

Openbare-orderecht in ontwikkeling

Openbare-orderecht in ontwikkeling

Preadviezen uitgebracht door

Mr. A.J. Wierenga
Mr. B.W.A. Jue-Volker
Mr. A.E. van Rooij

Voor de bijeenkomst
van de Jonge VAR
op 27 november 2015

© 2016 VAR Vereniging voor Bestuursrecht

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

Voor zover het maken van reprografische veeelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

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

ISBN 978-94-6290-215-2

ISBN 978-94-6274-519-3

NUR 823

www.boomjuridisch.nl

Inhoud

| | |
|--|------------|
| Voorwoord | 7 |
| Bestuur en openbare orde: over openbare orde, de bevoegdheidsverdeling bij de handhaving daarvan en ordebevelen onder de Algemene wet bestuursrecht | 9 |
| <i>Mr. A.J. Wierenga</i> | |
| Gebiedsverboden in het bestuursrecht en strafrecht: uitbreiding of wildgroei? | 61 |
| <i>Mr. B.W.A. Jue-Volker</i> | |
| Rechtsbescherming bij publiek-private handhaving van de openbare orde: van fragmentatie naar integratie? | 119 |
| <i>Mr. A.E. van Rooij</i> | |
| Verslag bijeenkomst Jonge VAR op 27 november 2015 over openbare orde | 175 |

Voorwoord

Op vrijdag 27 november 2015 vond de jaarlijkse bijeenkomst van de Jonge VAR plaats in de grote zittingszaal van de Hoge Raad te Den Haag. Het onderwerp van dit jaar was openbare orde. In dit boek zijn de preadviezen en een verslag van de bijeenkomst opgenomen.

Preadviseurs waren mr. A.J. (Adriaan) Wierenga, docent Rijksuniversiteit Groningen (RuG) en als onderzoeker verbonden aan het Centrum voor Openbare Orde en Veiligheid (COOV) van diezelfde universiteit, mr. B.W.A. (Beatrijs) Juevolker, promovenda Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR) en mr. A.E. (Mandy) van Rooij, promovenda Vrije Universiteit Amsterdam (VU). In het preadvies van Adriaan wordt ingegaan op de vraag wanneer nu precies sprake is van openbare orde en wie verantwoordelijk is voor de handhaving daarvan. De vrijheidsbeperking in de vorm van gebieds- en locatieverboden komt in het preadvies van Beatrijs uitgebreid aan de orde. Mandy gaat in op de publiek-private samenwerking die is ontwikkeld voor de handhaving van de orde in het semipublieke domein. Met hun preadviezen leveren de auteurs een belangrijke bijdrage aan het onderwerp openbare orde.

Met genoegen kijkt de VAR terug op de bijeenkomst van de Jonge VAR. Het verslag van de levendige discussie is opgetekend door Che Post (RuG). Het VAR-bestuur dankt de preadviseurs en de verslaglegger hartelijk voor hun inspanningen.

Ben Schueler,
Voorzitter van de VAR

Bestuur en openbare orde

Over openbare orde, de bevoegdheidsverdeling bij de handhaving daarvan en ordebevelen onder de Algemene wet bestuursrecht

Mr. A.J. Wierenga*

| | |
|--|-----------|
| Inleiding | II |
| Deel 1 Openbare orde | 13 |
| 1.1 Inleiding | 13 |
| 1.2 Definitie openbare orde | 13 |
| 1.3 Juridisch genormeerde orde | 15 |
| 1.4 Publieke ruimte | 18 |
| 1.5 Regulering | 19 |
| 1.6 Conclusie | 21 |
| Deel 2 Openbare-ordehandhaving | 23 |
| 2.1 Inleiding | 23 |
| 2.2 Handhaving van de openbare orde | 24 |
| 2.3 Feitelijke handhaving | 27 |
| 2.4 Bevoegdheden | 31 |
| 2.5 Conclusie: verhouding college, raad en burgemeester | 32 |
| 2.6 Bijtende honden: de raad, het college en de burgemeester | 33 |
| Deel 3 Algemene wet bestuursrecht | 37 |
| 3.1 Inleiding | 37 |
| 3.2 Herstelsancties | 39 |
| 3.3 Ordebevelen | 43 |
| 3.4 Ordebevelen en de Awb: water en vuur | 46 |
| Conclusie | 55 |
| Stellingen | 59 |

* Adriaan Wierenga is docent aan de Rijksuniversiteit Groningen (RuG). Als onderzoeker is hij verbonden aan het Centrum voor Openbare Orde en Veiligheid (COOV) van diezelfde universiteit. De auteur dankt zijn collega's van het COOV, de andere preadviseurs en de bestuursleden van de VAR (Vereniging voor bestuursrecht) voor hun waardevolle commentaar bij eerdere versies van dit preadvies.

Inleiding

Aan de burgemeester wordt een belangrijke rol toegekend bij de handhaving van de openbare orde op gemeentelijk niveau. Artikel 172 lid 1 Gemeentewet (Gemw) luidt: ‘De burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde.’ De burgemeester heeft als eenhoofdig bestuursorgaan het gezag over de politie wanneer laatstgenoemde feitelijk de openbare orde handhaaft.¹ Hij beschikt over juridische instrumenten met behulp waarvan hij de feitelijke handhaving door de politie met tijdelijke normstelling kan faciliteren. Door middel van bijvoorbeeld zijn noodverordeningbevoegdheid dan wel zijn noodbevelsbevoegdheid kan de burgemeester ordemaatregelen nemen waarmee de handhaving van de openbare orde door de politie in urgente situaties kan worden ondersteund.

Deze burgemeestersbevoegdheden stammen uit 1851, toen de eerste Gemeentewet in werking trad.² Ze worden nog steeds met grote regelmaat toegepast. Zo gebruikte de burgemeester van Haren een noodverordening in een poging om ongeregelde heden bij Project X in Haren te voorkomen.³ En de burgemeester van Sittard-Geleen greep naar een noodbevel om leden van rivaliserende motorclubs uit de gemeente te weren.⁴ Ordemaatregelen op basis van dergelijke bevoegdheden verhouden zich vaak moeilijk tot de algemene normen die de Algemene wet bestuursrecht (Awb) stelt aan overheidsoptreden onder normale omstandigheden. Dat zorgt voor de nodige juridische en praktische complicaties.

De burgemeester beschikt tegenwoordig ook over andersoortige bevoegdheden ter handhaving van de openbare orde. Voorbeelden hiervan treffen we aan in artikel 172a Gemw.⁵ Dit artikel kent hem de bevoegdheid toe om aan een ordeverstoorder een gebiedsverbod, een groepsverbod of een meldingsplicht op te leggen. Het betreffen reguliere beschikkingen in de zin van herstelsancties die

1 Art. 11 lid 1 Politiewet 2012 (Polw). Daarnaast heeft de burgemeester op grond van dit artikel ook het gezag over de politie bij de uitvoering van haar hulpverleningstaak.

2 Over deze bevoegdheden meer in deel 2 van dit preadvies. Zie ook: L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 111-158.

3 De inzet van de noodverordening was ontijdig en handhaving ervan was niet opportuun, zie: J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Onevenwichtig krachtenspel tussen Bats en regionale politie. Opinie rapport Cohen’, *Dagblad van het Noorden* 3 december 2013, p. 14. De noodverordening in het kader van ‘Project X’ is te raadplegen via www.haren.nl; zoek op ‘Noodverordening’ en klik op ‘ProjectX’ (laatst geraadpleegd op 5 november 2015).

4 Het gaat hier om de zogenoemde 1%-motorclubs of *Outlaw Motorcycle Gangs*. Het noodbevel dat zich tot hen richtte, is te raadplegen via www.sittard-geleen.nl; zoek op ‘Noodbevel’ (laatst geraadpleegd 5 november 2015).

5 Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast (Wet MBVEO, ook wel aangeduid als Voetbalwet) van 2010, Stb. 2010, 325 (i.w.tr. 1 september 2010).

goed passen binnen het systeem van de Algemene wet bestuursrecht. Van dit type bevoegdheden zijn er de laatste twintig jaar nogal wat gecreëerd.⁶

De burgemeester is niet het enige bestuursorgaan met bevoegdheden ter handhaving van de openbare orde. De gemeenteraad deelt op dit terrein ook bevoegdheden toe aan het college van burgemeester en wethouders (b en w). Zo wordt het college van b en w belast met de handhaving van verschillende verordeningen die de orde in de openbare ruimte in de gemeente reguleren. Denk aan de afvalstoffenverordening, de bedelverordening of de hondenverordening.

In de eerste verordening wordt geregeld wanneer burgers hun vuilnis buiten – dat wil zeggen in de openbare ruimte – mogen zetten om te worden opgehaald door de vuilnisophaaldienst. De tweede regelt de bevoegdheid om een gebied in de openbare ruimte aan te wijzen waar niet gebedeld mag worden. De derde regelt wanneer een agressieve hond die een gevaar vormt voor de gemeenschap voorwerp kan zijn van een muilkorf- of aanlijngedod in de openbare ruimte.⁷ Recent besliste de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland dat de bevoegdheid om in het belang van de openbare orde een gebied aan te wijzen waar geen vuurwerk mag worden afgestoken, niet aan het college van b en w toebedeeld mag worden.⁸ In het commentaar op deze uitspraak kwam dit de rechter op veel kritiek te staan.⁹ Het is derhalve een actuele vraag of de handhaving van de openbare orde – bij uitsluiting van andere bestuursorganen – dient te worden opgedragen aan de burgemeester.

In dit preadvies zal ik in deel 1 eerst ingaan op de vraag wat nu eigenlijk moet worden verstaan onder de openbare orde waarvoor de gemeentelijke overheden zorg dragen. In deel 2 wordt nader aandacht besteed aan de verschillende wijzen van openbare-ordehandhaving met de bijbehorende bevoegdheden. Het gaat om enerzijds het treffen van ordemaatregelen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde en anderzijds het opleggen van herstelsancties ter handhaving van de openbare orde onder normale omstandigheden. In beide gevallen kan het gaan om optreden van de burgemeester. De vraag of het college van b en w een rol kan spelen in de openbare-ordehandhaving komt in dit deel eveneens aan de orde. Als de verschillende soorten van handhaving in kaart zijn gebracht, kan in deel 3 vervolgens bekeken worden hoe de daarmee verband houdende ordemaatregelen en herstelsancties zich verhouden tot de Algemene wet bestuursrecht. Centraal staat daarbij de moeilijke verhouding van een specifiek type ordemaatregelen tot deze wet: de ordebevelen.

6 Zo veel zelfs dat vanuit burgemeesterskringen hierop regelmatig kritiek wordt geuit. De burgemeester zou steeds minder burgervader zijn en steeds meer een ‘sheriff’ worden. Zie onder andere het in opdracht van het ministerie van BZK en het ministerie van V&J opgestelde onderzoeksrapport *Majesteitelijk & Magistraal*. De Nederlandse burgemeester en de staat van het ambt van 20 maart 2014. Te raadplegen via www.rijksoverheid.nl; zoek op ‘Majesteitelijk en magistraal’ (laatst geraadpleegd op 5 november 2015). Hierover meer in par. 2.1 en 2.2.

7 In de modelverordening van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG) wordt in alle vier de verordeningen het college aangewezen als het verantwoordelijke bestuursorgaan. Zie respectievelijk art. 10 Model-Afvalstoffenverordening 2008, art. 2:65 en 2:59 van de Model-Algemene plaatselijke Verordening 2010 van de VNG.

8 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

9 Hierover meer in par. 2.1.

Deel I Openbare orde

I.1 Inleiding

Om de taak ‘handhaving van de openbare orde’ te duiden moet eerst worden stilgestaan bij het begrip ‘openbare orde’; de openbare orde vormt immers het object van de handhavingstaak. Het is niet eenvoudig te duiden wat precies onder openbare orde moet worden verstaan. Het begrip heeft binnen de verschillende Nederlandse rechtsgebieden – en ook in internationale regelgeving – doorgaans een verschillende en steeds een contextafhankelijke betekenis.¹⁰

In dit preadvies ga ik in op het begrip openbare orde binnen de context waarvan de zorg hiervoor op gemeentelijk niveau is neergelegd. De grondslag voor de overheidszorg met betrekking tot de openbare orde als taak die primair op lokaal (gemeentelijk) niveau wordt uitgeoefend, kan uit de Grondwet worden afgeleid.¹¹ Daarbij moet worden gedacht aan regulering door primair de gemeenteraad en ordehandhaving door het college van b en w of de burgemeester. In paragraaf 1.2 beschrijf ik verschillende definities van het gemeentelijke openbare-ordebegrip. Vervolgens zal ik in paragraaf 1.3 stilstaan bij de vraag of de openbare orde een juridisch genormeerde orde betreft. In paragraaf 1.4 komt aan bod op welke plaats de openbare orde waarvoor de gemeentelijke bestuursorganen verantwoordelijk zijn zich precies bevindt. In paragraaf 1.5 ten slotte besteed ik aandacht aan de vraag door welke overheidsorganen de openbare orde in dit verband wordt gereguleerd.

I.2 Definitie openbare orde

Wat moet worden verstaan onder openbare orde binnen de gemeente, vormt al decennia voorwerp van onderzoek en discussie. Hennekens kan worden gezien als een pionier op dit gebied. Hij werkt de begripsbepaling van openbare orde van procureur-generaal Langemeijer, ‘het ordelijk verloop van het

¹⁰ Zie bijv. A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 389; de noot van J.G. Brouwer en A.E. Schilder bij Rb. Leeuwarden 6 januari 2010, AB 2010/164; H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orde*, Deventer: Kluwer 2013, p. 6-7.

¹¹ H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orde*, Deventer: Kluwer 2013, p. 6-7. Hier blijft de handhaving van de openbare orde indien sprake is van een uitzonderingstoestand in de zin van art. 103 Grondwet buiten beschouwing. Zie over dit staatsnoodrecht onder andere: D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, Van der Pot. *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 766-777; E.T. Brainich von Brainich Felth, *Staatsrecht* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993 en E.T. Brainich von Brainich Felth, *Het systeem van crisisbeheersing*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

gemeenschapsleven', verder uit.¹² Hennekens spreekt van 'het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven ter plaatse, voor zover dat door menselijk handelen beïnvloed en bepaald wordt'.¹³ Veel auteurs komen tot een vergelijkbare definitie. Zo spreekt De Jong van 'de orde en rust in het openbare leven' en heeft Munneke het over 'de feitelijke rust in de publieke ruimte die aldaar als de normale gang van zaken is te beschouwen'.¹⁴

De openbare orde wordt door de Hoge Raad in 2007 omschreven in een zaak waarin het begrip 'verstoring van de openbare orde' wordt geduid in een verordening van de gemeente Den Haag: 'Wil van een verstoring van de openbare orde kunnen worden gesproken, dan zal het moeten gaan om een verstoring van enige betekenis van de normale gang van zaken in of aan de desbetreffende openbare ruimte'.¹⁵ Deze definitie van de Hoge Raad, 'de normale gang van zaken in of aan de desbetreffende openbare ruimte', geeft – net als de zojuist genoemde definities van de auteurs – geen concrete invulling aan het begrip openbare orde. Voor burgers is daardoor niet of onvoldoende duidelijk door welk gedrag de openbare orde wordt verstoord en daarmee aanleiding kan vormen om hun vrijheden te beperken door feitelijk of juridisch overheidsoptreden.¹⁶ Dit staat op zeer gespannen voet met de eis van rechtszekerheid, kenbaarheid en voorzienbaarheid in de terminologie van het EHRM.¹⁷

Brouwer en Schilder geven de voorbeelden van duizend studenten die op hun handen lopen om in het *Guinness Book of Records* te komen en het in het beleid teleurgestelde publiek dat zich op Prinsjesdag massaal omdraait als de Koningin tijdens de rijtoer passeert.¹⁸ Dergelijke situaties wijken af van de 'normale gang van zaken in of aan de desbetreffende openbare ruimte', maar worden toch niet gezien als verstoring van de openbare orde dat optreden daartegen rechtvaardigt. De Hoge Raad spreekt dan ook van een verstoring 'van enige betekenis'. Wat dit criterium precies inhoudt, is sterk onderhevig aan discussie. Brouwer en Schilder komen om die reden tot een andere duiding. Zij nemen aan dat de openbare orde samenvalt met de rechtsorde.¹⁹ Van een verstoring is in bovengenoemde

12 Conclusie bij HR 19 januari 1962, NJ 1962, 107 (Geertruidenberg II).

13 H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orde*, Deventer: Kluwer 2013, p. 8.

14 M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 18 en S.A.J. Munneke, 'Grondslag en reikwijdte van openbare-ordebevoegdheden', in: A.E.M. van den Berg, J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 14.

15 Het hof oordeelde dat geen sprake was van verstoring van de (openbare) orde in de zin van art. 76 APV 's-Gravenhage 1982, omdat er geen wanordelijkheden onder het publiek tweeweg waren gebracht. Dat is volgens de Hoge Raad een te beperkte uitleg, zie HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2104, AB 2007/131, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

16 Desondanks wordt er bij de parlementaire behandeling van de Wet MBVEO door de regering naar deze definitie verwezen om een invulling te geven aan wat een openbare-ordeverstoringe gedraging is die aanleiding kan zijn om bestuursrechtelijke maatregelen te treffen in de zin van art. 172a Gemw. Zie Kamerstukken II 2008/09, 31467, 7, p. 4.

17 Bijv. EHRM 4 juni 2002, appl. nr. 37331/97, *Gst.* 2003/39 (Landvreugd/Nederland).

18 Noot van J.G. Brouwer en A.E. Schilder bij HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2104, AB 2007/131.

19 Hiervoor is ook steun te vinden in de wetsgeschiedenis, zie: *Kamerstukken II* 1985/86, 19403, 10, p. 88-89. De regering treedt later – naar aanleiding van een omstreden amendement – wel wat op haar schreden terug, zie M.A.D.W. de Jong, 'Een destructief amendement', *NTB* 1992/2, p. 46-53; zie ook J.H.M. Drayer & J.J.H. Suyver, *Politie in de rechtsorde*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 101-102.

voorbeelden geen sprake, omdat het van de normale gang van zaken afwijkende gedrag niet in strijd is met het recht.²⁰ In dit preadvies werk ik de definitie van de Hoge Raad – ‘de normale gang van zaken in of aan de desbetreffende openbare ruimte’ – nader uit. Ik zal in de volgende paragraaf eerst kijken of de daarin genoemde ‘normale gang van zaken’ kan worden gezien als een juridisch genormeerde orde. Vervolgens ga ik in paragraaf 1.4 nader in op wat precies moet worden verstaan onder ‘openbare ruimte’.

1.3 Juridisch genormeerde orde

De essentie van openbare orde is dat personen zich vrijelijk in de openbare ruimte kunnen bevinden en bewegen. Dat wil zeggen: dat zij zelf of hun goederen niet aan onrechtmatige hinder of onrechtmatig gevaar worden blootgesteld.²¹ Alle strafbaar gestelde hinderlijke of gevaarlijke gedragingen zijn, met andere woorden, verstoringen van de openbare orde, althans wanneer die strafbare gedragingen zich afspelen in de openbare ruimte.

Vernieling van zaken in de openbare ruimte is bijvoorbeeld een strafbaar feit op grond van artikel 350 Wetboek van Strafrecht (Sr). Maar het is ook een verstoring van de openbare orde, waartegen de burgemeester met de onder zijn gezag staande politie kan optreden, soms zelfs preventief. Een ander voorbeeld van een strafbaar feit waarmee de openbare orde wordt verstoord, is te vinden in artikel 426bis Sr: ‘Hij die wederrechtelijk op de openbare weg een ander in zijn vrijheid van beweging belemmert (...) of hem op hinderlijke wijze blijft volgen, wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste een maand of geldboete van de tweede categorie.’ Waar artikel 426bis Sr het veroorzaken van hinder betreft, zijn mishandeling (art. 300 Sr) en vechterij (art. 306 Sr) in de openbare ruimte voorbeelden van strafbaar gevaarzettend gedrag dat de openbare orde verstoort.²² Een ander verbod op gevaarzettend gedrag treffen we aan in artikel 425 Sr: ‘Met hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie wordt gestraft: (...) hij die geen voldoende zorg draagt voor het onschadelijk houden van een onder zijn hoede staand gevaarlijk dier.’ Indien een inwoner van de gemeente op straat wordt gebeten door een gevaarlijke hond, kan het college van b en w aan de eigenaar van die hond een muilkorf- of aanlijngesbod opleggen.

20 Zie o.a. A.E. Schilder & J.G. Brouwer, *Gemeentelijke verordeningen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 51; J.G. Brouwer & S.M. Wolfert, ‘Openbare orde verstorende twaalfminners’, AA 2011/4, p. 270. Vgl. S.A.J. Munneke, ‘Grondslag en reikwijdte van openbare-ordebevoegdheden’, in: A.E.M. van den Berg, J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orde-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 15. Munneke merkt de rechtsorde aan als de buitenste schil van het begrip openbare orde.

21 B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving: actoren, instrumenten en waarborgen. Een studie naar recht en regelgeving betreffende bevoegdheden tot en garanties bij de handhaving van de openbare orde in de rechtsstaat Nederland* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 21; vgl. F.H. van den Burg, *Preventieve justitie en plaatselijke politie. Enige historische en juridische beschouwingen over het begrip politie in het Nederlandse recht* (diss. Utrecht), Arnhem: Vuga-boekerij 1961, p. 94 en J.H.M. Drayer & J.J.H. Suyver, *Politie in de rechtsorde*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 99-100.

22 Hierover uitgebreid: J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orde-recht’, in: E.R. Muller & J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 176-177.

Ook in de Algemene Plaatselijke Verordening (APV) zijn veel gedragingen strafbaar gesteld met het doel om binnen de gemeente hinder of gevaar in de openbare ruimte te voorkomen of te beperken. Denk bijvoorbeeld aan een verbod op het doen van de natuurlijke behoefte op een openbare plaats binnen de bebouwde kom buiten de daartoe aangewezen plaatsen. Of het verbod op het stoken van vuur voor koken, bakken en braden dat gevaar, overlast of hinder voor de omgeving oplevert.²³

In de praktijk valt een verstoring van de openbare orde vrijwel altijd samen met strafbare feiten. De handhaving van de openbare orde is om die reden doorgaans het handhaven van strafrechtelijke voorschriften met andere middelen dan de strafvorderlijke. Dit laat overigens onverlet dat de politie nadien de orde ook strafrechtelijk kan handhaven. Een politiemacht kan onder het gezag van de burgemeester hooligans die stenen naar supporters van de tegenpartij gooien, bijvoorbeeld eerst van de plek des onheils verdrijven. Vervolgens kunnen die hooligans te maken krijgen met een strafrechtelijke vervolging door de officier van justitie wegens openlijke geweldpleging: overtreding van artikel 141 Sr.²⁴

Van der Meulen ziet de openbare orde evenwel niet zozeer als een juridisch genormeerde orde, maar als een feitelijke situatie, die verstoord wordt als zich omstandigheden voordoen waarin het praktisch gesproken niet voor iedereen mogelijk is om in vrijheid en veiligheid overeenkomstig de geldende bestemming optimaal gebruik te maken van de openbare ruimte. Voor hem is het juridisch relevante aangrijpingspunt voor ordehandhaving de situatie (het effect) en niet de handeling van de ordeverstoring (de oorzaak). Dit standpunt sluit overigens niet uit dat de openbare orde een door rechtsnormen beheerste situatie is. Van der Meulen geeft zelf aan dat de bestemming van de openbare ruimte in veel gevallen uit algemeen verbindende voorschriften voortvloeit en dat er ten aanzien van veiligheid ook veel geschreven recht bestaat, hoewel hij de (dreigende) overtreding van deze voorschriften dus niet ziet als *conditio sine qua non* voor ordehandhaving.²⁵ Rogier geeft aan dat de openbare orde niet kan samenvallen met uitsluitend wettelijke normen. Het is volgens hem te veel gevraagd van de (gemeentelijke) regelgevers om, gelet op de plaatselijke omstandigheden, voor alle denkbare en voorzienbare gevallen delictsomschrijvingen op te stellen.²⁶

Indien aangenomen wordt dat de openbare orde ook genormeerd wordt door ongeschreven rechtsnormen, biedt dat de flexibiliteit om ook de – zeldzame – (nog) niet door de wet genormeerde situaties die de openbare orde verstoren, te

23 Zie bijvoorbeeld APV Groningen (art. 2:58 en 5:35).

24 J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 176-177.

25 B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving: actoren, instrumenten en waarborgen. Een studie naar recht en regelgeving betreffende bevoegdheden tot en garanties bij de handhaving van de openbare orde in de rechtsstaat Nederland* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 35-36.

26 Zie de noot van L.J.J. Rogier bij HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2104, AB 2007/117. Hiervoor wordt wel gepleit door De Jong, Dölle en Elzinga. Van deze eis zou dan alleen afgeweken kunnen worden bij onvoorziene en onmiddellijke ordeverstoringen in noodsituaties. De bevoegdheden van art. 175 en 176 Gemw kunnen dan uitkomst bieden; zie M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 38-39; A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 391-392 en 397.

bestrijken. Brouwer en Schilder geven aan dat de openbare orde in een ontwikkelde rechtsstaat in het huidige tijdsgewricht niets anders kan zijn dan het resultaat van de naleving van ge- en verboden die volgens een democratische procedure in wetgeving zijn vastgelegd. In het zeldzame geval dat hinderlijk of gevaarzettend gedrag niet strafbaar gesteld is, dienen de ongeschreven rechtsnormen waarnaar wordt verwezen in artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW) als sluitpost. Op die wettelijke basis wordt dergelijk gedrag – onder voorwaarden – als in strijd met het recht (een onrechtmatige daad) aangemerkt.²⁷

Hennekens spreekt ook van een juridisch genormeerde orde, hoewel zijn redenering niet sluitend is. Hij stelt dat het nodig kan zijn om een rechtsplicht die de openbare orde reguleert – indien deze niet is geregeld in het strafrecht – te concretiseren door een gedragsplicht te creëren.²⁸ Het volgende voorbeeld illustreert dit: een groep jongeren die met grote regelmaat onafgebroken rondjes rijdt op een scooter door een woonwijk, kan de normale gang van zaken in de openbare ruimte na verloop van tijd behoorlijk verstoren. Indien dat het geval is, wordt een rechtsplicht geschonden die de openbare orde reguleert, hoewel het gedrag niet altijd strafbaar is.²⁹ Er kan dan een gedragsplicht worden gecreëerd die deze rechtsplicht concretiseert. Denk aan een politiebevel of een bevel van de burgemeester om het gedrag te staken, geconcretiseerd in het verbod om met de scooter rondjes in de wijk te blijven rijden. Welke rechtsplicht hier geschonden wordt om het optreden te legitimeren, laat Hennekens echter in het midden. Die norm krijgt wel invulling in de theorie van Brouwer en Schilder; het zou dan gaan om onrechtmatig hinderlijk gedrag in de zin van artikel 6:162 BW.³⁰

Het uitgangspunt dat de openbare orde wordt gereguleerd door rechtsnormen, doet recht aan het legaliteitsbeginsel als het centrale beginsel van onze democratische rechtsstaat. Het volk is immers slechts gebonden aan – de aan zichzelf door vertegenwoordigers op de voorgeschreven wijze opgelegde – rechtsregels, die aan eisen van voorzienbaarheid en kenbaarheid moeten voldoen.³¹ Handhaving door de overheid (in de ruimste definitie) ziet op elke handeling die erop gericht is de naleving van rechtsregels te bevorderen of een overtreding (van rechtsregels) te beëindigen.³² Door te spreken van een juridische orde wordt willekeurig onwenselijk of onfatsoenlijk gedrag dat de normale gang van zaken

27 Noot van J.G. Brouwer en A.E. Schilder bij HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2104, AB 2007/131 en J.G. Brouwer & S.M. Wolfert, 'Openbare orde versturende twaalfminners', AA 2011/4, p. 270.

28 H.Ph.J.A.M. Hennekens in o.a. *Handhaving van de openbare orde. Taken en bevoegdheden van de burgemeester*, 's-Gravenhage: VUGA 1990, p. 19-28, en *Openbare-orderecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 6-21.

29 Dat kan ook anders zijn, bijvoorbeeld als men de verkeersregels niet in acht neemt of het gedrag in de nachtelijke uren plaatsvindt (art. 431 Sr).

30 Zie voor dit voorbeeld L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 248. Zie ook voetnoot 28.

31 Zie o.a. EHRM 4 juni 2002, appl. nr. 37331/97, Gst. 2003/39 (Landvreugd/Nederland); D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 661.

32 F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2014, p. 20-21.

in de openbare ruimte verstoort – indien niet binnen het recht gereguleerd³³ – buiten de voor burgers juridisch bindende en door de overheid te handhaven normen gehouden.

In dit preadvies versta ik onder openbare orde dan ook: de normale gang van zaken in de publieke ruimte ter plaatse die genormeerd wordt door rechtsnormen ter beperking van hinder of gevaar voor de zich daar bevindende personen of goederen. Waarom ik kies voor het gebruik van de term *publieke ruimte* in plaats van de eerder gebruikte term *openbare ruimte*, wordt in de volgende paragraaf toegelicht.

1.4 Publieke ruimte

Vaak wordt van *openbare ruimte* gesproken daar waar eigenlijk de *publieke ruimte* wordt bedoeld. Die laatste term dekt zowel de *openbare plaatsen* als de *voor het publiek toegankelijke plaatsen*. De handhaving van de openbare orde strekt zich uit tot zowel openbare plaatsen als voor het publiek toegankelijke plaatsen. Het ligt dan ook meer voor de hand om in dit verband van publieke ruimte te spreken dan om de minder zuivere aanduiding openbare ruimte te gebruiken.³⁴

Openbare plaatsen zijn terreinen die voor het publiek toegankelijk zijn zonder dat de rechthebbende voorwaarden stelt aan de toegang daarvan.³⁵ Het zijn ‘plaatsen die krachtens bestemming of vast gebruik open staan voor het publiek’.³⁶ Denk aan straten, pleinen, plantsoenen en parken. In beginsel kan eenieder zich daar bevinden en mag het terrein naar eigen inzicht – uiteraard binnen de grenzen van de wet – gebruikt worden. De lokale overheid is zonder meer belast met de zorg voor de normale gang van zaken aldaar.

Op voor het publiek toegankelijke plaatsen mag eenieder komen met een doel dat verband houdt met de functie van de plaats. Ze staan feitelijk open voor het algemene publiek. Gedacht kan worden aan (delen van) gemeentehuizen, bibliotheken, winkels, cafés, amusementsparken, voetbalstadions, begraafplaatsen en evenementlocaties. Het gebruik van deze plaatsen is doelgebonden en de rechthebbende kan zowel de toegang als het gebruik van de plaats aan voorwaarden verbinden. Denk hierbij aan de eis van een minimumleeftijd of om een toegangsbewijs te kopen. De rechthebbende is op deze plaatsen primair verantwoordelijk

33 Veel rechtsregels vormen een weergave van in de maatschappij heersende regels van moraal en fatsoen en zijn daarmee ook sterk cultureel bepaald (denk aan een verbod op bigamie). Zie over de verbinding tussen rechtsregels en regels van moraal en fatsoen o.a. C.E. Drion, ‘Fatsoen en recht’, *NJB* 2011/1936.

34 Zie o.a. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, ‘Private handhaving van de orde: een verkenning’, in: J.G. Brouwer & A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde. Over private ordehandhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 9-14 en A.H.M. Dölle, ‘Burgemeester in de branding’, in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Bezield staatsrecht. Een bloemlezing uit het wetenschappelijk werk van A.H.M. Dölle*, Deventer: Kluwer 2014, p. 253-254. Onderstaande schets van de ‘plaats-begrippen’ is uitgebreid uitgewerkt in par. 7.4.1.3 van L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2012.

35 Wel kunnen er voorwaarden aan het gebruik van de plaats zijn verbonden, zoals het aangelijnd houden van de hond of een verbod op open vuur.

36 Art. 1 lid 1 Wet openbare manifestaties.

voor het reguleren en handhaven van de normale gang van zaken, bijvoorbeeld door het vaststellen van huisregels en het inhuren van beveiligers.³⁷

De zorg die de rechthebbende heeft voor de normale gang van zaken op die plaatsen, wordt gedeeld met de lokale overheid.³⁸ De gemeenteraad kan verordeningen opstellen die de normale gang van zaken in voor publiek toegankelijke plaatsen reguleren. Denk bijvoorbeeld aan de horecaverordening waarin sluitings-tijden zijn opgenomen en waarin het verboden wordt om in horecabedrijven de orde te verstoren.³⁹ De burgemeester heeft in dezen een (exclusieve) toezichthoudende taak op grond van artikel 174 lid 1 Gemw en is (exclusief) belast met de uitvoering van de verordeningen die op dat toezicht betrekking hebben ingevolge artikel 174 lid 3 Gemw.⁴⁰

De normale gang van zaken in besloten plaatsen, waaronder woningen en andere niet voor publiek toegankelijke plaatsen zoals kantoren of verenigingsgebouwen, vormt in beginsel geen voorwerp van zorg van de lokale overheid.⁴¹ Dit is alleen anders indien de wetgever hiervoor expliciet bevoegdheden heeft toegekend. Zo is aan de burgemeester bij formele wet een bevoegdheid toegekend om een woning te sluiten indien vanuit die woning de openbare orde rondom die woning zodanig wordt verstoord dat in die omgeving gevaar voor de gezondheid en de veiligheid ontstaat.⁴²

Concluderend kunnen we vaststellen dat van openbare orde sprake is in een situatie waarin de normale gang van zaken in of aan de desbetreffende publieke ruimte niet onrechtmatig wordt verstoord in de zin dat personen zich daar vrijelijk kunnen bevinden en bewegen, zonder dat zijzelf of hun goederen aan hinder of gevaar worden blootgesteld. In de volgende paragraaf ga ik in op de vraag door welke overheidsorganen de normale gang van zaken in de publieke ruimte juridisch genormeerd wordt.

1.5 Regulering

Veel gedragingen die onrechtmatig gevaar of hinder voor personen en goederen veroorzaken, zijn door de formele wetgever strafbaar gesteld. Ik gaf al de voorbeelden van onder meer openlijke geweldpleging, vernieling en vechterij.⁴³ Deze strafbepalingen kunnen gezien worden als de gemene deler van de plaatselijke openbare orde; indien het daarin strafbaar gestelde gedrag plaatsvindt in de

37 A.E. van Rooij, 'Private ordehandhaving op voor publiek toegankelijke plaatsen', in: J.G. Brouwer & A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde. Over private ordehandhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 51-80.

38 In dit kader vindt veel samenwerking plaats, een praktijk die wel wordt aangeduid met 'integraal veiligheidsbeleid'. Zie hierover uitgebreid het preadvies van A.E. van Rooij.

39 Zie bijv. de Horecaverordening Utrecht 2015 (art. 11 en 16).

40 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Private handhaving van de orde: een verkenning', in: J.G. Brouwer & A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde. Over private ordehandhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 10-12.

41 Zie over de grenzen aan regulering de volgende paragraaf.

42 De bevoegdheid om in dit geval een woning (en ook een lokaal of erf) te sluiten is te vinden in art. 174a Gemw. Zie over (de toepassing van) deze bevoegdheid: M. Vols, *Woonoverlast en het recht op privéleven* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 71-77.

43 Het gaat niet alleen om strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht, maar bijvoorbeeld ook om bepalingen uit wetten zoals de Wet wapens en munitie en de Opiumwet.

publieke ruimte, verstoort dat binnen iedere plaatselijke gemeenschap de normale gang van zaken. Het ligt voor de hand dat daarnaast ook op gemeentelijk niveau invloed wordt uitgeoefend op wat de openbare orde ter plaatse precies inhoudt. Deze kan van gemeenschap tot gemeenschap verschillen en de zorg voor de normale gang van zaken betreft immers een overheidstaak die primair op lokaal niveau is belegd.

De gemeenteraad speelt in de regulering van de openbare orde dan ook een belangrijke rol met het gebruik van zijn verordenende bevoegdheid ex artikel 108 juncto 149 Gemw. Dat gebeurt bijvoorbeeld door in de APV de eerdergenoemde verboden van het doen van de natuurlijke behoefte in de openbare ruimte of bedelarij in (een deel van) de gemeente op te nemen. Deze bepalingen zijn opgenomen in de model-APV van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG); ze zijn in de APV van veel gemeenten terug te vinden. De onderlinge verschillen in de APV's geven de openbare orde evenwel een *couleur locale*; zo is in artikel 2:65b lid 1 van de APV van de gemeente Staphorst een vloekverbod opgenomen: 'Het is verboden in het openbaar de Naam van God vloekende te gebruiken.'⁴⁴ Naast de APV zijn er ook andere verordeningen die de openbare orde reguleren binnen de gemeente, zoals de prostitutieverordening.⁴⁵

De mogelijkheden van de gemeentelijke regelgever op grond van autonomie zijn begrensd. Zij mag niet treden in de 'bijzondere belangen der ingezetenen'. Deze privésfeer van burgers krijgt mede invulling door hogere regelingen, waaronder de grondrechten. Ook daarmee mag de gemeentelijke regelgeving niet in strijd zijn.⁴⁶ Zo werd een verordening van de gemeente Wassenaar waarin visuele nieuwsgaring werd verboden in de omgeving van De Eikenhorst (het woonhuis van Koning Willem-Alexander en zijn gezin, gelegen op het koninklijke landgoed De Horsten) door de rechter onverbindend verklaard vanwege strijdigheid met het in de vrijheid van meningsuiting besloten liggende recht op vrije nieuwsgaring.⁴⁷

Waar het gaat om de regulering van de openbare orde door de lokale wetgever, is de kans op competentiegeschillen met de hogere wetgever aanwezig. Een groot deel van de rechtsregels die de normale gang van zaken in de publieke ruimte reguleren, is – zoals in paragraaf 1.2 aan de orde kwam – immers neergelegd in formele wetten, zoals het Wetboek van Strafrecht, maar ook in andere bijzondere wetten, zoals de Opiumwet. Verordeningen mogen hiermee niet in strijd zijn.

De gemeenteraad speelt ook een rol ten aanzien van de uitoefening van openbare-ordebevoegdheden van de burgemeester ter bestuurlijke ophouding (art.

44 Dit verbod is met het oog op de grondwettelijk beschermde vrijheid van meningsuiting overigens vooral van symbolische betekenis. Zie ook het tweede lid van deze bepaling: 'Het in het eerste lid gestelde verbod geldt niet voor zover gedachten of gevoelens worden geopenbaard als bedoeld in artikel 7 van de Grondwet dan wel de artikelen 137c, 137e, 147 en 429bis van het Wetboek van Strafrecht.'

45 Zie ook A.H.M. Dölle, 'Burgemeester in de branding', in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Bezield staatsrecht. Een bloemlezing uit het wetenschappelijk werk van A.H.M. Dölle*, Deventer: Kluwer 2014, p. 263-264.

46 Dit betreft respectievelijk de zogenoemde ondergrens en bovengrens, zie daarover A.E. Schilder & J.G. Brouwer, *Gemeentelijke verordeningen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, hoofdstuk 3 en 4; D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 924.

