generaal daarover te beraadslagen en te beslissen over het voortduren daarvan.

Koning, indien sprake is van een algemene noodtoestand die een bedreiging voor het voortbestaan inhoudt, iedere persoon die wordt geacht een gevaar voor de staatsveiligheid te vormen, interneren (zie artikel 18–28 Wet bbbg). In geval van een noodsituatie voorziet de wet aldus in de mogelijkheid mensen administratief te detineren. Het dient daarbij, vanwege de vergaande inbreuk die in dergelijke gevallen op de grondrechten wordt gemaakt, om een uitzonderlijke, voorbijgaande situatie te gaan, waarbij bijzondere procedurevoorschriften in acht moeten worden genomen.⁹

c. Onvoldoende grond voor vrijheidsontneming

Het wetsvoorstel vult de reeds bestaande (nood)bevoegdheden aan. Voorgesteld wordt om de overheid naast de voornoemde vrijheidsontnemende bevoegdheden ook de bevoegdheid toe te kennen om burgers die niet worden verdacht van een strafbaar feit te detineren. De duur van die vrijheidsontneming is bovendien aanzienlijk langer dan de duur voor bestaande vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende maatregelen. Het wetsvoorstel voorziet, anders dan in de hiervoor besproken bestaande strafrechtelijke maatregelen, niet in tussenkomst van een rechter. Bovendien ligt aan het besluit tot detentie geen verdenking van een strafbaar feit, of van de voorbereiding daarvan ten grondslag. Het wetsvoorstel vereist slechts dat de betrokkene op grond van zijn gedragingen «in verband kan worden gebracht» met «mogelijke» terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan. Het wetsvoorstel stelt daarbij de voorwaarde dat de detentie «noodzakelijk» is «met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid». In welke gevallen een persoon op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten en als mogelijke dreiging voor de nationale veiligheid kan worden beschouwd, wordt aan de inschatting van de AIVD als hierin gespecialiseerde dienst overgelaten, aldus de toelichting.¹⁰

Het voorstel gaat er van uit dat de AIVD in staat is om, voordat sprake is van enige strafbare (voorbereidings)handeling, in te schatten wie noodzakelijkerwijze met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid administratief moet worden gedetineerd en wie niet. Het gaat daarbij om een voorspelling van mogelijk gedrag in de toekomst. Er is daarbij dus geen sprake van een objectiveerbaar, concreet en duidelijk vast te stellen dreiging; daartoe volstaan immers de hiervoor beschreven wettelijke maatregelen die al in de bestaande wetgeving zijn vastgelegd. Omdat het niet om een concrete dreiging gaat, maar om een mogelijke dreiging, waarbij uitgegaan wordt van inschattingen die vaak gebaseerd zal zijn op «zachte» informatie, bestaat de aanmerkelijke kans dat de AIVD een onjuiste voorspelling doet over het toekomstige gedrag. Dat betekent dat de aanmerkelijke kans aanwezig is dat daarmee onschuldige personen die niet daadwerkelijk de bedoelde dreiging voor de nationale veiligheid meebrengen, worden gedetineerd. Gelet op het fundamentele belang van het recht op fysieke vrijheid, kan een veelal alleen op zachte informatie gebaseerde voorspelling van mogelijk toekomstig gedrag in een rechtsstaat dan ook geen reden zijn voor de hier voorgestelde langdurige vrijheidsontneming.

⁹ De bevoegdheid tot afkondiging en opheffing berust bij de regering en geschiedt bij koninklijk besluit. Over het doen voortduren van de uitzonderingstoestand dient de Staten-Generaal, meteen na de afkondiging van de uitzonderingstoestand, en telkens als zij dat nodig achten, daarover te beraadslagen en beslissen.

¹⁰ Memorie van toelichting, algemeen deel onder «Doel en achtergrond».