47 Bij dit oordeel vallen overigens de nodige kanttekeningen te plaatsen. Zie hierover de noot van A.E. Schilder & J.G. Brouwer onder Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 6 augustus 2003, ECLI:NL:RBSGR:2003:Al0834, AB 2003/470.

154a Gemw), preventieve foullering (art. 151b Gemw) en cameratoezicht (art. 151c Gemw).⁴⁸ De gemeenteraad geeft hier nadere invulling aan door te bepalen hoe deze bevoegdheden door de burgemeester toegepast kunnen worden.

In noodsituaties kan de burgemeester verder zelf algemeen verbindende voorschriften uitvaardigen ter beperking van gevaar of ter handhaving van de openbare orde. Dit doet hij door gebruik te maken van zijn noodverordeningsbevoegdheid. Die bevoegdheid ontsluit zich pas indien er sprake is van een ramp⁴⁹ of ernstige wanordelijkheden dan wel de dreiging daarvan. In dat laatste geval gaat het om een (dreigende) verstoring van de openbare orde en moet er dus reeds sprake zijn van de (dreigende) overtreding van rechtsnormen waardoor hinder of gevaar voor anderen dan wel hun goederen bestaat dan wel dreigt te ontstaan.⁵⁰ De noodverordeningsvoorschriften hebben een bijzonder karakter. Ze geven aanvullende rechtsnormen om de reeds juridisch genormeerde openbare orde beter te kunnen handhaven. Die voorschriften mogen slechts voor de duur van de noodsituatie gelden en ze moeten door de gemeenteraad worden bekrachtigd. In de bepaling zelf is rekening gehouden met de bijzondere aard van de voorschriften; zo kan de bekendmaking van deze algemeen verbindende voorschriften geschieden op een door de burgemeester te bepalen wijze.⁵¹

1.6 Conclusie

Van openbare orde is sprake in een situatie waarin de normale gang van zaken in of aan de desbetreffende publieke ruimte niet onrechtmatig wordt verstoord. Personen kunnen zich daar vrijelijk bevinden en bewegen, zonder dat zijzelf of hun goederen aan hinder of gevaar worden blootgesteld. Met Brouwer constateer ik dat die normale gang van zaken een – door wettelijke (strafrechtelijke) voorschriften en ongeschreven rechtsnormen waarnaar in artikel 6:162 BW wordt verwezen – juridisch genormeerde is. Een verstoring van de openbare orde is daarmee een strafbare dan wel (anderszins) onrechtmatige gedraging die hinder of gevaar voor anderen dan wel hun goederen oplevert in de publieke ruimte.⁵²

De formele wetgever heeft veel gedragingen strafbaar gesteld die hinder of gevaar veroorzaken. Als dat gedrag in de publieke ruimte wordt vertoond, verstoort het de openbare orde. De gemeenteraad stelt eveneens gedragingen

48 A.H.M. Dölle, 'Burgemeester in de branding', in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Beziel staatsrecht. Een bloemlezing uit het wetenschappelijk werk van A.H.M. Dölle*, Deventer: Kluwer 2014, p. 261-263.

49 Een ramp wordt in art. 1 Wet veiligheidsregio's gedefinieerd als 'een zwaar ongeval of een andere gebeurtenis waarbij het leven en de gezondheid van veel personen, het milieu of grote materiële belangen in ernstige mate zijn geschaad of worden bedreigd en waarbij een gecoördineerde inzet van diensten of organisaties van verschillende disciplines is vereist om de dreiging weg te nemen of de schadelijke gevolgen te beperken'.

50 HR 20 januari 2007, ECLI:NLHR:2007:AZ2104, Gst. 2007/117, m.nt. L.J.J. Rogier.

51 Zie art. 176 Gemw.

52 J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 175-176; J.G. Brouwer & S.M. Wolfert, 'Openbare orde verstorende twaalfminners', AA 2011/4, p. 270; J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van art. 172 lid 3 Gemeentewet', Gst. 2015/59, afl. 7423, p. 313-314.

strafbaar die men ter plaatse aanmerkt als openbare-ordeverstoring van aard. Dat gebeurt onder meer in de APV. In deze gemeentelijke verordeningen zijn opvattingen te vinden over wat binnen een gemeente nu wel of niet tot de normale gang van zaken behoort. Dit verschilt van gemeenschap tot gemeenschap. De burgemeester heeft ook een bevoegdheid om in noodsituaties tot algemene normstelling over te gaan. Die voorschriften worden evenwel uitgevaardigd ter handhaving van de openbare orde en niet met het doel om de openbare orde te reguleren.

Deel 2 Openbare-ordehandhaving

2.1 Inleiding

In dit deel komt de vraag aan de orde wie verantwoordelijk is voor de handhaving van de regels die de normale gang van zaken in de publieke ruimte reguleren. In toenemende mate lijkt de opvatting te bestaan dat er ten aanzien van de handhaving van de openbare orde alleen een rol is weggelegd voor de burgemeester en in het geheel niet voor het college van b en w.

Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland dat een artikel in de APV van de gemeente Hilversum onverbindend was, omdat de daarin opgenomen bevoegdheid om een gebied aan te wijzen waar geen vuurwerk mag worden afgestoken (vuurwerkvrije zone), was toegekend aan het college van b en w en niet aan de burgemeester. Daarvoor zou geen ruimte bestaan nu het een taak ‘op het vlak van de openbare orde’ betreft.

‘De conclusie moet zijn dat de met artikel 2.7.3 van de Apv neergelegde taak [aanwijzen vuurwerkvrije zone, AJW] op het vlak van het voorkomen van gevaar, schade en overlast niet anders kan worden geduid dan een taak op het vlak van de openbare orde, zoals de naam van het hoofdstuk van de Apv waarin dit artikel is opgenomen ook al aanduidt. Bovendien valt in ieder geval ‘gevaar’, maar ook ‘schade’ en ‘overlast’ onder het begrip openbare orde. Aan het college van burgemeester en wethouders komt op dat vlak geen taak toe. Artikel 2.7.3 van de Apv is dan ook onverbindend.’⁵³

De APV-bepaling van de gemeente Hilversum is overgenomen uit de model-APV van de VNG. Op de website van de VNG is een analyse van de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland te vinden. De vereniging is het oneens met de uitspraak:

‘De zorg voor het handhaven van de openbare orde is op basis van de Gemeentewet bij zowel de burgemeester als het college neergelegd. Artikel 172 lid 1 Gemeentewet geeft de burgemeester de bevoegdheid om de orde te handhaven in situaties waarin snel en krachtadig optreden is vereist. Wanneer er de mogelijkheid is om gedurende een langere periode een overweging te maken over een gewenste maatregel, kan het college daartoe besluiten en (zoals in deze situatie) een aanwijzingsbesluit nemen. Altijd is er in de jurisprudentie op deze wijze uitvoering gegeven aan het beleid rondom handhaving van de openbare orde. In dit verband wijzen wij bijvoorbeeld op (...) Rb. Leeuwarden 27-12-2001 (...) [ECLI:NL:RBLEE:2001:AD7648, AJW]. Dat is ook belangrijk in het kader van de democratische legitimatie van een besluit: een burgemeester

⁵³ Rb. Midden-Nederland (vzr.) 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88.

zou immers anders op eigen initiatief kunnen besluiten om zelfstandig allerlei maatregelen te nemen. Dat is onwenselijk in het kader van de democratische besluitvorming op lokaal niveau.⁵⁴

De VNG heeft in de model-APV 2010 onlangs wel een andere openbare-ordetaak van het college van b en w verschoven naar de burgemeester. Het gaat om de eerdergenoemde bevoegdheid op basis waarvan een muilkorf- of aanlijngebod opgelegd kan worden aan de baas van een bijtgrage hond.

Artikel 2:59 Gevaarlijke honden (oud)

Indien het college een hond in verband met zijn gedrag gevaarlijk of hinderlijk acht, kan het de eigenaar of houder van die hond een aanlijngebod of een aanlijn- en muilkorfgebod opleggen voor zover die hond verblijft of loopt op een openbare plaats of op het terrein van een ander.

In vergelijking met de zojuist besproken uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland wordt wel een andere motivering voor de nieuwe keuze van het bestuursorgaan gebruikt:

‘De bevoegdheid tot het opleggen van aanlijn- en muilkorfgeboden was hier aan het college toebedeeld. Een aantal gemeenten heeft er op gewezen dat in dit geval de burgemeester als beslisser meer voor de hand ligt. Het besluit heeft een sterk openbare orde-karakter en wordt vaak genomen na een incident, waarbij regelmatig ook een zekere spoed geboden is. Om die redenen is in dit artikel nu de burgemeester aangewezen om deze ge- en verboden op te leggen.’⁵⁵

Bestaat er een verschil tussen het aanwijzen van een vuurwerkvrije zone en het opleggen van een gevaarbeperkend muilkorf- of aanlijngebod ten aanzien van wie die bevoegdheid mag uitoefenen? Kan meer in zijn algemeenheid gezegd worden dat slechts een deel van de openbare-ordetaken bij uitsluiting van het college van b en w door de burgemeester uitgeoefend dienen te worden? In de volgende paragraaf zal ik de specifieke taak van de burgemeester nader bekijken.

2.2 Handhaving van de openbare orde

De hoofdregel inzake de bevoegdheidsverdeling binnen de gemeente is te vinden in artikel 160 lid 1, aanhef en onder a Gemw. Daarin is neergelegd dat het college van b en w bevoegd is het dagelijks bestuur van de gemeente te voeren. Uitzondering op deze hoofdregel is het geval dat de gemeenteraad of de burgemeester daarmee bij of krachtens de wet belast wordt. In artikel 174 lid 3 Gemw is daarvan een voorbeeld te vinden: de burgemeester is belast met de uitvoering van verordeningen voor zover deze betrekking hebben op het toezicht op de openbare

54 Te raadplegen via: www.vng.nl, zoek op ‘Uitspraak vuurwerkverbod’ (laatst geraadpleegd op 11 september 2015).

55 Vereniging van Nederlandse Gemeenten, brief aan de leden betreffende Wijziging model-APV zomer 2015 van 5 augustus 2015, te raadplegen via www.vng.nl, zoek op ‘Wijziging APV zomer 2015’ (laatst geraadpleegd op 11 september 2015).

samenkomsten en gemakkelijkheden alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven. Een ander voorbeeld is te vinden in artikel 154a Gemw. Daarin is bepaald dat de gemeenteraad de bevoegdheid tot bestuurlijke ophouding uitsluitend aan de burgemeester kan toekennen.

Bij de herziening van de Gemeentewet van 1992 werd de taak van de burgemeester ten aanzien van de openbare-ordehandhaving gecodificeerd in artikel 172 lid 1:

‘De burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde.’⁵⁶

In artikel 172 Gemw is niet bepaald dat de burgemeester in zijn algemeenheid belast wordt met de uitvoering van alle verordeningen die betrekking hebben op de openbare orde. Mocht artikel 172 lid 1 Gemw de burgemeester exclusief belasten met de handhaving van al die verordeningen, dan zou een bepaling als het zojuist genoemde artikel 174 lid 3 Gemw overbodig zijn, omdat dit dan reeds uit deze taakomschrijving zou volgen.⁵⁷

Waar komt dan het idee vandaan dat deze bepaling ertoe noopt dat alle taken op het terrein van de openbare orde bij uitsluiting aan de burgemeester moeten toekomen? Het kan goed zijn dat hierover verwarring is ontstaan doordat de regering tijdens de totstandkoming van het artikel overwoog dat de zorg voor de handhaving van de openbare orde in dit artikel exclusief aan de burgemeester is opgedragen en dat hij met uitsluiting van de andere gemeentelijke bestuursorganen voor deze taak wordt aangewezen.⁵⁸ Alleen al gezien de zojuist besproken wetssystematiek kan het echter niet anders zijn dan dat de regering hiermee op een beperkte openbare-ordetaak doelt. Dit wordt overigens algemeen in de literatuur aangenomen.⁵⁹

De Jong en Van der Meulen merken op dat deze stellingname eveneens onhoudbaar is omdat de gemeenteraad de burgemeester, in tegenstelling tot het college van b en w en commissies, blijkens artikel 156 Gemw niet kan belasten met regelgeving inzake ordehandhaving. De uitvoering van verordeningen is daarmee beperkt tot het geven van beschikkingen en eventueel de feitelijke uitvoering, maar niet in het vaststellen van nadere regelgeving. De exclusieve taak van de burgemeester uit dit artikel betreft volgens De Jong dan ook de handhaving van de ‘openbare orde in enge zin’. Het gaat dan om de ordehandhaving ‘voor zover het nodig is om een eenhoofdig orgaan hiermee te belasten, om aldus te bevorderen dat snel en slagvaardig wordt opgetreden bij (dreigende) ordeverstoringen’.⁶⁰

56 Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 147.

57 Zie M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31-33 en de noot van J.G. Brouwer en A.E. Schilder onder Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88.

58 Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 49; Kamerstukken I 1990/91, 19403, 64b, p. 15-16.

59 Zie o.a. J.H.M. Drayer & J.J.H. Suyver, *Politie in de rechtsorde*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 103; A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 401; J.G. Brouwer & A.E. Schilder, ‘Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid’, *NJB* 2014/2159, alsook hun noot onder Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88. Zie ook de volgende voetnoot.

60 M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31-33; B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving: actoren, instrumenten en waarborgen. Een studie naar recht en*

Met de openbare-ordehandhaving in ruimere zin kan volgens De Jong ook het college worden belast. Er is volgens haar overigens wel iets voor te zeggen om de burgemeester, als eenhoofdig bestuursorgaan, aan te wijzen voor uitvoering van taken en het uitoefenen van bevoegdheden die sterk met onmiddellijke ordehandhaving op straat samenhangen. Daarbij bestaat immers een zeer sterke band met zijn ordebevoegdheden.⁶¹ Die begrijpelijke gedachte lijkt ook aan de wijziging van de model-APV ten grondslag te liggen om de bevoegdheid tot het opleggen van een muilkorf- en aanlijngedod aan de eigenaar van een gevaarlijke hond op te dragen aan de burgemeester in plaats van aan het college van b en w.

Dölle stelt dat openbare-ordehandhaving in dit verband doorgaans de daadwerkelijke handhaving betreft. Tot die sfeer behoren volgens hem ook de onmiddellijke reacties van de burgemeester op acute (dreigende) verstoringen van het ordelijke verloop van het gemeenschapsleven, zoals het geven van bevelen tot verwijderen en andere bevelen.⁶²

Zowel De Jong als Dölle leggen een verband tussen de taak van de burgemeester en de bijbehorende bevoegdheden ter handhaving van de openbare orde die de kern van zijn exclusieve taak invulling geven. Het is zinvol zijn taakomschrijving te bezien in het licht van die bevoegdheden, omdat de toekenning daarvan de taak immers inhoud geeft in het recht en deze tot 'leven' brengt.⁶³

Zij doelen overigens niet op de veelheid aan openbare-ordebevoegdheden die de formele wetgever in dit kader meer recent aan de burgemeester heeft toegekend. Die trend – het belasten van de burgemeester met allerlei bevoegdheden die minder direct verband houden met zijn exclusieve taak – kan overigens ook een reden zijn dat de gedachte is ontstaan dat alle bevoegdheden op dit terrein aan de burgemeester moeten toekomen. Aan dat proces zou dan weer goed een misvatting bij de wetgever over de reikwijdte van artikel 172 lid 1 Gemw ten grondslag kunnen liggen.⁶⁴

Hoe het ook zij, het gaat om een veelheid aan nieuw 'gereedschap' voor de burgemeester. In de Gemeentewet zijn dat de bevoegdheden tot bestuurlijke ophouding in artikel 154a en 176a (2000), de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied als bedoeld in artikel 151b en 174b (2002 en 2014), het besluit tot het toepassen van cameratoezicht in artikel 151c (2006), besluiten met hierin gedragsaanwijzingen als bedoeld in artikel 172a (2010), het opleggen van een 'avondklok' als bedoeld in artikel 172b (2010) en het besluit tot het sluiten van een woning als bedoeld in artikel 174a (1997). En om nog een voorbeeld buiten de

regelgeving betreffende bevoegdheden tot en garanties bij de handhaving van de openbare orde in de rechtsstaat Nederland (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 171-175.

61 De Jong stelt dat voor overige openbare-ordetaken met name het college van b en w in beeld komt. Niet valt volgens haar in te zien waarom de burgemeester bijvoorbeeld moet worden belast met taken inzake plakplaatsen of parkeren. M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 31-33. Vgl. J.G. Brouwer en A.E. Schilder in hun noot onder Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88.

62 A.H.M. Dölle, 'Burgemeester in de branding', in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Beziëld staatsrecht. Een bloemlezing uit het wetenschappelijk werk van A.H.M. Dölle*, Deventer: Kluwer 2014, p. 253.

63 H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Preventieve handhaving van de openbare orde', *Gst.* 2010/2, par. 2.1.

64 Zie de noot van J.G. Brouwer en A.E. Schilder onder Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88.

Gemeentewet te noemen, de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen als bedoeld in artikel 13b Opiumwet (1999).⁶⁵

Als dit niet de bevoegdheden van de burgemeester zijn die invulling geven aan de hem van oudsher toebedachte exclusieve taak, welke zijn dat dan wel? Om die vraag te beantwoorden keren we eerst terug naar artikel 172 lid 1 Gemw.

2.3 Feitelijke handhaving

De wetgever omschrijft de handhavende taak van de burgemeester op grond van artikel 172 lid 1 Gemw als volgt:

‘Met handhaving wordt in dit artikel bedoeld op de zorg voor het feitelijk [curs. AJW] bewaren en herstellen van de openbare orde. Het onderhavige artikel maakt de burgemeester niet alleen bevoegd maar legt op hem ook de plicht om de openbare orde te handhaven. Hij is met deze taak belast omdat hij als eenhoofdig orgaan tot de op dit gebied vereiste snelle en doeltreffende besluitvorming in staat is.’⁶⁶

Deze specifieke verbondenheid van de burgemeester met de feitelijke ordehandhaving heeft historische wortels. Van de burgemeester kan als eenhoofdig bestuursorgaan meer worden verwacht ten aanzien van omstandigheden waarbij vaak snelheid en slagvaardigheid zijn vereist, dan van een collegiaal bestuursorgaan. Dat was al de gedachte van Thorbecke in 1851, toen bevoegdheden in dit kader in de eerste gemeentewet werden vastgelegd.⁶⁷ Wat verder van groot belang is: de burgemeester heeft het gezag over de politie indien zij optreedt ter handhaving van de openbare orde.⁶⁸ De politie heeft op haar beurt de taak om de openbare orde daadwerkelijk te handhaven.⁶⁹

Deze symbiose tussen politie en burgemeester is van groot belang om de taak van de burgemeester die is neergelegd in artikel 172 lid 1 Gemw, in het juiste perspectief te zien. Daar waar de politie met de haar in de Politiewet toegekende bevoegdheden de feitelijke handhaving van de openbare orde uitvoert, heeft de burgemeester daarover het gezag. Daarnaast beschikt hij over een aantal bevoegdheden die in het bijzonder met die rol verband houden. Hij kan met juridische instrumenten – de noodverordening en zijn bevelsbevoegdheden – de politie beter in staat stellen tot de feitelijke handhaving van de openbare orde: de

65 Daarover ook o.a. M.A.D.W. de Jong, ‘De opgetuigde burgemeester. Over de uitbreiding van bevoegdheden tot handhaving van de openbare orde’, Gst. 2004/196; S.A.J. Munneke, ‘Grondslag en reikwijdte van openbare-ordebevoegdheden’, in: A.E.M. van den Berg, J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 3-4.

66 Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 147.

67 B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving: actoren, instrumenten en waarborgen. Een studie naar recht en regelgeving betreffende bevoegdheden tot en garanties bij de handhaving van de openbare orde in de rechtsstaat Nederland* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 61. Dit motief speelt nog steeds een belangrijke rol. Bij de herziening van de Gemeentewet in 1992 werd het opnieuw benadrukt; zie Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 49.

68 Art. 11 Polw.

69 Art. 3 Polw.

taak waarmee hij wordt belast in artikel 172 lid 1 Gemw en waarvoor hem het gezag over de politie is toegekend in artikel 11 Polw.⁷⁰

Het is in dat licht ook niet verwonderlijk dat de openbare-ordehandhavingstaak van de burgemeester lange tijd slechts uit met name de Politiewet viel af te leiden.⁷¹ In de Politiewet stond dat de politie bij de handhaving van de openbare orde onder het gezag van de burgemeester valt.⁷² In de Gemeentewet stond geen taak, maar vond men slechts de noodbevoegdheden.⁷³

Met deze gegevens in het achterhoofd kunnen we stellen dat de taak van de burgemeester op basis van artikel 172 lid 1 Gemw slechts een beperkte is: de feitelijke handhaving van de openbare orde door de politie. Die feitelijke handhaving bestaat uit het afdwingen van normconform gedrag door middel van de fysieke inzet van de politie. Zij valt uiteen in het bewaken van de openbare orde en het herstellen daarvan indien die wordt verstoord.⁷⁴

De Hoge Raad bevestigde dit in een uitspraak van 11 oktober 2005 waarin een APV-bepaling van de gemeente Nijmegen onverbindend werd verklaard. Daarin was de uitvoering van het opleggen van verblijfsontzeggingen aan plegers van overlast en baldadigheid in artikel 2.4.1 APV-Nijmegen opgedragen aan het college van b en w.

‘Gelet op de bewoordingen en plaatsing van art. 2.4.1 in de [APV] Nijmegen ziet die bepaling op de feitelijke handhaving van de openbare orde. Met die feitelijke handhaving van de openbare orde is ingevolge art. 172 Gemeentewet uitsluitend de burgemeester belast. Dat brengt mee dat de gemeenteraad buiten zijn bevoegdheid is getreden door in art. 2.4.1. (oud) APV Nijmegen het college van burgemeester en wethouders, in plaats van de burgemeester, aan te wijzen als het bevoegde voor het opleggen van verblijfsontzeggingen als hier bedoeld.’⁷⁵

Hoewel de hier bedoelde verblijfsontzeggingen aangemerkt kunnen worden als herstelsancties ter openbare-ordehandhaving aan de hand van reguliere beschikkingen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht, houden ze nauw verband met het feitelijk optreden van de politie op straat. Die feitelijke openbare-ordehandhaving betreft de exclusieve taak van de burgemeester, aldus de Hoge Raad. Ons hoogste rechtscollege overweegt dat aangezien deze bevoegdheid *ziet op* die feitelijke handhaving van de openbare orde, zij met het oog daarop moet toekomen aan de burgemeester.⁷⁶

70 De regering benoemt dit verband tussen art. 172 Gemw (destijds het voorgestelde art. 171) en art. 3 Pw (destijds art. 28 Politiewet 1957) tijdens de Gemeentewetsherziening van 1992, zie o.a. Kamerstukken II 1988/89, 19403, 10, p. 88.

71 Kamerstukken II 1988/89, 19403, 10, p. 87; zie M.A.D.W. de Jong, ‘De opgetuigde burgemeester. Over de uitbreiding van bevoegdheden tot handhaving van de openbare orde’, Gst. 2004/196, par. 1; J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van art. 172 lid 3 Gemeentewet’, Gst. 2015/59, p. 310.

72 Tegenwoordig art. 11 Polw.

73 Tegenwoordig art. 175 en 176 Gemw.

74 Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 49. E.T. Brainich en L.J.J. Rogier spreken in T&C *Openbare Orde en Veiligheid* bij art. 172 Gemw van het ‘feitelijk bewaren en herstellen van de openbare orde’, Deventer: Kluwer 2014, p. 21.

75 HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9222.

76 Vgl. J.G. Brouwer en A.E. Schilder in hun noot onder Rb. Rotterdam 23 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ8887, AB 2014/346, onder 7.

Het gaat in artikel 172 lid 1 Gemw aldus om de taak van de feitelijke – fysieke – openbare-ordehandhaving en niet de openbare-ordehandhaving in zijn algemeenheid.⁷⁷ Daarbij moet worden gedacht aan fysieke surveillance, maar bijvoorbeeld ook aan cameratoezicht.⁷⁸ In uitzonderingsgevallen kan de politie in dit kader geweld aanwenden. Het gebruik van geweld is echter *ultimum remedium* en de uitoefening daarvan dient ‘in verhouding tot het beoogde doel redelijk en gematigd’ te zijn.⁷⁹ Eventueel gebruik van geweld door de politie ter feitelijke handhaving van de openbare orde kan allerlei vormen aannemen: van het gebruik van het waterkanon tot het iemand fysiek vastgrijpen.

Het kan ook bestaan uit bijvoorbeeld het maken van gebaren of het spannen van een rood-wit lint. Het negeren van dit soort feitelijke handelingen levert het misdrijf van artikel 184 lid 1 Sr op: ‘Hij die opzettelijk niet voldoet aan een bevel of een vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast of door een ambtenaar belast met of bevoegd verklaard tot het opsporen of onderzoeken van strafbare feiten, alsmede hij die opzettelijk enige handeling, door een van die ambtenaren ondernomen ter uitvoering van enig wettelijk voorschrift, belet, belemmert of vrijdelst, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie.’

Signaleren agenten onregelmatigheden dan kunnen ze een persoon ook een bevel of vordering geven op basis van artikel 3 Politiewet 2012 (Polw). Bij een politiebevel kunnen we bijvoorbeeld denken aan het wegsturen van personen die staan te kijken naar mensen die gewond zijn geraakt als gevolg van een vechtpartij. De politie geeft dagelijks honderden, zo niet duizenden meer of minder formele bevelen op basis van uiteenlopende wettelijke bevoegdheden. Vaak vormt de basis daarvoor de impliciete bevelsbevoegdheid die wordt gelezen in de taakomschrijving van artikel 3 Polw.⁸⁰ Niet-naleving van een dergelijk bevel leverde tot voor enkele jaren geleden nog het misdrijf van artikel 184 Sr op. Dat is sinds een uitspraak van de Hoge Raad in 2008 echter niet meer het geval, omdat er geen uitdrukkelijke bevelsbevoegdheid aan de politie wordt toegekend in artikel 3 Polw, maar deze slechts uit de daarin opgenomen taakomschrijving wordt afgeleid.⁸¹

De normen die de politie onder het gezag van de burgemeester op deze wijze kan handhaven, beperken zich tot rechtsnormen. Het betreft immers optreden ter handhaving van de (juridisch genormeerde) openbare orde. Dit wordt bevestigd in artikel 3 Polw, waarin staat dat het de taak van de politie is om in

77 De hierna volgende uitwerking van de feitelijke handhaving komt uitgebreid aan de orde in J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht’, in: E.R. Muller & J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 163-191. Zie ook J.G. Brouwer en A.E. Schilder in hun noot onder Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88 onder 9.

78 Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 49.

79 Zie art. 7 lid 1 en lid 5 Polw.

80 Naast art. 3 Polw zijn er expliciete bevoegdheden in bijzondere wetten te vinden zoals in art. 160 Wegenverkeerswet (stopteken voor automobilisten) of art. 2 Wet op de identificatieplicht op basis waarvan eenieder vanaf veertien jaar verplicht is op eerste vordering van een opsporingsambtenaar of toezichthouder een identiteitsbewijs ter inzage aan te bieden.

81 HR 29 januari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4108, Gst. 2008/84, m.nt. M.A.D.W. Jong, NJ 2008/206, m.nt. P.A.M. Mevis, AB 2008/147, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels de rechtsorde daadwerkelijk te handhaven.⁸² We hebben eerder gezien dat daarbij vooral moet worden gedacht aan strafrechtelijke voorschriften.⁸³

Uit de artikelen 11 en 12 Polw blijkt dat de handhaving van de rechtsorde uiteenvalt in enerzijds de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en anderzijds de handhaving van de openbare orde. Als de politie optreedt ter strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde, valt zij volgens artikel 12 Polw onder het gezag van de officier van justitie. En indien de politie in een gemeente optreedt ter handhaving van de openbare orde, dan is zoals gezegd de burgemeester op grond van artikel 11 Polw het bevoegde gezag. Vaak is de feitelijke handhaving van de openbare orde door de burgemeester niets anders dan de handhaving van het strafrecht met andere dan strafvorderlijke middelen.⁸⁴

Deze feitelijke handhaving betreft een ander type handhaving van het recht dan de civiele, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving. Zij maakt onderdeel uit van wat in artikel 5:23 Awb wordt aangeduid als de *onmiddellijke* handhaving van de openbare orde.⁸⁵ Zij is nadrukkelijk onderwerp van bespreking in het driehoeksoverleg. Dit is het overleg tussen de burgemeester, de officier van justitie en het hoofd van het territoriale onderdeel van de regionale eenheid binnen welk grondgebied de gemeente geheel of ten dele valt, en zo nodig de politiechef van een regionale eenheid.⁸⁶

De onmiddellijke handhaving van de openbare orde kent twee componenten: het reeds genoemde feitelijk handelen van de politie onder leiding van de burgemeester, maar ook specifieke ordemaatregelen van de burgemeester en de politie. De eerste component vormt de kern van de taak die aan de burgemeester in artikel 172 lid 1 Gemw wordt opgedragen.⁸⁷ In incidentele gevallen gaat het om de tweede component: de uitoefening van bevelsbevoegdheden door de burgemeester alsmede zijn bevoegdheid om een noodverordening op te stellen. Hij gebruikt een bevel of een verordening voor tijdelijke normstelling om het feitelijk handelen door de politie in dit kader te faciliteren. Deze bevoegdheden hebben zo'n sterk verband met de feitelijke handhaving door de politie dat ze eveneens onder de onmiddellijke handhaving van de openbare orde geschaard moeten worden.⁸⁸ Ditzelfde geldt voor de toepassing van bevelsbevoegdheden door de politie zelf.

82 In art. 3 Polw staat tevens dat de politie hulp dient te verlenen aan hen die deze behoeven.

83 Zie par. 1.3.

84 Het openbare-ordebegrip dekt meer dan alleen strafbepalingen; ook andere gedragsvoorschriften die personen tegenover elkaar en tegenover elkaars goederen in acht te nemen hebben, vallen eronder. Zie par. 1.3.

85 J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 163-165. Op de betekenis van art. 5:23 Awb in dit verband wordt ingegaan in deel 3 van dit preadvies.

86 Art. 13 Polw.

87 H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Preventieve handhaving van de openbare orde', *Gst.* 2010/2, par. 4.2.

88 Zie hierover uitgebreid L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012 en J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 165-166.

Nu we hebben kennisgemaakt met het wezen en de aard van de exclusieve taak van de burgemeester – de onmiddellijke openbare-ordehandhaving – kunnen we in de volgende paragraaf de bevoegdheden die daarbij gebruikt kunnen worden, nader bespreken.

2.4 Bevoegdheden

De bevelsbevoegdheden van de burgemeester uit de Gemeentewet die de onmiddellijke handhaving van de openbare orde door de politie kunnen vereenvoudigen, staan in artikel 172 lid 2 en 3, artikel 174 lid 2 en artikel 175 lid 1 Gemw.⁸⁹

Typerend is de bevoegdheid uit artikel 172 lid 2 Gemw: ‘De burgemeester is bevoegd overtredingen van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde, te beletten of te beëindigen. Hij bedient zich daarbij van de onder zijn gezag staande politie.’ Op grond van deze bevoegdheid kan de burgemeester door de inzet van politieagenten bijvoorbeeld voorkomen dat supporters op weg naar het stadion met elkaar op de vuist gaan. Dit artikel kent aan de burgemeester de bevoegdheid toe om een bevel te geven aan personen die wettelijke voorschriften overtreden dan wel dreigen te overtreden, maar hij kan met deze bevelsbevoegdheid geen nieuwe voorschriften in het leven roepen. Hij is daarmee slechts bevoegd een normbevestigend, niet een normstellend bevel te geven.⁹⁰ Van deze bevoegdheid wordt zelden gebruikgemaakt, omdat een bevel om de overtreding van een strafnorm te beëindigen zelden iets toevoegt.⁹¹

In de praktijk wordt vooral gebruikgemaakt van de bevelsbevoegdheden uit artikel 172 lid 3 en artikel 175 lid 1 Gemw. De daarop gebaseerde bevelen kunnen aanvullende normen scheppen met het doel de schending van rechtsnormen die de openbare orde beschermen te beëindigen dan wel te voorkomen.

Het gaat in artikel 172 lid 3 Gemw om de zogenoemde lichte bevelsbevoegdheid. Die bevoegdheid kan worden ingezet bij (ernstige vrees voor) een verstoring van de openbare orde. De bevoegdheid wordt in de praktijk ingezet in zeer diverse situaties, waarbij de toepassing vaak niet strookt met het doel waarvoor de bevoegdheid door de wetgever aan de burgemeester is toegekend.⁹²

89 Ook buiten de Gemeentewet zijn enkele van deze bepalingen te vinden, zoals in de Wet openbare manifestaties en de Wet veiligheidsregio's. Zie daarover J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 166. Zij blijven in dit preadvies verder buiten beschouwing.

90 L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 269-271; M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 34 en 112.

91 J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van art. 172 lid 3 Gemeentewet', *Gst.* 2015/59, p. 311.

92 Later zal ingegaan worden op een voorbeeld hiervan: het besluit om een inmiddels 'geneutraliseerde' gevaarlijke hond te euthanaseren. Zie over deze bevoegdheid uitgebreid: J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van art. 172 lid 3 Gemeentewet', *Gst.* 2015/59.

Artikel 175 Gemw bevat de bevoegdheid om bevelen te geven in noodsituaties.⁹³ Deze bevoegdheid zal in deel 3 van dit preadvies nader worden uitgewerkt om de aard van de hier genoemde bevelsbevoegdheden in relatie tot de Algemene wet bestuursrecht te illustreren.

De hier bedoelde bevoegdheden geven nadere invulling aan de exclusieve taak die aan de burgemeester wordt toegekend in artikel 172 lid 1 Gemw. Het betreft vrijwel ongeclausuleerde (bevels)bevoegdheden, die de vereiste flexibiliteit bieden om de onmiddellijke openbare-ordehandhaving door de politie onder het eenhoofdig gezag van de burgemeester te ondersteunen bij een zich plotsklaps voordoende actuele en concrete (dreiging van) openbare-ordeverstoringen.⁹⁴ De bevoegdheden hangen direct samen met het eenhoofdig gezag over de politie en moeten daarom ook aan de burgemeester toekomen en niet aan het college van ben w. Er kan er immers maar één de baas zijn over de politie en in voorkomende gevallen over de marechaussee, die de burgemeester te hulp kan roepen bij de feitelijke handhaving van de openbare orde.⁹⁵

2.5 Conclusie: verhouding college, raad en burgemeester

De exclusieve taak van de burgemeester ziet op de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. De bevoegdheden ter bestuursrechtelijke handhaving van de openbare orde hoeven daarentegen niet per definitie aan de burgemeester opgedragen te worden. Aan de orde is geweest dat dit overigens in sommige gevallen wel voor de hand kan liggen, namelijk indien de bevoegdheden nauw verband houden met het feitelijk optreden van de politie onder het gezag van de burgemeester.

De relatie tussen politie en burgemeester wordt niet verstoord indien de gemeenteraad op grond van de APV de bevoegdheid aan het college van b en w toekent tot het aanwijzen van een vuurwerkvrije zone dan wel wanneer het college van b en w op grond van de reclameverordening een winkelier aanschrijft geen reclamevoorwerpen in de openbare ruimte op zijn stoep voor zijn zaak uit te stallen.⁹⁶ De werkzaamheden van de politie worden hierdoor wel beïnvloed. Er wordt echter op geen enkele wijze oneigenlijk geïntervenieerd in de hiërarchische relatie tussen de burgemeester en de politie. De uitvoering van deze voorschriften kan daarom probleemloos aan het college van b en w worden opgedragen.⁹⁷

Als alle bevoegdheden in dit kader aan de burgemeester zouden toekomen, dan zou de burgemeester er overigens een grote hoeveelheid taken en verantwoordelijkheden bij krijgen en zou er voor het college van b en w veel minder van het

93 De burgemeester beschikt in dit kader zelfs over de al eerdergenoemde bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften in een noodverordening uit te vaardigen (zie art. 176 lid 1 Gemw).

94 Zie hierover ook: J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 163-191.

95 Art. 14 juncto art. 57 Polw. In uitzonderlijke gevallen kan de burgemeester zelfs bijstand inroepen van andere onderdelen van de krijgsmacht (art. 58 Polw).

96 Zie art. 4:15 Model-Algemene plaatselijke Verordening 2010 van de VNG.

97 J.G. Brouwer en A.E. Schilder in hun noot bij Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88.

dagelijks bestuur overblijven. In de inleiding noemde ik al de bevoegdheden van het college van b en w inzake de afvalstoffenverordening en het aanwijzen van gebieden waar niet gebedeld mag worden. Er zijn echter veel meer voorbeelden te geven. Brouwer en Schilder noemen nog de volgende uitvoerende taken van het college van b en w in de sfeer van openbare orde en veiligheid: de aanwijzing van tippelzones voor prostituees, de intrekking van vergunningen voor personenvervoer onder meer ter bescherming van de veiligheid van passagiers, de aanwijzing van wegen of gedeelten waar een uitzondering geldt op het verbod om gedrukte stukken of afbeeldingen te verspreiden, aanwijzing van een gebied waarin in het belang van de veiligheid en ter voorkoming van hinder fietsen of bromfietsen uitsluitend in een daarvoor bestemde voorziening mogen worden geparkeerd, de aanwijzing van plaatsen waar geen verbod geldt om met een motorvoertuig of een bromfiets een wedstrijd te houden, of de aanwijzing van hondenuitlaatplaatsen.⁹⁸

2.6 Bijtende honden: de raad, het college en de burgemeester

In de model-APV kan in het belang van de openbare orde door de gemeenteraad een bevoegdheid worden opgenomen om aan de baas van een gevaarlijke hond een muilkorf- of aanlijngedod op te leggen. Ik keer terug bij dit voorbeeld om ter illustratie van het voorgaande de vraag te beantwoorden wie belast moet worden met de uitvoering daarvan. Aangezien het hier een reguliere bestuursrechtelijke herstelsanctie en geen onmiddellijke handhaving van de openbare orde betreft, kan de bevoegdheid aan het college van b en w worden toegekend.

Dit was tot voor kort ook het geval. Er valt echter iets voor te zeggen om deze bevoegdheid, aangezien zij nauw verband houdt met de feitelijke handhaving van de openbare orde, aan de burgemeester toe te kennen. Het is juridisch gezien echter niet noodzakelijk. De hoofdregel blijft binnen het gemeentewettelijke systeem immers dat het dagelijks bestuur van de gemeente bij het collegiale bestuursorgaan, het college van b en w, ligt. Waar het gaat om de bestuursrechtelijke handhaving van de openbare orde die minder direct verband houdt met de feitelijke handhaving waarvoor de burgemeester met de politie verantwoordelijk is, dient dat wel het uitgangspunt te zijn.⁹⁹ Daarvan zagen we reeds een voorbeeld in de aanwijzingsbevoegdheid met betrekking tot een vuurwerkvrije zone.

Dan zijn er ook gevallen waarin zich plotsklaps een acuut geval aandient door een bijtgrage hond die voor gevaarlijke situaties in de gemeente zorgt. Daar komt de burgemeester (en in eerste instantie de politie) in beeld. In de praktijk wordt de lichte bevelsbevoegdheid soms gebruikt om een hond naar aanleiding van een (vaak onrust veroorzakend) bijtincident aan een gedragsonderzoek te onderwerpen. Het gaat hier om optreden dat past binnen de exclusieve taak van de burgemeester: de onmiddellijke handhaving van de openbare orde met behulp van de politie bij zich plotsklaps voordoende actuele en concrete verstoringen

98 Zie de noot van J.G. Brouwer en A.E. Schilder bij Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88.

99 M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging. Openbare-ordehandhaving en de persoonlijke vrijheid* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 32-33; J.G. Brouwer en A.E. Schilder in hun noot onder Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88.

daarvan.¹⁰⁰ De lichte bevelsbevoegdheid biedt hier de benodigde speelruimte om op te treden in situaties waarin de reguliere regelgeving tekortschiet (zoals het opleggen van een aanlijn- en muilkorfgebod). De toepassing van die bevoegdheid (met de bijbehorende grote beleids- en beoordelingsvrijheid) is echter uitsluitend gerechtvaardigd in de situaties waarvoor die bevoegdheid bedoeld is: bij een zich plotseling voordoende actuele en concrete verstoring van de openbare orde dan wel ernstige vrees hiervoor. Een bevel tot euthanaseren van een hond op kosten van de baas, dat vier weken na een incident ten aanzien van een inmiddels in bewaring geplaatste hond aan de eigenaar wordt gegeven, voldoet niet aan deze voorwaarden. Van een onmiddellijkheidssituatie is dan al lang geen sprake meer en derhalve dient gewoon de plaatselijke verordening toegepast te worden, ook al voorziet die slechts in een aanlijn- en muilkorfgebod.¹⁰¹

De Rechtbank Oost-Brabant in een zaak ten aanzien van de bijtgrage hond Diesel:

‘Uit artikel 172, derde lid, van de Gemeentewet moet worden afgeleid dat verweerder beoordelingsvrijheid toekomt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van ernstige vrees voor het ontstaan van verstoring van de openbare orde. (...) Het bovenstaande houdt in dat in de eerste plaats sprake moet zijn van een urgente situatie waarin onmiddellijk ingrijpen is vereist. Daarnaast gevraagd ter zitting heeft verweerder naar het oordeel van de rechtbank niet kunnen onderbouwen waar die onmiddellijkheid, gegeven het feit dat Diesel thans in beslag is genomen en in een speciale opslag voor agressieve honden verblijft, voor verweerder in is gelegen. Verweerder heeft verwezen naar de gevoelens van onveiligheid in de buurt, maar die verwijzing gaat voorbij aan het feit dat Diesel op dit moment al geruime tijd niet meer in die buurt verblijft. Verweerder heeft voorts betoogd dat hij geen ander middel heeft om deze situatie op te lossen en dat het alternatief is dat de hond eeuwig in ‘tbs’ dient te worden gehouden, hetgeen volgens verweerder niet werkbaar is. Hoewel er aangifte is gedaan door de slachtoffers van de bijtincidenten, acht het Openbaar Ministerie voor zichzelf geen rol weggelegd omdat deze bestuursrechtelijke procedure thans loopt, aldus verweerder. Dat zijn echter naar het oordeel van de rechtbank geen redenen om over te gaan tot het aanwenden van de lichte bevelsbevoegdheid, waarbij zoals gezegd voorop dient te staan dat het moet gaan om een onmiddellijkheidssituatie. Alleen al het gegeven dat verweerder eiser een maand de tijd heeft geboden om Diesel elders onder te brengen vooraleer zou worden overgegaan tot het laten euthanaseren van Diesel, leidt tot de conclusie dat van zo’n situatie geen sprake was. Het gunnen van zo’n terme de gr ace verdraagt zich naar zijn aard niet met het aanwenden van de lichte bevelsbevoegdheid. (...) Uit het voorgaande volgt dat verweerder niet in redelijkheid tot het oordeel kon komen dat sprake was van ernstige vrees voor het ontstaan van verstoring van de openbare orde. Dat betekent dat verweerder niet bevoegd was tot toepassing van artikel 172, derde lid, van de Gemeentewet.’¹⁰²

100 Het ligt overigens voor de hand om de inbeslagname van de hond te baseren op de expliciete bevoegdheden die daartoe aan opsporingsambtenaren zijn toegekend in art. 96-96a Sv.

101 J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van art. 172 lid 3 Gemeentewet’, Gst. 2015/59, afl. 7423, p. 310-317.

102 Rb. Oost-Brabant 23 oktober 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:6313, r.o. 3.4-3.6.

De zwakke democratische legitimatie en de beperkte voorzienbaarheid van deze ordemaatregelen vormen redenen om strenge eisen te stellen aan de inhoud van de op basis van deze bevoegdheid gegeven bevelen. De bevoegdheid om een hond naar aanleiding van een incident aan een gedragsonderzoek te onderwerpen zou overigens in de APV kunnen worden opgenomen. Het past dan om die bevoegdheid in verband met de eerder besproken redenen aan de burgemeester toe te kennen.¹⁰³ Aan de aard van de bevoegdheden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde wordt nader aandacht besteed in het volgende deel van dit preadvies, waarin de verhouding van de ordemaatregelen tot de Algemene wet bestuursrecht centraal staat.

¹⁰³ Zie over deze problematiek en ook over het laten inslapen van gevaarlijke honden: ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2380, AB 2015/205, m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 23 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4779, AB 2015/206, m.nt. L.J.A. Damen; ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4659, AB 2015/207, m.n.t. L.J.A. Damen; Rb. Groningen 18 augustus 2005, ECLI:NL:RBGRO:2005:AU1024.

Deel 3 Algemene wet bestuursrecht

3.1 Inleiding

Veel rechtshandelingen ter handhaving van de openbare orde zijn zonder meer besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. De aanwijzingsbesluiten van het college van b en w inzake een vuurwerkvrije zone of een gebied waar niet gebedeld mag worden, zijn voorbeelden van concretiserende besluiten van algemene strekking. Ze gelden voor eenieder en ze bevatten geen zelfstandige normstelling; die is in deze gevallen neergelegd in de APV van de desbetreffende gemeente.¹⁰⁴ Een ander voorbeeld van een dergelijk besluit is het aanwijzen van een veiligheidsrisicogebied in de zin van artikel 151b Gemw door de burgemeester. Hierdoor wordt het mogelijk om gedurende een langdurige periode preventief te fouilleren in een gebied waar de openbare orde is verstoord doordat zich daar incidenten met wapens hebben voorgedaan, dan wel dat daarvoor ernstige vrees bestaat.¹⁰⁵ Dit aanwijzingsbesluit heeft overigens een beperkt rechtsgevolg; het ontgrendelt slechts de mogelijkheid voor de officier van justitie om een last tot preventief fouilleren te geven. Toch heeft de Afdeling bestuursrechtspraak in dit verband een bredere kring van belanghebbenden toegelaten tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming, hetgeen tegemoetkomt aan de uitdrukkelijke wens van de wetgever te dien aanzien.¹⁰⁶

Daarnaast worden ter handhaving van de openbare orde veel beslissingen genomen met een individuele of concrete strekking die zijn aan te merken als beschikkingen in de zin van artikel 1:3 lid 2 Awb. Het gaat om besluiten ter handhaving van de openbare orde die te typeren zijn als herstelsancties. Een mooi voorbeeld daarvan zijn de ‘bevelen’ die de burgemeester kan geven aan individuele ordeverstoorders op basis van artikel 172a Gemw.¹⁰⁷ Op die herstelsancties ga ik in de volgende paragraaf nader in.

104 L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht I. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 248-250.

105 De bevoegdheid om een veiligheidsrisicogebied aan te wijzen moet eerst door de gemeenteraad aan de burgemeester worden verleend. Het preventief fouilleren zelf gebeurt vervolgens op last van de officier van justitie (zie art. 151b lid 1 Gemw).

106 Zie: ABRvS 9 maart 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AS9248, AB 2005/251 en ABRvS 9 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5839, AB 2006/90, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, hierover ook: J.G. Brouwer & A.E. Schilder, ‘Slagvaardiger preventief fouilleren?’, NJB 2012/768, p. 866.

107 Aangezien het hier gaat om reguliere beschikkingen, was het terminologisch meer zuiver geweest indien de wetgever hier de term ‘besluit’ in plaats van ‘bevel’ gebruikt had. Die laatste term past bij de onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Zie daarover: J.G. Brouwer & A.E. Schilder, ‘Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid’, NJB 2014/2159.

Van dergelijke herstelsancties zijn de ordemaatregelen in het kader van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde te onderscheiden.¹⁰⁸ Die maatregelen zijn niet zonder meer als Awb-besluit aan te merken of ze verhouden zich moeilijk tot de normering van die wet. Het gaat om maatregelen die worden ingezet ter ondersteuning van de feitelijke handhaving van de openbare orde door de politie als zich plotsklaps een actuele (dreiging van een) concrete verstoring van de openbare orde voordoet. Het aanwijzingsbesluit van artikel 174b Gemw is daarvan een goed voorbeeld. Op grond van die bepaling kan de burgemeester in een spoedeisende situatie naar aanleiding van een onvoorzien incident met wapens een veiligheidsrisicogebied aanwijzen. Dat veiligheidsrisicogebied mag worden aangewezen voor maximaal twaalf uur gedurende welke tijd de officier van justitie kan gelasten dat er preventief gefouilleerd wordt. De beslissing om het veiligheidsrisicogebied aan te wijzen hoeft, indien spoed vereist is, niet vooraf op schrift gesteld te worden.¹⁰⁹ Indien dat niet gebeurt, is er geen sprake van een Awb-besluit. Om die reden hoeft dan niet aan de bekendmakingseis van de Algemene wet bestuursrecht te worden voldaan, aldus de regering bij de totstandkoming van dit artikel:

‘Als de burgemeester ervoor kiest om de gebiedsaanwijzing vooraf op schrift te stellen, dan is de gebiedsaanwijzing een besluit als bedoeld in artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Artikel 3:40 Awb bepaalt dat een besluit niet in werking treedt voordat het is bekendgemaakt. Voor de wijze van bekendmaking geldt artikel 3:42, tweede lid, Awb.’¹¹⁰

Er bestaat ingevolge het derde lid van artikel 174b Gemw evenwel steeds een verplichting de gebiedsaanwijzing in ieder geval achteraf op schrift te stellen en bekend te maken. Daardoor ontstaat achteraf een Awb-besluit dat zonder de door de Algemene wet bestuursrecht vereiste bekendmaking in werking kon treden. Deze procedure vertoont gelijkenis met die van superspoedbestuursdwang. Bestuursdwang kan in dat geval toegepast worden door direct fysiek in te grijpen zonder voorafgaande last. Achteraf dient vervolgens zo spoedig mogelijk een besluit bekendgemaakt te worden (art. 5:31 Awb). Overigens is de afdeling inzake de last onder bestuursdwang ingevolge artikel 5:23 Awb nu juist niet van toepassing op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde.¹¹¹

De vraag rijst in hoeverre er in de fase dat de veiligheidsrisicogebiedsaanwijzing op grond van artikel 174b Gemw nog geen besluit is, voldaan kan en moet worden aan de andere eisen die de Algemene wet bestuursrecht aan besluiten stelt. Ten aanzien van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming merkt de regering op dat die in relatie tot de rechtsbescherming bij de aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied op basis van artikel 151b Gemw verschilt. Daarbij wordt gewezen op het gegeven dat een eventueel bezwaarschrift steeds pas behandeld

108 Zie J.G. Brouwer & A.E. Schilder, ‘Daadkrachtig door besluitloos optreden. Onmiddellijke ordehandhaving en de Awb’, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, par. 2.

109 Vooraf dient wel steeds – eventueel telefonisch – overleg met de officier van justitie plaats te vinden (zie art. 174b lid 2 Gemw).

110 Kamerstukken II 2011/12, 33112, 3, p. 13.

111 In par. 3.4 zal nader aandacht worden besteed aan art. 5:23 Awb en de verhouding tussen bestuursdwang en onmiddellijke openbare-ordehandhaving.

kan worden als het besluit al is vervallen, vanwege de maximale werkingsduur van twaalf uur van de maatregel.¹¹² Die rechtsbescherming heeft daardoor slechts zeer beperkte betekenis.¹¹³

Dit is slechts één van de vele voorbeelden van ordemaatregelen die op gespannen voet staan met de Algemene wet bestuursrecht. Tegen vergelijkbare en andere problemen lopen we aan bij de ordemaatregelen met een meer individuele strekking die in dit kader door de politie of de burgemeester ingezet worden. Ik heb deze ‘ordebevelen’ geïntroduceerd in deel 2 van dit preadvies. Op de relatie van die ordebevelen tot de Algemene wet bestuursrecht ga ik in paragraaf 3.3 nader in, aan de hand van een typerend voorbeeld daarvan: het noodbevel.

3.2 Herstelsancties

Artikel 172a Gemw maakt onderdeel uit van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast (Wet MBVEO).¹¹⁴ Het doel van de bevoegdheid is om verstoringen van de openbare orde als gevolg van voetbalvandalisme dan wel andere oorzaken te bestrijden door gerichte bevelen van de burgemeester inhoudende een langdurig verblijfs- of gebiedsverbod, een groepsverbod en/of een meldplicht.¹¹⁵

Aard optreden

De burgemeester kan een bevel opleggen aan een persoon die: (1) herhaaldelijk individueel of in groepsverband de openbare orde heeft verstoord, (2) individueel of in groepsverband de openbare orde ernstig heeft verstoord of die (3) een leidende rol heeft gehad bij groepswijze (ernstige) verstoring van de openbare orde. Daarnaast moet er steeds ernstige vrees bestaan voor verdere verstoring van de openbare orde. Een bevel kan opgelegd worden met een maximale duur van drie maanden. Dit bevel kan driemaal met die duur verlengd worden, dus tot maximaal een jaar.¹¹⁶ Iedere verlenging moet worden aangemerkt als een nieuwe beschikking waartegen beroep openstaat. Ook zal een verlenging steeds met

112 Kamerstukken II 2011/12, 33112, 3, p. 32.

113 Zie ook: J.G. Brouwer & A.E. Schilder, ‘Slagvaardiger preventief fouilleren?’, NJB 2012/768, p. 866.

114 Stb. 325 (i.w.tr. 7 juli 2010), ingrijpend gewijzigd bij wet van 30 juni 2015, Stb. 2015, 255 (i.w.tr. 1 juli 2015). Zie over de wijziging van deze wet: J.G. Brouwer & A.E. Schilder, ‘Veel wegen leiden naar Rome. Ook die van de voorgestelde Voetbalwet?’, NJB 2015/916. Aan deze bevoegdheid wordt ook aandacht besteed in de preadviezen van A.E. van Rooij en B.W.A. Jue-Volker.

115 Art. 172a laat het geven van gebiedsverboden door de burgemeester op grond van de APV of art. 172 lid 3 overigens onverlet. Zie ABRvS 1 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ9048, AB 2013/188, m.nt. Brouwer en Schilder, Gst. 2013/60, m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens. De toepassingsvoorwaarden van art. 172 lid 3 Gemw beperken de mogelijkheid om op die grondslag vergelijkbare maatregelen te treffen overigens wel, zie J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van art. 172 lid 3 Gemeentewet’, Gst. 2015/59.

116 Zie art. 172a lid 6 sub a Gemw. Daarnaast is in art. 172a sub b Gemw de mogelijkheid opgenomen om een maatregel van negentig dagen uit te smeren over een periode van twee jaren op door de burgemeester vast te stellen momenten.

redenen omkleed moeten worden.¹¹⁷ Omdat het om een langdurige maatregel gaat, heeft de wetgever voorzien in de mogelijkheid de maatregelen tussentijds te wijzigen of in te trekken indien nieuwe feiten of omstandigheden daartoe aanleiding geven. Ook een besluit tot wijziging van een bevel is een beschikking waartegen beroep openstaat. Daarnaast kan de burgemeester op aanvraag tijdelijk ontheffing van de maatregel verlenen. De betrokkene zal zijn aanvraag uiteraard moeten onderbouwen, aldus de regering.¹¹⁸

Wat precies moet worden aangemerkt als een (al dan niet ernstige) verstoring van de openbare orde – een belangrijke voorwaarde voor toepassing – wordt uit de wetsgeschiedenis niet duidelijk. De regering:

‘Het is aan de burgemeester om gedragingen te kwalificeren. Als gedrag als verstoring van de openbare orde wordt gekwalificeerd, dient er vervolgens in de reactie op dat gedrag een evenredigheid te zijn tussen de ernst van het feit en de zwaarte van die reactie. (...) De ernst van het feit in termen van gevolgen voor de openbare orde [is] dus het primaire criterium.’¹¹⁹

De regering geeft hiermee aan dat de bevelen aan het proportionaliteitsvereiste moeten voldoen, maar niet wat nu concreet onder een (ernstige) ordeverstoring moet worden verstaan. Het is aldus niet helder welke gedragingen het opleggen van deze langdurige maatregel rechtvaardigen.¹²⁰ Aan de worsteling van de regering met het openbare-ordebegrip werd in deel 1 van dit preadvies reeds aandacht besteed.

Los van de vraag naar de uiteindelijke kwalificatie van de gedragingen is het optreden van de burgemeester op basis van deze bevoegdheid steeds gebaseerd op een waardering van ordeverstoringen in het verleden en op een inschatting van de kans op herhaling van dergelijk gedrag in de toekomst. De beschikking richt zich daarmee tot de overtreder van een wettelijk voorschrift om de herhaling van een overtreding te voorkomen. Bestuurlijke sancties met die strekking worden in artikel 5:2 lid 1 sub b Awb gedefinieerd als herstelsancties. De algemene bepalingen uit de Algemene wet bestuursrecht inzake handhaving zijn overigens voornamelijk niet van toepassing op andere herstelsancties dan de last onder bestuursdwang, de last onder dwangsom dan wel sancties die door de bijzondere wetgever onder het toepassingsbereik van deze titel zijn gebracht.¹²¹ Wel zullen de beschikkingen die zijn gegeven op grond van artikel 172a Gemw, aan de algemene bepalingen over besluiten uit hoofdstuk 3 van de Algemene wet bestuursrecht moeten voldoen.

117 Kamerstukken II 2007/08, 31467, 3, p. 14.

118 Zie art. 172a lid 7-9 Gemw en Kamerstukken II 2007/08, 31467, 3, p. 42.

119 Kamerstukken II 2013/14, 33882, 6, p. 15-16, *Handelingen I 2014/15*, 36, item 9, p. 20-23.

120 Brouwer en Schilder wijzen erop dat de regering niet verder komt dan het noemen van enkele voorbeelden in de Nota naar aanleiding van het Verslag. Ze komen ook met een oplossing om de begrippen concreet in te vullen en te onderscheiden. Zie J.G. Brouwer & A.E. Schilder, ‘Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast’, in: A.E.M. van den Berg, J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orde-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 78-79.

121 Zie art. 5:3 Awb en Kamerstukken II 2003/04, 29702, 3, p. 85. In de rechtspraak is aangenomen dat ook de intrekking van een vergunning een herstelsanctie kan zijn (ABRVs 2 november 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU5402, AB 2006/20).

Zorgvuldige voorbereiding en evenredige belangenafweging

Indien de burgemeester op basis van deze bevoegdheid bijvoorbeeld een bevel (beschikking) inhoudende een stadionomgevingsverbod aan een notoire hooligan wil opleggen, dan zal hij dat besluit zorgvuldig moeten voorbereiden (art. 3:2 Awb). Er zal een tamelijk diepgaand onderzoek nodig zijn vanwege de bijzondere belangen van de burger die een rol spelen; zijn bewegingsvrijheid wordt met een dergelijk besluit voor langere duur ingeperkt.¹²²

De burgemeester zal dienen te onderbouwen op welke eerdere openbare-ordeverstoring(en) en op welke ernstige vrees voor verdere verstoring van de openbare orde hij het besluit baseert. Aan de motivering zal volgens de regering een gedocumenteerd dossier ten grondslag moeten liggen:

‘Voor de aanpak van de doelgroep van dit wetsvoorstel kan onder meer aansluiting worden gezocht bij de reeds bestaande persoonsgerichte aanpak van veelplegers, waarbinnen sprake is van intensieve ketensamenwerking tussen politie, openbaar ministerie, de raad voor de kindbescherming, gemeenten en zorginstellingen. In het overleg brengen de verschillende ketenpartners de informatie uit hun registraties voor de desbetreffende personen in, indien daartoe aanleiding is. Op deze wijze wordt met het oog op de juiste aanpak van de desbetreffende persoon een dossier samengesteld, waarbij de politie een leidende rol heeft.’¹²³

Sinds de aanscherping van de Wet MBVEO in 2015 kan ook een maatregel worden opgelegd aan een *first offender*.¹²⁴ De aanmerkelijke kans op verdere verstoring van de openbare orde kan dan niet onderbouwd worden aan de hand van een opeenstapeling van ordeverstoring gedragingen uit het verleden. In dat geval zal de ernst van het feit, in combinatie met een inschatting van de kans op herhaling, bepalend zijn voor de vraag of een maatregel kan worden opgelegd.¹²⁵

‘Bij een *first offender* zal daaromtrent mogelijk enig extra onderzoek nodig zijn. In voetbalsferen kan de wetenschap dat betrokkene behoort tot de harde kern “supporters” een stevige basis zijn voor de ernstige vrees voor herhaling. Kennis over het reisgedrag van deze groep zal betrokken worden bij de vraag of er ook ernstige vrees is voor herhaling elders. Als deze feiten en gegevens bekend zijn, is dat voldoende basis voor een burgemeester om te bepalen welke type maatregel hij passend vindt, en welke modaliteit daarbinnen (...). Zo doet hij recht aan de uitgangspunten van subsidiariteit en proportionaliteit. Als een burgemeester op deze wijze naar eer en geweten een besluit neemt over een op te leggen maatregel, mag verwacht worden dat een dergelijk besluit een rechterlijke toets zal doorstaan.’¹²⁶

De zorgvuldige voorbereiding van dit besluit kan er verder toe nopen dat de burgemeester de betrokkene de gelegenheid geeft zijn zienswijze naar voren te

122 E.C. Berkouwer & J.H.A. van der Grinten, ‘De Wet MBVEO (of: Voetbalwet) en de roep om meer’, Gst. 2012/29.

123 Kamerstukken II 2008/09, 31467, 7, p. 9.

124 Stb. 2015, 255 (i.w.tr. 1 juli 2015).

125 Kamerstukken II 2013/14, 33882, 3, p. 5.

126 Kamerstukken II 2013/14, 33882, 6, p. 17-18.

brengen (de ‘hoorplicht’ van afdeling 4.1.2 Awb). Deel van de voorbereiding van het besluit vormt verder het overleg met de officier van justitie:

‘Voordat de burgemeester overgaat tot het geven van een bevel als bedoeld in artikel 172a, zal hij overleg voeren met de officier van justitie, veelal in de lokale driehoek. Daar vindt de afstemming plaats tussen de maatregelen die de burgemeester kan treffen en de maatregelen die de officier van justitie in het strafrechtelijke traject kan treffen. Indien de officier overgaat tot het opleggen van een gebiedsverbod aan een verdachte, ziet de burgemeester af van het opleggen van hetzelfde gebiedsverbod – of een groepsverbod voor hetzelfde gebied – aan deze persoon.’¹²⁷

De toepassing van deze bevoegdheid vereist aldus de nodige voorbereiding. Doordat de bevoegdheid grote beleidsvrijheid aan de burgemeester laat, bestaat er de mogelijkheid om de – tijdens de voorbereiding verzamelde – benodigde kennis van de relevante feiten en de bij het besluit betrokken belangen tegen elkaar af te wegen alvorens een besluit te nemen.¹²⁸ De burgemeester moet dat in een concreet geval ook daadwerkelijk doen. Het resultaat van die belangenafweging mag niet onevenredig zijn. Het gaat daarbij niet alleen om de wijze waarop de belangen worden afgewogen, maar ook om een behoorlijk materieel resultaat daarvan.¹²⁹ Zo kan een gebiedsverbod op grond van artikel 172a Gemw, dat de toegang tot de eigen woning ontzegt, een ontoelaatbare inbreuk op het huisrecht en de persoonlijke levenssfeer vormen; ook indien dat opgelegd wordt aan een notoire overlastveroorzaker die de orde mede vanuit de eigen woning verstoort.¹³⁰

Deugdelijke, kenbare motivering en bekendmaking

Het dient aannemelijk te zijn dat de hooligan bij kennisgeving van het bevel daaruit zal kunnen opmaken wat precies de inhoud is van de plichten die daaruit voor hem voortvloeien. Bij de formulering mag niet zomaar uitgegaan worden van de ‘gemiddelde’ burger, aangezien het bekend is met wie de burgemeester van doen heeft.¹³¹ Ingevolge artikel 3:46 Awb dient aan een besluit een draagkrachtige motivering ten grondslag te liggen. De argumentatie moet deugdelijk zijn, in die zin dat de redenering op grond waarvan het besluit wordt genomen, dat besluit kan dragen en daarmee het nemen ervan kan verklaren.¹³² Het uitgangspunt op grond van artikel 3:47 lid 1 Awb is dat de motivering bij de bekendmaking van het besluit wordt vermeld.

De rechter stelt in dit verband doorgaans strenge eisen aan de motivering en het achterliggende dossier. Zo oordeelde de Rechtbank 's-Gravenhage dat een dossier voldoende aanknopingspunten dient te bevatten om inzicht te geven in

¹²⁷ Kamerstukken II 2007/08, 31467, 3, p. 16.

¹²⁸ Zie art. 3:4 lid 1 Awb.

¹²⁹ Art. 3:4 lid 2 Awb en L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht I. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 411.

¹³⁰ Rb. Midden-Nederland 13 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4861.

¹³¹ L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht I. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 447-448.

¹³² H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 300-301.

het patroon en de duur van de veroorzaakte overlast indien een 172a-bevel wordt gegeven naar aanleiding van herhaaldelijke verstoring van de openbare orde.¹³³ De Rechtbank Maastricht oordeelde dat de vaststelling van feiten op een deugdelijke wijze dient te geschieden en dat de onderliggende stukken in het dossier niet mogen ontbreken, omdat de feiten die aan een groepsverbod op basis van artikel 172a Gemw ten grondslag zijn gelegd, anders onvoldoende door de rechter kunnen worden geverifieerd en gewogen.¹³⁴

Ingevolge de artikelen 3:40 en 3:41 lid 1 Awb wordt dit besluit bekendgemaakt door toezending of uitreiking daarvan aan de hooligan en treedt het pas daarna in werking.¹³⁵ Hierin zal vermeld moeten worden welke rechtsmiddelen hij kan instellen, zo blijkt uit artikel 3:45 Awb.

De toepassing van de bevoegdheid van artikel 172a Gemw past keurig binnen het stramen van de Algemene wet bestuursrecht; aan de eisen die gesteld worden aan besluiten, kan steeds worden voldaan. Er zijn veel meer openbare-ordebevoegdheden waarvan de toepassing op vergelijkbare wijze goed past in de wijze van bestuursrechtelijke besluitvorming die de Awb voorschrijft. Denk aan herstelsancties als het opleggen van een avondklok als bedoeld in artikel 172b Gemw of om over te gaan tot het sluiten van een woning als bedoeld in artikel 174a Gemw. Ook het opleggen van een muilkorf- en aanlijngedod aan de eigenaar van een bijtende hond door de burgemeester of het college van b en w op grond van de APV kan men onder dit optreden scharen.

3.3 Ordebevelen

Aan de eerder besproken onmiddellijke handhaving van de openbare orde is een aantal bevelsbevoegdheden gekoppeld. Om het verschil in karakter van de handhaving aan de hand van deze bevoegdheden met de (reguliere) bestuursrechtelijke handhaving te illustreren, zal ik de toepassing van een van die bevelsbevoegdheden nader uitwerken. Het gaat om de – voor de onmiddellijke ordehandhaving in de praktijk vaak gebruikte – (nood)bevelsbevoegdheid van de burgemeester uit artikel 175 lid 1 Gemw. Die bevoegdheid kan ingezet worden om bevelen te geven ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar.

Aard optreden

De noodbevelsbevoegdheid kan toegepast worden ter handhaving van de openbare orde bij ernstige wanordelijkheden.¹³⁶ Gedacht moet worden aan onder

133 Rb. 's-Gravenhage 23 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX4292.

134 Rb. Maastricht 25 juni 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX0092 en Rb. Utrecht 6 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX4512.

135 ABRvS 16 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP4697, Gst. 2011/55 m.nt. M.L. Diepenhorst en H.C. Lagrouw, AB 2012/183 m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

136 De bevoegdheid wordt met het oog op het voorkomen van wanordelijkheden ook ingezet indien bijzondere eisen aan de openbare orde gesteld worden, zoals bij het bezoek van een buitenlands staatshoofd. Zie daarover: A.J. Wierenga, 'Beveiliging staatshoofd weinig royaal. Van (koninklijke) noodverordeningen en noodbevelen', NJB 2012/711. Verder kan zij ingezet worden ter

meer situaties waarbij acute confrontaties dreigen of plaatsvinden tussen één of meer groepen personen en/of eventueel de politie tijdens bijvoorbeeld ontruiming en het opheffen van blokkades, wanordelijkheden bij evenementen, risico-voetbalwedstrijden of demonstraties.¹³⁷ Een tweede voorwaarde voor toepassing is dat reguliere bevoegdheden ontoereikend zijn om de situatie het hoofd te kunnen bieden.¹³⁸ De bevoegdheid mag niet langdurig en structureel ingezet worden bij voortdurende problematiek indien ook (tot stand te brengen) reguliere maatregelen in de aanpak daarvan kunnen voorzien.¹³⁹

De burgemeester kan op basis van deze bevoegdheid zelf allerlei maatregelen concipiëren, waarbij hij blijkens de tekst van artikel 175 Gemw zelfs mag afwijken van andere dan bij de Grondwet gestelde voorschriften. De beperking van grondrechten is daarmee in beginsel niet toegestaan, maar daarvoor geldt in ieder geval een uitzondering ten aanzien van de artikelen 6, 7 en 9 Grondwet. Voor bepaalde beperkingen van de vrijheid van godsdienst, meningsuiting en vergadering en betoging op basis van deze bevoegdheid werd namelijk ruimte gezien in de gemeentewetsgeschiedenis.¹⁴⁰

Het gaat al met al om een bevoegdheid met grote discretionaire ruimte op basis waarvan maatregelen getroffen worden met een beperkte democratische legitimatie doordat ze door de burgemeester alleen worden vastgesteld. Dat is dan ook alleen gelegitimeerd in het geval van een zich plotseling aandienende concrete en actuele dreiging of daadwerkelijke aantasting van de openbare orde van een zodanige ernst dat deze de inzet van de bevoegdheid rechtvaardigt.¹⁴¹ Die aard van de bevoegdheid stelt ook eisen aan de inhoud van de maatregelen.

Uiteraard dient te worden gekozen voor het minst ingrijpende middel; de maatregel mag niet ingrijpender of beperkender zijn dan in de gegeven situatie noodzakelijk is. Een en ander houdt verband met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. De maatregel dient de openbare-ordeverstoring direct aan te pakken en dient van korte duur te zijn.¹⁴² Het gaat immers om een

-
- beperking van gevaar bij rampen. Die mogelijkheid blijft hier buiten beschouwing, omdat de focus in dit preadvies ligt bij de inzet van de bevoegdheid ter handhaving van de openbare orde.
- 137 Respectievelijk: Onderbanken januari 2006: ontruiming bos bij protest tegen bomenkap (zie Rb. Maastricht 4 mei 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AW8040); Haren september 2011: Project X; Amsterdam september 2012: Ajax-FC Utrecht (zie Rb. Amsterdam 26 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW9852); Vlagtwedde mei 2012: opheffing demonstratief tentenkamp Ter Apel (zie Rb. Groningen 24 mei 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BW6584, JG 2012/44).
- 138 Is voldaan aan beide voorwaarden, dan spreekt men van buitengewone omstandigheden (E.T. Brainich, *Het systeem van crisisbeheersing*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 74).
- 139 ABRvS 14 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BG9795, JB 2009/56; HR 23 april 1996, NJ 1996/514; ABRvS 14 mei 1996, JB 1996/169. Zie ook A.J. Wierenga, 'Beveiliging staatshoofd weinig royaal. Van (koninklijke) noodverordeningen en noodbevelen', *NJB* 2012/711.
- 140 Kamerstukken II 1985/86, 19403, 3, p. 150-151; Kamerstukken II 1988/89, 19403, 10, p. 95-101.
- 141 Zie daarover Rb. Noord-Holland 15 juni 2015, ECLI:NLRBNO:2015:4711 en J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller en J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 168-174.
- 142 J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller en J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 180-187.

verlegenheidsoplossing indien reguliere maatregelen ontoereikend zijn om een acute noodsituatie te redresseren.¹⁴³

Van een dergelijke situatie is sprake indien een groep hooligans onderweg is naar een gemeente, waarbij kort daarvoor duidelijk werd dat zij de orde rond een voetbalwedstrijd ernstig wil verstoren door de confrontatie met de fans van de tegenstander te zoeken. De burgemeester kan allereerst (meer) politie inzetten. Daarnaast kan hij in het verlengde daarvan aanvullende ordemaatregelen treffen op basis van zijn noodbevelsbevoegdheid. Zo kan hij bevelen dat de hooligans de gemeente niet in mogen, waardoor de politie ze bij de gemeentegrens kan terugsturen om daarmee de gevreesde ernstige wanordelijkheden door vernielingen en openlijke geweldpleging te voorkomen.

We zien hier wezenlijke verschillen tussen een ordebevel en een herstelsanctie. Niet alleen worden de bevoegdheden toegepast in andere situatieve omstandigheden, ook hoeft voor het geven van een ordebevel niet steeds sprake te zijn van een voorafgaande overtreding van een wettelijk voorschrift.¹⁴⁴ Vaak zal bij de inzet van de bevoegdheid ook niet exact duidelijk zijn welk voorschrift precies wordt overtreden of dreigt te worden overtreden en wie dat precies gedaan heeft of dreigt te doen. Dit laatste heeft als gevolg dat ook niet-overtreders onder het bereik van een ordebevel kunnen vallen.

Een voorbeeld daarvan is de situatie waarin 650 supporters van FC Utrecht onderweg zijn naar de risicowedstrijd Ajax-FC Utrecht en er bij aankomst op het station Amsterdam Bijlmer ArenA reeds discriminerende spreekkoren worden gezongen. De burgemeester vreest voor ernstige wanordelijkheden bij een treffen van de verschillende supportersgroepen. Doordat het ondoenlijk is om precies te achterhalen wie degenen zijn die de discriminerende liederen zingen, is het onder deze omstandigheden niet in strijd met het proportionaliteitsvereiste om alle supporters die tot de groep behoren terug te sturen en niet slechts een deel van hen, oordeelde de rechter.¹⁴⁵

Een ordebevel is verder niet per definitie gericht op het herstel van een situatie conform de wet.¹⁴⁶ In een noodbevel mag daarvan ook worden afgeweken. Zo werden campinghouders in Zeeland bij noodbevel door de burgemeester verplicht meer kampeerders toe te laten dan de Kampeerwet toestond. De Zeeuwse burgemeesters gaven deze – met die formele wet strijdige – bevelen vanwege de grote toestroom van vakantiegangers. Zij vreesden ernstige ordeproblemen door wildkampeerders.¹⁴⁷

143 Vgl. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid', *NJB* 2014/2159.

144 Overigens kan het daarbij ook nog gaan om een schending van ongeschreven rechtsnormen die onrechtmatige hinder of onrechtmatige gevaarzetting omvatten.

145 Rb. Amsterdam 26 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW9852.

146 Zie ook J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Daadkrachtig door besluitloos optreden. Onmiddellijke ordehandhaving en de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 438-439.

147 M.A.D.W. de Jong, H.R.B.M. Kummeling & M.C. Burkens, *Het gebruik van gemeentelijke noodbevoegdheden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 78-79.

Zorgvuldige voorbereiding en evenredige belangenafweging

De besluitvorming in dit kader zal vooral worden gebaseerd op informatie van de politie. Kort voorafgaand of gedurende de (gevreesde) ernstige wanordelijkheden zal bij de burgemeester worden aangekaart dat er behoefte bestaat aan extra maatregelen om de politie in staat te stellen haar taak te verrichten. Zo kan de wens bestaan om de in aantocht zijnde groep hooligans niet in de stad 'los te laten' zodat ze de aanhang van de tegenstander kunnen opzoeken, maar om hen reeds bij aankomst buiten de gemeentegrenzen te houden. Bevelen in dit kader zijn ad hoc van aard en met het oog op de urgentie zal het vaak niet mogelijk zijn uitgebreid onderzoek te doen naar alle feiten en belangen die in het geding zijn. Ook zal bijvoorbeeld een zienswijze-gesprek met de naderende hooligans niet mogelijk zijn en niet in de rede liggen.

Deugdelijke, kenbare motivering en bekendmaking

Doordat de ordebevelen soms in 'het heetst van de strijd' tot stand komen, zal het bevel niet steeds expliciet gemotiveerd kunnen worden, laat staan dat die motivering bekendgemaakt kan worden. Bij de aankomst van de eerder genoemde 650 supporters van FC Utrecht in Amsterdam kan de burgemeester – ook met het oog op eerdere escalaties – gerechtvaardigd vrezen voor ernstige wanordelijkheden. Het daaropvolgende noodbevel om de gemeente direct weer met de trein te verlaten zal beperkt blijven tot een simpele instructie met die strekking, bekendgemaakt via de megafoon. De opschriftstelling van de maatregel en de uitreiking daarvan – hoewel wenselijk met het oog op de kenbaarheid en voorzienbaarheid – zal onder deze omstandigheden redelijkerwijs niet mogelijk zijn.

3.4 Ordebevelen en de Awb: water en vuur

In de vorige twee paragrafen werd duidelijk dat een ordebevel op basis van bijvoorbeeld artikel 175 Gemw – in tegenstelling tot een herstelsanctie op basis van bijvoorbeeld artikel 172a Gemw – niet goed past binnen het systeem van de reguliere bestuursrechtelijke handhaving. Ter beteugeling van acuut (dreigend) gevaar voor personen of goederen zullen vaak concessies moeten worden gedaan aan de normen die onder andere omstandigheden wel in acht kunnen worden genomen. In deze paragraaf ga ik meer in zijn algemeenheid in op de moeizame relatie van ordebevelen met de Algemene wet bestuursrecht. Ik kijk daarbij eerst naar de vraag of de ordebevelen wel altijd zijn aan te merken als Awb-besluiten. Vervolgens komt aan de orde op welke wijze de Algemene wet bestuursrecht de ordebevelen normeert. Daarna wordt stilgestaan bij de visie van de wetgever op de verhouding tussen de onmiddellijke ordehandhaving en de Algemene wet bestuursrecht.