Het fundamentele grondrecht op fysieke vrijheid en veiligheid is niet alleen gewaarborgd in artikel 15 van de Grondwet, maar ook in artikel 5 EVRM, dat tot doel heeft te beschermen tegen arbitraire vrijheidsontneming.¹¹ Dit laatste artikel somt in het eerste lid limitatief op in welke gevallen vrijheidsontneming mogelijk is. Deze limitatieve gronden voor vrijheidsontneming moeten in de praktijk strikt geïnterpreteerd worden.¹² Vrijheidsontneming is mogelijk na veroordeling, wegens het niet-naleven van een rechterlijk bevel of de niet-nakoming van een wettelijke verplichting, in geval van voorarrest,¹³ voor personen met een besmettelijke ziekte, geesteszieken, alcohol- of drugsverslaafden en landlopers en in verband met uitzetting of uitlevering. De in het initiatiefwetsvoorstel geformuleerde grond – «noodzakelijk met het oog op de nationale veiligheid, aan een persoon die op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met mogelijke terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan» – valt niet onder deze gronden. Dat betekent dat de voorgestelde maatregel van administratieve detentie geen rechtmatige vrijheidsontneming vormt en derhalve in strijd is met artikel 5 EVRM.

Het voorstel is op een aantal andere elementaire onderdelen eveneens in strijd met het recht op fysieke vrijheid. De Afdeling gaat hieronder in op vier belangrijke elementen (punt 3 tot en met 6) en besluit met een conclusie (punt 7). De Afdeling merkt daarbij op dat dit advies geen uitputtende behandeling van alle relevante aspecten bevat; het is toegespitst op een aantal hoofdlijnen.

3. Voorzienbaarheid

De Afdeling merkt op dat het, mede gelet op de in artikel 5 EVRM neergelegde waarborgen voor vrijheidsontneming, voorzienbaar moet zijn welke gedragingen leiden tot het opleggen van administratieve detentie en welke niet. Die waarborg stelt zeker dat een burger weet of kan weten welk gedrag verboden is, zodat deze er voor kan kiezen zich zo te gedragen dat hij de wet niet overtreedt. Daarmee wordt gegarandeerd dat niemand willekeurig door de overheid zijn vrijheid wordt ontnomen. De formulering van de voorwaarden waaronder tot oplegging van administratieve detentie kan worden besloten, luistert om die reden dan ook bijzonder nauw.¹⁴

Gelet daarop wordt uit het voorstel niet duidelijk wanneer iemand «in verband kan worden gebracht» met mogelijke terroristische activiteiten. Het biedt de Minister een zeer ruime bevoegdheid. De genoemde formulering laat immers toe dat als er enig – ook een ver verwijderd –

¹¹ Zie Bozano t. Frankrijk, EHRM 18 december 1986, nr. 9990/82, paragraaf 54 en 59, en Kurt t. Turkije, EHRM 25 mei 1998, 24276/94, paragraaf 122. Ook artikel 9 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten en artikel 6 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie kennen een aan artikel 5 EVRM gelijkend recht op vrijheid en veiligheid van de persoon.

¹² Kurt t. Turkije, EHRM 25 mei 1998, 24276/94, paragraaf 122.

¹³ Op grond van artikel 5, eerste lid, onder c, EVRM kan iemand zijn vrijheid worden ontnomen overeenkomstig de wettelijk voorgeschreven procedure indien hij op rechtmatige wijze is gearresteerd of gedetineerd teneinde voor de bevoegde rechterlijke instantie te worden geleid, wanneer er een redelijke verdenking bestaat dat hij een strafbaar feit heeft begaan of *indien het redelijkerwijs noodzakelijk is hem te beletten een strafbaar feit te begaan* of te ontvluchten nadat hij dit heeft begaan. Deze laatste zinsnede lijkt ruimte te bieden om administratieve detentie mogelijk te maken. De grondslag voor de vrijheidsbeneming is echter steeds gelegen in het bestaan van een verdenking van een strafbaar feit. Daarvan is in het onderhavige voorstel geen sprake. Bovendien wordt daarin, zoals blijkt uit de onder b beschreven maatregelen, reeds door het strafrecht voorzien.

¹⁴ Hierover zijn ook in het advies van de Raad over het eerder ingetrokken voorstel opmerkingen gemaakt (advies van 16 januari 2006, W04.05.0415/I) en advies over de Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding (advies van 28 oktober 2015).

verband kan worden gelegd met «mogelijk» terroristische activiteiten, er al een grond kan zijn voor vrijheidsontneming. Duidelijk is dat daarbij (nog) geen sprake hoeft te zijn van het voorbereiden van een terroristische aanslag, het financieren van terrorisme of van haatzaaien omdat het strafrecht op dit moment reeds voorziet in bevoegdheden om daartegen op te treden. Het hier voorgestelde criterium kent nauwelijks begrenzing; het is zeker in het licht van de zwaarte van de maatregel (vrijheidsontneming) te vaag en niet objectief toetsbaar. Daardoor beschermt het wetsvoorstel de burger onvoldoende tegen arbitrair overheidshandelen en voldoet het als gevolg daarvan niet aan de rechtszekerheid als noodzakelijke voorwaarde voor rechtmatige vrijheidsontneming.