Besluit-begrip Awb

Doordat een schriftelijk bevel in de rechtspraak en literatuur wordt aangemerkt als een besluit in de zin van artikel 1:3 Awb, is de Algemene wet bestuursrecht er

in beginsel onverkort op van toepassing en staat rechtsbescherming open bij de bestuursrechter.¹⁴⁸ Een bevel dat in allerijl tot stand komt ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde, kan onder die omstandigheden echter niet steeds vooraf op schrift gesteld worden. Het zojuist genoemde voorbeeld waarin de burgemeester aan 650 supporters mondeling de toegang tot de gemeente ontzegt, illustreert dat. Rechtsbescherming kan dan in beginsel niet bij de bestuursrechter gevonden worden, omdat artikel 1:3 Awb een (appellabel) besluit definieert als een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan.¹⁴⁹

Dat alleen schriftelijke beslissingen onder het besluit-begrip zijn gebracht, heeft grote praktische betekenis. Bestuursorganen nemen de mondelinge beslissingen vooral wanneer dadelijk moet worden opgetreden en dan kunnen veel van de voorschriften van de Algemene wet bestuursrecht daarop moeilijk worden toegepast. Denk niet alleen aan de bevelen van de burgemeester die direct verband houden met de onmiddellijke openbare-ordehandhaving, maar ook aan aanwijzingen en bevelen van politieagenten.¹⁵⁰

Het is de vraag of er een verplichting bestaat om dergelijke bevelen – desnoods achteraf – op schrift te stellen. De weigering om een bevel op schrift te stellen kan niet gelijk worden gesteld met een besluit indien het op schrift stellen van de mondelinge beslissing ongebruikelijk is.¹⁵¹ In het kader van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde is opschriftstelling van bevelen van de politie en ook die van de burgemeester altijd volstrekt ongebruikelijk geweest. Deze bevelen kunnen dan ook gewoon mondeling worden gegeven.

Ten aanzien van de politiebevelen vinden we het heel begrijpelijk dat ze niet op schrift gesteld worden.¹⁵² De wetgever zag ook geen noodzaak deze ‘besluitvorming’ op grond van de Politiewet uit te zonderen van de mogelijkheid van bezwaar en beroep.¹⁵³ Sinds de invoering van de Algemene wet bestuursrecht is er evenwel een tendens ontstaan om de bevelen van de burgemeester steeds vaker (achteraf) op schrift te stellen, zodat ze als besluit onverkort onder het bereik van de Algemene wet bestuursrecht komen te vallen. Dit houdt verband met de wens om laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming tegen de – in verhouding tot de politiebevelen relatief – ingrijpende bevelen van de burgemeester te

148 Bijv. ABRvS 14 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BG9795, JB 2009/56, m.nt. M.A.D.W. de Jong.

149 ABRvS 20 februari 1992, ECLI:NL:RVS:1992:AN2517, AB 1992/359, m.nt. Van Male, Gst. 1992/6949, 4. Hennekens is overigens van mening dat het schriftelijkheidsvereiste niet een constitutief, maar een bewijsrechtelijk vereiste is, zie H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orde-recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 33-34.

150 H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 81.

151 J.C.A. de Poorter, in: *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2013, commentaar bij art. 1:3 Awb, aant. 2e; H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 158.

152 Brouwer en Schilder wijzen erop dat de handhaving van de openbare orde zou spaaklopen als dergelijke bevelen – waarvan er dagelijks honderden op meer of minder formele wijze worden gegeven – op schrift gesteld zouden moeten worden. Zie: J.G. Brouwer & A.E. Schilder, ‘Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid’, *NJB* 2014/2159.

153 Dat gold niet voor besluiten op grond van art. 18, 20, 34, 35, 37, derde lid, 52 en 68 Polw, zie: *Kamerstukken II 2010/11, 32822, 3, p. 9.*

bieden.¹⁵⁴ Het in de besluitvorming gieten van een bevel heeft echter ook andere gevolgen. Zo heeft dit invloed op de Awb-normen die op de beslissing van toepassing zijn.

Materiële normen Awb

Op een mondeling bevel zijn ingevolge artikel 3:1 lid 2 Awb alleen de meest fundamentele waarborgen uit afdeling 3.2 van toepassing.¹⁵⁵ Het gaat in dit kader met name om de zorgvuldige voorbereiding en de evenredige belangenafweging. Aan die beginselen zal recht gedaan moeten worden voor zover de aard van de handelingen zich daar niet tegen verzet. Door bevelen door opschriftstelling tot besluit te maken worden ze in beginsel evenwel onverkort onder het bereik van de Algemene wet bestuursrecht gebracht. Daarmee dient zich een eerste nadeel van die tendens aan.

Het zijn juist de normen die na de opschriftstelling van toepassing worden die onwenselijke wrijving veroorzaken. Zo hebben we gezien dat bij de inzet van een noodbevel in een onmiddellijkheidssituatie het bijzonder lastig kan zijn de normadressant tijdens de voorbereiding te horen. Op de hoorplicht bestaat evenwel een uitzondering voor de gevallen waarin de vereiste spoed zich daartegen verzet, zo lezen we in artikel 4:11 aanhef en onder a Awb. Verder kunnen moeilijkheden ontstaan ten aanzien van de deugdelijke en kenbare motivering van het besluit, zoals de artikelen 3:46 en 3:47 die vereisen. Ook hier biedt de Algemene wet bestuursrecht echter de nodige flexibiliteit. Indien de spoed dit vereist, mag de motivering nog volgen binnen een week na de bekendmaking van het besluit (art. 3:47 lid 3 Awb).

Niet steeds biedt de Algemene wet bestuursrecht echter afdoende mogelijkheden om de bestuursrechtelijke normen voor besluiten (verkort) buiten toepassing te kunnen laten. In de rechtspraak zouden onoverkomelijke problemen ontstaan als we de Algemene wet bestuursrecht bij de onmiddellijke ordehandhaving ten aanzien van de bekendmakingseis moeten volgen. Artikel 3:40 Awb vereist dan dat de burgemeester een noodbevel bekendmaakt aan degene tot wie het zich richt om werking te hebben, bij gebreke waarvan het niet in werking treedt. Ingevolge artikel 3:41 lid 1 Awb geschiedt die bekendmaking door toezending of uitreiking. Het is echter gebruikelijk om dergelijke bevelen mondeling (eventueel per megafoon) bekend te maken. De uitzondering van artikel 3:41 lid 2 Awb – bekendmaking op een andere geschikte wijze – is niet van toepassing op

154 Het zojuist besproken mondelinge noodbevel, dat zich richtte tegen de 650 supporters van FC Utrecht, werd bijvoorbeeld zes maanden later alsnog op schrift gesteld, waardoor de bestuursrechter zich over de zaak kon buigen. Dit komt ook tot uitdrukking in de rechtsmiddelenverwijzing die tegenwoordig bijna standaard onder een schriftelijk noodbevel wordt opgenomen. Zie hierover ook: L.D. Ruijgrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 213-215.

155 H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 81. Deze bepaling ‘schakelt’ overigens ook naar afdeling 3.3 en 3.4 inzake advisering en de uniforme openbare voorbereidingsprocedure. Die afdelingen zullen bij het treffen van ordemaatregelen geen rol spelen, omdat de aard van de handelingen zich daartegen verzet.

gevallen als deze.¹⁵⁶ De rechter overweegt ten aanzien van een mondeling noodbevel op grond waarvan een groep hooligans van Go Ahead Eagles de stad Zwolle moet verlaten vanwege de vrees voor ernstige wanordelijkheden het volgende:

‘Gelet op het bepaalde in artikel 3:40 Algemene Wet Bestuursrecht had het besluit bekend gemaakt dienen te worden, bij gebreke waarvan het niet in werking treedt. Deze bekendmaking diende te geschieden door toezending of uitreiking aan de belanghebbende (artikel 3:41 Awb). Artikel 3:41, tweede lid, Awb voorziet in de mogelijkheid om op een andere geschikte wijze een besluit kenbaar te maken, indien de bekendmaking van het besluit niet door toezending of uitreiking aan de belanghebbende kan geschieden. Blijkens de Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 23 700, nr. 3, p. 13 en NEV, Kamerstukken II 23 700, nr. 5, p. 4) heeft de wetgever het oog gehad op het geval waarin een besluit tot toepassing van bestuursdwang niet kan worden uitgereikt of toegezonden aan de overtreder, omdat het bestuursorgaan diens identiteit niet kent of niet over diens correcte adres beschikt.’¹⁵⁷

De rechter oordeelt dat er geen sprake is van een geval dat een uitzondering op de reguliere bekendmakingwijze toestaat en hij spreekt de verdachte vrij die wordt vervolgd voor het niet opvolgen van het bevel. Dat een mondeling noodbevel door de rechter op deze wijze aan de eisen van de Algemene wet bestuursrecht wordt getoetst, laat zien dat er problemen kunnen ontstaan door de tendens om ordebevelen als reguliere Awb-besluiten aan te merken. Indien een ordebevel wordt gegeven in een situatie waarvoor hij bedoeld is – een onmiddellijkheids-situatie – kan in dit licht vaak niet aan de in de Algemene wet bestuursrecht voorgeschreven wijze van bekendmaking worden voldaan.

Zou een noodbevel slechts werking kunnen hebben indien het wordt toegezonden of uitgereikt, dan levert dat niet alleen grote problemen op voor de inzetbaarheid daarvan. Daarnaast brengt het de mogelijkheid van de burgemeester om daadkrachtig op te treden in gevaar. Dergelijk optreden is in deze bijzondere situaties nu juist vereist en wordt ook van de burgemeester verlangd. In Leiden bijvoorbeeld deed zich de situatie voor dat de actiegroep Identitair verzet – een groep die naar eigen zeggen opkomt tegen de toenemende immigratie en islamisering¹⁵⁸ – zich toegang had verschaft tot een bouwterrein aan de Ter Haarkade om zich te posteren op het dak van een moskee in aanbouw. De burgemeester was van oordeel dat door deze actie reëel gevaar ontstond voor ernstige wanordelijkheden welke de veiligheid en openbare orde ernstig in gevaar konden brengen. Hij hield een noodbevel achter de hand, waarvan het eerste onderdeel luidt:

‘Het is *degene aan wie dit bevel is uitgereikt* [curs. AJW] verboden zich op een locatie in het gebied dat is aangegeven op de bij dit besluit behorende kaart te bevinden dan wel zich

156 Zie de noot van J.G. Brouwer bij Rb. Zwolle-Lelystad 17 maart 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BC7237, AB 2008/257.

157 Rb. Zwolle-Lelystad 17 maart 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BC7237, AB 2008/257, m.nt. J.G. Brouwer.

158 Zie de website www.idverzet.org (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2015).

daar naar te begeven met het kennelijke doel deel te nemen aan wanordelijkheden dan wel feitelijk daaraan deelnemen.¹⁵⁹

Ook de overige maatregelen kunnen zich blijkens het schriftelijke bevel slechts richten tot degenen aan wie het is uitgereikt. De gedachte leefde kennelijk dat een noodbevel met het doel deze situatie te beëindigen alleen geldt indien het eerst op schrift wordt gesteld en vervolgens – waarschijnlijk met aanzienlijke moeite – aan de zich op het dak bevindende betrokkenen wordt uitgereikt. De burgemeester zou zich juist in dergelijke situaties vrij moeten voelen om via de megafoon ‘kom van dat dak af’ te bevelen.

Het onderscheid tussen ordebevel en herstelsanctie dient met het oog op de slagkracht die vereist is om effectief op te treden tegen ernstige wanordelijkheden voor de burgemeester voldoende duidelijk te zijn. Mondelinge bekendmaking (eventueel per megafoon) of bekendmaking door gebruik van bijvoorbeeld een lichtbord is gewoon mogelijk. Het idee dat geen noodbevel kan worden gegeven als dat niet in de vorm van een Awb-besluit gegoten is, kan het onmogelijk maken om de bevoegdheid te gebruiken met het doel waarvoor ze nu juist is toegekend.

Ook de burgemeester van Haren voelde zich onvoldoende vrij om een noodbevel in te zetten in de aanloop naar de buitengewoon ernstige wanordelijkheden tijdens Project X van september 2012.¹⁶⁰ In het onderzoek van de commissie-Cohen naar het overheidsoptreden in dit kader wordt vastgesteld dat de burgemeester onvoldoende gebruik heeft gemaakt van zijn openbare-ordebevoegdheden. Het gaat onder meer over het door de burgemeester alvast getekende noodbevel dat de mogelijkheid bood individuen uit Haren te verwijderen.

‘Er heerste in de week voorafgaand aan 21 september voortdurend verwarring over noodbevel, noodverordening en de verhouding van beide tot de bepalingen in de APV.’¹⁶¹

Het noodbevel werd uiteindelijk dan ook niet ingezet. De burgemeester dient ten aanzien van de toepassing van deze bevoegdheden in onmiddellijkheidssituaties een zekere speelruimte te hebben én te voelen om met de gewenste daadkracht op te kunnen treden.

De wetgever is zich bewust van de onverenigbaarheid van het optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde en de normering van de Algemene wet bestuursrecht. Het verband van dergelijk optreden met het opnemen

159 Gemeente Leiden, ‘Noodbevel Ter Haarkade Leiden’, 7 februari 2015.

160 Politieagenten vochten naar eigen zeggen voor hun leven, verschillende personen raakten (ernstig) gewond en getraumatiseerd, winkels werden geplunderd, bezittingen van burgers werden vernield, straatmeubilair ging kapot of verdween. Er ontstond voor honderdduizenden euro’s aan materiële schade. Van heinde en verre moesten gedurende de ongeregelde versterkingen van de mobiele eenheid opgetrommeld worden om het tij te keren (onder meer van de korpsen Noord- en Oost-Gelderland, Twente en Noord-Holland-Noord). Zie hierover de rapporten uit voetnoot 162.

161 Commissie ‘Project X’ Haren, ‘Hoofdrapport: Twee werelden. You only live once’, maart 2013, p. 20; zie uitgebreider commissie ‘Project X’ Haren, ‘Deelrapport 1: Er is geen feest. De overheidsreactie op Project X Haren’, maart 2013, beide rapporten zijn te raadplegen via www.rijksoverheid.nl; zoek op ‘Hoofdrapport Project X’ respectievelijk ‘Deelrapport Project X’ (laatst geraadpleegd op 25 oktober 2015).

van het schriftelijkheidsvereiste in het besluit-begrip kwam reeds aan de orde. Daarnaast is met artikel 5:23 Awb een concrete poging gedaan een juridiserings-trend van dit bijzondere overheidsoptreden te voorkomen.

Artikel 5:23 Awb

Dat onmiddellijke openbare-ordehandhaving en de Algemene wet bestuursrecht op gespannen voet met elkaar staan, is door de wetgever voorzien. In artikel 5:23 Awb staat:

‘Deze afdeling is niet van toepassing op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde.’

Op de betekenis van het begrip onmiddellijke handhaving van de openbare orde is ingegaan in deel 2 van dit preadvies. Dat begrip ziet op het feitelijk handelen van de politie onder het gezag van de burgemeester ter handhaving van de openbare orde en de daarmee direct verband houdende ordemaatregelen die dat optreden faciliteren. In artikel 5:23 Awb wordt afdeling 5.3.1 Awb niet van toepassing verklaard op dergelijk optreden. Het betreft de afdeling inzake de last onder bestuursdwang. De wetgever is van mening dat de onmiddellijke ordehandhaving zoveel gelijkenis vertoont met de toepassing van bestuursdwang, dat zeker gesteld dient te worden dat de eisen die deze afdeling stelt aan het geven van een last onder bestuursdwang niet van toepassing zijn op de onmiddellijke ordehandhaving.¹⁶²

Het doel van artikel 5:23 Awb is te voorkomen dat de burgemeester bij de onmiddellijke handhaving van de openbare orde wordt gehinderd door de strenge eisen die de Algemene wet bestuursrecht stelt. Welke verplichtingen de burgemeester dan niet in acht hoeft te nemen, valt tegenwoordig niet meer eenvoudig uit de Algemene wet bestuursrecht af te leiden. Vóór invoering van de vierde tranche volgde een en ander vooral uit artikel 5:24 Awb (oud). Het komt erop neer dat de burgemeester niet verplicht is het bevel (a) op schrift te stellen, (b) hierin te vermelden welk voorschrift wordt overtreden, en (c) het bevel bekend te maken aan de overtreder, op een manier zoals de Algemene wet bestuursrecht die voorschrijft. De wetgever wenst die eisen uit te sluiten, zelfs nu artikel 5:31 lid 1 Awb de mogelijkheid geeft om bijvoorbeeld een begunstigingstermijn achterwege te laten en de last onmiddellijk ten uitvoer te leggen, en een besluit op grond van artikel 5:31 lid 2 ook achteraf op schrift gesteld kan worden. Ruigrok, Brouwer en Schilder constateren in dit licht dat de wetgever met artikel 5:23 Awb beoogt te voorkomen dat de onmiddellijke ordehandhaving (met de bijbehorende ordebevelen) een identieke weg gaat als eerder het vergelijkbare rechtsfenomeen (de last onder) bestuursdwang: van feitelijk handelen naar bestuursrechtelijk handelen.¹⁶³

162 In deel 1 van dit preadvies hebben we gezien dat een (dreigende) ordeverstoring veelal samenvalt met de (dreigende) overtreding van een wettelijk voorschrift. Vaak is een ordebevel dan ook gericht op het herstel van de overtreding van een wettelijk voorschrift, net als bestuursdwang (art. 5:21 onder a Awb).

163 L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang? Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 208-211 en J.G. Brouwer, ‘Sui generis besluiten: Over de onmiddellijke handhaving van

Dat de wetgever de zojuist genoemde waarborgen van de Algemene wet bestuursrecht niet onverkort op dergelijk optreden van toepassing wil laten zijn, is in het licht van het eerder besprokene heel begrijpelijk. Reeds kwam aan de orde dat nog los van het feit dat de Awb-normen vaak niet nageleefd kunnen worden – en soms zelfs voor toepassingsproblemen zorgen – er ook een risico schuilt in de gedachte dat deze besluitvorming wel conform alle normen van de Algemene wet bestuursrecht tot stand moet komen. Bestuursorganen kunnen zich met dat doel in allerlei bochten gaan wringen, hetgeen daadkrachtig optreden niet ten goede komt.

Bevelen onder de Awb

We zien al met al dat de ordebevelen niet onverkort onder het bereik van de Algemene wet bestuursrecht vallen en zich ook slecht verhouden tot de daarin geregelde normering voor regulier bestuursrechtelijk optreden. Desondanks worden de bevelen door opschriftstelling steeds meer onder het volle bereik van deze wet gebracht. Dit heeft zeker voordelen. Tegen de bevelen – die de vrijheden van de burger aanzienlijk kunnen beperken – komt zo laagdrempelige rechtsbescherming bij de bestuursrechter open te staan.¹⁶⁴ Indien dat niet het geval zou zijn, kan men in beginsel slechts terecht bij de burgerlijke rechter en bij de strafrechter indien er vervolgd wordt voor het niet opvolgen van het bevel.¹⁶⁵ Een procedure bij de burgerlijke rechter kent een hogere drempel, mede door de in vergelijking met de bestuursrechtelijke procedure hoge kosten van het griffierecht en de verplichte procesvertegenwoordiging. Een oordeel van de strafrechter kan zich slechts voordoen indien de verdenking bestaat dat het bevel is overtreden en het openbaar ministerie besluit de verdachte te vervolgen.

Bij het voordeel van laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming zijn ook kanttekeningen te plaatsen. Een bevel dat aan een grote groep personen is gegeven, kan als besluit onevenredige administratieve lasten voor de burgemeester en de rechter tot gevolg hebben. Wanneer honderden relschoppers het bevel krijgen om zich uit een gemeente te verwijderen in een project X-achtig scenario, dan roept de burgemeester – indien hij dit bevel in de vorm van een besluit giet – een mogelijke vloedgolf van bezwaar- en beroepsprocedures over zichzelf af.

Een ander pijnpunt houdt verband met het gegeven dat het vaak lastig zal zijn (achteraf) vast te stellen tot wie het mondelinge bevel zich precies heeft gericht; de beslissing is immers niet op naam gesteld en uitgereikt. Ook kan uit een noodbevel dat schriftelijk is uitgereikt, achteraf niet herleid worden aan wie het destijds is gegeven. Het kan heel moeilijk zijn om invulling te geven aan een

de openbare orde en de toenemende Awb-sering', in: P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt (red.), *Handhaving van de openbare orde: Is voorkomen beter dan genezen? Bundel ter gelegenheid van het afscheid van prof. mr. A.E. Schilder*, Den Haag: Ministerie van BZK/CZW 2008, p. 8-18. Zie ook voetnoot 147.

¹⁶⁴ Zie hierover ook de preadviezen van A.E. van Rooij en B.W.A. Jue-Volker.

¹⁶⁵ Zie art. 184 lid 1 Sr: 'Hij die opzettelijk niet voldoet aan een bevel of een vordering, krachtens wettelijk voorschrift gedaan door een ambtenaar met de uitoefening van enig toezicht belast of door een ambtenaar belast met of bevoegd verklaard tot het opsporen of onderzoeken van strafbare feiten, (...) wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie.'

enigszins begrenzende ontvankelijkheidseis in de bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Daarnaast mag overigens niet uit het oog verloren worden dat de burgemeester ten aanzien van het optreden in dit kader op grond van artikel 180 Gemw politieke verantwoording verschuldigd is aan de gemeenteraad. Die regeling kan een sterk tegenwicht bieden aan lichtvaardig gebruik van deze bevoegdheid door de burgemeester.¹⁶⁶ Daarnaast zij nog gewezen op de mogelijkheid voor de burger om een klacht in te dienen bij het bestuursorgaan zelf en in laatste instantie bij de Ombudsman.¹⁶⁷

Een heel ander – en zeker niet onbelangrijk – risico dat schuilt in de praktijk om een bevel in de vorm van een besluit te gieten, is het volgende: het onderscheid in de aard van het optreden wordt erdoor vertroebeld. Het lijkt te gaan om bevoegdheden die als alternatief voor reguliere bestuursrechtelijke herstelsancties en dus ook anders dan in het kader van de onmiddellijke ordehandhaving inzetbaar zijn. Het bieden van meer bestuursrechtelijke waarborgen door de ordebevelen op schrift te stellen kan als excuus dienen om deze bevoegdheden toe te passen in normale situaties waarvoor ze niet bedoeld zijn. Er wordt dan meer rechtsbescherming geboden tegen de prijs van vergaande beperkingen van vrijheden van burgers door oneigenlijk gebruik van vrijwel ongeclausuleerde bevelsbevoegdheden. Dergelijk optreden is in strijd met het verbod van *détournement de pouvoir*.

Hiervan is al meerdere keren sprake geweest. Het bekendste voorbeeld is dat van Amsterdam, waar de burgemeester jarenlang gebiedsverboden op basis van een noodbevel uitvaardigde. Hij vond het aanvaardbaar om de verwijderbevelen op basis van de noodbevelsbevoegdheid – door een schriftelijke uitreiking, een deugdelijke motivering en bekendmaking op voorgeschreven wijze – uiteindelijk ongeveer zestien jaar achtereen structureel in te zetten om verwijderbevelen met een duur van veertien dagen op te leggen.¹⁶⁸

De burgemeester van Rotterdam zette de lichte bevelsbevoegdheid van artikel 172 lid 3 Gemw jarenlang structureel in om gebiedsverboden aan overlastgevers op te leggen. Hij gebruikte de bevoegdheid als alternatief voor de reguliere bevoegdheden uit de APV om gebiedsverboden op te leggen, indien die laatste regeling als te knellend werd ervaren. Ook in dit geval wordt een bevoegdheid voor het treffen van ordemaatregelen gebruikt om maatregelen met het karakter van herstelsancties op te leggen. Deze bevoegdheid is echter slechts bedoeld om maatregelen te treffen in incidentele en onvoorziene situaties.¹⁶⁹

166 Vgl. M.A.D.W. de Jong, 'De noodverordening. Spinazie voor de burgemeester', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 327-328.

167 Zie respectievelijk art. 9:1 en art. 9:18 jo. 9:20 Awb.

168 De Afdeling bestuursrechtspraak riep deze praktijk uiteindelijk een halt toe, zie ABRvS 14 mei 1996, JB 1996/169. Zie hierover: J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Daadkrachtig door besluiteloos optreden. Onmiddellijke ordehandhaving en de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 436-437.

169 HR 11 maart 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB4096, NJ 2008/208, AB 2008/163, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder. Zie hierover J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van art. 172 lid 3 Gemeentewet', *Gst.* 2015/59, afl. 7423, p. 315.

Indien de burgemeester ruim de tijd heeft om alle voorschriften van de reguliere besluitvorming in acht te nemen, dient zich bij een helder onderscheid tussen beide vormen van handhaving ook sneller de vraag aan of de onmiddellijkheidsbevoegdheid wel bedoeld is om in die situatie te gebruiken. Dit speelt bijvoorbeeld als de burgemeester elk jaar weer voor dezelfde lang van tevoren voorzienbare risicowedstrijden in het betaald voetbal een noodbevel uit de kast haalt, terwijl de daarin getroffen maatregelen inmiddels uitstekend in de APV geregeld hadden kunnen worden.¹⁷⁰ Een ander voorbeeld waarin een ordebevel verwordt tot herstelsanctie, is dat waarin de burgemeester van Eindhoven op basis van artikel 172 lid 3 Gemw een gebiedsverbod voor de gehele gemeente van onbepaalde tijd oplegde aan een pedoseksueel toen die na het uitzitten van zijn gevangenisstraf wilde terugkeren naar zijn stad.¹⁷¹ Tot die categorie behoort ook het eerder besproken ‘ordebevel’ tot het euthanaseren van een hond op kosten van de baas, dat vier weken na een incident ten aanzien van een inmiddels in bewaring geplaatste hond aan de eigenaar wordt gegeven.

¹⁷⁰ J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht’, in: E.R. Muller & J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 170-172.

¹⁷¹ Rb. Den Bosch 5 augustus 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN3313, AB 2010/304, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

Conclusie

Van openbare orde is sprake als personen zich vrijelijk kunnen bevinden en bewegen in de publieke ruimte zonder dat zijzelf of hun goederen aan onrechtmatige hinder of onrechtmatig gevaar worden blootgesteld. Die openbare orde is juridisch genormeerd door vooral wettelijke (strafrechtelijke) voorschriften, afkomstig van de formele wetgever en de gemeenteraad. De ongeschreven rechtsnormen waarnaar artikel 6:162 BW verwijst, kunnen hier een aanvullende rol spelen. Een verstoring van de openbare orde is daarmee een strafbare dan wel (anderszins) onrechtmatige gedraging die hinder of gevaar voor anderen dan wel hun goederen oplevert in de publieke ruimte.

Artikel 172 lid 1 Gemw belast de burgemeester met de handhaving van de openbare orde. Die taakomschrijving moet nader worden geduid. De taak die hem hier exclusief wordt toebedeeld, is beperkt tot de onmiddellijke handhaving van de openbare orde, te onderscheiden van de bestuursrechtelijke handhaving van de openbare orde met behulp van herstelsancties. Die laatste vorm van handhaving hoeft niet per definitie aan de burgemeester te worden opgedragen; daarin kan het college van b en w ook een belangrijke rol vervullen. In sommige gevallen ligt het echter voor de hand dat de gemeenteraad de burgemeester en niet het college van b en w met bevoegdheden in dit kader belast. Dat is het geval indien die bevoegdheden nauw verband houden met het feitelijk optreden van de politie onder het gezag van de burgemeester.

De onmiddellijke openbare-ordehandhaving als exclusieve taak van de burgemeester kent twee componenten: (1) fysiek handelen van de politie onder leiding van de burgemeester en (2) daarmee verband houdende ordemaatregelen, zoals het uitvaardigen van een noodverordening, het aanwijzen van een veiligheidsrisicogebied in noodsituaties of het geven van ordebevelen. De eerste twee ordemaatregelen leveren weinig spanningen op met de Algemene wet bestuursrecht. In de wettelijke bepalingen waarin die bevoegdheden worden toegekend, zijn uitzonderingen opgenomen op bijvoorbeeld de algemene normen voor bekendmaking van besluiten. Datzelfde geldt niet voor de ordebevelen van de burgemeester en de politie. Van oudsher worden de bevelen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde dan ook mondeling gegeven. Dat geldt nog steeds voor de politiebevelen. Dit voorkomt dat ordebevelen verworden tot besluiten in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.

Ondanks de wil van de wetgever om de ordebevelen van de burgemeester ook buiten het volle bereik van de Algemene wet bestuursrecht te houden, is onder burgemeesters een trend ontstaan om de ordebevelen bestuursrechtelijk te juridiseren door ze op schrift te stellen. De wens van de wetgever om een dogmatisch onderscheid aan te brengen tussen ordebevelen en de herstelsanctie bestuursdwang komt tot uitdrukking in de gedachte om alleen schriftelijke beslissingen als besluit aan te merken en door daartoe artikel 5:23 in de

Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Door het op schrift stellen van ordebevelen verwatert het dogmatische onderscheid tussen ordebevelen en herstelsancties.

Indien we een scherp onderscheid (blijven) maken tussen ordebevelen en herstelsancties, kan dit voorkomen dat het optreden van de burgemeester inboet op de in onmiddellijkheidssituaties vereiste daadkracht. Het is dan duidelijk dat op de uitoefening van die bevoegdheden geen complicerende en tijdrovende algemene bestuursrechtelijke normen van toepassing zijn. Burgemeesters hoeven zich niet gebonden te voelen aan onder die omstandigheden onwerkbare normen die bedoeld zijn voor besluiten inzake reguliere herstelsancties.

De heldere afbakening van de bevoegdheden heeft verder als belangrijk onderdeel dat misbruik van de ordebevelen beter zichtbaar wordt. Ordebevelen mogen slechts ingezet worden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde. De bevelsbevoegdheden zijn met het oog op die bijzondere omstandigheden vrijwel ongeclausuleerd. Het betreft evenwel geen open bevoegdheid om allerhande herstelsancties onder normale omstandigheden op te leggen. In de praktijk is men de ordebevelen wel op die manier gaan gebruiken. Het op schrift stellen van de ordebevelen en ze daarmee in de vorm gieten van een besluit is als excuus gaan dienen om die praktijk te rechtvaardigen. Door laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming te bieden worden de vrijheden van burgers vergaand aangetast door allerlei door de burgemeester zelf bedachte reguliere herstelsancties op te leggen op basis van een bevoegdheid die daarvoor niet is bedoeld. Het gaat om handelen in strijd met het verbod van *détournement de pouvoir*.

Indien de bevelen mondeling worden gegeven, wil dat in het geheel niet zeggen dat het gebruik van de bevelsbevoegdheden niet aan voorwaarden is onderworpen. Zo gelden er belangrijke toepassingsvereisten en voorwaarden voor de inhoud van de ordemaatregelen die voortvloeien uit de aard van de bevoegdheid zelf.¹⁷² Daarnaast valt een mondeling bevel nog steeds onder het onder die omstandigheden relevante bereik van de Algemene wet bestuursrecht. Ingevolge artikel 3:1 lid 2 Awb zijn immers op een andere handeling van een bestuursorgaan dan een besluit de beginselen van zorgvuldige voorbereiding en evenredige belangenafweging van overeenkomstige toepassing, voor zover de aard van de handelingen zich daar niet tegen verzet.

Tegen ordebevelen die geen besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht zijn, staat geen laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming open, omdat de bestuursrechter niet mag oordelen over feitelijk handelen van een bestuursorgaan. Dit vormt voor de burger een belangrijk nadeel. Aan de andere kant kan het een belangrijke lastenverlichting voor het bestuur met zich meebrengen. Een ordebevel in de vorm van een besluit zet de sluizen wagenwijd open voor een onevenredige belasting door bezwaar- en beroepschriften. Verder dient opgemerkt te worden dat nog steeds rechtsbescherming openstaat tegen dit overheidsoptreden, zij het dat het om een minder aantrekkelijke procedure bij de burgerlijke rechter gaat. Ook voor de strafrechter kunnen de bevelen ter sprake

172 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht', *Jurisprudentie Bestuursrecht plus* 2007, afl. 3, p. 154-167; J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries e.a. (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 175-187.

komen, indien iemand ten laste wordt gelegd dat hij niet aan een bevel heeft voldaan.

De burgemeester kan er betrekkelijk eenvoudig aan bijdragen om de juridisering van de onmiddellijke ordehandhaving een halt toe te roepen. Hij kan dit doen door de bevelen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde niet ten koste van alles (achteraf) op schrift te stellen. De noodzaak om in urgente situaties daadkrachtig op te treden weegt op tegen de prijs die we betalen voor het ontbreken van de laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming.

Stellingen

1. De openbare orde is een juridisch genormeerde orde.
2. Het college van b en w kan een rol vervullen in de openbare-ordehandhaving.
3. Het is een illusie dat het bieden van bestuursrechtelijke rechtsbescherming altijd zorgt voor een betere rechtspositie van de burger.

Gebiedsverboden in het bestuursrecht en strafrecht: uitbreiding of wildgroei?

Mr. B.W.A. Jue-Volker*

| | | |
|-----------|---|-----------|
| 1. | Inleiding | 63 |
| 1.1 | Vrijheidsbeperking in de Nederlandse veiligheidscultuur | 63 |
| 1.2 | Probleemstelling en opbouw preadvies | 64 |
| 2. | Nieuwe bestuursrechtelijke gebiedsverboden | 67 |
| 2.1 | Inleiding | 67 |
| 2.2 | Het burgemeestersbevel van de Wet MBVEO | 68 |
| 2.2.1 | Achtergrond | 68 |
| 2.2.2 | De wettelijke regeling | 69 |
| 2.3 | De bestuurlijke vrijheidsbeperkende maatregel voor jihadisten | 72 |
| 2.3.1 | Achtergrond | 72 |
| 2.3.2 | De voorgestelde wettelijke regeling | 73 |
| 3. | Nieuwe strafrechtelijke gebiedsverboden | 79 |
| 3.1 | Inleiding | 79 |
| 3.2 | De gedragsaanwijzing van de officier van justitie | 80 |
| 3.2.1 | Algemeen | 80 |
| 3.2.2 | De wettelijke regeling | 80 |
| 3.3 | De levenslange toezichtsmaatregel | 85 |
| 3.3.1 | Achtergrond | 85 |
| 3.3.2 | De (voorgestelde) wettelijke regeling | 86 |
| 4. | Normatief kader | 93 |
| 4.1 | Inleiding | 93 |
| 4.2 | Verdragsrechtelijke bescherming van de bewegingsvrijheid | 94 |
| 4.2.1 | Het recht op bewegingsvrijheid (art. 2, eerste en tweede lid, EVRM) | 94 |
| 4.2.2 | Beperkingsclausule (art. 2, derde en vierde lid, EVRM) | 94 |
| 4.3 | Wetgevingskwaliteit | 97 |
| 4.3.1 | Algemeen | 97 |
| 4.3.2 | Noodzakelijkheid nieuwe wet- en regelgeving | 98 |

* Beatrijs Jue-Volker is promovenda bij prof. mr. F.W. Bleichrodt, hoogleraar straf- en strafprocesrecht en prof. mr. A.B. Blomberg, bijzonder hoogleraar handhavingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, en juridisch medewerker bij Ten Holter Noordam Advocaten te Rotterdam. De auteur dankt professor A.B. Blomberg en de leden van het bestuur van de Jonge VAR voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies.

| | | |
|-----------|---|------------|
| 4.3.3 | Duidelijkheid en eenvoud én een bestendig karakter | 99 |
| 4.3.4 | Beknopte formulering in normaal taalgebruik | 99 |
| 5. | Normatieve evaluatie van de nieuwe gebiedsverboden | 101 |
| 5.1 | Inleiding | 101 |
| 5.2 | Bestuursrechtelijke gebiedsverboden getoetst | 101 |
| 5.2.1 | Noodzaak nieuwe wetgeving? | 101 |
| 5.2.2 | Wettelijke regeling in overeenstemming met EVRM? | 104 |
| 5.2.3 | Wettelijke regeling in overeenstemming met de aanwijzingen voor de regelgeving? | 106 |
| 5.3 | Strafrechtelijke gebiedsverboden getoetst | 107 |
| 5.3.1 | Noodzaak nieuwe wetgeving? | 107 |
| 5.3.2 | Wettelijke regeling in overeenstemming met EVRM? | 110 |
| 5.3.3 | Wettelijke regeling in overeenstemming met de aanwijzingen voor de regelgeving? | 110 |
| 6. | Uitbreiding of wildgroei? | 113 |
| | Stellingen | 117 |

I. Inleiding

I.1 Vrijheidsbeperking in de Nederlandse veiligheidscultuur

In onze huidige veiligheidscultuur zijn wetgeving en beleid steeds meer gericht op het ‘vergroten van de maatschappelijke veiligheid’ door risico’s zo goed mogelijk te signaleren, beheersen en in te perken.¹ In dit streven naar veiligheid is zichtbaarheid van overheidsoptreden, door snel en effectief te reageren op overlastgevend en/of strafbaar gedrag, noodzakelijk.² De afgelopen jaren heeft de wetgever bestaande instrumenten herzien en nieuwe bevoegdheden aan het bestaande publiekrechtelijke instrumentarium toegevoegd om de openbare orde te handhaven en (ernstige) overlast te voorkomen. Daarbij is een belangrijke rol weggelegd voor vrijheidsbeperking, in de zin van gebieds- en locatieverboden.³

In de praktijk bestaat om verschillende redenen de behoefte om mensen vanwege hun gedrag voor kortere of langere tijd te weren van bepaalde plaatsen of uit bepaalde gebieden. Denk daarbij aan een provocerend optreden van een artiest,⁴ relschoppende voetbalsupporters, de bestorming van de noodopvang van een asielzoekerscentrum⁵ of een zedendelinquent die na zijn gevangenisstraf terugkeert naar zijn woonwijk, waar ook het slachtoffer woont. Recent is het aantal mogelijkheden om een gebieds- of locatieverbod op te leggen uitgebreid. Dat geldt zowel voor het bestuursrecht als voor het strafrecht. Dit is een interessante ontwikkeling om nader te beschouwen, zeker omdat verschillende mogelijkheden

1 M.A.H. van der Woude, *Wetgeving in een Veiligheidscultuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 2.

2 In het strafrecht is deze ontwikkeling bekend als vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 123 VI, nr. 84; F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis & B.W.A. Volker, *Vergroting slagvaardigheid van het strafrecht; een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

3 In dat kader wijs ik op onder meer de codificatie van vrijheidsbeperkende voorwaarden in de regelingen van de voorwaardelijke veroordeling en invrijheidstelling (Stb. 2011, 545), de invoering van de rechterlijke vrijheidsbeperkende maatregel (Stb. 2011, 546), de vrijheidsbeperkende aanwijzingen uit de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast (Stb. 2010, 325) en de Wet tijdelijk huisverbod (Stb. 2008, 421). Recentelijk is een wetsvoorstel ingediend ter aanpassing van de Wet bijzondere grootstedelijke problematiek, die het mogelijk moet maken overlastgevers uit wijken met leefbaarheidsproblemen te weren (*Kamerstukken II 2015/16*, 34 314, nrs. 1-3). Ook is het belang van vrijheidsbeperking in het voorbereidend onderzoek van het strafproces nog eens onderschreven in de contourennota betreffende de modernisering van het Wetboek van Strafvordering (*Kamerstukken II 2015/16*, 29 279, nr. 278, p. 56 e.v.).

4 Zo was rapper Lil’ Kleine niet langer welkom in Hilversum na een optreden op 29 augustus 2015, waarbij hij zich provocerend had gedragen tegenover de politie.

5 Na de bestorming van de noodopvang op 9 oktober 2015 in Woerden legde de rechter-commissaris aan de verdachten een gebiedsverbod op, als schorsingsvoorwaarde van de voorlopige hechtenis.

hiertoe reeds lange tijd bestaan. Zo kent het strafrecht sinds 1921 het rechterlijk bevel ter handhaving van de openbare orde, dat vrijheidsbeperking direct na constatering van een strafbaar feit mogelijk maakt. Nog langer bestaat de mogelijkheid om bijzondere voorwaarden bij een voorwaardelijke veroordeling en een voorwaardelijke invrijheidstelling te stellen, die mede kunnen inhouden een verbod of gebod om op bepaalde plaatsen te komen. In het bestuursrecht worden gebiedsverboden gegrond op de artikelen 172, derde lid, 175 en 176 van de Gemeentewet (de lichte bevelsbevoegdheid en de noodbevoegdheden van de burgemeester). Ook hebben veel gemeenten in de APV een regeling voor het geven van gebieds- of verblijfsverboden opgenomen. Ondanks dit bestaande instrumentarium om ten aanzien van strafbare en/of overlastgevende feiten een persoon uit een bepaald gebied te weren, heeft de wetgever het toch noodzakelijk geacht om de afgelopen jaren diverse nieuwe vrijheidsbeperkende bevoegdheden te creëren.

Ten aanzien van de nieuwe vrijheidsbeperkende bevoegdheden is het opvallend dat steeds vaker voor een bepaald type overlastgever een specifieke bevoegdheid wordt gecreëerd (zoals de pleger van huiselijk geweld of een voetbalhooligan). Ook is het systematisch bezien opmerkelijk dat niet altijd aansluiting wordt gezocht bij bestaande instrumenten. Het voorgaande heeft een grote verscheidenheid van gebieds- en locatieverboden in het publiekrecht tot gevolg.

1.2 Probleemstelling en opbouw preadvies

De hiervoor beschreven ontwikkelingen maken mij nieuwsgierig naar de vraag of er werkelijk een noodzaak bestaat voor de nieuwe bevoegdheden. In hoeverre voegen deze iets toe aan het bestaande instrumentarium? Vanwege het gemak waarmee nieuwe gebiedsverboden worden gecreëerd, lijkt de wetgever zich niet bewust van het feit dat een gebiedsverbod een ingrijpend instrument is dat inbreuk maakt op het recht op bewegingsvrijheid, zoals beschermd door artikel 2 Vierde Protocol (VP) EVRM en artikel 12 IVBPR. Deze bepalingen regelen onder welke voorwaarden een beperking van het recht op bewegingsvrijheid is toegestaan. Deze beperkingssystematiek vormt het normatief kader om te onderzoeken of de wettelijke vormgeving van de nieuwe verboden zodanig is, dat de toepassing ervan voldoende waarborgen biedt in het kader van het EVRM. Een benadering van wetgeving enkel vanuit het perspectief van bescherming van de burger en begrenzing van overheidsmacht doet echter geen recht aan de rol die de wet in het huidige publiekrecht vervult.⁶ Om die reden besteed ik vanuit het oogpunt van wetgeving aandacht aan vereisten die met het oog op wetgevingskwaliteit gesteld worden. Daarbij zal ik me in het bijzonder richten op eisen met het oog op de noodzakelijkheid van nieuwe wetgeving en (duidelijke) formulering van nieuwe wettelijke regelingen.

6 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 693. Schlössels en Zijlstra spreken overigens van 'bestuursrecht', maar ik zou dit breder willen trekken naar ook het strafrecht. Om die reden gebruik ik hier de term 'publiekrecht'.

Teneinde de voorgaande vragen te beantwoorden beschrijf ik in hoofdstuk 2 en 3 de meest opvallende nieuwe gebiedsverboden in het bestuurs- en strafrecht. In het bijzonder ga ik in op de toepassingsvoorwaarden en onderzoek ik welke grenzen de wettelijke regeling geeft voor wat betreft de omvang en de duur van het verbod: hoe groot kan het gebied zijn waaruit de betrokkene wordt geweerd en hoelang kan een verbod werking hebben? Vervolgens schets ik in het vierde hoofdstuk het normatief kader van dit preadvies. De nieuwe gebiedsverboden analyseer ik vervolgens in hoofdstuk 5 aan de hand van dit normatief kader, waarbij ik me – als gezegd – in het bijzonder zal richten op de noodzaak van de nieuwe verboden en de vraag of de (voorgestelde) wettelijke regeling voldoet aan de waarborgen die voortvloeien uit het EVRM. Mijn preadvies besluit ik in hoofdstuk 6 met een antwoord op de vraag of sprake is van uitbreiding van of een wildgroei aan gebiedsverboden in het publiekrecht.

2. Nieuwe bestuursrechtelijke gebiedsverboden

2.1 Inleiding

Het bestuursrecht kent al lange tijd de mogelijkheid om een persoon te bevelen zich te verwijderen uit een bepaald gebied en daar gedurende zekere tijd niet terug te keren. Dergelijke verwijderingsbevelen of gebiedsverboden worden gebaseerd op artikel 172 lid 3 Gemw (Gemw), de zogenoemde lichte bevelsbevoegdheid van de burgemeester, of op de Algemeen Plaatselijke Verordening (APV). Ook de noodbevoegdheden van artikel 175 en 176 Gemw kunnen worden ingezet om personen te verbieden op een bepaalde locatie of in een bepaald gebied te komen, indien sprake is van een noodsituatie en een gebiedsverbod nodig is om de openbare orde te handhaven of gevaar te beperken. De bevoegdheden uit de Gemw hebben gemeen dat zij een *algemene* grondslag bieden om een bevel te geven. Dit bevel kan vrijheidsbeperking inhouden, maar andere bevelen zijn eveneens denkbaar.⁷

De afgelopen jaren zijn daarnaast bestuursrechtelijke bepalingen gecreëerd die een *specifieke* grondslag bieden voor vrijheidsbeperkende verboden. Het gaat daarbij om het gebiedsverbod, het groepsverbod en de meldplicht op grond van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast (art. 172a en 172b Gemw) en het huisverbod op grond van de Wet tijdelijk huisverbod. Ook ligt er momenteel een wetsvoorstel dat specifieke (vrijheidsbeperkende) maatregelen mogelijk maakt in het kader van de aanpak van jihadisme. Deze nieuwe instrumenten geven niet alleen een specifieke bevoegdheid om een gebiedsverbod op te leggen, maar zijn bovendien toegesneden op een bijzondere categorie personen, te weten voetbalhooligans, plegers van huiselijk geweld en jihadisten.

In mijn preadvies beperk ik me tot een bespreking van twee nieuwe wettelijke bepalingen die een grondslag geven om een gebiedsverbod op te leggen, te weten het gebiedsverbod van de Wet MBVEO (art. 172a Gemw), welke recentelijk ingrijpend is gewijzigd, en de (voorgestelde) vrijheidsbeperkende maatregel jihadisten. Voor beide geldt dat zij voorzien in een wettelijke bevoegdheid om die personen aan te pakken die een grote inbreuk maken op de subjectieve veiligheid

⁷ Zo wordt art. 172, derde lid, Gemeentewet bijvoorbeeld toegepast om gevaarlijke of anderszins overlastgevende honden in beslag te nemen of een muilkorfplicht op te leggen: Rb. Zeeland-West-Brabant 5 september 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:6222; ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2380; ABRvS 18 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2441. Zie recentelijk over de reikwijdte van deze lichte bevelsbevoegdheid: J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid', *De Gemeentestem* 2015/59.

in de samenleving. Het (zichtbaar) aanpakken van deze personen staat dan ook hoog op de politieke agenda.⁸

2.2 Het burgemeestersbevel van de Wet MBVEO

2.2.1 Achtergrond

De wetgever heeft zich lange tijd afzijdig willen houden van wetgeving specifiek gericht op voetbal-gerelateerd geweld.⁹ Ingrijpende incidenten¹⁰ zetten de problematiek echter steeds weer op de politieke agenda. Uiteindelijk gaat de wetgever in 2010 overstap; de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast treedt in werking en rust zowel de burgemeester als de officier van justitie uit met nieuwe instrumenten.¹¹ Deze nieuwe instrumenten moeten snel en effectief optreden tegen hooligans en andere veroorzakers van ernstige overlast mogelijk maken. Snel optreden is mogelijk nu geen (voorafgaande) rechterlijke toetsing nodig is; er kan effectief worden opgetreden, doordat overlastgevers langdurig bevelen opgelegd kunnen krijgen.

In de praktijk blijkt al snel dat de hoge verwachtingen van de Wet MBVEO moeten worden bijgesteld:

‘Men verwachtte een “koevoet”, een stevig instrument dat tegen grote groepen overlastgevers kon worden ingezet. In de praktijk blijkt het een “precisiegereedschap” dat alleen kan worden gebruikt tegen een klein aantal notoire overlastgevers.’¹²

Artikel 172a Gemw blijkt in de praktijk dus minder eenvoudig te kunnen worden ingezet dan werd verwacht. De wettelijke voorwaarden vereisen precisiewerk en bovendien kan de wet lang niet in alle (door de praktijk) gewenste gevallen worden ingezet. Nog geen vier jaar na inwerkingtreding van de wet MBVEO wordt daarom een wetsvoorstel ingediend om de wet aan te scherpen door het aanpassen van onder meer het toepassingsbereik en de termijnen waarvoor de bevelen kunnen worden ingezet.¹³ In juli 2015 treedt de aangepaste wet in werking.¹⁴ In mijn preadvies staat de vernieuwde regeling van artikel 172a Gemw centraal.

8 Kamerstukken II 2013/14, 33 882, nr. 3; Kamerstukken II 2015/16, 34 314, nr. 3, p. 14-15; Kamerstukken II 2014/15, 29 754, nr. 308.

9 Kamerstukken II 1996/97, 25 323, nr. 1, p. 13-14; Kamerstukken II 1998/99, 25 323, nr. 15, p. 5; Kamerstukken II 2001/02, 25 323, nr. 32, p. 4; Kamerstukken II 2005/06, 25 232, nr. 49, p. 3-4, nr. 54.

10 Het gaat bijvoorbeeld om de rellen van Feyenoord in Nancy in 2006 en tussen de supporters van Feyenoord en Ajax in 2005 (Kamerstukken II, 2005/06, 25 232, nr. 47 en 54).

11 Wet van 7 juli 2010, Stb. 2010, 325. De wet is beter bekend als de ‘Voetbalwet’, al doet die benaming afbreuk aan het (ruimere) toepassingsbereik van de wet.

12 Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast: toepassing in de praktijk, Inspectie OOV 2011, p. 12; 2012, p. 79-80.

13 Kamerstukken II 2013/14, 33 882, nr. 1-3.

14 Stb. 2015, 256.

2.2.2 De wettelijke regeling

Op grond van artikel 172a, eerste lid, Gemw kan de burgemeester bevelen geven aan personen die de openbare orde (ernstig) hebben verstoord. Deze verstoring van de openbare orde bestaat bijvoorbeeld uit gedragingen als aanhoudende pesterijen van buurtbewoners, voortdurende vernielingen en steeds terugkerend overlastgevend gedrag.¹⁵ Een bevel moet dit gedrag beëindigen en herhaling ervan voorkomen.

Toepassingsvoorwaarden

Artikel 172a Gemw geeft bij eerste lezing een complexe regeling om een bevel op te leggen. Indien de lange opsomming wordt samengevoegd, blijkt dat de burgemeester thans een bevel kan opleggen in een tweetal situaties:

1. in geval van ernstige verstoring van de openbare orde;
2. in geval van herhaaldelijke verstoring van de openbare orde.

In beide situaties geldt dat het bevel kan worden opgelegd aan een persoon die individueel de orde (ernstig) heeft verstoord, dit in groepsverband heeft gedaan, dan wel een leidende rol heeft gehad binnen de ordeverstorende groep. Om een bevel op te kunnen leggen moet *ernstige vrees* bestaan voor verdere verstoring van de openbare orde. Deze laatste voorwaarde maakt duidelijk dat het bevel niet alleen een einde moet maken aan bepaald gedrag, maar ook toekomstig ordeverstorend gedrag moet voorkomen. Het bevel heeft dus (ook) een preventief karakter.

De toepassingsvoorwaarden zijn, als gezegd, onlangs ingrijpend gewijzigd. Onder de oude regeling werd per definitie vereist dat sprake was van *herhaaldelijke* verstoring van de openbare orde. Herhaaldelijkheid impliceert dat de betrokkene meer dan eens gedragingen heeft verricht die de openbare orde hebben verstoord. Personen die voor het eerst (ernstige) ordeverstorende gedragingen verrichten of waarbij geldt dat voor het eerst gedocumenteerd wordt dat hiervan sprake is,¹⁶ vielen buiten de regeling van artikel 172a Gemw. Dit was dan ook geheel in lijn met de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever:

‘Het gaat hierbij om ernstig overlastgevend gedrag dat reeds eerder heeft plaatsgevonden en dat bij voortduring wordt herhaald. Ter preventie van volgende herhalingen van dit ordeverstorende gedrag ter plaatse kan dan met een besluit van de burgemeester tot het opleggen van een preventief bestuurlijk bevel worden ingegrepen.’

Uit de wetsevaluatie in 2012 bleek dat in de gemeentepraktijk de wens bestond om artikel 172a Gemw ook te kunnen toepassen ten aanzien van zogenoemde *first*

¹⁵ Kamerstukken II 2007/08, 31 467, nr. 3, p. 1.

¹⁶ Dat de rechter soms snel over deze waarborg heen stapt, blijkt uit de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 3 april 2012. De rechter oordeelde dat incidenten die voor inwerkingtreding van de Wet MBVEO en incidenten die zich in het buitenland hebben afgespeeld, ook aan de vereiste ‘herhaaldelijkheid’ ten grondslag mogen worden gelegd: ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1140.

offenders.¹⁷ Bovendien liep men in de praktijk aan tegen bewijskwesities om de ‘herhaaldelijkheid’ van een voldoende onderbouwing te voorzien. Aangezien de toepassing van deze bevoegdheid ten aanzien van *first offenders* een ingrijpende wijziging betreft, heeft de wetgever de toepassing daarvan willen beperken tot ‘ernstige verstoringen van de openbare orde’. Deze extra waarborg is goed, maar ook wel vreemd in het licht van het oorspronkelijke doel van de bevoegdheid. De bevelsbevoegdheid was immers bedoeld om op te treden tegen *ernstige* overlast. Dit volgt nota bene uit de naam van de wet: maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en *ernstige overlast*.¹⁸ De regeling impliceert nu dat bij lichte gevallen van overlast een burgemeestersbevel kan worden gegeven indien sprake is van herhaaldelijk gedrag en bij een *first offender* ingeval er sprake is van ernstige overlast. Die eerste categorie behoort in mijn optiek in zijn geheel niet thuis in de regeling van artikel 172a Gemw. Deze lichte gevallen worden immers ofwel ‘gedekt’ door de regeling in de APV ofwel door artikel 172, derde lid, Gemw.

In artikel 172a Gemw is expliciet opgenomen dat de bevelsbevoegdheid van de burgemeester bestaat, naast de lichte bevelsbevoegdheid van de burgemeester (art. 172, derde lid, Gemw) en hetgeen is bepaald in de APV van de betreffende gemeente. Sterker nog, de burgemeester is bevoegd een bevel op te leggen *onverminderd* deze andere bevoegdheden. Er geldt dus geen samenloopregeling, zoals ten aanzien van de gedragsaanwijzing van de officier van justitie van artikel 509hh Sv. Ingevolge artikel 172a, vijfde lid, Gemw, gaat in geval van samenloop van het burgemeestersbevel en de gedragsaanwijzing van de officier van justitie de laatste voor. Een stadionverbod van de KNVB kan wel parallel aan een burgemeestersbevel worden opgelegd (art. 172a, tweede lid, Gemw).

Omvang gebiedsverbod

Op grond van artikel 172a, eerste lid, Gemw kan de burgemeester drie soorten bevelen geven. Deze betreffen een gebiedsverbod, een groepsverbod en een meldplicht. Het gebiedsverbod is met de recente wetswijziging qua formulering niet gewijzigd. Uit de wettekst leid ik af dat het verbod een *locatieverbod* kan inhouden voor een specifieke locatie binnen de gemeente (‘in of in de omgeving van een of meer bepaalde objecten binnen de gemeente’), dan wel een *gebiedsverbod* (‘in een of meer bepaalde delen van de gemeente’). Een *locatieverbod* ligt voor de hand indien het overlastgevend gedrag zich voordoet op een bepaalde locatie of in de nabijheid daarvan. Het gaat dan bijvoorbeeld om een voetbalstadion, een kermisterrein of horecagelegenheid.¹⁹ De formulering van het gebiedsverbod is ruim en staat enigszins haaks op de uitleg van het begrip in de wetsgeschiedenis.

17 Op doel? Evaluatie van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast, Pro facta, Groningen 22 juni 2012, p. 1, 63; Kamerstukken II 2011/12, 33 281, nr. 2, p. 2 e.v.; Kamerstukken II 2013/14, 33 882, nr. 3, p. 2. Voor de gedragsaanwijzing van de officier van justitie is herhaaldelijkheid overigens geen vereiste, zodat art. 509hh Sv van begin af aan ook tegen *first offenders* kon worden ingezet.

18 Overigens was ook onder de oude regeling van art. 172a Gemw de beperking om de bevoegdheid alleen in te zetten bij *ernstige* overlast niet opgenomen in de wettelijke regeling.

19 Kamerstukken II 2013/14, 33 882, nr. 3, p. 9. Het verbod mag zich in principe niet uitstrekken tot de eigen woning van betrokkene: Rb. Midden-Nederland 13 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4861.

Daarin wordt het gebiedsverbod uitgelegd als een verbod ‘om zich in een bepaalde straat of een gedeelte van een wijk te bevinden’. De formulering van het gebiedsverbod wijkt af van de bevoegdheid tot het geven van een gedragsaanwijzing door de officier van justitie (art. 509hh Sv), waarin wel letterlijk het verbod is opgenomen ‘zich op te houden in een bepaald gebied’. Het is mij niet duidelijk waarom de wetgever voor twee instrumenten die voortvloeien uit dezelfde wet, met een vergelijkbaar doel, niet gekozen heeft voor eenzelfde terminologie. Vanuit een oogpunt van wetssystematiek had het in de rede gelegen eenzelfde terminologie te hanteren voor beide instrumenten, ofwel het verschil daartussen toe te lichten. De wetsgeschiedenis geeft evenwel geen uitsluiting.

Voor de rechterlijke toetsing of een gebiedsverbod proportioneel is qua omvang, is primair relevant of de overlastgevende feiten die ten grondslag liggen aan de toepassing van artikel 172a Gemw, hebben plaatsgevonden in dat gebied.²⁰ Daarbij mag echter rekening worden gehouden met zogenoemde *waterbedproblematiek*, oftewel de verplaatsing van het overlastgevend gedrag. Mits goed onderbouwd kan het gebiedsverbod dus ruimer worden gesteld.²¹ De toetsing van de proportionaliteit is niet indringend. De bestuursrechter toetst of de burgemeester in redelijkheid tot een gebiedsverbod van deze omvang heeft kunnen komen.²²

De meldplicht heeft een kleine, maar toch belangrijke wijziging ondergaan met de recente wetwijziging. Onder de nieuwe regeling is het niet meer slechts mogelijk te melden op bepaalde plaatsen, zoals een politiebureau, maar ook *vanaf* bepaalde plaatsen. Daarmee wordt geanticipeerd op technologische ontwikkelingen die het mogelijk maken op digitale wijze aan de meldplicht te voldoen.²³

Duur gebiedsverbod

Een bevel kan worden gegeven voor een periode van ten hoogste drie maanden. In dat geval kan het bevel driemaal worden verlengd voor een periode van steeds (ten hoogste) drie maanden. Uit de evaluatie van de Wet MBVEO bleek dat deze tot drie maanden gemaximeerde verlenging geschikt was voor min of meer continue vormen van overlast, zoals ernstige wijkoverlast. Voor voetbalgerelateerde overlast, waarbij de overlastgevende gedraging gekoppeld is aan de

20 ABRvS 5 februari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:325, AB 2014, 358; Rb. Oost-Brabant 7 mei 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2385; Rb. Den Haag 23 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX4292; Rb. Utrecht 18 mei 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ5186.

21 Zie bijv. Rb. Amsterdam 6 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:4865.

22 Zie bijv. Rb. Leeuwarden 19 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:CA2962. Zo concluderen ook E.C. Berkouwer & J.H.A. van der Grinten, ‘De Wet MBVEO (of: Voetbalwet) en de roep om meer’, *De Gemeentestem* 2012, 29. Auteurs wijzen er wel op dat gemeenten er goed aan doen beleid te ontwikkelen ten aanzien van het proportionaliteitsvereiste, hetgeen kan bijdragen aan een deugdelijke motivering van een concreet verbod.

23 In de praktijk werden praktische haken en ogen ervaren bij de uitvoering van de meldplicht. Zo’n praktisch probleem betrof de openingstijden van de meldlocatie, met name buiten de grote steden. Voetbalwedstrijden vinden vaak in de weekenden of doordeweeks in de avonden plaats, wanneer sommige lokale politiekantoren gesloten zijn. Een digitale meldplicht biedt hiervoor een oplossing. Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast: toepassing in de praktijk, *Inspectie OOV* 2012, p. 55-56.

voetbalwedstrijden en dus niet continu is maar periodiek terugkerend, bleken drie maanden te kort om effectief te zijn. Immers:

‘Het houdt een hooligan ten hoogste slechts enkele thuiswedstrijden uit het risicogebied.’²⁴

Met de mogelijkheid om driemaal een bevel te verlengen voor de duur van steeds drie maanden is dat argument in mijn optiek niet overtuigend. Het bevel kan uiteindelijk voor de duur van een jaar worden opgelegd, zodat dit ten slotte een heel voetbalseizoen ‘dekt’. Toch is om deze effectiviteitsredenen artikel 172a Gemw aangepast, zodat het bevel gegeven kan worden voor bepaalde tijdstippen of perioden. Het bevel wordt dan bijvoorbeeld gekoppeld aan voetbalwedstrijden. In dat geval kunnen deze tijdstippen of perioden worden verspreid over ten hoogste negentig dagen binnen een tijdvak van ten hoogste 24 maanden. Verlenging is dan niet mogelijk. Zodoende is de absolute maximale duur van een burgemeestersbevel 24 maanden.

2.3 De bestuurlijke vrijheidsbeperkende maatregel voor jihadisten

2.3.1 Achtergrond

De aanpak van terrorisme is al langere tijd een belangrijk en voortdurend aandachtsgebied van zowel de makers als uitvoerders van Nederlandse wetgeving en Nederlands beleid.²⁵ De bestrijding van het jihadisme is van meer recente aard, naar aanleiding van onder meer de aanslagen in België, Canada, Frankrijk en Denemarken.²⁶ Deze geweldsincidenten laten zien dat de dreiging die uitgaat van de radicale jihadistische stroming, reëel is.

In een brief van de ministers van Veiligheid en Justitie en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid uit 2014 is een Actieprogramma integrale aanpak jihadisme opgesteld.²⁷ Voor dit programma worden nieuwe (repressieve en preventieve) maatregelen, naast de intensivering van het bestaande instrumentarium, noodzakelijk geacht.²⁸ Het gaat daarbij in het bijzonder om maatregelen die zoveel mogelijk voorkomen dat personen afreizen om zich aan te sluiten bij

24 Kamerstukken II 2013/14, 33 882, nr. 3, p. II.

25 Zie bijv. het wetsvoorstel Bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid, waarmee het conceptwetsvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding veel overeenkomsten vertoont: Kamerstukken II 2005/06, 30 566, nr. 3. In 2011 werd dit wetsvoorstel ingetrokken: Kamerstukken II, 2010/11, 29 754, nr. 199. De voorgestelde maatregelen werden niet noodzakelijk geacht, gezien de verschillende straf- en bestuursrechtelijke mogelijkheden die reeds in de preventieve fase kunnen worden ingezet voor terrorismebestrijding. Zie over de bestuurlijke aanpak van terrorisme de literatuur bijvoorbeeld: L.J.J. Rogier, M.A.D.W. De Jong, C.M. Bitter & F.W. Bleichrodt, *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (VAR-reeks 138), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.

26 Conceptwetsvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 5.

27 Kamerstukken II 2013/14, 29 754, nr. 253, Brief van de Ministers van Veiligheid en Justitie en van Sociale zaken en Werkgelegenheid.

28 Kamerstukken II 2013/14, 29 754, nr. 253, p. 3; Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 5.

terroristische strijdgroepen en die voorkomen dat deze strijdgroepen financieel of anderszins worden ondersteund.²⁹

In maart 2015 is een conceptwetsvoorstel³⁰ bekendgemaakt dat uitvoering geeft aan een aantal onderdelen van het actieprogramma. Het gaat om de *Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding* (hierna: *Tbmt*). Dit conceptwetsvoorstel voorziet in bestuurlijke (preventieve) maatregelen voor personen die in verband kunnen worden gebracht met (de ondersteuning van) terroristische activiteiten. Het betreft een voorstel tot een tijdelijke wet die vijf jaar na inwerkingtreding vervalt, vanwege de ingrijpende aard van de maatregelen. Artikel 11 van het conceptwetsvoorstel bepaalt dat de minister binnen drie jaar na de inwerkingtreding van de wet aan de Staten-Generaal een verslag zendt over de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk. Op grond daarvan kan worden gezien of het wenselijk is de bevoegdheden te behouden.³¹

2.3.2 De voorgestelde wettelijke regeling

Artikel 2 van de *Tbmt* geeft de minister de bevoegdheid om een vrijheidsbeperkende maatregel op te leggen. Deze maatregel kan bestaan uit een meldplicht, een locatie- of gebiedsverbod, of een contactverbod. Deze vrijheidsbeperkende maatregel wordt opgelegd indien dat noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid. De betrokkene moet op grond van zijn gedragingen in verband kunnen worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan. Daarnaast is in artikel 3 de mogelijkheid opgenomen om een verbod op te leggen het Schengengebied³² te verlaten (een uitreisverbod), indien ten aanzien van deze persoon het gegronde vermoeden bestaat dat deze zich buiten dit grondgebied zal begeven met het doel zich aan te sluiten bij een internationale terroristische organisatie.³³

29 Conceptvoorstel *Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding*, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 6-7. Nederland heeft in dat kader ook verplichtingen: bijvoorbeeld op grond van de VN-resolutie 2178 (24 september 2014), waarin is bepaald dat alle lidstaten dienen te voorkomen dat Foreign Terrorist Fighters (jihadgangers) kunnen (uit)reizen, door middel van grenscontroles en controle op de uitgifte van reisdocumenten.

30 Het gaat om een conceptwetsvoorstel, dat voor consultatie openbaar is gemaakt. De einddatum van de consultatie was 29 april 2015. Dit preadvies beschrijft en beschouwt dit conceptwetsvoorstel. Na de Jonge VAR-bijeenkomst is op 7 december 2015 het wetsvoorstel *Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding* ingediend bij de Tweede Kamer: *Kamerstukken II 2015/16*, 34 359, nr. 1-3.

31 Conceptvoorstel *Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding*, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 7-8.

32 De maatregel richt zich op het Schengengebied omdat binnen dit gebied geen grenscontroles plaatsvinden: Conceptvoorstel *Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding*, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 11. De Commissie-Meijers, de permanente commissie van deskundigen in internationaal vreemdelingen-, vluchtelingen- en strafrecht, geeft in een reactie op het conceptwetsvoorstel aan dat er geen juridische grondslag in het EG-recht gevonden kan worden om een uitreisverbod ten aanzien van het gehele Schengengebied uit te vaardigen.

33 Volgens de memorie van toelichting wordt daarmee een organisatie bedoeld die is opgenomen op de lijst van organisaties die een bedreiging vormen voor de nationale veiligheid (lijst op grond van art. 14 van de Rijkswet op het Nederlandschap (voorstel van wet)). Conceptvoorstel *Tijdelijke*

Toepassingsvoorwaarden

De toepassingsvoorwaarden voor de vrijheidsbeperkende maatregelen uit artikel 2 Tbm zijn twee verzamelingen van voorwaarden. De maatregelen kunnen worden toegepast indien dat (1) noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid en indien (2) de gedragingen van een persoon in verband kunnen worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan. Het begrip 'nationale veiligheid' is ontleend aan het in artikel 8 EVRM³⁴ genoemde doelcriterium. Het vereiste van noodzakelijkheid omvat voorts, aldus de memorie van toelichting, een aantal elementen dat zware eisen stelt aan de motivering van een besluit tot oplegging van een bestuurlijke maatregel. Het gaat daarbij om effectiviteit ('de nationale veiligheid moet met de maatregel werkelijk worden beschermd'), proportionaliteit ('de maatregel mag niet beperkender zijn dan strikt noodzakelijk om dat doel te bereiken') en subsidiariteit ('er is geen voor betrokkene minder belastend alternatief beschikbaar').³⁵ Van belang is dat de 'nationale veiligheid' beschermd moet worden. Dat betekent dat de maatregel niet zonder meer kan worden opgelegd aan een teruggekeerde strijder uit het kalifaat, al was het maar omdat deze zich (gedesillusioneerd) van het radicale gedachtegoed kan hebben afgewend.³⁶ Deze persoon vormt dan niet direct een bedreiging voor de nationale veiligheid. De vraag is wel hoe (ook achteraf) überhaupt kan worden vastgesteld dat de nationale veiligheid werkelijk wordt beschermd dóór het opleggen van de vrijheidsbeperkende maatregel. Het uitblijven van terroristische activiteiten is daarvoor een onvoldoende argument, gezien de ingrijpendheid van de voorgestelde maatregelen.

Volgens de memorie van toelichting moet komen vast te staan dat de betrokkene 'redelijkerwijs' gedragingen heeft verricht op grond waarvan hij in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan,

wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 5.

Onder de huidige wetgeving is het niet mogelijk om personen die willen afreizen naar strijdbieden, tegen te houden. Ook (nog) niet onder het strafrecht. Zie over het sneuvelen van het reisverbod in wetgeving en rechtspraak onder meer: *Kamerstukken II 2009/10*, 32 194, nr. 4, p. 1-2; Hoge Raad 6 november 2007, NJ 2008, 33. Onder komend recht zal dat mogelijk veranderen voor een specifieke groep veroordeelden: *Kamerstukken II 2013/14*, 33 816, nr. 3, p. 29, 33-34. Zie ook hierna in hoofdstuk 3. Wel is het reeds mogelijk om paspoorten te weigeren dan wel te laten vervallen van personen ten aanzien van wie het gegronde vermoeden bestaat dat (onder meer) deze buiten het Koninkrijk handelingen verrichten die een bedreiging vormen voor de veiligheid (art. 23 Paspootwet). Daarmee is de mogelijkheid om alsnog af te reizen naar bijvoorbeeld Syrië nog niet geweken, aangezien een veelgebruikte route loopt via Turkije, waarbij een Nederlandse identiteitskaart gebruikt kan worden, waarna (illegaal) de grens naar Syrië wordt overgestoken. Ook is er soms sprake van een dubbele nationaliteit, zodat een reisdocument van het land van de andere nationaliteit kan worden gebruikt (Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 10-11).

34 Overigens ook genoemd als doelcriterium in art. 2 VP EVRM, dat het recht op bewegingsvrijheid beschermt.

35 Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 13.

36 Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 8-9.

voordat een maatregel kan worden opgelegd.³⁷ Dit volgt echter niet met zoveel woorden uit de voorgestelde wettelijke regeling. Volgens de memorie van toelichting gaat ‘redelijkerwijs’ verder dan de enkele aannemelijkheid, maar minder ver dan ‘wettig en overtuigend bewijs’ in strafrechtelijke zin. Een vergelijking met ‘redelijk vermoeden van schuld’ (art. 27 Sv) lijkt mij voor de hand liggend. Uit de beschikking moet blijken om welke gedragingen het gaat en waarom deze hebben geleid tot het opleggen van de maatregel.³⁸ Voor het begrip terroristische activiteiten kan als richtsnoer het begrip terroristisch oogmerk in artikel 83a Sr worden gebruikt, maar een vaste definitie wordt niet gegeven, omdat het wenselijk wordt geacht dat het bestuur een zekere interpretatievrijheid heeft.³⁹

De toepassingsvoorwaarden om een meldplicht, een locatie- of gebiedsverbod of een contactverbod op te leggen op grond van de Tbmt, zijn zeer ruim geformuleerd. Dat geldt vooral voor het tweede deel van de voorwaarden. Dit betekent dat de minister veel interpretatieruimte heeft om de maatregel toe te passen. In het strafrecht is een vergelijkbare beperking van de bewegingsvrijheid, zonder dat een rechter hierover heeft geoordeeld, niet mogelijk in geval van een zodanig licht vermoeden van schuld. Voor vrijheidsbeperkende dwangmiddelen of de hierna te bespreken gedragsaanwijzing van de officier van justitie zijn op zijn minst ernstige bezwaren nodig, hetgeen betekent dat er méér moet zijn dan een redelijk vermoeden van schuld.⁴⁰

Voor een uitreisverbod is het noodzakelijk dat ‘een gegrond vermoeden bestaat dat een persoon zich buiten het Schengengebied zal begeven met het doel aansluiting te zoeken bij een terroristische organisatie’. Uit deze formulering volgt dat er meer nodig is dan voor het uitvaardigen van een vrijheidsbeperkende maatregel op grond van artikel 2 Tbmt. Een gegrond vermoeden lijkt op het strafrechtelijke vereiste van ‘ernstige bezwaren’ (bijv. in art. 67, derde lid, Sv en art. 509hh, eerste lid, Sv). Volgens de memorie van toelichting moet het vermoeden worden onderbouwd door concrete aanwijzingen van de politie, justitiële autoriteiten of de inlichtingen- en veiligheidsdiensten. Uit deze informatie moet de intentie van betrokkene blijken om uit te reizen. Ook voor het uitreisverbod gelden de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit.⁴¹

De bevoegdheid tot het treffen van de vrijheidsbeperkende maatregelen is toegekend aan de minister van Veiligheid en Justitie. In de memorie van toelichting wordt als argument hiervoor aangehaald dat de maatregel in vrijwel alle gevallen de gemeentegrenzen zal overschrijden. Dat geeft een impliciete indicatie over de te verwachten omvang van de vrijheidsbeperkende maatregelen: deze zullen in vrijwel alle gevallen omvangrijker zijn dan het grondgebied van een gemeente. Daarnaast gaat het te beschermen belang (de nationale veiligheid) het lokale niveau te boven. Overigens is het goed denkbaar dat een burgemeester de

37 Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 13.

38 Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 13.

39 Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 13.

40 Zie hierna hoofdstuk 3, par. 3.2.2.

41 Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 14.

minister verzoekt tot oplegging van een maatregel op grond van de Tbmt.⁴² De burgemeester speelt in ieder geval een belangrijke consulterende rol bij de voorgenomen oplegging van een maatregel (art. 7 Tbmt).⁴³ Terecht, nu het over het algemeen het lokale bestuur is dat de eerste signalen van radicalisering zal oppikken. De cruciale rol van het lokale bestuur wordt ook in Den Haag nadrukkelijk onderschreven.⁴⁴

De omvang van het gebiedsverbod

De vrijheidsbeperkende maatregel kan een verbod inhouden om zich te bevinden in de omgeving van een of meer bepaalde objecten dan wel in een bepaald gedeelte of bepaalde delen van Nederland. Deze formulering geeft weinig grenzen voor wat betreft de vast te stellen omvang. Het verbod kan zien op een bepaalde locatie (bijvoorbeeld een overheidsinstelling), een deel van Nederland (bijvoorbeeld Rotterdam en omgeving) of bepaalde delen van Nederland (bijvoorbeeld de provincies Noord- en Zuid-Holland). De omschrijving van het gebied in het concrete geval moet volgens de memorie van toelichting 'in ieder geval zodanig helder zijn, dat daarover geen misverstanden bestaan'. Behalve dat dit uitgangspunt altijd het uitgangspunt moet zijn, geeft dit voorafgaand aan een op te leggen verbod geen concrete handvatten.

Met het eerste deel van de formulering wordt aangesloten bij de terminologie van de vrijheidsbeperkende instrumenten van de Wet MBVEO en houdt het volgens de memorie van toelichting een 'specifieke plaats' in, zoals het Binnenhof of de locatie van een bepaald evenement waar grote bezoekersaantallen te verwachten zijn.⁴⁵ Het tweede deel, 'in een bepaald gedeelte of bepaalde delen van Nederland', is aanzienlijk ruimer geformuleerd dan de bestaande wettelijke vrijheidsbeperkende maatregelen, zowel in het bestuursrecht als het strafrecht. In de memorie van toelichting wordt gesproken van een bepaalde wijk, gemeente of regio, hetgeen de persoon ernstig zal belemmeren in het voorbereiden of plegen van bijvoorbeeld een aanslag. Daarbij wordt gewezen op het proportionaliteitsbeginsel. Steeds moet worden onderzocht op welke wijze de bewegingsvrijheid van de betrokkene zo min mogelijk wordt beperkt. Daarbij weegt een eventuele inbreuk op het gezinsleven⁴⁶ en de vrijheid van godsdienst of levensovertuiging van betrokkene (zwaar) mee. Dit laatste vind ik een opmerkelijke overweging, omdat de terroristische motieven juist worden ingegeven door of in ieder geval verband houden met de geloofsovertuiging van de betrokkene.

Een meldplicht kan ter effectuering van een gebiedsverbod, maar ook als zelfstandige maatregel worden opgelegd (art. 2 lid 2a Conceptwetsvoorstel

42 Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 22.

43 Zie over de samenwerking tussen verschillende betrokken bestuursorganen: Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 23 e.v.

44 Kamerstukken II 2015/16, 29 754, nr. 323.

45 Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 9.

46 Een gebiedsverbod dat zich uitstrekt tot de vaste woon- of verblijfplaats van de betrokkene, zal dan ook slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden proportioneel zijn: Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 9.