4. Eerlijk proces

Artikel 5, vierde lid, EVRM bepaalt dat de persoon die door detentie zijn vrijheid is ontnomen het recht heeft voorziening te vragen bij de rechter. Deze beslist spoedig over de rechtmatigheid van zijn detentie en beveelt zijn invrijheidstelling, indien de detentie onrechtmatig is. Daaruit vloeit voort dat de gedetineerde persoon moet worden geïnformeerd over de redenen van zijn detentie, zodat hij effectief naar de rechter kan stappen om de rechtmatigheid van zijn detentie te laten beoordelen.¹⁵ Deze «equality of arms» vereist onder meer dat de gemachtigde toegang heeft tot de documenten in het onderliggende onderzoeksrapport, die essentieel zijn om de rechtmatigheid van de detentie effectief aan de orde te kunnen stellen.¹⁶

De Afdeling wijst er op dat de AIVD op grond van Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten verplicht is zorg te dragen voor de geheimhouding van zijn bronnen, werkwijze en actueel kennisniveau.¹⁷ De administratieve detentie is gebaseerd op deze geheime en vertrouwelijke informatie. Deze zal slechts gedeeltelijk zijn neerslag vinden in de motivering van het besluit van de Minister om een persoon administratieve detentie op te leggen. In de bestuurlijke voorbereidingsfase zal informatie, als de betrokken persoon al wordt gehoord, slechts beperkt worden prijs gegeven. In de rechterlijke fase zal de Minister naar verwachting regelmatig met een beroep op de nationale veiligheid of lopend opsporingsonderzoek het overleggen van stukken aan de rechter moeten weigeren, dan wel mededelen dat slechts de rechter van deze stukken kennis mag nemen.¹⁸ Daarmee wordt de persoon aan wie de maatregel is opgelegd slechts zeer summier geïnformeerd over de reden van zijn administratieve detentie en daarmee onvoldoende in staat gesteld op een effectieve manier de rechtmatigheid van zijn detentie door de rechter te laten beoordelen.

5. Onafhankelijke rechter

De persoon aan wie de maatregel is opgelegd, kan volgens het voorstel daartegen administratief beroep instellen bij de rechtbank Den Haag. Deze beslist binnen zeven dagen en toetst daarbij marginaal of de Minister in redelijkheid tot oplegging van de administratieve detentie heeft kunnen komen.

¹⁵ X. t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 5 oktober 1981, nr. 7215/75, paragraaf 66.

¹⁶ Garcia Alva t. Duitsland, EHRM 13 februari 2001, nr. 23541/94, paragraaf 39; Ovsjannikov t. Estland, EHRM 20 februari 2014, nr. 1346/12, paragraaf 72. Zie ook Lamy t. België, EHRM 30 maart 1989, nr. 10444/83, paragraaf 29; A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk, EHRM (GK) 19 februari 2009, nr. 3455/05, paragraaf 218–220.

¹⁷ Zie artikel 85 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2002 en artikel 135 Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017 (Wiv 2017).

¹⁸ Zie artikel 8:29 Awb juncto artikel 137 Wiv 2017.

In een rechtsstaat is beoordeling door de onafhankelijke rechter essentieel. Dat geldt zeker bij een zo ingrijpend middel als vrijheidsontneming. Artikel 5, vierde lid, EVRM bepaalt daarom dat de gedetineerde de gang naar de rechter kan maken om de rechtmatigheid van de detentie te doen beoordelen. Daaruit volgt dat sprake moet zijn van een volle, niet-afstandelijke beoordeling door de rechter («a full examination») van de vrijheidsontnemende maatregel. Een marginale toets door de rechtbank of de Minister in redelijkheid tot een vrijheidsontnemende maatregel heeft kunnen komen zoals hier wordt voorgesteld, is daarom ontoereikend om de rechtmatigheid van de detentie te beoordelen.¹⁹ Voorts volgt uit artikel 5, vierde lid, EVRM dat het gerecht spoedig beslist over de rechtmatigheid van de detentie. Dit vereiste houdt in dat binnen een redelijk tijdsbestek een hertoetsing van de rechtmatigheid van de detentie moet kunnen plaatsvinden.²⁰ Het wetsvoorstel voorziet echter niet in bepalingen die dat regelen anders dan een toetsing van de verlenging van de termijn van zes maanden. Een dergelijke termijn is te lang met het oog op de vereiste hertoetsing en voldoet daarmee niet aan artikel 5, vierde lid, van het EVRM.