Tbmt). Een meldplicht als zelfstandige maatregel ligt volgens de memorie van toelichting vooral voor de hand bij een minder concrete dreiging. Het gaat dan bijvoorbeeld om een persoon met jihadistische idealen, waarbij het noodzakelijk wordt geacht zicht te krijgen en te houden op de betrokkene. Ook kan de meldplicht worden gebruikt om in contact te treden met de betrokkene en mogelijk deradicalisering te bevorderen.⁴⁷ Met het voorgaande gebeurt de minister zich evenwel op glad ijs. Juist indien de voorwaarden om een dergelijke maatregel op te leggen niet scherp zijn geformuleerd en zodoende een grijs gebied ontstaat om vergaande maatregelen op te leggen aan mensen met een bepaalde geloofsovertuiging, liggen stigmatisering en polarisering op de loer. In de praktijk zou dit zelfs kunnen betekenen dat de voorgestelde maatregel radicalisering in de hand werkt en daarmee een geheel averechts effect sorteert.

De duur van het gebiedsverbod

De maatregel kan worden opgelegd voor een periode van ten hoogste zes maanden en kan steeds worden verlengd voor de duur van ten hoogste zes maanden. Een gemaximeerde duur is in de voorgestelde wettelijke regeling niet opgenomen. Dit impliceert dat de maatregel in principe onbeperkt kan worden verlengd. Opnieuw wijst de memorie van toelichting op de proportionaliteit en de noodzaak van de duur van de maatregel. ‘De minister zal die van een deugdelijke onderbouwing moeten voorzien.’ Is de dreiging gekoppeld aan een bepaald evenement, dan is het niet proportioneel om een gebiedsverbod op te leggen dat langer duurt dan dat evenement. Op grond van nieuwe feiten en omstandigheden kan de minister de opgelegde maatregel wijzigen ten nadele van de betrokkene. Dat betekent dus ook dat een gebiedsverbod steeds verlengd kan worden als er nieuwe aanwijzingen bestaan of ontstaan, die een voortdurende van de maatregel rechtvaardigen. Zodoende is het voor de betrokkene onvoorzienbaar, en onvoorspelbaar in het licht van de relatief vage bevoegdheidsvoorwaarden, hoelang hij in zijn bewegingsvrijheid beperkt zal blijven.

⁴⁷ Conceptvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, versie 10 maart 2015, Memorie van toelichting, p. 10.

3. Nieuwe strafrechtelijke gebiedsverboden

3.1 Inleiding

Handhaving van de openbare orde is geen exclusieve bestuursrechtelijke taak. Indien de openbare orde wordt verstoord of dreigt te worden verstoord door strafbare feiten, kan ook strafrechtelijk worden opgetreden. Denk in dat kader aan het rechterlijk bevel ter handhaving van de openbare orde (art. 540 e.v. Sv), maar ook aan de schorsing van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden. Dit laatste strafvorderlijke dwangmiddel werd recentelijk toegepast tegen verdachten die een noodopvang voor asielzoekers in Woerden hadden bestormd. Een gebiedsverbod moest voorkomen dat zij – in afwachting van het strafrechtelijk onderzoek naar het incident – zich opnieuw strafbaar zouden gedragen in en om een noodopvang voor vluchtelingen. Naast deze instrumenten uit de fase van het voorbereidend onderzoek kent het strafrecht bijvoorbeeld ook het rechterlijk gebiedsverbod, een sanctiemodaliteit die specifiek is toegesneden op verdachten die de openbare orde (ernstig) hebben verstoord.⁴⁸

In toenemende mate worden strafvorderlijke dwangmiddelen ingezet en worden sancties opgelegd voor overlastgevende (strafbaar gestelde) feiten. Dit past geheel in de tijdsgeest waarin het streven naar veiligheid centraal staat. In het strafrecht ligt meer specifiek de focus op de ‘vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht’, hetgeen een zoektocht van de wetgever inhoudt die is gericht op (nieuwe) instrumenten die zichtbaar en toereikend overheidsop treden kunnen waarborgen.⁴⁹ Twee van deze instrumenten betreffen de gedragsaanwijzing van de officier van justitie en de (voorgestelde) levenslange toezichtsmaatregel voor zedendelinquenten. Beide instrumenten bieden onder meer de mogelijkheid om een gebiedsverbod op te leggen. De gedragsaanwijzing is relatief recent aan het Wetboek van Strafvordering toegevoegd en het wetsvoorstel voor de toezichtsmaatregel ligt momenteel in de Eerste Kamer.⁵⁰ De instrumenten zien op een tweetal typen delinquenten die vanuit het oogpunt van openbare-ordehandhaving

48 Zo blijkt uit het wetsvoorstel: *Kamerstukken II 2010/11*, 32 551, nr. 3, i.h.b.z. p. 1 en 7.

49 B.W.A. Jue-Volker & E.M. Moerman, ‘Nodig of overbodig? Een verkenning van de gedragsaanwijzing van de officier van justitie’, in: F.W. Bleichrodt e.a. (red.), *Onbegrensd strafrecht, liber amicorum Hans de Doelder*, Oisterwijk: Wolf Legal publishers 2013, p. 310 onder verwijzing naar *Kamerstukken II 2009/10*, 32 123 VI, nr. 84. Zie ook: F.W. Bleichrodt, P.A.M. Mevis & B.W.A. Volker, *Vergroting van de slagvaardigheid van het strafrecht; een rechtsvergelijkend perspectief*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

50 *Kamerstukken I 2014/15*, 33 816, A. Ook hier heeft de actualiteit mijn preadvies ingehaald. Op 4 december 2015 is het wetsvoorstel aangenomen. De voorgestelde regeling treedt in werking op een nader te bepalen tijdstip: *Stb.* 2015, 460.

bijzondere aandacht ‘genieten’, te weten voetbalhooligans en terugkerende zedendelinquenten.

3.2 De gedragsaanwijzing van de officier van justitie

3.2.1 Algemeen

De Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast heeft in 2010 niet alleen de burgemeester, maar ook de officier van justitie uitgerust met een nieuwe bevoegdheid.⁵¹ Het gaat om de gedragsaanwijzing die kan worden gegeven nadat een strafbaar feit is geconstateerd dat de openbare orde ernstig heeft verstoord, voorafgaand aan een terechtzitting. Artikel 509hh, tweede lid, Sv noemt vier mogelijke gedragsaanwijzingen. Het gaat om een gebiedsverbod, een contactverbod, een meldplicht of een aanwijzing tot hulpverlening. Het gebiedsverbod wordt in de praktijk het vaakst toegepast.⁵²

Met een gedragsaanwijzing kan de officier van justitie snel optreden tegen ernstige overlast, doordat het instrument direct nadat een strafbaar feit is geconstateerd, kan worden ingezet. Bovendien zorgt de gedragsaanwijzing ervoor dat de verdachte onder het bereik van justitie blijft, in ieder geval totdat de strafrechter uitspraak doet. Het instrument vertoont qua karakter gelijkenissen met het rechterlijk bevel ter handhaving van de openbare orde (art. 540 e.v. Sv), de schorsing onder voorwaarden van de voorlopige hechtenis (art. 80 Sv) en de strafbeschikking van het openbaar ministerie (art. 257a Sv).⁵³ Op grond van deze strafrechtelijke modaliteiten kan immers ook vrijheidsbeperking worden gelast in de fase voorafgaande aan (een eventuele) berechting.

3.2.2 De wettelijke regeling

Toepassingsvoorwaarden

De officier van justitie is bevoegd de verdachte tegen wie ernstige bezwaren bestaan, een gedragsaanwijzing te geven in een drietal limitatief opgesomde gevallen.

In de eerste plaats betreft het de verdenking van een strafbaar feit waardoor de openbare orde, gelet op de aard van het strafbare feit of de samenhang met andere strafbare feiten, dan wel de wijze waarop het strafbare feit is gepleegd, ernstig is verstoord, en waarbij grote vrees voor herhaling bestaat. De afbakening is nogal complex geformuleerd (vergelijk ook art. 172a Gemw), maar komt in de kern neer op die strafbare feiten die de openbare orde ernstig hebben verstoord en waarbij een groot recidivegevaar bestaat. Dit laatste moet bijvoorbeeld blijken

51 Behalve de gedragsaanwijzing voor de officier van justitie bevat de strafrechtelijke poot van de Wet MBVEO de strafbaarstelling van faciliterende handelingen ten aanzien van geweld, art. 141a Sr. Kamerstukken II 2008/09, 31 467, nr. 23. Zie over art. 141a Sr bijvoorbeeld B.F. Keulen, ‘Over voetbal, voorbereiding en samenspanning’, NJB 2009/1481.

52 Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast: toepassing in de praktijk, Inspectie OOV 2011, p. 11; 2012, p. 38.

53 Zie daarover Jue-Volker & Moerman 2013, p. 312-313 e.v.

uit (een) eerdere veroordeling(en).⁵⁴ De verstoring van de openbare orde kan blijken uit de aard van het strafbare feit zelf, denk aan overtredingen uit de APV ter zake van overlastgevend gedrag (samenscholing, hinderlijk gedrag, openlijk drankgebruik etc.), de samenhang met andere strafbare feiten, zoals vernielingen of bedreigingen, of de wijze waarop het strafbare feit is gepleegd. Bij dit laatste kan volgens de memorie van toelichting gedacht worden aan rondhangende luidruchtige jongeren die door de feiten die ze plegen de sfeer in een buurt sterk onder druk zetten, zodat bewoners zich niet meer veilig voelen. Het gaat in al deze situaties om 'strafbare feiten die bij herhaling worden gepleegd en waarvan de verwachting is dat ze zonder onmiddellijk ingrijpen opnieuw zullen worden gepleegd'.⁵⁵

De tweede categorie strafbare feiten waarvoor een gedragsaanwijzing kan worden gegeven, betreft strafbare feiten in verband waarmee vrees bestaat voor ernstig belastend gedrag van de verdachte jegens een persoon of personen. Het gaat dan bijvoorbeeld om een verdachte van mishandeling die ernstig belastend gedrag vertoont tegen het slachtoffer of een getuige. De term 'ernstig belastend gedrag' is vaag. Uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat hiermee onder meer wordt bedoeld op lastigvallen, intimideren en bedreigen. Dit belastend gedrag kan op zichzelf een nieuw strafbaar feit opleveren, maar dat hoeft niet. Uit de wettelijke regeling volgt dat het bestaan van 'vrees' voldoende is. Dat zal uiteraard moeten worden onderbouwd, maar desalniettemin geeft het de officier van justitie een ruime bevoegdheid om in geval van relatief lichte strafbare feiten een (ingrijpende) gedragsaanwijzing op te leggen. Zo werd aan een verdachte van belaging van zijn ex-partner een gedragsaanwijzing, bestaande uit een contact- en een gebiedsverbod, opgelegd nu er vrees bestond voor ernstig belastend gedrag van de verdachte jegens zijn ex-vrouw en kinderen. Deze vrees voor ernstig belastend gedrag was gebaseerd op een toevallige ontmoeting in het openbaar tussen verdachte en zijn gezin. De opgelegde gedragsaanwijzing bleef in stand nu de beperking van de vrijheid van de verdachte in verhouding stond tot de ernst van het feit en de doeltreffendheid van de gedragsaanwijzing. In dat kader was relevant dat de veiligheid (sgevoelens) van de kinderen zwaarder moest wegen dan de wens van de verdachte om contact te hebben met zijn kinderen.⁵⁶

Tot slot kan een gedragsaanwijzing worden gegeven in geval van verdenking van een strafbaar feit in verband waarmee vrees bestaat voor vernielingen. Deze categorie is onmiskenbaar geïnspireerd op de ernstige misdragingen van voetbalhooligans in het (recente) verleden, waarbij meubilair op straat en in stadions werd vernield.⁵⁷

Kort gezegd zijn er dus drie gevallen van strafbare feiten waarvoor een gedragsaanwijzing kan worden gegeven: feiten waardoor de openbare orde ernstig is verstoord en een groot recidivegevaar bestaat, feiten waarbij vrees bestaat voor belastend gedrag van de verdachte jegens anderen, dan wel feiten in verband

54 Een enkele brief in het dossier van de commissaris van de politie waaruit niet zonder meer blijkt van antecedenten van een verdachte die *first offender* is, is daarvoor niet voldoende: Rb. Amsterdam 23 november 2011, NJFS 2012, 60.

55 Kamerstukken II 2007/08, 31 467, nr. 3, p. 22.

56 Rb. Noord-Nederland 5 maart 2014, ECLI:RBNNE:2014:6763.

57 Een kleine selectie uit het nieuwsaanbod: 'Ajax-hooligans vernielen metro's', *Telegraaf* 28 april 2014; 'Schade van Feyenoordhooligans in Rome bijna 8 miljoen', via NOS 5 maart 2015; 'Supporters FC Utrecht vernielen café in Zwolle', *NRC* 1 september 2013.

waarmee herhaald gevaar bestaat voor vernielingen. Ten aanzien van elk van deze gevallen moet sprake zijn van *ernstige bezwaren* tegen de verdachte. Dat betekent dat er meer moet zijn dan een redelijk vermoeden van schuld; er moet minimaal een stevige verdenking zijn. Dit kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit camera-beelden van het incident.⁵⁸

Omvang gebiedsverbod

Artikel 509h, tweede lid, Sv geeft de officier van justitie vier mogelijke gedragsaanwijzingen om op te leggen. Een van deze gedragsaanwijzingen betreft het ‘bevel zich niet op te houden in een bepaald gebied’. De wettelijke regeling bepaalt niets over de omvang van het gebiedsverbod. De vraag is daarom hoe omvangrijk een dergelijk verbod onder de regeling van artikel 509hh Sv kan zijn. De wetgever laat zich in de memorie van toelichting bij artikel 509hh Sv slechts beperkt uit over de omvang van het gebied waarvoor een verbod opgelegd kan worden om er te komen.

‘[Een] straat- of gebiedsverbod kan bijvoorbeeld voorkomen dat de verdachte die zich schuldig maakt aan aanhoudend hinderlijk strafbaar gedrag in een bepaalde buurt, zich opnieuw in die buurt zal misdragen.’

Hieruit kan worden afgeleid dat het gebied een straat kan betreffen of een ruimer gebied, gekoppeld aan de buurt waarin hij overlast heeft veroorzaakt. In die lijn lijkt me de stelling plausibel dat de omvang van een gebiedsverbod beperkt is en bijvoorbeeld niet een hele wijk,⁵⁹ stad, dorp of gemeente kan omvatten. Primair moet er dus een verband zijn tussen het verboden gebied en de veroorzaakte overlast waarvoor de gedragsaanwijzing wordt gelast. Soms is evenwel een ruimer verbod gewenst. Bekend is immers het verschijnsel dat overlast zich eenvoudig kan verplaatsen, de zogenoemde waterbedproblematiek. Een verbod om op een pleintje te komen vanwege het rondhangen en het vertonen van hinderlijk gedrag tegenover de omwonenden heeft weinig zin als de overlastgevers zich verplaatsen naar het pleintje even verderop. Om die reden kan het aangewezen zijn om een ruimer gebied te markeren als verboden gebied, om zodoende de verplaatsingsproblematiek van de overlast te voorkomen.⁶⁰ Toch is waakzaamheid geboden bij een al te ruime anticipatie op toekomstige overlast, gezien de aard van de bevoegdheid van de officier van justitie en de fase van het strafproces. De gedragsaanwijzing wordt voorafgaand aan een eventuele rechterlijke veroordeling gegeven, zodat de schuld van de verdachte nog niet is komen vast te staan. Een gebiedsverbod voor de hele wijk om ‘maar te voorkomen dat de overlast zich verplaatst’ is dus niet zomaar rechtmatig en zal, ook in het licht van het proportionaliteitsbeginsel, goed moeten worden onderbouwd. Bij deze onderbouwing moet de officier van justitie kunnen aangeven waarom dit gebiedsverbod met deze

58 Rb. Amsterdam 23 november 2011, NJFS 2012, 60.

59 Het onderscheid tussen een buurt en een wijk baseer ik op de betekenis in de Van Dale, waarin ‘buurt’ wordt omschreven als een deel van een wijk; en ‘wijk’ als deel van een stad, of een groot dorp.

60 In die lijn werd een verbod om in het hele stadscentrum van Haarlem te komen door de rechter rechtmatig beoordeeld: Rb. Haarlem 21 september 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:CA008.

omvang noodzakelijk en doeltreffend is in de concrete situatie en in verhouding staat tot de ernst van het geval.⁶¹ De wetgever geeft daarbij een voorbeeld:

‘Een gedragsaanwijzing die inhoudt dat de verdachte die zich bij herhaling op gezette tijden schuldig heeft gemaakt aan vernielingen op een bepaald winkelplein en aan belediging van het winkelende publiek, zich op bepaalde uren in de week niet mag ophouden op het desbetreffende plein, zal eerder in verhouding staan tot de ernst van het geval dan een gebiedsverbod dat inhoudt dat de verdachte zich alle dagen van de week niet op dat plein mag begeven.’

Een verdachte die alleen op bepaalde tijden overlastgevend gedrag vertoont, kan alleen voor die tijden een gedragsaanwijzing worden gegeven. Een algemeen verbod om op die locatie te komen is niet proportioneel. Toch moet een verbod aan schoolgaande jongeren om tussen 16.00-22.00 uur op een plein voor een winkelcentrum te komen, omdat zij daar op die tijden rondhangen en voor overlast zorgen, in wezen worden gezien als een algemeen verbod. Immers, de resterende uren zullen zij daar toch niet aanwezig (kunnen) zijn. Is het onvoorspelbaar wanneer op de dag de overlast plaatsvindt, ook al is deze beperkt tot bepaalde tijden, dan ligt ook een algemeen verbod voor de hand. De beoordeling van de proportionaliteit is dus niet zo zwart-wit als het voorbeeld van de wetgever doet voorkomen.

Een nader aanknopingspunt voor de omvang van het gebiedsverbod wordt gevonden in de *Handreiking Wet MBVEO*, bedoeld om de praktijk handvatten te geven bij de uitvoering van deze wet. De handreiking legt het gebiedsverbod uit als het verbod om ‘zich in een bepaalde straat of gedeelte van een wijk te bevinden’. Ook dit biedt een aanwijzing dat het verbod zo beperkt mogelijk moet worden gehouden.

Gezien de uitleg die de wetgever geeft aan de term ‘gebiedsverbod’, is het opvallend dat voor deze term is gekozen en niet voor bijvoorbeeld de term locatieverbod of de gekozen terminologie in artikel 172a Gemw (‘de omgeving van een of meer bepaalde objecten’). De formulering van artikel 509hh Sv wijkt daarmee af van bijvoorbeeld de voorwaardelijke modaliteiten in het strafrecht en de hierna te bespreken nieuwe toezichtsmaatregel, waar wel gekozen is voor de term ‘locatieverbod’. Nadere bestudering van de wetsgeschiedenis laat zien dat de wetgever zich over de gehele linie van vrijheidsbeperkende instrumenten altijd slechts summier heeft uitgelaten (en uitlaat) over de betekenis die aan deze formulering moet worden gegeven. Een gebiedsverbod of locatieverbod wordt vaak zelfs met eenzelfde uitleg en dezelfde voorbeelden afgedaan. Dat is opmerkelijk en onzorgvuldig, omdat dit vaak de enige houvast biedt voor de praktijk om de wettelijke regeling te interpreteren en daaruit af te leiden hoe ruim het verbod mag zijn dat wordt opgelegd. Juist omdat voor een afwijkende terminologie wordt gekozen, hetgeen verdedigbaar kan zijn, is nadere onderbouwing noodzakelijk. Onder de regeling van de voorwaardelijke veroordeling kan de rechter nu een verbod geven om een bepaalde locatie te bezoeken, terwijl de officier van justitie met de gedragsaanwijzing in een vroeg stadium van het strafproces, zonder rechterlijke vaststelling van schuld, een verbod kan uitvaardigen voor een gebied.

61 Kamerstukken II 2007/08, 31 467, nr. 3, p. 20.

Naar de letter van de wet is de mate waarin de vrijheid van de verdachte kan worden beperkt dus groter bij de gedragsaanwijzing, dan als voorwaarde verbonden aan een voorwaardelijke veroordeling. De officier van justitie mag dus voor een ruimer gebied een verbod opleggen dan de rechter. Al eerder merkte ik met Moerman daarover op dat met het oog op de onschuldpresumptie van de verdachte in deze fase van het strafproces een dergelijke constructie onwenselijk is.⁶²

De praktijk lijkt overigens geen grote waarde toe te kennen aan het verschil in terminologie en de gevolgen daarvan voor de vast te stellen omvang van een vrijheidsbeperkend verbod. De rechtspraak is casuïstisch en laat zien dat ook vergaande gebiedsverboden voor een stadscentrum of zelfs een gemeente in stand worden gelaten.⁶³ Ook een verkapt groepsverbod, dat onder de regeling van artikel 509hh Sv niet kan worden opgelegd, werd rechtmatig bevonden.⁶⁴ De rechtbank oordeelde dat het groepsverbod juridisch als voorwaardelijk gebiedsverbod moest worden gezien: '[D]e verdachte mocht niet in een bepaald gebied komen indien hij tezamen was met anderen.' Dit laatste voorbeeld is in mijn ogen een wel erg creatieve interpretatie van de wettelijke regeling, hetgeen laat zien dat de rechter niet al te zeer vasthoudt aan de wettelijke terminologie.

Duur gebiedsverbod

De gedragsaanwijzing blijft voor een periode van maximaal negentig dagen van kracht ofwel wanneer de vervolging heeft geresulteerd in een vonnis en dit vonnis onherroepelijk is geworden. De situatie kan zich echter voordoen dat een zittingsdatum wordt uitgesteld of dat de strafzaak voortduurt door het aanwenden van een rechtsmiddel door verdachte. In dat geval kan de gedragsaanwijzing maximaal drie keer worden verlengd met steeds een periode van negentig dagen. Uit het voorlopige karakter van de gedragsaanwijzing, die slechts bestaansrecht heeft in afwachting van de strafrechtelijke afdoening van het strafbare feit, vloeit logischerwijze voort dat verlenging van de duur van de gedragsaanwijzing niet mogelijk is indien (toch) geen vervolging wordt ingesteld. Aangezien ook de strafbeschikking (art. 257a Sr) is gekwalificeerd als daad van vervolging, geldt dat ook het niet uitvaardigen van een strafbeschikking aan verlenging van de gedragsaanwijzing in de weg staat.⁶⁵

Door middel van een gedragsaanwijzing wordt direct ingegrepen na een strafbaar feit. Het idee is om met de gedragsaanwijzing vooruit te lopen op de berechting, waarbij het in de rede ligt dat de officier van justitie een voorwaardelijke straf zal vorderen. Aan deze voorwaardelijke veroordeling kunnen bijzondere voorwaarden worden verbonden, zodat de gedragsaanwijzing als het ware omgezet wordt in een bijzondere gedragsvoorwaarde. De toepassing van artikel 509hh Sv komt daarmee tot een einde; de inhoud van de gedragsaanwijzing niet.

62 Jue-Volker & Moerman 2013, p. 318.

63 Een verbod om in het stadscentrum van Haarlem te komen (Rb. Haarlem 21 september 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:CA008); een verbod om in de gemeente Goes te komen (Hof Den Bosch 9 juli 2014, ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2014:2095).

64 Rb. Amsterdam 17 januari 2013, ECLI: NL:RBAMS:2013:BZ6210.

65 Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 31 467, nr. 3, p. 18.

3-3 De levenslange toezichtsmaatregel

3.3.1 Achtergrond

Een categorie delinquenten die in de huidige veiligheidscultuur bijzondere aandacht geniet, is die van zedendelinquenten die na het uitzitten van hun gevangenisstraf terugkeren in de samenleving. De afgelopen jaren stond de re-integratie van 'bekende' pedoseksuelen meerdere malen volop in de publieke belangstelling. Een probleem dat zich bij zedendelinquenten veelal voordoet, is dat zij in dezelfde buurt wonen als het slachtoffer. Het na detentie terugkeren naar de eigen woning leidt daarom vaak tot grote ophef en onbegrip in de buurt.⁶⁶ Maar ook als de veroordeelde besluit te verhuizen of verplicht wordt om te verhuizen, gaat de herhuisvesting eigenlijk altijd gepaard met verontwaardiging en onrust. Deze maatschappelijke onrust kan de openbare orde (dreigen te) verstoren. Die dreiging gaat dan niet zozeer uit van de ex-zedendelinquent, maar van de samenleving zelf.

De afgelopen jaren is gebleken dat de aanpak van de problematiek rondom de re-integratie van een zedendelinquent niet eenvoudig is. Zo worstelen burgemeesters met de vraag hoe transparant het proces over de huisvesting moet verlopen, maar ook met de vraag of en hoe een zedendelinquent gewerd kan worden uit (bepaalde delen van) de gemeente. Artikel 172 lid 3 Gemw bleek daarvoor al meerdere malen geen geschikte basis. Met name het beperkte bereik van de bevoegdheid in plaats en tijd maakte dat opgelegde gebiedsverboden op deze grondslag diverse malen sneuvelden.⁶⁷ Bovendien kan de meer principiële vraag worden gesteld in hoeverre dergelijke situaties überhaupt vallen onder de handhavingstaak van de burgemeester in het kader van de openbare orde. Ligt deze problematiek niet meer op het terrein van het strafrecht?⁶⁸ Ik denk dan vooral aan de aansluiting op het vanuit de penitentiaire inrichting gestarte re-integratietraject, de betrokken autoriteiten en toezichthouders, de vaak ingrijpende voorwaarden en de mogelijkheid tot vrijheidsbeneming als stok achter de deur.

Het worstelen met het juridisch kader rondom re-integrerende zedendelinquenten en de wens om, vanuit een oogpunt van risicobeheersing (voorkomen dat een ex-zedendelinquent ooit nog recidiveert), langer toezicht te kunnen houden, resulteerde eind 2014 in een nieuw wetsvoorstel.⁶⁹ Dit toezicht is nu ook mogelijk, bijvoorbeeld in het kader van de voorwaardelijke invrijheidstelling (artikel 15 Sr) of de voorwaardelijke veroordeling (art. 14a Sr). Deze bestaande toezichtkaders werden door de wetgever evenwel niet afdoende geacht, omdat deze op den duur eindigen.

Het wetsvoorstel zal ik hieronder nader bespreken.

66 Zie in de literatuur onder meer: M.M. Boone, H.G. van de Bunt & D. Siegel, *Gevangene van het verleden. Crisisituaties na de terugkeer van zedendelinquenten in de samenleving*, Politie en Wetenschap 2014; C.E. Huls & J.G. Brouwer, *De terugkeer van zedendelinquenten in de wijk*, Politie en Wetenschap 2013.

67 Rb. Den Bosch 5 augustus 2008, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN3313; Rb. Utrecht 3 december 2009, ECLI:NL:RBUTR2009:BK5246.

68 Een bevestigende beantwoording van deze vraag wil overigens niet zeggen dat de burgemeester in de re-integratie van zedendelinquenten geen enkele rol zou moeten hebben.

69 Kamerstukken II 2013/2014, 33 816, nr. 1-3.

3.3.2 De (voorgestelde) wettelijke regeling

Het wetsvoorstel ziet op een aantal aanpassingen in het Wetboek van Strafrecht en Strafvordering, te weten het laten vervallen van de maximale duur van de voorwaardelijke beëindiging van de verpleging van overheidswegen en het verlengen van de proeftijden van de voorwaardelijke invrijheidstelling.⁷⁰ Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de invoering van een nieuwe zelfstandige sanctie, te weten de langdurige gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende maatregel voor ter beschikking gestelden en zeden- en geweldsdelinquenten (hierna: de toezichtsmaatregel), van wie de terbeschikkingstelling, de gevangenisstraf of de voorwaardelijke invrijheidstelling na een gevangenisstraf (definitief) is geëindigd.⁷¹ Deze maatregel betreft een toezichtsmaatregel en heeft tot doel om na afloop van detentie of tbs een (individueel) toezichtkader te creëren, waarbinnen gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende voorwaarden worden gesteld. Houdt de betrokkene zich niet aan de gestelde voorwaarden, dan kan vervangende hechtenis worden opgelegd en verandert vrijheidsbeperking in vrijheidsontneming.

Toepassingsvoorwaarden

De sanctie heeft een beperkt toepassingsbereik en kan enkel worden opgelegd aan ter beschikking gestelden en zeden- en geweldsdelinquenten. Voor geweldsdelicten geldt daarbij als voorwaarde dat het gepleegde delict bedreigd wordt met een gevangenisstraf van (ten hoogste) vier jaar of meer. Het gaat om die groep veroordeelden van wie de tbs, de gevangenisstraf of de voorwaardelijke invrijheidstelling na een gevangenisstraf (definitief) is geëindigd. Een toezichtkader is dan niet meer voorhanden, zodat deze groep niet langer onder justitieel bereik valt.

In het eerste lid van het voorgestelde artikel 38z Sr is het doelcriterium opgenomen. De toezichtsmaatregel dient te worden opgelegd ter bescherming van de veiligheid van anderen, dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen. Dit (zeer algemeen geformuleerde⁷²) doelcriterium geeft uitdrukking aan het maatregelkarakter van de sanctie.⁷³

Hoewel de maatregel pas ten uitvoer wordt gelegd nadat de veroordeelde zijn tbs en/of gevangenisstraf heeft uitgezeten en de voorwaardelijke invrijheidstelling is beëindigd, wordt de maatregel tegelijk opgelegd met de veroordeling voor het gewelds- of zedendelict en dus parallel aan de daarvoor opgelegde sanctie.

70 Voorgesteld wordt om de minimumduur van de proeftijd van de bijzondere voorwaarden met de minimumduur van de proeftijd van de algemene voorwaarden van de voorwaardelijke invrijheidstelling gelijk te trekken. Daarnaast wordt in de regeling de mogelijkheid opgenomen om de proeftijd van de voorwaardelijke invrijheidstelling te verlengen: Kamerstukken II, 2013/14, 33 816, nr. 3, p. 2.

71 Kamerstukken II 2013/14, 33 816, nr. 1-3.

72 Zo ook S. Struijk, 'En nog meer en langduriger toezicht: de overheid als Rupsje Nooitgenoeg', Sancties 2014, p. 137-142.

73 De maatregel onderscheidt zich van de op vergelding gerichte straf, waarbij het verwijt dat de dader wordt gemaakt leidend is voor de invulling van die straf. De maatregel is primair gericht op beveiliging van de samenleving of herstel van de eerdere rechtmatige toestand. Zie over de strafrechtelijke maatregel bijv. T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.

Tussen het moment dat de maatregel wordt opgelegd en wordt uitgevoerd, zit dus een groot tijdsverloop. Daarom is ervoor gekozen om de tenuitvoerlegging niet automatisch te laten plaatsvinden, maar een rechter hierover te laten beslissen. In dat opzicht wijkt de voorgestelde toezichtsmaatregel af van de voorwaardelijke invrijheidstelling. Deze vindt wel automatisch plaats,⁷⁴ zonder dat daarbij een rechter is betrokken. Ook in het kader van de voorwaardelijke invrijheidstelling kunnen voorwaarden aan de invrijheidstelling worden verbonden. Deze worden niet door de rechter opgelegd, maar bepaald door het openbaar ministerie. Het openbaar ministerie laat zich daarbij adviseren door de directeur van de penitentiaire inrichting waar de veroordeelde zijn straf heeft uitgezeten (art. 15a, zesde lid, Sr).

De tenuitvoerlegging van de toezichtsmaatregel heeft wel een eigen rechterlijke toets. Daarvoor is allereerst van belang dat het openbaar ministerie tijdig (tien weken voordat de tbs of proeftijd van de voorwaardelijke invrijheidstelling eindigt) een vordering tot tenuitvoerlegging van de toezichtsmaatregel indient bij de rechtbank die in eerste aanleg kennis heeft genomen van het misdrijf ter zake waarvan de maatregel is opgelegd. Deze ontvankelijkheidseis kent overigens een *escape*: in een later ingediende vordering is het openbaar ministerie niettemin ontvankelijk indien het aannemelijk maakt dat de grond waarop de rechter de tenuitvoerlegging kan gelasten, zich pas ná deze termijn heeft voorgedaan. Dat roept de vraag op hoe met de situatie moet worden omgegaan waarin de grond zich al wel heeft voorgedaan, maar pas nadat de termijn van tien weken is gaan lopen bij het openbaar ministerie bekend is geworden. Denk daarbij aan een getuige of slachtoffer die zich en/of die situatie pas op dat moment kenbaar maakt. Naar de letter van de wet moet het openbaar ministerie niet-ontvankelijk worden verklaard (de grond heeft zich immers vóór de gestelde termijn voorgedaan), maar de vraag is of dit zo strikt door de rechter geïnterpreteerd zal worden.

Voor de tenuitvoerlegging moet de rechter vaststellen dat sprake is van één van de twee genoemde gronden in (voorgesteld) artikel 38ab Sr. Er moet ofwel *ernstig rekening worden gehouden* met de mogelijkheid dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat onder het toepassingsbereik van de toezichtsmaatregel (art. 38z, eerste lid, Sr) valt; of de maatregel is *noodzakelijk* ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen.⁷⁵ In de formulering valt het verschil op in vereisten die gesteld moeten worden aan de motivering. Uit het noodzakelijkheidsvereiste volgt dat het een objectiveerbare situatie betreft: de maatregel moet noodzakelijk zijn. De memorie van toelichting geeft aan dat er sterke aanwijzingen moeten bestaan voor het ontstaan van een situatie die een redelijk denkend mens als ernstig belastend zou ervaren. Als voorbeelden worden genoemd het langslopen, (veelvuldig) telefoneren, aanbellen door de

74 Overigens kan de voorwaardelijke invrijheidstelling worden uitgesteld of achterwege blijven, indien bijvoorbeeld sprake is van een (te) groot recidiverisico. Zie voor de volledige regeling art. 15d Sr.

75 Vergelijk bijvoorbeeld art. 38v, vierde lid, Sr. In deze bepaling ontbreekt evenwel het noodzakelijkheidsvereiste. Ook ten aanzien van het belastende gedrag jegens anderen moet 'alleen' komen vast te staan dat hiermee ernstig rekening moet worden gehouden. Daarvan is in de relationele context al snel sprake: Rb. Midden-Nederland 20 januari 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5689; Rb. Noord-Nederland 27 januari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:521; Rb. Overijssel 10 maart 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:1229; Rb. Overijssel 22 januari 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:334; Rb. Overijssel 9 oktober 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:5387.

veroordeelde, zodat de getuige of het slachtoffer ongevraagd op hinderlijke wijze met de veroordeelde wordt geconfronteerd. Ook in niet al te ernstige gevallen kan dus een ingrijpende maatregel worden opgelegd. Deze maatregel stopt (naar verwachting) weliswaar het ongewenste gedrag, maar het is de vraag of een dergelijke ingrijpende maatregel daarvoor noodzakelijk is en er geen minder ingrijpende oplossingen voorhanden zijn. Ook de eerste grond geeft een ruime mogelijkheid om de maatregel op te leggen.

Een voorbeeld ter onderbouwing. Iemand zoekt via Facebook contact met een minderjarige en stelt een ontmoeting voor, met het oogmerk ontuchtige handelingen te plegen, ofschoon het daar niet van komt. Zodra die persoon een handeling verricht die is gericht op het verwezenlijken van die ontmoeting, is deze strafbaar op grond van artikel 248e Sr. Dit artikel valt onder het bereik van de zelfstandige toezichtsmaatregel en wordt door de rechter opgelegd. Nadat betrokkene zijn straf heeft uitgezeten en de voorwaardelijke invrijheidstelling is beëindigd, vordert de officier van justitie (tijdig) de tenuitvoerlegging van de zelfstandige toezichtsmaatregel. De rechter stelt dat er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de betrokkene recidiveert, zodat de toezichtsmaatregel ten uitvoer wordt gelegd, waarbij een contactverbod, gedragsinterventie en social-mediaverbod (als zijnde een andere gedragsvoorwaarde) voor de duur van vijf jaar worden opgelegd. Na vijf jaar zal de rechter toetsen of van deze grond nog steeds sprake is. Is dat het geval, dan is verlenging mogelijk.

In mijn optiek was het in lijn met de regeling van de voorwaardelijke veroordeling (art. 14b, tweede lid, Sr) logischer geweest dat deze ingrijpende maatregel alleen kan worden opgelegd en uitgevoerd, indien er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat er een recidiverisico bestaat ten aanzien van die misdrijven waarbij de onaantastbaarheid van het lichaam van één of meer personen in het geding is. In het gegeven voorbeeld is daarvan immers (nog) geen sprake. De wetgever heeft er echter bewust voor gekozen geen aansluiting te zoeken bij de grond van artikel 14b, tweede lid, Sr:

‘[Het hanteren van dit criterium zou feitelijk] inhouden dat de zelfstandige maatregel enkel ten uitvoer kan worden gelegd in die gevallen waarin de ernstige vrees voor recidive betrekking heeft op een zogeheten “geweldsmisdrijf” (...). Ernstige misdrijven als het bezit van kinderporno, waarvoor dit niet het geval is, zouden daarmee buiten de reikwijdte van de maatregel vallen.’⁷⁶

Juist het gevaar voor recidive ten aanzien van de ernstiger delicten, waarbij de onaantastbaarheid van het lichaam van een persoon in het geding is, rechtvaardigt een lange toezichtsmaatregel waaraan ingrijpende voorwaarden kunnen worden verbonden. Die opvatting geldt voor de afwijkende duur van de proeftijd van de voorwaardelijke veroordeling, waarbij de proeftijd maximaal tien jaar kan zijn indien het hiervoor genoemde recidiverisico zich voordoet. Nu de nieuwe toezichtsmaatregel een nog veel langer toezicht voorstelt, is het vreemd dat de wetgever een minder streng criterium hanteert. De uitleg van de wetgever overtuigt mij in ieder geval niet waarom een minder streng criterium hier op zijn plaats is.

⁷⁶ Kamerstukken II 2013/14, 33 816, nr. 3, p. 37.

Lijst met voorwaarden: gedragsbeïnvloeding en vrijheidsbeperking

De voorwaarden die in het oorspronkelijke wetsvoorstel werden voorgesteld, zijn de volgende:

1. een verbod op het gebruik van verdovende middelen of alcohol en de verplichting ten behoeve van de naleving van dit verbod mee te werken aan bloedonderzoek of urineonderzoek;
2. opneming van de veroordeelde in een zorginstelling;
3. een verplichting zich onder behandeling te stellen van een deskundige of zorginstelling;
4. het verblijven in een instelling voor begeleid wonen of maatschappelijke opvang;
5. het deelnemen aan een gedragsinterventie;
6. een verbod om vrijwilligerswerk van een bepaalde aard te verrichten;
7. andere voorwaarden, het gedrag van de veroordeelde betreffende;
8. een locatieverbod;
9. een contactverbod;
10. een meldplicht;
11. een beperking van het recht Nederland te verlaten (reisverbod);
12. een verhuisplicht of een verbod om zich in een bepaald gebied te vestigen.⁷⁷

Deze lijst met voorwaarden is ontleend aan de lijst van bijzondere voorwaarden van de voorwaardelijke veroordeling (art. 14c, tweede lid, Sr) en voorwaardelijke invrijheidstelling (art. 15a, derde lid, Sr). In 2012 is de wettelijke regeling van deze voorwaardelijke modaliteiten ingrijpend herzien.⁷⁸ Een van de belangrijkste wijzigingen betrof de codificering van een reeks voorwaarden die tot die tijd werden opgelegd onder de restcategorie ‘gedragsvoorwaarden’. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid werden deze voorwaarden in een lijst opgenomen. Zodoende werd voorzienbaar met welke gedragsbeïnvloedende en vrijheidsbeperkende voorwaarden de veroordeelde te maken zou kunnen krijgen.