6. Gevolgen van de maatregel

Administratieve detentie kan volgens het wetsvoorstel voor zes maanden worden opgelegd en telkens met dezelfde duur worden verlengd. De totale duur van de administratieve detentie is niet gemaximeerd. De maatregel wordt eerst ingetrokken zodra deze niet langer noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid.

De vraag rijst of in het geval iemand eenmaal gedetineerd is, er daarna een reële kans bestaat dat de maatregel nog wordt ingetrokken. Gelet op het zeer ruime criterium op grond waarvan tot administratieve detentie kan worden overgegaan (zie punt 3) zal op de betrokkene met het oog op mogelijke beëindiging van de maatregel een bijna onmogelijke bewijslast rusten dat hij niet langer in verband kan worden gebracht met mogelijke terroristische activiteiten. Bovendien bestaat de aanmerkelijke kans dat een persoon door de langdurige opsluiting zonder dat sprake is van verdenking van een strafbaar feit en zonder dat hij door de strafrechter is veroordeeld, (verder) radicaliseert.²¹ Hierdoor wordt de mogelijke bedreiging voor de nationale veiligheid die de betrokkene zou kunnen

¹⁹ Zie artikel 5, vierde lid, EVRM. In de rechtspraak van het Hof zijn overigens geen uitspraken gevonden waarin het expliciet heeft overwogen dat een besluit tot detentie op grond van artikel 5, vierde lid, EVRM niet terughoudend mag worden getoetst. Het Hof heeft wel enkele uitspraken gedaan over de vraag wanneer van een «court» in de zin van artikel 5, vierde lid, van het EVRM kan worden gesproken. Blijkens die uitspraken moet daartoe worden voldaan aan het onpartijdigheidsvereiste, moeten procedurele waarborgen worden geboden en moet het gerecht de bevoegdheid hebben de invrijheidsstelling van de gedetineerde te bevelen (zie bijvoorbeeld *Weeks t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 2 maart 1987, nr. 9787/82, paragraaf 61).

²⁰ Zie bijvoorbeeld *Abdulkhanov t. Rusland*, EHRM 2 oktober 2012, nr. 14743/11, paragraaf 209 en 212–214.

²¹ Uit onderzoek naar de Terroristenafdeling (TA) blijkt dat voor een deel van de gedetineerden op de TA de eerste en meeste genoemde barrière om hun radicale gedachtegoed en/of gedrag te laten varen, het voorgezette en door een verblijf op de TA dikwijls nog toegenomen gevoel van wantrouwen was. Gedetineerden gaven aan dat zij het regime op de TA als discriminerend en vernederend en overdreven ervoeren. Dat leidde er geregeld toe dat hun ideologische wereldbeeld bevestigd en zelf versterkt werd. Zie: B.A. de Graaf en D. Weggemans, Na de vrijlating: observaties en dilemma's in de omgang met (voormalige) terrorismegedetineerden, blz. 85 in: Justitiële verkenningen: Radicalisering en terrorisme, WODC, 2014. Uit een evaluatie van de TA blijkt bovendien dat door plaatsing op de TA op den duur mogelijk nieuwe veiligheidsrisico's voor de samenleving ontstaan en dat het risico bestaat dat de TA zijn eigen nevendoelestellingen, het voorkomen van terroristische activiteit en intensivering van radicaal gedachtegoed onder de betrokken gedetineerden, in het geding brengt. Zie: T.M. Veldhuis, E.H. Gordijn, S.M. Lindenberg en R. Veenstra, Terroristen in Detentie Evaluatie van de Terroristenafdeling, Rijksuniversiteit Groningen 2010, blz. 18.

veroorzaken, door langdurige detentie mogelijk eerder groter dan kleiner. Intrekking van de maatregel zal gelet op het bovenstaande dus niet snel aan de orde zijn waardoor permanente opsluiting van de betrokkene, zonder dat betrokkene door de strafrechter schuldig is bevonden aan een strafbaar feit, in het verschiet ligt. Het wetsvoorstel biedt daarvoor ook de ruimte. Dat is in een rechtsstaat niet aanvaardbaar.