Vrijheidsbeperkende voorwaarden

Het locatieverbod, de meldplicht, het reisverbod en het vestigingsverbod zijn in de kern vrijheidsbeperkend. De overige voorwaarden (op het contactverbod na) raken weliswaar aan het recht op bewegingsvrijheid, maar beogen in de eerste plaats het gedrag van de veroordeelde te beïnvloeden, bijvoorbeeld door het verplichten tot deelname aan een gedragsinterventie om te zorgen dat de veroordeelde van zijn of haar verslaving af komt. De term locatieverbod impliceert dat de veroordeelde enkel kan worden verboden een bepaalde locatie te bezoeken. Dit volgt ook uit de memorie van toelichting:

‘Onder locatieverbod wordt een verbod verstaan om zich op of in de directe omgeving van een bepaalde locatie te bevinden.’⁷⁹

⁷⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 816, nr. 3, p. 29.

⁷⁸ Stb. 2011, 545.

⁷⁹ Kamerstukken II 2013/14, 33 816, nr. 3, p. 33.

De locatie(s) waar de veroordeelde niet meer mag komen, moet(en) in relatie staan tot de locatie(s) waarin of waarbij het risico bestaat dat de betrokkene recidiveert. Dat kan het huis van het slachtoffer of het huis van een getuige zijn, maar ook een bepaald type locatie waar bijvoorbeeld veel kinderen komen, zoals een zwembad, speeltuin, schoolgebouw et cetera. De invulling van het verbod kan algemeen zijn (dat altijd geldt) of aangepast (beperkt tot bepaalde dagen of tijdstippen).

Hoewel niet genoemd in de voorgestelde wettelijke regeling, bespreekt de memorie van toelichting ook het *locatiegebod* als mogelijke voorwaarde. Het gaat daarbij om een verplichting om op een bepaald tijdstip of gedurende een bepaalde periode op een bepaalde locatie aanwezig te zijn, zoals een gebod om 's nachts of in het weekend thuis te blijven. Een locatiegebod kan, zeker wanneer het voor lange tijd wordt opgelegd, ingrijpender zijn dan een locatieverbod. Iemand wordt immers gedwongen ergens te verblijven, terwijl bij een locatieverbod betrokkene overal mag komen, behalve op bepaalde locatie(s). Het Europees Hof heeft in het verleden bepaald dat de verplichting om op een locatie te verblijven onder omstandigheden zelfs vrijheidsontneming kan opleveren.⁸⁰ Dit is relevant in het kader van de verdragsrechtelijke bescherming, nu voor vrijheidsbeneming een ander beschermingsregime geldt dan voor vrijheidsbeperking.⁸¹ Het was dan ook merkwaardig dat het locatiegebod aanvankelijk niet als aparte voorwaarde was opgenomen in de voorgestelde wettelijke regeling. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid kan een dergelijke ingrijpende voorwaarde niet impliciet worden verondersteld tot de mogelijkheden te behoren. In een gewijzigd voorstel van wet is het locatiegebod wel aan de lijst met voorwaarden toegevoegd.⁸²

Nieuw in het strafrecht zijn het reisverbod en het vestigingsverbod. Met name die laatste voorwaarde, het vestigingsverbod, voorziet in een bestaande leemte. Het bestaande toezichtkader van de voorwaardelijke invrijheidstelling is niet geschikt⁸³ en ook het bestuursrechtelijk instrumentarium biedt geen soelaas. De wetgever ziet het reisverbod, het vestigingsverbod en de verhuisplicht overigens niet als 'nieuwe' voorwaarden. Volgens de memorie van toelichting kunnen deze nu al worden opgelegd als bijzondere voorwaarden, op grond van de voorwaardelijke veroordeling of invrijheidstelling. De wetgever legt dit als volgt uit. De genoemde voorwaardelijke kaders bieden de mogelijkheid een 'locatieverbod en -gebod' op te leggen. Een reisverbod, verhuisplicht of vestigingsverbod zijn volgens de wetgever aan te merken als specifieke invullingen daarvan:

“Er is reeds voorzien [curs. BJV] in de mogelijkheid om bij een strafrechtelijke veroordeling een beperking ‘van het recht om Nederland te verlaten (reisverbod) als bijzondere

80 EHRM 6 november 1980, nr. 7367/76/76 (Guzzardi/Italië), par. 93.

81 In dat geval is art. 5 EVRM immers van toepassing, dat een strikter beperkingsregime kent dan art. 2 VP EVRM. Zo mag niemand zijn vrijheid worden ontnomen, tenzij sprake is van een van de in art. 5 EVRM genoemde gronden voor vrijheidsontneming (bijv. rechtmatige detentie na een rechterlijke veroordeling). Zie uitgebreider over art. 5 EVRM: Bleichrodt, Mevis & Volker 2012, p. 121 e.v.

82 Kamerstukken I 2014/15, 33 816, A, p. 3.

83 Behalve het feit dat de gecodificeerde lijst van voorwaarden geen mogelijkheid biedt om een vestigingsverbod op te leggen, maakt het (tijdelijke) karakter van de voorwaardelijke invrijheidstelling, dat gericht is op een geleidelijke terugkeer in de samenleving na een gevangenisstraf, dat een verplichting om te verhuizen niet passend is als voorwaarde.

voorwaarde op te nemen. Het reisverbod is daarbij aangemerkt als een specifieke – verstrekkende vorm van een locatiegebod, inhoudende de plicht om in Nederland te blijven.⁸⁴

‘De verhuisplicht of het verbod om zich in een bepaald gebied te vestigen [curs. BJV] betreft een verbijzondering van het verbod om zich op of in de directe omgeving van een bepaalde locatie te bevinden. Op grond van deze meer algemeen geformuleerde voorwaarde kon een verhuisplicht of vestigingsverbod de facto mitsdien reeds worden bewerkstelligd. Nieuw is dat deze voorwaarden nu expliciet in de wet zijn opgenomen.’⁸⁵

Deze onderbouwing van de wetgever schiet om meerdere redenen tekort. In de eerste plaats is een dergelijke opvatting van de term ‘locatieverbod’ (en locatiegebod) veel te ruim en niet in overeenstemming met de uitleg daarvan in de wetsgeschiedenis van de voorwaardelijke modaliteiten. Uit het verdragsrechtelijke beschermde recht op bewegingsvrijheid vloeit voort dat een beperking slechts is toegestaan als deze beperking voorzienbaar is. Het is mijns inziens niet verdedigbaar dat ingrijpende ver- en geboden als een reisverbod, verhuisplicht of vestigingsverbod voorzienbaar zijn onder de noemer ‘locatieverbod’ of ‘locatiegebod’. Met deze laatste term wordt bijvoorbeeld gedoeld op de verplichting om op bepaalde dagen of tijdstippen op een specifieke locatie te verblijven. Het niet mogen uitreizen naar het buitenland is op geen enkele wijze verbonden aan ‘een locatie’. Het is inhoudelijk een geheel andere voorwaarde, dat ook een ander doel dient en daarnaast ook anders is qua impact. Zo zal een dagelijkse avondklok gedurende vijf jaar lang (die in beginsel onbeperkt verlengd kan worden) ingrijpender zijn dan een verbod om uit Nederland te reizen, tenzij de veroordeelde bijvoorbeeld familie in het buitenland heeft wonen.

Hoewel de wettelijke regeling van de voorwaardelijke veroordeling en invrijheidstelling de mogelijkheid biedt om ‘andere voorwaarden het gedrag van de veroordeelde betreffende’ op te leggen, de zogenoemde restcategorie bijzondere voorwaarden, is ook deze route naar mijn mening doodlopend. De Hoge Raad heeft meer dan eens geoordeeld dat de (oude) regeling van de voorwaardelijke veroordeling geen wettelijke basis biedt voor een reisverbod, omdat dit verbod gezien de doelcriteria niet onder de gedragsvoorwaarden kon worden gebracht. Het is dan ook op z’n zachtst gezegd opmerkelijk dat de wetgever deze juridische hobbels schijnbaar zo eenvoudig passeert en de nieuwe bijzondere voorwaarden doet voorkomen als reeds bestaand. Dit geldt temeer daar in de voorgestelde wettelijke regeling het locatieverbod en locatiegebod als zodanig zijn opgenomen. Indien de wetgever werkelijk van mening is dat een reisverbod of vestigingsverbod onder deze voorwaarden kunnen vallen, was een zelfstandige, specifieke basis immers niet nodig geweest.

Duur maatregel

Wellicht het meest ingrijpende aspect aan de nieuwe toezichtsmaatregel betreft de duur waarvoor deze kan worden opgelegd. Deze is namelijk niet aan een wettelijke maximumduur verbonden en kan dus in beginsel levenslang duren. Er

84 Kamerstukken II 2013/14, 33 816, nr. 3, p. 33.

85 Kamerstukken II 2013/14, 33 816, nr. 3, p. 34.

is wel sprake van een materiële begrenzing. De maatregel wordt (steeds) voor een periode van twee, drie, vier of vijf jaren opgelegd. Na deze periode vindt een toetsing plaats door de rechter, waarbij deze toetst of er nog steeds een noodzaak bestaat de maatregel te laten voortduren voor weer een periode van twee, drie, vier of vijf jaren. Deze toetsing is als volgt in de wet neergelegd: '[V]erlenging is slechts mogelijk zolang er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat betrokkene wederom een misdrijf zal begaan waarvoor de zelfstandige maatregel kan worden opgelegd of zolang dit noodzakelijk is ter voorkoming van ernstig belastend gedrag jegens slachtoffers of getuigen.' Dit betekent dat de rechter een inschatting moet maken van het recidiverisico van de betrokkene. Neemt de rechter 'het zekere voor het onzekere', dan is de betrokkene wederom op z'n minst voor enkele jaren verplicht om de voorwaarden na te leven. Vanuit het oogpunt van voorzienbaarheid wringt ook hier de schoen. Het is immers nauwelijks voorzienbaar of een betrokkene enkele jaren verboden wordt zich te begeven in (de omgeving van) (een) bepaalde locatie(s), of dat hem dat levenslang verboden wordt. En dan wijs ik slechts ten overvloede op bijvoorbeeld de voorwaarde 'opneming van de veroordeelde in een zorginstelling' of 'het verblijven in een instelling voor begeleid wonen of maatschappelijke opvang', waarbij het de vraag is of deze voorwaarden vrijheidsbeperkend dan wel vrijheidsbenemend zijn in het licht van het EVRM.

4. Normatief kader

4.1 Inleiding

In de voorgaande twee hoofdstukken zijn enkele nieuwe gebiedsverboden in het bestuursrecht en strafrecht beschreven. Deze gebiedsverboden hebben gemeen dat zij worden ingezet om de veiligheid te garanderen, door bepaald gedrag in het publieke domein te beëindigen en te voorkomen. Het inzetten van deze verboden staat op gespannen voet met het recht op bewegingsvrijheid, zoals beschermd door artikel 2 VP EVRM en artikel 12 IVBPR. Voornoemde bepalingen regelen onder welke voorwaarden een beperking op het verdragsrechtelijk beschermde recht is toegestaan. Deze beperkingssystematiek vormt het normatief kader, waarmee ik mij primair richt tot de wetgever. In de tweede plaats is het bedoeld voor de bevoegde autoriteit die een gebiedsverbod oplegt. Tot slot is dit normatief kader leidend voor de rechter die een oordeel moet geven over de rechtmatigheid van een gebiedsverbod.⁸⁶ Dit normatief kader wil ik echter breder trekken dan alleen een toetsing aan de hand van de waarborgen die voortvloeien uit het EVRM. Voor wetgeving(sbeleid) gelden ook zekere kwaliteitsvereisten. In dat kader is bijvoorbeeld relevant of er überhaupt een noodzaak bestaat om tot nieuwe wetgeving over te gaan. Het in dit hoofdstuk geschetste normatief kader geeft dus inzicht in de (minimale) vereisten die gesteld moeten worden aan nieuwe wetgeving, de wettelijke grondslag, het opleggen en de rechterlijke toetsing van gebiedsverboden.

Paragraaf 4.2 beschrijft eerst de verdragsrechtelijke bescherming van de bewegingsvrijheid en de beperkingssystematiek die daaruit volgt. In paragraaf 4.3 onderzoek ik welke vereisten de Nederlandse staat zelf aan (nieuwe) wet- en regelgeving stelt en welke daarvan relevant zijn voor de in dit preadvies centraal staande nieuwe gebiedsverboden. Hoofdstuk 5 besluit met een confrontatie van de nieuwe gebiedsverboden, zoals beschreven in hoofdstuk 3 en 4, met onderstaand normatief kader.

⁸⁶ Zie over de rechterlijke toetsing van grond- en verdragsrechten: L.C. Groen, 'Grondrechtelijke kaders voor de uitoefening van openbare-ordebevoegdheden', in: A. van den Berg, J. van der Grinten & J. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orde-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 50.

4.2 Verdragsrechtelijke bescherming van de bewegingsvrijheid⁸⁷

4.2.1 Het recht op bewegingsvrijheid (art. 2, eerste en tweede lid, EVRM)

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of and freedom to choose his residence.
2. Everyone shall be free to leave any country, including his own.

De Nederlandse Grondwet kent geen specifieke bepaling die het recht beschermt om je vrijelijk te bewegen. Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) kennen een dergelijke bepaling wel. In het vierde protocol (VP) bij het EVRM is in artikel 2 het recht neergelegd om je vrijelijk te verplaatsen. Dit recht geldt voor eenieder die wettig op het grondgebied van de betreffende staat verblijft.⁸⁸ Daarnaast heeft eenieder het recht – dit is niet beperkt tot personen die er rechtmatig verblijven – welk land dan ook te verlaten. Een reisverbod levert in beginsel dus strijd op met artikel 2, tweede lid, VP EVRM. Artikel 12 IVBPR is een vergelijkbare bepaling. Het (praktisch) belang van deze bepaling is evenwel beperkt(er) ten opzichte van artikel 2 VP EVRM. Het IVBPR kent immers geen eigen rechterlijk college, zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), dat bindende uitspraken doet over de schending van verdragsrechten door een staat die partij is bij het IVBPR. Gezien deze beperkte(re) betekenis van artikel 12 IVBPR laat ik deze bepaling verder buiten beschouwing.⁸⁹

4.2.2 Beperkingsclausule (art. 2, derde en vierde lid, EVRM)

Het recht op bewegingsvrijheid is niet absoluut en kan beperkt worden. Artikel 2, derde en vierde lid, EVRM, geeft een beperkingsclausule.

Derde lid

1. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are in accordance with law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the maintenance of *ordre*

⁸⁷ Het opleggen van een gebiedsverbod interfereert niet alleen met het recht op bewegingsvrijheid, maar ook met andere verdragsrechten. Zo kan de vrijheidsbeperking zo ingrijpend zijn dat zelfs van vrijheidsbeneming gesproken moet worden en art. 5 EVRM van toepassing is. Bovendien kan een gebiedsverbod, en het houden van toezicht op de naleving daarvan, op gespannen voet staan met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM). Gezien de omvang van dit preadvies laat ik een bespreking van deze verdragsbepalingen en de betekenis daarvan voor de (nieuwe) gebiedsverboden buiten beschouwing.

⁸⁸ Zeker gezien de actuele vluchtelingenproblematiek is dit een belangrijke beperking. Personen die een illegale status hebben in een staat, hebben geen recht om zich in die staat vrijelijk te verplaatsen. Zij kunnen in beginsel zonder meer in hun bewegingsvrijheid worden beperkt, bijvoorbeeld door hen te verplichten in een AZC te verblijven.

⁸⁹ Zie over de betekenis van het IVBPR ten opzichte van het EVRM uitgebreid: M. Kuijer & R. Lawson, 'De beperking van mensenrechten onder het IVBPR', NJCM-bulletin 1994, p. 798-827.

public, for the prevention of crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

Het beperken van het recht op bewegingsvrijheid is op grond van artikel 2, derde lid, VP EVRM alleen mogelijk indien dit (1) bij de wet is voorzien en (2) in een democratische samenleving noodzakelijk is (3) in het belang van de nationale veiligheid, van de openbare veiligheid, voor de handhaving van de openbare orde, voor de voorkoming van strafbare feiten, voor de bescherming van de gezondheid of van de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Het zijn vooral de eerste twee voorwaarden die belangrijke randvoorwaarden scheppen om een gebiedsverbod op te leggen.

Het eerste (legaliteits)vereiste richt zich primair tot de (formele of lagere⁹⁰) wetgever. De beperking van de bewegingsvrijheid moet 'bij wet zijn voorzien', hetgeen niet alleen betekent dát er een wettelijke basis moet zijn om een persoon in zijn vrijheid te beperken,⁹¹ maar ook dat deze wettelijke basis aan bepaalde vereisten moet voldoen. Voor de burger moet voorzienbaar zijn wanneer hij kan worden beperkt in zijn bewegingsvrijheid en wat hem dan aan vrijheidsbeperking staat te wachten: hoelang kan hij in zijn vrijheid worden beperkt en wat kan de inbreuk precies inhouden? De wettelijke basis moet daarom voldoende toeganke-lijk en redelijkerwijs begrijpelijk zijn. Dit betekent dat de burger een indicatie moet kunnen hebben van de regels die van toepassing zijn en tot welke gevolgen bepaald handelen kan leiden.⁹² Zo nauwkeurig mogelijk moet worden aangegeven in welke gevallen en onder welke voorwaarden en omstandigheden een instrument kan worden toegepast. Daarvoor is relevant of er op enigerlei wijze waarborgen zijn ingebouwd om arbitraire beslissingen te voorkomen, bijvoorbeeld door een rechterlijke toets.⁹³ Indien de wettelijke bepaling de bevoegde autoriteit een beoordelingsmarge geeft om een instrument toe te passen, moet de wet de reikwijdte van die marge aangeven.⁹⁴

Naast de vereisten die het EVRM stelt aan de wettelijke grondslag, gelden eisen voor de toepassing van het instrument door de bevoegde autoriteit. Het concreet beperken van iemands recht op bewegingsvrijheid moet in een democratische rechtsstaat immers noodzakelijk zijn, met het oog op een van de genoemde belangen of doeleinden in artikel 2, derde lid, VP EVRM. Tot de rechtmatige belangen worden in ieder geval de handhaving van de openbare orde, de voorkoming van strafbare feiten en publieke veiligheid genoemd, hetgeen de te

90 Het begrip 'law' wordt door het EHRM ruim geïnterpreteerd en ziet niet alleen op een wet in formele zin. Allerlei normen kunnen als 'law' worden aangemerkt, waaronder ook jurisprudentie en rechterlijke bevelen. M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 97, onder verwijzing naar: EHRM 24 mei 1988, A-133 (Muller e.a.); EHRM 24 april 1990, A-176-A (Kruslin) en A176-B (Huvig).

91 Hoewel voor de hand liggend blijkt dit in de praktijk nog weleens over het hoofd te worden gezien. Er wordt dan bijvoorbeeld geroepen dat 'een gebiedsverbod wordt opgelegd', terwijl voor die situatie geen wettelijke grondslag blijkt te bestaan. Zie bijvoorbeeld mijn blog van 4 september 2015, 'Lil' gebrek aan wettelijke grondslag', via www.tenholternordam.nl.

92 EHRM 11 juli 2013, nr. 28975 (Khlyustov/Rusland), par. 68.

93 EHRM 11 juli 2013, nr. 28975 (Khlyustov/Rusland), par. 70 en 74; EHRM 2 augustus 1984, nr. 8691 (Malone/Verenigd Koninkrijk), par. 67.

94 EHRM 26 september 1995, nr. 17851/91 (Vogt/Duitsland); EHRM 24 september 1992, nr. 10533/83 (Herczegfalvy/Oostenrijk), par. 89-91; EHRM 25 maart 1983, nr. 5947/72 (Silver e.a./Verenigd Koninkrijk), par. 88.

beschermen belangen van de in hoofdstuk 3 en 4 besproken nieuwe gebiedsverboden aardig 'dekt'. Het opleggen van een gebiedsverbod met het oog op een van deze belangen is evenwel niet voldoende. Het opleggen van een dergelijk verbod moet ook noodzakelijk zijn om een van deze belangen te dienen. Dit is een toetsing aan subsidiariteit: er moet op een voor betrokkene minst bezwarende wijze worden opgetreden ('is er geen minder vergaand alternatief, als een waarschuwing, waarmee hetzelfde doel kan worden bereikt?'⁹⁵). Indien er wordt opgetreden, moeten het nagestreefde doel en de beperking van de bewegingsvrijheid in een niet onredelijke verhouding staan tot elkaar. Dit is een toetsing aan *proportionaliteit* ('is de gekozen maatregel wel geschikt om het doel te bereiken en staat de zwaarte van het ingrijpen in een "billijke verhouding" tot het gewicht van het met het ingrijpen te dienen doel?'⁹⁶). Om te kunnen beoordelen of is voldaan aan het noodzakelijkheidsvereiste, toetst het EHRM of er een 'pressing social need' is om de bewegingsvrijheid van een persoon te beperken. Daarbij komt de nationale autoriteiten een 'margin of appreciation' toe. De marge van deze beoordelingsruimte is afhankelijk van een aantal factoren, waaronder het belang van het recht op bewegingsvrijheid voor de betrokkene, de aard van de inbreuk en het met de inbreuk nagestreefde doel.⁹⁷ Zo is het automatisch toepassen van vergaande vrijheidsbeperkende maatregelen, zonder de individuele omstandigheden van het geval daarbij een rol te laten spelen, zonder meer disproportioneel.⁹⁸ Ook is relevant of de betrokkene in een zeker stadium heeft verzocht om de vrijheidsbeperking op te heffen en of dit verzoek is geweigerd.⁹⁹ Spelen voor betrokkene belangrijke persoonlijke omstandigheden een rol, dan is de beoordelingsruimte kleiner.¹⁰⁰ Bij de beoordeling van de vraag of er een noodzaak bestaat om de bewegingsvrijheid te beperken om een legitiem doel na te streven, wordt de motivering van de bevoegde autoriteit betrokken. Deze motivering moet relevant en toereikend zijn.

Vierde lid

1. The rights set forth in paragraph 1 may also be subject, in particular areas, to restrictions imposed in accordance with law and justified by the public interest in a democratic society.

Artikel 2, vierde lid, VP EVRM geeft een speciale regeling voor die gevallen waarin het recht op bewegingsvrijheid wordt beperkt in bepaalde omschreven

95 A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 11. Bijvoorbeeld: EHRM 8 maart 2012, nr. 32250/80 (Diamante en Pelliccioni/San Marino), par. 210; EHRM 18 februari 2010, nr. 14613/03 (Nikiforenko/Oekraïne), par. 56; EHRM 4 oktober 2010, nr. 19675/06 (Villa/Italië), par. 47; EHRM nr. 32190/96 (Luordo/Italië), par. 96.

96 Nieuwenhuis e.a. 2005, p. 11.

97 EHRM 4 december 2008, nr. 30562/04 en 30566/04 (S. en Harper/Verenigd Koninkrijk), par. 102.

98 EHRM 27 februari 2013, nr. 29713/05 (Stamose/Bulgarije), par. 35; EHRM 26 november 2009, nr. 34383/03 (Gochev/Bulgarije), par. 53 en 57; EHRM 23 augustus 2006, nr. 46343/99 (Riener/Bulgarije), par. 128.

99 EHRM 11 oktober 2013, nr. 28975/05 (Khlyustov/Rusland), par. 88; EHRM 13 januari 2006, nr. 31008/02 (Fedorov en Fedorova/Rusland), par. 44; EHRM 22 februari 2006, nr. 14183/02 (Antonkov e.a./Oekraïne), par. 64.

100 EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (Dudgeon/Verenigd Koninkrijk); EHRM 27 mei 2004, nr. 66746/01 (Connors/Verenigd Koninkrijk), par. 82.

gebieden. Over deze bepaling is zeer weinig bekend. Uit de memorie van toelichting bij de goedkeuring van het Vierde Protocol bij het EVRM blijkt dat het vierde lid zijn bestaan dankt aan een wijziging van het derde lid in het oorspronkelijke ontwerp. In dat ontwerp behoorde tot de doelcriteria van het derde lid tevens het economisch welzijn van een staat. Het kunnen beperken van iemands bewegingsvrijheid vanwege de economische belangen van de overheid werd evenwel te ingrijpend geacht. Het doelcriterium werd geschrapt en aan artikel 2 is een nieuw vierde lid toegevoegd. Daarin is het economisch welzijn niet met zoveel woorden opgenomen, maar uit de wetsgeschiedenis valt af te leiden dat dit doelcriterium impliciet in het vierde lid is verankerd.

‘De verdragsopstellers [meenden] dat het in sommige gevallen nodig kan zijn in bepaalde gebieden de vrijheid van keuze van een verblijfplaats te beperken om redenen van algemeen belang.’¹⁰¹

Artikel 2, vierde lid, VP EVRM lijkt dus ook niet zozeer van toepassing op het beperken van iemands bewegingsvrijheid in de zin van het opleggen van een gebieds- of locatieverbod. De tekst van het vierde lid sluit dit echter ook niet uit. Die interpretatie volgende is de regeling niet specifiek bedoeld voor gebiedsverboden als zodanig (dan zou er ‘tot’ moeten staan in plaats van ‘in’), maar gericht op bepaalde gebieden of locaties waar een afwijkend beleid geldt, bijvoorbeeld vanwege een verhoogd risiconiveau. Denk daarbij aan Schiphol of de haven van Rotterdam. De beperkingsclausule om in deze gebieden of op deze locaties personen in hun bewegingsvrijheid te beperken, is ruimer dan die van het derde lid. Beperkingen in de bepaalde omschreven gebieden moeten (1) bij wet zijn voorzien en (2) gerechtvaardigd worden door het algemeen belang in een democratische samenleving. Artikel 12 IVBPR (zie ook hierna), dat ook het recht op bewegingsvrijheid beschermt en vrijwel geheel overeenkomt met artikel 2 VP EVRM, kent deze beperkingsgrond niet. Op grond van artikel 60 EVRM prevaleert de bepaling die een verdergaande bescherming biedt. Daarmee wordt verhinderd dat een aan het IVBPR gebonden staat met een beroep op artikel 2, vierde lid, VP EVRM de bewegingsvrijheid zou beperken die niet gebaseerd kan worden op de in artikel 12 IVBPR genoemde beperkingsgronden. Dit betekent dat het vierde lid van artikel 2 VP EVRM voor Nederland geen zelfstandige betekenis heeft.¹⁰²

4.3 Wetgevingskwaliteit

4.3.1 Algemeen

Dat aan wetgeving zekere kwaliteitseisen moeten worden gesteld, is evident. Dit volgt ook uit het EVRM zelf, waarbij die eisen in het voorzienbaarheidsvereiste moeten worden ingelezen. De vereiste voorzienbaarheid vergt niet alleen een wettelijke grondslag voor inbreuken op de in het EVRM beschermde rechten, maar ook dat deze wettelijke grondslag een bepaalde ‘kwaliteit’ heeft. Het gaat dan met name om de kenbaarheid en duidelijkheid van de wettelijke bepaling.

¹⁰¹ Kamerstukken II 1978/79, 15 396 (R 1110), nrs. 1-3, p. 7.

¹⁰² Kamerstukken I 1981/82, 15 396 (R 1110), nr. 18a. Zie hierover ook De Jong 2000, p. 202.

Het fundament van het Nederlandse wetgevingsbeleid betreft de nota ‘Zicht op wetgeving’ uit 1990.¹⁰³ In deze nota is een kwaliteitskader opgesteld met het oog op de rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit van wetgeving. Dit kwaliteitskader is uitgewerkt in de circulaire *Aanwijzingen voor de regelgeving*.¹⁰⁴ Uit deze aanwijzingen volgen heldere, concrete en toetsbare vereisten waaraan nieuwe (en bestaande) wetgeving moet voldoen.

Een bespreking van alle (relevante) aanwijzingen voor de regelgeving die zien op de regelgeving van gebiedsverboden, is gezien de omvang van dit preadvies niet mogelijk. Om die reden beperk ik me tot een bespreking van die aanwijzingen waarvan ik meen dat de wetgever ze over het hoofd heeft gezien, althans onvoldoende heeft gevolgd bij het creëren van de nieuwe gebiedsverboden in het publiekrecht.

4.3.2 Noodzakelijkheid nieuwe wet- en regelgeving

‘Tot het tot stand brengen van nieuwe regelingen wordt alleen besloten, indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan’, zo schrijft aanwijzing 6 van de *Aanwijzingen voor de regelgeving* voor. Met deze aanwijzing wordt getracht symboolwetgeving te voorkomen.¹⁰⁵ Aanwijzing 7 geeft aan welke stappen moeten worden gezet, voordat tot het treffen van een (nieuwe) regeling wordt besloten. De relevante feiten en omstandigheden moeten in kaart worden gebracht, de doelstellingen die worden nagestreefd zo concreet mogelijk vastgesteld en er moet worden onderzocht of overheidsinterventie noodzakelijk is of dat zelfregulering het doel ook kan bereiken. Indien komt vast te staan dat overheidsinterventie noodzakelijk is, wordt onderzocht of de doelstellingen die worden nagestreefd bereikt kunnen worden door aanpassing of beter gebruik van bestaande instrumenten.¹⁰⁶

Het bestaan van een reëel maatschappelijk probleem is dus niet voldoende om de noodzaak van nieuwe wet- en regelgeving vast te stellen. De Raad van State verwoordt het als volgt: ‘Het heeft alleen zin om een nieuwe regel te introduceren als vaststaat dat de bestaande regeling [curs. BJW] een leemte of een gebrek vertoont.’¹⁰⁷

103 Kamerstukken II 1990/91, 22 008, nr. 1-2; C. Riezebos & M.H.A.F. Lokin, ‘Voorbereiden van wetgeving: legislative manoeuvres in the dark’, *Regelmaat* 2012-1, p. 3-16.

104 *Staatscourant* 1992, 230. Deze aanwijzingen hebben formeel alleen betrekking op regelingen van bestuursorganen die tot de rijksoverheid behoren (aanwijzing 1). Voor de decentrale overheid zijn de aanwijzingen niettemin ook van belang, mede uit een oogpunt van rechtsgelijkheid: J.P. Wind, ‘Aanwijzingen voor regelgeving ook voor gemeentelijk gebruik?’, *Gemeentestem* nr. 6978, 1993.

105 E. Helder, ‘De stelling’, *Regelmaat* 2014-6, p. 385. Zie over de betekenis van symboolwetgeving: B. van Klink, *De wet als symbool. Over de wettelijke communicatie en de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998; B. van Klink, ‘Symboolwetgeving: de opkomst, ondergang en wederopstanding van een begrip’, *Regelmaat* 2014-1, p. 5-26.

106 Zie over dit onderwerp meer uitgebreid: R. van Gestel & M.-C. Menting, ‘Alternatievenonderzoek bij voorgenomen regelgeving; prikkel tot deregulering of alibi voor vrijblijvendheid?’, *Ars Aequi* 2011, p. 452-462. In dit alternatievenonderzoek is onder meer het wetsvoorstel Wet tijdelijk huisverbod onderzocht (p. 456-457).

107 Raad van State, Jaarverslag 2013, Den Haag 2014, p. 46; Helder 2014, p. 385. Uit het jaarverslag van de Raad van State blijkt, zo stelt ook Helder, dat de aanwijzingen 6 en 7 niet consequent worden nageleefd. De Raad van State wijst in dat kader nadrukkelijk op wetgeving over de handhaving van de openbare orde.

4.3.3 Duidelijkheid en eenvoud én een bestendig karakter

Aanwijzing 10 stelt dat ‘gestreefd wordt naar duidelijkheid en eenvoud van regelingen en naar een bestendig karakter daarvan’. Het woord ‘streven’ valt op ten opzichte van de meer dwingende formulering van aanwijzing 6. Het betreft hier geen harde eis, maar wel een norm waarnaar de wetgever moet streven.¹⁰⁸ Dit streven moet gericht zijn op het tekstuele niveau van een individuele bepaling, maar ook op het stelsel als zodanig.

Behalve duidelijke, eenvoudige wetgeving, moet deze ook bestendig zijn. Volgens de toelichting op aanwijzing 10 is een regeling bestendig indien zij niet frequent behoeft te worden gewijzigd. Het zal niemand verbazen dat juist in de huidige tijd van het streven naar veiligheid en het beheersen van risico's de bestendigheid van wetgeving onder druk staat. De politieke wilsvorming gaat zo snel, dat wetgeving en wetsvoorstellen die in behandeling zijn, regelmatig worden gewijzigd.¹⁰⁹ Wetgeving krijgt hierdoor, aldus de Raad van State, soms het karakter van een ‘wegwerpartikel’.¹¹⁰

4.3.4 Beknopte formulering in normaal taalgebruik

In het verlengde van aanwijzing 10 stellen aanwijzing 52 en 54 vereisten aan de terminologie van wettelijke bepalingen. Deze moeten allereerst zo beknopt mogelijk worden geformuleerd. De toelichting stelt:

‘Indien bij het ontwerpen van een bepaling een sluitende, maar ingewikkelde formulering is gevonden, dient steeds te worden nagegaan of het niet eenvoudiger kan.’

Dit vereiste – nu weer dwingender geformuleerd dan bij het streven naar duidelijke regelgeving – tracht gecompliceerde, onleesbare wetgeving te voorkomen en sluit dus ook aan bij de door het EVRM vereiste begrijpelijkheid van de bepaling: voor de burger moet redelijkerwijze begrijpelijk zijn welke gedraging tot welk gevolg kan leiden. In het verlengde daarvan stelt aanwijzing 54 dat het normale spraakgebruik zo veel mogelijk wordt gevolgd. Woorden waarvan de betekenis te weinig bepaald of onduidelijk is, moeten achterwege blijven.

Tot slot wijs ik nog op aanwijzing 58: ‘Hetzelfde begrip wordt niet met verschillende termen aangeduid.’ Dat geldt niet alleen binnen één regeling, maar ook bij verwante regelingen. De strekking daarvan, zo dunkt mij, is om onduidelijkheid bij toepassing van de wettelijke regeling te voorkomen.

108 Ter nuancering: de eisen die de beperkingssystematiek van het EVRM stelt aan de wetgeving, maken dat de vereiste duidelijkheid in dat perspectief wel degelijk een harde eis betreft. In dit preadvies beperk ik mij overigens tot het streven naar tekstuele duidelijkheid en eenvoud en toets ik niet ook de wetgevingsprocedures als zodanig aan de vereiste duidelijkheid en eenvoud. Zie daarover: N. Florijn, ‘Complexiteit en vereenvoudiging van de wetgevingsprocedure’, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 2010, in: *Complexiteit van wetgeven*, Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2010.

109 G.J.M. Evers, ‘Is er behoefte aan bestendige wetgeving?’, *Regelmaat* 2014-5, p. 264.

110 Aldus de Raad van State, Jaarverslag 2013, Den Haag 2014, p. 43.

5. Normatieve evaluatie van de nieuwe gebiedsverboden

5.1 Inleiding

In de voorgaande paragrafen is het normatief kader van dit preadvies geschetst, waarbinnen de nieuwe gebiedsverboden uit het bestuursrecht en het strafrecht worden getoetst. Voor deze gebiedsverboden, althans de (nieuwe) wettelijke regeling daarvan, wordt bezien of er een noodzaak¹¹¹ bestaat voor deze nieuwe wetgeving en wordt de wettelijke regeling geanalyseerd. Kent die voldoende waarborgen om de toepassing ervan in overeenstemming te laten zijn met de beperkingssystematiek van het recht op bewegingsvrijheid? En hoe verhouden de wettelijke regelingen van de nieuwe gebiedsverboden zich tot de aanwijzingen voor de wet- en regelgeving?

5.2 Bestuursrechtelijke gebiedsverboden getoetst

5.2.1 Noodzaak nieuwe wetgeving?

In hoofdstuk 2 zijn het burgemeestersbevel van artikel 172a Gemw en de voorgestelde bestuurlijke vrijheidsbeperkende maatregel voor jihadisten beschreven. De vraag naar de noodzaak van deze nieuwe verboden is voor enkel die laatste nog echt relevant, omdat deze maatregel zich nog in het stadium van voorgestelde wetgeving bevindt. Het burgemeestersbevel is reeds verankerd in de Gemeentewet en wordt in de praktijk toegepast.¹¹² Daaruit zou reeds kunnen worden afgeleid dat er kennelijk een ‘noodzaak’ bestaat voor dit instrument, maar dat vind ik een te gemakkelijke conclusie die bovendien afbreuk doet aan de hiervoor geschetste vereisten. Een kritische beschouwing van het burgemeestersbevel is dan ook nog steeds van belang, al is het meer als een signaal aan de wetgever voor komende wetgeving.¹¹³

111 Het zou de omvang van dit preadvies te buiten gaan als ik voor de in dit preadvies beschreven nieuwe gebiedsverboden een feitenonderzoek zou beschrijven om de noodzaak voor nieuwe wetgeving te onderzoeken en daarnaast een overzicht te geven van alle alternatieven die de bestaande wetgeving biedt. Om die reden wijs ik per instrument op het eventuele bestaan van deze alternatieven en zal ik kort toelichten waarom deze instrumenten een alternatief bieden.

112 In de periode van 1 april 2011 tot 11 april 2012 werden 213 burgemeestersbevelen gegeven. De Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast: toepassing in de praktijk, *Inspectie OOV* 2012, p. 38.

113 Nieuwe openbare-ordewetgeving is alweer in de maak, zie bijvoorbeeld het wetsvoorstel uitbreiding Rotterdamwet met daarin de mogelijkheid mensen uit ‘verpauperde’ wijken te weren:

Op dit moment zijn er tal van wettelijke bepalingen die een grondslag bieden om vrijheidsbeperkend op te treden in geval van (ernstige) ordeverstoringen. Denk daarbij aan de algemene, lichte bevelsbevoegdheid van de burgemeester (art. 172, derde lid, Gemw), de noodbevoegdheden (art. 175 en 176 Gemw) en bepalingen uit de APV van de betreffende gemeente. In sommige specifieke gevallen is in een aparte regeling voorzien, zoals het geval is bij de Wet tijdelijk huisverbod. Bovendien biedt in de meeste gevallen ook het strafrecht, maar soms ook het privaatrecht, mogelijkheden om vrijheidsbeperking te gelasten.¹¹⁴

Gezien het voorgaande is de toegevoegde waarde van een regeling, toegespitst op ernstige overlastgevers, niet direct gegeven. In welk opzicht wijkt artikel 172a Gemw af van die bestaande bevoegdheden? In ieder geval niet voor wat betreft het optreden tegen *first offenders*. Geen van de overige bepalingen vereist immers dat herhaaldelijk ordeverstoring gedrag is vertoond, alvorens de bevoegdheid kan worden aangewend. Het subsidiariteitsbeginsel, dat voortvloeit uit artikel 2, derde lid, VP EVRM, vereist bovendien dat moet worden bezien in hoeverre kan worden volstaan met een minder ingrijpend alternatief. Dit geldt voor elk gebiedsverbod dat wordt opgelegd en dus ook op grond van artikel 172a Gemw, (juist) ook indien deze bepaling wordt ingezet tegen een *first offender*.