7. Conclusie

De Afdeling onderkent het grote belang van de bestrijding van terrorisme. Om terrorisme effectief te kunnen bestrijden, moet de overheid bevoegdheden hebben die soms een vergaande inbreuk maken op de grondrechten, zoals het recht op fysieke vrijheid. Het onderhavige wetsvoorstel schiet echter door op een wijze die in een rechtsstaat niet acceptabel is. Het biedt geen bescherming tegen willekeurige vrijheidsontnemingen omdat het voorstel de Minister bevoegd maakt om burgers op grond van een zeer ruim criterium en zonder beperking in de tijd op te sluiten. Het gevolg daarvan kan zijn dat betrokkenen langdurig van hun vrijheid worden beroofd zonder dat zij door de strafrechter volgens een met waarborgen omklede procedure schuldig zijn bevonden aan een strafbaar feit. Daarbij komt dat betrokkenen zich tegen de opgelegde maatregel vanwege de vertrouwelijke aard van de AIVD-informatie waarop de maatregel is gebaseerd, niet of nauwelijks kunnen verweren terwijl bovendien de rechter volgens het voorstel niet bevoegd is de vrijheidsontneming volwaardig op haar rechtmatigheid te beoordelen. Elk van deze elementen afzonderlijk is in strijd met het grondrecht op fysieke vrijheid zoals dat in de Nederlandse rechtsorde is gewaarborgd. Al deze elementen bij elkaar opgeteld, leiden ertoe dat het wetsvoorstel de grenzen van wat in een rechtsstaat aanvaardbaar is ver te buiten gaat.

De Afdeling adviseert, gelet op het bovenstaande, van het voorstel af te zien.

De initiatiefnemers hebben kennisgenomen van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling). Het advies van de Afdeling om van het voorstel af te zien zal niet door de initiatiefnemers worden opgevolgd. Initiatiefnemers zijn van mening dat zonder de mogelijkheid van administratieve detentie de Staat niet voldoende in staat kan worden geacht één van haar kerntaken, namelijk het zorgen voor de veiligheid en in het verlengde daarvan het voorkomen van terroristische aanslagen, uit te voeren.

De initiatiefnemers erkennen dat de fysieke vrijheid één van onze kostbaarste grondrechten is. Gelet op de huidige, langdurige terroristische dreiging vinden initiatiefnemers het belang van het beschermen van de samenleving en het voorkomen van aanslagen zwaarder wegen dan het door de Afdeling genoemde belang van de bescherming van fysieke vrijheid van potentiële terroristen.²² Anders geformuleerd: de initiatiefnemers laten de fysieke vrijheid van onschuldige burgers prevaleren boven die van terroristen.

Anders dan de Afdeling zijn de initiatiefnemers van mening dat de bestaande maatregelen om terrorisme te bestrijden niet afdoende zijn. In de eerste plaats omdat er in de huidige wetgeving een grondslag ontbreekt om personen, die een potentiële dreiging zouden kunnen vormen, al dan niet tijdelijk te detineren.

²² <https://www.nctv.nl/organisatie/ct/dtn/index.aspx>.

In de tweede plaats omdat de jihadistische beweging in Nederland dermate groot is dat onmogelijk alle potentieel gevaarlijke personen in de gaten kunnen worden gehouden.

Volgens de AIVD heeft de jihadistische beweging momenteel naar schatting enkele honderden aanhangers en enkele duizenden sympathisanten in Nederland.²³

Daarnaast leidt het open grenzenbeleid ertoe, dat er vanuit Schengen-gebied, maar ook vanuit andere EU-landen mensen met jihadistische terreurmotieven zonder noemenswaardige belemmeringen naar Nederland kunnen reizen.

Volgens het recente Dreigingsbeeld Terrorisme 46 gaat er van de Nederlandse en Nederlandstalige jihadistische beweging een voorstelbare dreiging uit. Deze beweging bestaat onder anderen uit personen die zijn uitgereisd, tegengehouden zijn bij een uitreisproef, teruggekeerd, gedetineerd en uit vrienden en kennissen die hetzelfde jihadistische gedachtegoed aanhangen.²⁴ De Nederlandse jihadistische beweging kenmerkt zich online en offline door een hoge mate van veiligheidsbewustzijn, wat effect heeft op het zicht op de beweging. Reeds zijn enkele personen vrijgekomen na een veroordeling voor terroristische feiten en op korte termijn zullen er nog meer personen (voorwaardelijk) in vrijheid worden gesteld. Een aantal van de ex-gedetineerden hangt nog steeds het jihadistisch gedachtegoed aan.²⁵ Het rekruteren en inspireren van aanslagplegers in Europa zelf kan een alternatief worden voor het vanuit Syrië en Irak naar Europa sturen van jihadisten. De dreiging gaat dan ook niet alleen uit van terugkeerders maar minstens evenzeer van personen die nooit uitgereisd zijn en die geïnspireerd, gestimuleerd of aangestuurd kunnen zijn door jihadistische organisaties. Daarbij weet ISIS de netwerken van uitgereisde ISIS-leden te benutten.²⁶

De Afdeling meent dat het voorstel doorschiet op een wijze die in een rechtsstaat niet acceptabel is. De initiatiefnemers zijn van mening dat de Afdeling daarmee voorbij gaat aan het feit dat verschillende Westerse landen een of andere vorm van preventieve of administratieve detentie kennen of hebben gekend. Volgens Harvard-professor Alan Dershowitz heeft geen beschaafd land dat werd geconfronteerd met serieuze dreiging ooit volledig geleund op strafrechtelijke veroordelingen gebaseerd op vergrijpen uit het verleden.²⁷

Israël en Groot-Brittannië hebben bijvoorbeeld al decennialang te maken gehad met terroristische dreigingen en beide landen hebben verschillende maatregelen ingevoerd met betrekking tot het preventief opsluiten van terreurverdachten. Beide landen hebben bewezen dat een democratisch land dat geconfronteerd wordt met terreurdreiging, administratieve detentie kan invoeren.

De initiatiefnemers zijn er van overtuigd dat ze met dit wetsvoorstel de rechtstaat beschermen en versterken, door middel van het beter garanderen van de veiligheid van Nederlandse burgers.

De initiatiefnemers erkennen dat er een kans bestaat dat de AIVD een onjuiste voorspelling doet over het toekomstige gedrag van potentiële terroristen. De andere kant van de medaille is dat op dit moment potentiële terroristen vrij rondlopen, die op ieder moment kunnen

²³ Transformatie van het jihadisme in Nederland, zwermodynamiek en nieuwe slagkracht, AIVD, juni 2014, p. 6.

²⁴ <https://www.nctv.nl/organisatie/ct/dtn/index.aspx>.

²⁵ <https://www.nctv.nl/organisatie/ct/dtn/index.aspx>.

²⁶ <https://www.nctv.nl/organisatie/ct/dtn/index.aspx>.

²⁷ Stuart Taylor, «Rights, Liberties, and Security: Recalibrating the Balance after September 11,» Brookings (Winter 2003).

overgaan tot een aanslag, zonder dat er een mogelijkheid bestaat om deze personen aan de samenleving te onttrekken. Hierdoor lopen vele Nederlanders een onnodig veiligheidsrisico. In het geval van een terroristische aanslag worden de grondrechten van vele Nederlanders geschonden. De initiatiefnemers betreuren het dat de Afdeling de potentiële bedreiging -de NCTV spreekt niet voor niets reeds lange tijd over een substantieel dreigingsniveau- van de grondrechten van onschuldige burgers, als potentiële slachtoffers van terroristen, links laat liggen in haar advies.

De initiatiefnemers merken voorts op dat willekeurige vrijheidsontneming niet aan de orde is, aangezien er concrete informatie van de AIVD voorhanden moet zijn en de Minister per geval kan beslissen of iemand administratief wordt gedetineerd of dat andere maatregelen worden ingezet. In geval er wordt overgegaan tot administratieve detentie zijn er voldoende juridische mogelijkheden om deze detentie aan te vechten.

8. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De initiatiefnemers nemen de tweede redactionele opmerking over. Hiertoe wordt het wetsvoorstel gewijzigd middels een nota van wijziging.

*De waarnemend vicepresident van de Raad van State,
S.F.M. Wortmann*

De initiatiefnemers,

De GraafFritsmaWilders

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W04.17.0182/I

- *Begrens de delegatiegrondslag in artikel 4 zo concreet en nauwkeurig mogelijk conform aanwijzing 25 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.*
- *Aan artikel 5 een tweede lid toevoegen:*
 2. In bijlage 2, artikel 6 van de Algemene wet bestuursrecht wordt in alfabetische volgorde toegevoegd: Wet administratieve detentie: artikel 3.