Nieuw en afwijkend ten opzichte van het bestaande bestuursrechtelijke openbare orde instrumentarium is dat de mogelijkheid om een gebiedsverbod op te leggen met zoveel woorden in de regeling is neergelegd. De andere bevoegdheden (in beginsel met uitzondering van de APV) spreken over 'bevelen', zonder dit verder te duiden. Een dergelijk bevel kan een gebiedsverbod inhouden, maar bijvoorbeeld ook een gebod om een gevaarlijke hond gemuilkorfd te laten lopen op de openbare weg.¹¹⁵ De regeling wijkt voorts af van de bestaande bevoegdheden voor wat betreft de duur van het verbod. Een gebiedsverbod op grond van artikel 172a Gemw wordt opgelegd voor maximaal drie maanden en kan uiteindelijk worden verlengd tot een jaar of, indien het verbod alleen voor bepaalde (wedstrijd)dagen geldt, tot de duur van twee jaar. Het grootste verschil ten aanzien van de bestaande bevoegdheden is dat een maximale duur überhaupt is gegeven. De 'klassieke' openbare orde bevoegdheden (art. 172, derde lid, 175 en 176 Gemw) geven enkel een doelcriterium aan (ter handhaving van de openbare orde). Is het gevaar voor de verstoring van die orde geweken, dan is er in principe geen basis meer om op te treden, althans het verbod te laten voortduren.¹¹⁶ Het is echter onduidelijk waar die grens precies ligt. In de praktijk blijken langdurige en ingrijpende verboden soms toch mogelijk te zijn.¹¹⁷ Naar de letter van de wet moet gedurende die tijd echter wel steeds sprake zijn van een gevaar van verstoring van die openbare orde. Dat hoeft bij artikel 172a Gemw niet.

Het is de vraag of een dergelijk instrument, dat veel sterker een repressief in plaats van een preventief karakter heeft, wel thuishoort in het

Kamerstukken II 2015/16, 34 314, nr. 1-3. Het argument uit de hoofdtekst gaat overigens ook op voor de hierna te bespreken strafrechtelijke gedragsaanwijzing van de officier van justitie (art. 509hh Sv).

114 Denk daarbij aan het stadionverbod van de KNVB of een (collectieve) winkelontzegging.

115 Rb. Overijssel 8 mei 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:2265.

116 Zie ook Brouwer & Wierenga 2015, p. 313.

117 Zoals het verbod om de eigen woning te verlaten en in de woning en directe omgeving daarvan gedurende drie maanden niet terug te keren: Rb. Den Bosch 25 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9061.

handhavingsinstrumentarium van het bestuur.¹¹⁸ Het bestuursrechtelijk openbare orde instrumentarium is immers met name bedoeld om een einde te maken aan plotseling opkomende overlast. Het klassieke instrumentarium is juist om die reden nauwelijks wettelijk ingekaderd. Er is sprake van een situatief criterium en een doelcriterium en veel meer is er niet. Dat is ook nodig om in de praktijk in te spelen op onvoorziene, plotseling opkomende situaties. Voor kortdurende bevelen is ‘de zwakke democratische legitimatie’¹¹⁹ van bijvoorbeeld artikel 172, derde lid, Gemw niet problematisch. Een rigide wettelijk kader is in geval van concreet dreigend gevaar voor de openbare orde immers onwenselijk om te kunnen optreden. Voor de aanpak van structurele overlast ligt dat anders.¹²⁰ In dat opzicht onderscheidt artikel 172a Gemw zich van de overige openbare orde bevoegdheden en juist daarin zie ik de toegevoegde waarde ten opzichte van het overige instrumentarium. Het gaat om een formele basis, waarin gedetailleerd¹²¹ is aangegeven onder welke voorwaarden en in welke omstandigheden de bevoegdheid kan worden toegepast. Het is in dat opzicht geen flexibel instrument voor plotseling opkomende overlast, maar een solide wettelijke basis om structurele overlast aan te pakken. Ten aanzien van *first offenders* kan het beëindigen van structurele overlast echter nog niet aan de orde zijn. Om die reden meen ik dat artikel 172a Gemw niet voor deze categorie overlastgevers is bedoeld.¹²²

Voor de tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding ligt het antwoord op de vraag naar de noodzaak van de wettelijke regeling meer gecompliceerd. Een vergelijkbare regeling bestaat er thans immers niet. Toch is ook daarmee de noodzaak niet zonder meer gesteld. In 2011 werd besloten om het wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid, dat veel overeenkomsten vertoont met het huidige conceptwetsvoorstel, in te trekken, omdat uit een evaluatieonderzoek bleek dat de noodzaak niet (meer) aanwezig was omdat er strafrechtelijke bepalingen zijn gekomen die zijn gericht op het tegengaan van terrorisme.¹²³ Terecht vraagt de commissie-Meijers zich af waarom dat anno 2015 anders zou zijn.¹²⁴ Bovendien bestaan er wel degelijk alternatieven voor het beperken van de bewegingsvrijheid van ronselende jihadstrijders. Denk daarbij wederom aan artikel 172, derde lid, Gemw, de APV, maar ook aan strafrechtelijke bepalingen.¹²⁵

118 Zie ook Kamerstukken II 2007/08, 31 467, nr. 4, p. 6; M.A.D.W. De Jong, ‘De Wet MBVEO: mateloos maakt machteloos’, *JBplus* 2011, p. 89.

119 Brouwer & Wierenga 2015, p. 316. De bevelen komen immers neer op door hemzelf bedachte maatregelen.

120 Brouwer & Wierenga 2015, p. 313. Om die reden biedt art. 172, derde lid, Gemw ook geen basis voor verwijderingsbevelen of verblijfsontzeggingen, op het moment dat de APV regelt dat de burgemeester kan optreden in geval van overlast: HR 11 maart 2008, NJ 2008/208, m.nt. P.A.M. Mevis.

121 Naar mijn mening overigens té gedetailleerd, zie hierna onder de toetsing aan de aanwijzingen voor de regelgeving.

122 Denkbaar is immers dat in de praktijk niet werkelijk sprake is van een *first offender*, maar dat er geen bewijs voorhanden is ten aanzien van eerder vertoond overlastgevend gedrag.

123 Kamerstukken I 2010/II, 30 566, E.

124 Advies Commissie Meijers en Raad voor de rechtspraak over het Ontwerpvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding 28 en 29 april 2015, p. 6 c.q. 2.

125 Art. 205 Sr stelt het ronselen van personen voor een gewapende strijd strafbaar, hetgeen een geval betreft waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten onder art. 67, eerste lid, onder a, Sv. De voorlopige hechtenis kan worden geschorst onder bijvoorbeeld vrijheidsbeperkende voorwaarden

5.2.2 Wettelijke regeling in overeenstemming met EVRM?

Artikel 2 VP EVRM vereist voor een legitieme beperking van het recht op bewegingsvrijheid dat deze bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving in relatie tot een van de genoemde belangen. Aan dit laatste vereiste wordt in beide wettelijke regelingen voldaan: het burgemeestersbevel dient (in ieder geval) het belang van de handhaving van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten; de voorgestelde vrijheidsbeperkende maatregel voor jihadisten dient de nationale en openbare veiligheid. Dan resteert een toetsing aan de vereiste wettelijke grondslag én een noodzakelijkheidstoetsing in verband met het nagestreefde doel. Is de toepassing van beide instrumenten noodzakelijk om dit doel te bereiken? Deze toetsing aan noodzakelijkheid ziet op de toepassing van het specifieke instrument en dus niet op de vraag naar noodzakelijke nieuwe wetgeving. Gedeeltelijk overlappen zij elkaar, omdat in beide gevallen bestaande alternatieven een rol spelen. De (minder ingrijpende) alternatieven van (vrijheidsbeperkend) optreden bieden echter niet altijd een werkelijk alternatief vanuit het oogpunt van nieuwe wetgeving. Die vraag ziet immers op alternatieven in zijn algemeenheid en bij de vraag naar toepassing van een instrument op de alternatieven in dit specifieke geval. Zo is het geven van een waarschuwing door een opsporingsambtenaar niet in zijn algemeenheid een alternatief voor nieuwe wetgeving, maar in het specifieke geval had dit wellicht hetzelfde doel bereikt als het geven van een verwijderingsbevel.

Het EVRM vereist niet alleen het bestaan van een wettelijke grondslag, maar ook dat overheidsingrijpen voorzienbaar is. De wettelijke grondslag moet daartoe voldoende toegankelijk en redelijkerwijze begrijpelijk zijn. Zo moet nauwkeurig worden aangegeven in welke gevallen en onder welke voorwaarden en omstandigheden een instrument kan worden toegepast. De voorgestelde Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen is in dat licht op zijn minst discutabel. De voorwaarde dat de ‘gedragingen van een persoon in verband kunnen worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan’, is vaag geformuleerd. Voor betrokkene zal niet op voorhand duidelijk zijn welk gedrag tot oplegging van de maatregel leidt. Is sprake van zo’n gedraging als je een Syrië-ronselaar kent of met die persoon hebt gesproken? Is daarvan sprake als je naar een moskee gaat waarvan bekend is dat daar ook personen komen met radicale opvattingen over de jihad? De beoordelingsmarge die de minister heeft om de bevoegdheid toe te passen, is dan ook erg ruim: een concrete reikwijdte en/of begrenzing van die beoordelingsmarge ontbreekt. Dit zou verholpen kunnen worden door bijvoorbeeld te vereisen dat sprake moet zijn van ‘gedragingen die klaarblijkelijk in verband kunnen worden gebracht met terroristische activiteiten’.¹²⁶ Door het gebruik van een dergelijk vereiste wordt de reikwijdte van de beoordelingsmarge ingeperkt op een wijze die ook toetsbaar is. Op dit moment biedt de voorgestelde

(art. 80 Sv). Ook kan gedacht worden aan de in dit preadvies beschreven gedragsaanwijzing van art. 509hh Sv. Opmerking verdient dat beide regelingen verbonden zijn aan een strafrechtelijke procedure bij de rechtbank. Los daarvan kunnen zij niet worden ingezet.

¹²⁶ De term ‘klaarblijkelijk’ is gebruikelijk bij bestuursrechtelijke preventieve sancties (art. 5:7 Awb) en veronderstelt een grote mate van waarschijnlijkheid.

regeling nauwelijks houvast voor de rechter om over de rechtmatigheid van een opgelegde maatregel te oordelen.¹²⁷

Voor de vereiste voorzienbaarheid is voorts van belang of er op enigerlei wijze waarborgen zijn ingebouwd om arbitraire beslissingen te voorkomen, bijvoorbeeld door een rechterlijke toets. Om die reden zou een voorafgaande of automatische rechterlijke toets na een aantal dagen, zoals bij het rechterlijk bevel ter handhaving van de openbare orde (art. 540 e.v. Sv) respectievelijk de Wet tijdelijk huisverbod, een belangrijke waarborg kunnen bieden. Gelet op het geringe aantal gevallen waarin de maatregel naar verwachting zal worden toegepast, zal een rechterlijke toets geen zware, onoverkomelijke belasting voor de rechterlijke macht betekenen.¹²⁸

Het opleggen van een gebiedsverbod aan een overlastgever of jihadist moet een belang dienen dat genoemd wordt in artikel 2, derde lid, VP EVRM. Bovendien moet het opleggen van dit verbod noodzakelijk zijn om dat belang te dienen. Er moet dus geen lichter alternatief zijn en de inhoud van het verbod moet, zowel qua duur als omvang, niet in een onredelijke verhouding staan tot het nagestreefde doel. Als gezegd vormt het nagestreefde belang geen obstakel, nu de handhaving van de openbare orde, de voorkoming van strafbare feiten en publieke veiligheid legitieme belangen zijn ingevolge artikel 2, derde lid, VP EVRM. De noodzakelijkheidseis dwingt de bevoegde autoriteit echter wel om zich steeds af te vragen of het toepassen van de bevoegdheid in dit geval nodig is, of er andere minder ingrijpende alternatieven zijn en of de concrete toepassing wel proportioneel is.¹²⁹ Dit laatste is voor wat betreft de duur in de wettelijke regeling van artikel 172a Gemw en de voorgestelde Tbmt verwerkt, door aan te geven dat het bevel of de vrijheidsbeperkende maatregel voor ten hoogste een bepaalde duur kan worden opgelegd. Idealiter moet de bevoegde autoriteit zich steeds afvragen (en ook motiveren) waarom een verbod van kortere duur niet volstaat. Ten aanzien van de Tbmt geldt dat deze onbeperkt kan worden verlengd. Dat staat niet alleen op gespannen voet met de vereiste voorzienbaarheid, maar ook met het proportionaliteitsvereiste van artikel 2 VP EVRM.

Voor de omvang van het verbod geven beide regelingen de burgemeester en de minister veel vrijheid. Zeker de Tbmt, die de mogelijkheid biedt een verbod op te leggen voor één of meer objecten of één of meer bepaalde delen van Nederland, geeft een zeer ruime marge. De minister zal naarmate het gebiedsverbod een grotere omvang heeft, nauwkeuriger moeten motiveren waarom niet met een beperkter verbod kon worden volstaan. Daarbij moet in ieder geval aandacht worden besteed aan individuele omstandigheden. Naar mijn idee zou het proportionaliteitsvereiste meer naar de voorgrond geschoven moeten worden, bijvoorbeeld door in de wettelijke regeling op te nemen dat het verbod noodzakelijk moet zijn om de nationale veiligheid te beschermen of ernstige verstoringen, in geval van artikel 172a Gemw, te voorkomen. Dit vereist artikel 2, derde lid, VP EVRM nu ook reeds, maar daarbij gaat het om een (rechterlijke) toetsing achteraf. Het opnemen van dit vereiste in de wettelijke regeling zelf verplicht de minister of

127 Advies Raad voor de rechtspraak 29 april 2015, p. 2.

128 Conceptwetsvoorstel, memorie van toelichting, p. 30; Advies College voor de Rechten van de Mens 28 april 2015, p. 2 en 6.

129 Deze noodzakelijkheidstoets ziet dus op de toepassing van het instrument en niet op de noodzakelijkheid van het instrument als zodanig.

de burgemeester in de motivering van het gebiedsverbod expliciet aandacht te besteden aan de proportionaliteit van het verbod. Ook zou het goed zijn de maximale omvang van het verbod in de wettekst op te nemen, omdat het nu onduidelijk is hoe omvangrijk dit verbod mag zijn. Het onderscheid in de nu gebruikte terminologie is daarvoor te cryptisch. Het geven van meer handvatten in de wettelijke bepaling van het gebiedsverbod biedt niet alleen meer waarborgen in het licht van artikel 2, derde lid, VP EVRM, maar draagt bovendien bij aan de wetgevingskwaliteit.

5.2.3 Wettelijke regeling in overeenstemming met de aanwijzingen voor de regelgeving?

De wetgever heeft zich ten aanzien van het burgemeestersbevel van artikel 172a Gemw naar mijn mening onvoldoende rekenschap gegeven van de aanwijzingen voor de regelgeving. Vanuit meerdere aanwijzingen bezien is de regeling problematisch. Zo zijn de toepassingsvoorwaarden niet duidelijk en zeker niet beknopt geformuleerd. Bovendien is dit jonge instrument ‘niet bestendig gebleken’. Nog geen twee jaar nadat de Wet MBVEO in werking trad, werd een initiatiefnota ter aanscherping van deze wet ingediend¹³⁰ en in 2014 lag er een wetsvoorstel.¹³¹ Daarbij werden geen ondergeschikte, technische wijzigingen voorgesteld, maar een ingrijpende wijziging ten aanzien van het toepassingsbereik van het burgemeestersbevel. Terecht merkt de Raad van State in zijn advies over dit snelle wijzigingstraject op: “Een regeling moet de tijd worden gegund om zich in de praktijk te bewijzen. De opgedane ervaringen met deze wet bestrijken nog een te korte periode om zinvolle conclusies te trekken.”¹³² Herhaaldelijke wetswijzigingen hebben bovendien tot gevolg dat het bestuur zich steeds opnieuw op de gewijzigde regels moet oriënteren. Dit laatste is, mede gezien de ingewikkelde constructie van het gewijzigde eerste lid van artikel 172a Gemw, zeker aan de orde. Bovendien leert de ervaring met deze wet, in het bijzonder met artikel 172b Gemw (het burgemeestersbevel voor twaalfminners), dat gemeenten (terecht) terughoudend zijn in de toepassing van ingrijpende instrumenten. Het is dan ook de vraag of het burgemeestersbevel van artikel 172a Gemw, zeker gezien de gesignaleerde ‘koudwatervrees’ bij gemeenten,¹³³ daadwerkelijk ingezet zal worden.

Voor de Tbmt valt in het kader van de aanwijzingen van de regelgeving te wijzen op het begrip ‘terroristische activiteiten’, dat in het wetsvoorstel niet nader wordt gedefinieerd. Sterker nog, expliciet wordt aangegeven dat dit begrip niet wordt gedefinieerd om het bestuur een zekere interpretatievrijheid te geven bij de uitleg daarvan. Dit begrip heeft in het strafrecht evenwel een expliciete betekenis (art. 83a Sr). In het licht van aanwijzing 58, dat een eenduidige terminologie voorschrijft, kunnen hier dus op z’n minst vraagtekens bij worden gezet. Eenzelfde begrip, waarvan niet duidelijk is of het in de bestuursrechtelijke context dezelfde betekenis heeft als in het strafrecht, is in de praktijk problematisch omdat het

130 Kamerstukken II 2011/12, 33 281, nr. 1-2.

131 Kamerstukken II 2013/14, 33 882, nr. 1-3.

132 Kamerstukken II 2013/14, 33 882, nr. 4, p. 4.

133 Naar de formulering van de wetsevaluatie: Op doel? Evaluatie van de Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast, Pro facta, Groningen 22 juni 2012, p. 50 en 84.

leidt tot onduidelijkheid voor wat betreft de toepassing van de wettelijke regeling en de toetsing ervan.¹³⁴ Dat geldt temeer daar in de voorgestelde wettelijke regeling of de memorie van toelichting niet expliciet staat dat van de strafrechtelijke betekenis van het begrip wordt afgeweken.

5.3 Strafrechtelijke gebiedsverboden getoetst

5.3.1 Noodzaak nieuwe wetgeving?

De gedragsaanwijzing van de officier van justitie is een instrument dat kort na een strafbaar feit wordt ingezet om, door middel van (vrijheidsbeperkende) aanwijzingen, de verdachte onder het bereik van justitie te houden tot aan de terechtzitting. Het strafrecht beschikt in dat kader reeds over verschillende instrumenten. Over de toegevoegde waarde van de gedragsaanwijzing in het licht van dit bestaande instrumentarium heb ik me al eerder met Moerman kritisch uitgelaten.¹³⁵ Zo is de gelijkenis met het rechterlijk bevel ter handhaving van de openbare orde (art. 540 e.v. Sv) treffend. Op grond van artikel 540 Sv kan de rechter-commissaris een bevel geven, kort nadat een strafbaar feit is begaan dat de openbare orde ernstig heeft verstoord. Een dergelijk bevel is geen sanctie die wordt opgelegd naar aanleiding van het strafbare feit, maar heeft primair tot doel herhaling van het vertoonde gedrag (en dus een verdere verstooring van de openbare orde) te voorkomen. Aan de inhoud van de bevelen worden nauwelijks beperkingen gesteld.¹³⁶ Vrijheidsbeperking behoort in ieder geval tot de mogelijkheden.¹³⁷ De gelijkenis tussen het rechterlijk bevel en de gedragsaanwijzing van de officier van justitie is dus sterk. De voorwaarden voor toepassing zijn sterk vergelijkbaar en ze bieden beide de mogelijkheid vrijheidsbeperking te gelasten als directe reactie op een strafbaar feit dat de openbare orde heeft verstoord. De regeling van het rechterlijk bevel ter handhaving van de openbare orde biedt bovendien een belangrijke waarborg. Het is niet de officier van justitie, maar de rechter-commissaris die het bevel geeft. Het rechterlijk bevel ter handhaving van de openbare orde is onbekend en onbeminde gebleven: het bevel is sinds de komst ervan in het Wetboek van Strafvordering nauwelijks toegepast.¹³⁸ Dit betekent echter niet dat daardoor op voorhand de toegevoegde waarde van een nieuwe regeling in handen van een andere autoriteit bewezen is. Het is op zijn minst vreemd dat er twee wettelijke bepalingen bestaan die een zo sterk vergelijkbare basis bieden voor strafrechtelijke vrijheidsbeperking in de fase van het voorbereidend onderzoek. Had het niet voor de hand gelegen beide regelingen in

134 Advies Raad voor de rechtspraak 29 april 2015, p. 3.

135 Jue-Volker & Moerman 2013, p. 309-320.

136 Jue-Volker & Moerman 2013, p. 314.

137 Zo blijkt uit de memorie van toelichting, waarin gewezen wordt op een herbergverbod of een toenaderingsverbod: Kamerstukken II 1913/14, 286, nr. 3, p. 171.

138 A.G. Mein & A.R. Hartmann, Evaluatierapport wijzigingen artikel 141 Wetboek van Strafrecht en artikel 540 e.v. Wetboek van Strafvordering, Den Haag: WODC 2004. Zie over de toepassing van de rechterlijke bevelen voor 1970: F. Panholzer, *De rechterlijke bevelen ter handhaving van de openbare orde*, Amsterdam: Uitgeverij Van Tilburg 1975.

samenhang te bezien en mogelijk te integreren?¹³⁹ De waarborg van de rechterlijke toetsing bij het rechterlijk bevel is bijvoorbeeld een belangrijk aspect dat nu met een nieuwe regeling eenvoudig wordt omzeild. Welke officier van justitie zal nog naar artikel 540 Sv grijpen, als hij zelf een vergelijkbaar instrument tot zijn beschikking heeft? Het argument van snelheid als toegevoegde waarde ten opzichte van artikel 540 Sv overtuigt mij in dat verband niet. Over vergelijkbare dwangmiddelen in het strafrecht moet een rechter(-commissaris) ook binnen korte tijd beslissingen nemen en de snelrechtprocedures na Oud en Nieuw laten zien dat rechterlijke toetsing en snelheid elkaar zeker niet uitsluiten.

Naast het rechterlijk bevel ter handhaving van de openbare orde is er ook een sterke gelijkenis met de schorsing van de voorlopige hechtenis (art. 80 Sv), waarbij de rechter-commissaris de voorlopige hechtenis kan schorsen onder voorwaarden. De verdachte wacht dan in vrijheid zijn strafzaak af, maar blijft onder justitieel bereik. De voorwaarden kunnen bijvoorbeeld inhouden dat de verdachte niet in een bepaalde wijk of in een bepaalde straat mag komen. De gelijkenis tussen de schorsing van de voorlopige hechtenis en de gedragsaanwijzing blijkt uit de plaats in het strafproces (voorafgaand aan de terechtzitting) maar ook uit het doel en de inhoud van de mogelijk te nemen maatregelen.¹⁴⁰ Volgens de wetgever is het verschil tussen beide instrumenten het ruimere toepassingsbereik van de gedragsaanwijzing. Daarin zit de toegevoegde waarde, omdat de gedragsaanwijzing kan worden toegepast voor strafbare feiten waarvoor geen voorlopige hechtenis is toegelaten.¹⁴¹ Met Moerman stelde ik al eerder dat dit beeld nuancering behoeft. Voor beide instrumenten zijn ernstige bezwaren nodig (meer dan een redelijk vermoeden van schuld) en ze kunnen beide toegepast worden in geval van recidivegevaar voor personen of goederen. Bovendien somt artikel 67 Sv, naast een misdrijf waarop vier jaar gevangenisstraf of meer is gesteld, inmiddels een waslijst met strafbare feiten op die een geval opleveren voor voorlopige hechtenis (zoals mishandeling, artikel 300 Sr en vernieling, art. 350 Sr). Het is dus maar de vraag of er strafbare feiten onder het toepassingsbereik van artikel 509hh Sv vallen, waarvoor niet ook voorlopige hechtenis openstaat.

Gezien de beschreven gelijkenissen met het rechterlijk bevel ter handhaving van de openbare orde en de schorsing van de voorlopige hechtenis onder voorwaarden, onderschrijf ik niet de toegevoegde waarde die de wetgever ziet in de gedragsaanwijzing van de officier van justitie. Temeer daar de andere instrumenten wél de waarborg bieden van een voorafgaande rechterlijke toetsing.

Ook van de noodzaak van de nieuwe toezichtsmaatregel in het strafrecht ben ik niet op voorhand overtuigd. Het strafrechtelijke sanctiestelsel kent diverse toezichtkaders waarbinnen vrijheidsbeperkende voorwaarden kunnen worden gesteld. Daarnaast is recent de vrijheidsbeperkende maatregel als zelfstandige sanctie aan het strafrechtelijke sanctiearsenaal toegevoegd. Het strafrecht biedt dus mogelijkheden te over voor vrijheidsbeperving en/of langdurig toezicht.¹⁴²

139 Zie ook F.W. Bleichrodt, 'Beperving van bewegingsvrijheid en beïnvloeding van gedrag in het Nederlandse straf- en strafprocesrecht', in: F.W. Bleichrodt & S. de Decker, *Gedragsverboden en vrijheidsbepervingen*, Preadvis voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 27-28.

140 Jue-Volker & Moerman 2013, p. 315.

141 Kamerstukken II 2007/08, 31 467, nr. 3, p. 10.

142 Terecht spreekt Struijk dan ook van de overheid als Rupsje Nooitgenoeg: Struijk 2014, p. 142.

Bestaan er dan wel legitimerende leemten in het strafrecht? Dit wordt door de wetgever kennelijk wel zo gevoeld, omdat de bestaande toezichtkaders tijdelijk zijn. Op een zeker moment is er dus geen zicht meer op het doen en laten van de ex-delinquenten en kan het gedrag niet meer worden beïnvloed door het stellen van voorwaarden aan een veroordeling of invrijheidstelling. Hoewel het slechts een kleine groep personen betreft die na het eindigen van toezicht een risico vormt, brengt het risico van deze groep voor de wetgever voldoende legitimering voort om in een nieuwe toezichtsmaatregel te voorzien. Dit leidt tot de principiële vraag of het ontbreken van een wettelijk (toezicht)kader op een bepaald moment, op zichzelf voldoende legitimatie vormt voor een nieuwe wettelijke regeling. Er is immers een belangrijke reden dát het een keer ophoudt. Een straf is, met uitzondering van de levenslange gevangenisstraf, tijdelijk van aard. Een geleidelijke terugkeer naar de samenleving staat centraal in de beschreven toezichtkaders. Dat toezicht houdt dus een keer op.

Toch biedt de nieuwe toezichtsmaatregel ook de gewenste vernieuwing ten opzichte van het bestaand instrumentarium. Beter gezegd, het voorziet in een juridische grondslag voor vrijheidsbeperkende voorwaarden die thans in de praktijk worden gesteld met gebruikmaking van wettelijke kaders die daarvoor geen grondslag bieden. Met name het vestigingsverbod en de verhuisplicht vullen een door de praktijk blijkbaar ervaren leemte, nu dergelijke voorwaarden worden gegeven in de vorm van bijvoorbeeld bevelen ter handhaving van de openbare orde.¹⁴³ Deze vergaande maatregelen (die immers niet alleen een beperking van de bewegingsvrijheid tot gevolg hebben, maar vooral een inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer en mogelijk zelfs het recht op eigendom, zoals neergelegd in artikel 1 EP EVRM) kunnen gewenst zijn in een zedenzaak of ernstige geweldszaak, waarin dader en slachtoffer(s) bij elkaar in de buurt wonen. Indien echter zulke vergaande inbreuken op verschillende verdragsrechten worden gemaakt, is een specifieke wettelijke grondslag vereist. Dit volgt uit het EVRM en blijkt ook uit het feit dat pogingen van diverse burgemeesters in het verleden mislukt zijn.¹⁴⁴ Een specifieke wettelijke grondslag is dus vereist, maar is dan een nieuwe toezichtsmaatregel noodzakelijk? Aansluiting bij bestaande wetgeving had mijns inziens de voorkeur gehad, door het vestigingsverbod en de verhuisplicht toe te voegen als bijzondere voorwaarden aan de bestaande toezichtkaders van bijvoorbeeld de voorwaardelijke veroordeling en voorwaardelijke invrijheidstelling. Dit ligt zeker voor de hand nu de proeftijd van de voorwaardelijke veroordeling in geval van recidiverisico is opgeschroefd naar tien jaar (artikel 14b, tweede lid, Sr) en met het aanhangige wetsvoorstel van de toezichtsmaatregel tevens is voorgesteld de proeftijd van de voorwaardelijke invrijheidstelling verder op te rekken.¹⁴⁵

143 Zie bijvoorbeeld: Rb. Den Bosch 5 augustus 2010, AB 2010/304, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

144 Huls en Brouwer wezen op de mogelijkheden die de collectieve vordering van art. 3:305b BW de burgemeester biedt (Huls & Brouwer 2013, p. 25 e.v.). Tot op heden is een dergelijke vordering nog niet succesvol geweest: Rb. Midden-Nederland 6 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5494.

145 Kamerstukken II 2013/14, 33 816, nr. 3, p. 24.

5.3.2 *Wettelijke regeling in overeenstemming met EVRM?*

Niet alleen zijn er kanttekeningen te plaatsen bij de noodzaak van nieuwe strafrechtelijke gebiedsverboden. Ook vanuit het perspectief van de uit het EVRM voortvloeiende waarborgen moeten enkele opmerkingen worden gemaakt. Het reeds besproken voorzienbaarheidsvereiste stelt eisen aan de wettelijke regeling, in die zin dat de gevolgen van bepaald gedrag redelijkerwijze voorzienbaar moeten zijn. De nieuwe toezichtsmaatregel staat daarmee op gespannen voet. Immers, niet geheel voorzienbaar is hoelang de maatregel voortduurt. De maatregel wordt steeds opgelegd voor de duur van twee tot vijf jaar, maar kan onbeperkt worden verlengd. Deze verlenging is bovendien niet gekoppeld aan objectieve criteria, zoals overtreding van de voorwaarden, maar aan de inschatting van het recidiverisico door de rechter. Daarnaast is het uit een oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit de vraag of deze ingrijpende nieuwe toezichtsmaatregel werkelijk noodzakelijk is om het nagestreefde belang of doel (voorkoming van strafbare feiten, handhaving van de openbare orde, bescherming van de rechten en vrijheden van anderen) te bereiken. Juist omdat ook de hiervoor genoemde toezichtkaders daartoe reeds mogelijkheden bieden en deze kaders wél tijdelijk van aard zijn. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat de voorgestelde vrijheidsbeperkende voorwaarden zeer ingrijpend zijn en niet alleen een straat- of wijkverbod kunnen inhouden, maar ook een vestigingsverbod of verhuisplicht. Hoewel ik een codificatie van dergelijke ingrijpende verplichtingen prefereer boven het alternatief van ‘aanrommelen met artikel 172, derde lid, Gemw’ of privaatrechtelijke acties op grond van artikel 3:305b BW, zou voor deze ingrijpende voorwaarden een (extra) proportionaliteitstoets in de wettelijke regeling van de bestaande toezichtkaders kunnen worden verankerd. Op die manier moet de rechter (of het openbaar ministerie in geval van de voorwaardelijke invrijheidstelling) ook nadrukkelijk motiveren waarom in dit geval deze voorwaarde de enige mogelijkheid is om het gewenste doel te bereiken.

5.3.3 *Wettelijke regeling in overeenstemming met de aanwijzingen voor de regelgeving?*

Vanuit de aanwijzingen voor de regelgeving bezien is het niet alleen opmerkelijk, maar vooral ook onwenselijk dat artikel 509hh Sv een afwijkende terminologie heeft ten opzichte van het bestuursrechtelijke artikel 172a Gemw, evenals van andere strafrechtelijke modaliteiten. Dit geldt evenzeer voor de nieuwe toezichtsmaatregel, die qua terminologie wel aanknoopt bij de voorwaardelijke modaliteiten, maar niet bij bijvoorbeeld de vrijheidsbeperkende maatregel. Bovendien is opmerkelijk dat naar de letter van de wet de gedragsaanwijzing van de officier van justitie verdergaande mogelijkheden biedt voor vrijheidsbeperving (een verbod voor een heel gebied) dan bijvoorbeeld de door de rechter op te leggen toezichtsmaatregel (een verbod voor een locatie). Het is daarom van groot belang een algemeen signaal te geven aan de wetgever om meer aandacht te besteden aan deze terminologie, zeker omdat dit vaak het enige aanknopingspunt biedt om te bepalen welk verbod van welke omvang is toegestaan. Veel woorden worden daaraan in de wetsgeschiedenis niet vuilgemaakt en de rechtspraak is zo casuïstisch dat ook daaruit geen scherpe lijn kan worden afgeleid. Indien de wetgever

dan ook nog, schijnbaar willekeurig, met verschillende termen werkt, zet dit de deur open voor vergaande beperkingen van de bewegingsvrijheid die een toetsing in Straatsburg mogelijk niet doorstaan. Dat de wetgever over dit punt (te) makkelijk denkt, blijkt bijvoorbeeld uit de wetsgeschiedenis van de nieuwe voorgestelde toezichtsmaatregel, waarin de wetgever over het vestigingsverbod en de verhuisplicht stelt:

‘Deze voorwaarden betreffen een verbijzondering van het verbod om zich op of in de directe omgeving van een bepaalde locatie te bevinden. Op grond van deze meer algemeen geformuleerde voorwaarde kon een verhuisplicht of vestigingsverbod de facto mitsdien reeds worden bewerkstelligd.’

Afstemming en uitleg zijn gewenst, zodat niet alleen de bevoegde autoriteit, maar ook de rechter die zich over de rechtmatigheid van een gebiedsverbod moet buigen, weet wat de marge is van rechtmatige vrijheidsbeperking op grond van de ingeroepen wettelijke bepaling.

Uitbreiding of wildgroei?

Wetgeving en beleid zijn steeds meer gericht op het vergroten van de maatschappelijke veiligheid. In dat kader worden nieuwe bevoegdheden aan het bestaande instrumentarium toegevoegd om zo slagvaardig mogelijk de openbare orde te handhaven en strafbare feiten te voorkomen. Gebiedsverboden zijn bij uitstek populair, omdat overlastgevend en/of strafbaar gedrag (tijdelijk) stopt in de straat, wijk of de gemeente waar dit gedrag als problematisch wordt ervaren. Ook kunnen gebiedsverboden relatief eenvoudig worden opgelegd; een voorafgaande rechterlijke toetsing of veroordeling is bijvoorbeeld niet (altijd) nodig.

Dat gebiedsverboden in trek zijn in de strijd tegen strafbare feiten, overlast en verloedering, is niet nieuw. Wel is het opvallend dat er aan de lopende band nieuwe vrijheidsbeperkende bevoegdheden aan het bestaande bestuursrechtelijke en strafrechtelijke instrumentarium worden toegevoegd. Het publiekrecht kent immers sinds jaar en dag al diverse bevoegdheden om gebiedsverboden op te leggen. In mijn preadvies heb ik om die reden onderzocht of er een noodzaak bestaat voor enkele nieuwe gebiedsverboden. Voegen deze nieuwe bevoegdheden daadwerkelijk iets toe aan het bestaand instrumentarium?

In dit preadvies staan de gebiedsverboden centraal van het burgemeestersbevel van artikel 172a Gemw, de voorgestelde vrijheidsbeperkende maatregel voor jihadisten, de gedragsaanwijzing van de officier van justitie en de voorgestelde zelfstandige toezichtsmaatregel. Voor deze bevoegdheden geldt dat er alternatieven bestaan om vrijheidsbeperking te gelasten. Toch rechtvaardigt het bestaan van alternatieven op zichzelf niet de conclusie dat de nieuwe gebiedsverboden dan overbodig zijn. Zo voorziet artikel 172a Gemw in een wettelijke regeling en procedure die met meer waarborgen is bekleed dan bijvoorbeeld het alternatief van de lichte bevelsbevoegdheid van artikel 172, derde lid, Gemw. Het toepassingsbereik zou echter in mijn optiek scherper moeten worden onderscheiden: de lichte bevelsbevoegdheid is bedoeld voor plotseling opkomende overlast; artikel 172a Gemw voor structurele, ernstige vormen van overlast. Door het schrappen van de vereiste herhaaldelijkheid heeft de wetgever dat onderscheid in mijn ogen afgezwakt. Daardoor is het onderscheidend karakter, en dus ook de toegevoegde waarde van artikel 172a Gemw, sterk verminderd. De nieuwe toezichtsmaatregel in het strafrecht biedt een grondslag voor vergaande vormen van vrijheidsbeperking, zoals de verhuisplicht en het vestigingsverbod. Deze geboden en verboden worden nu ingelezen in de bijzondere voorwaarde van het locatieverbod van de voorwaardelijke modaliteiten in het strafrecht. Het gebruik van het locatieverbod als grondslag voor een vestigingsverbod is in mijn optiek oneigenlijk, nu een dergelijke ruime interpretatie niet strookt met de beperkte uitleg van dit begrip in taalkundige zin. Bovendien staat deze lezing op gespannen voet met het legaliteitsvereiste. Soms wordt het vestigingsverbod gegrond op artikel 172, derde lid, Gemw of een privaatrechtelijke grondslag. Deze route lijkt gezien de bestaande

jurisprudentie evenmin een reëel alternatief. Dat deze route wordt gevolgd, maakt de wens uit de praktijk zichtbaar om een vestigingsverbod of verhuisplicht te kunnen opleggen. Deze wens heeft geresulteerd in de voorgestelde vergaande nieuwe toezichtsmaatregel, die onbeperkt verlengd kan worden en dus uiteindelijk levenslang kan voortduren. Dat is naar mijn mening een brug te ver. De wetgever had er ook voor kunnen kiezen om de verhuisplicht en het vestigingsverbod als bijzondere voorwaarde in de bestaande toezichtkaders van de voorwaardelijke veroordeling en invrijheidstelling op te nemen. Met name de voorwaardelijke invrijheidstelling is gericht op een geleidelijke terugkeer van de veroordeelde in de samenleving. De daaraan verbonden proeftijd is tijdelijk van aard: resocialisatie kan niet oneindig voortduren, althans niet binnen een justitieel kader. Voor de betrokkene is in geval van de voorwaardelijke veroordeling of invrijheidstelling dus voorzienbaar wanneer de (vrijheidsbeperkende) voorwaarden eindigen, in tegenstelling tot de voorgestelde toezichtsmaatregel.

Het voorgaande laat zien dat aanscherping van de bestaande wettelijke regeling of het creëren van nieuwe bevoegdheden soms wenselijk is. Het alternatief is immers dat een wettelijke regeling oneigenlijk wordt gebruikt, bijvoorbeeld door het gebiedsverbod te ruim te interpreteren of een bevoegdheid toe te passen in een situatie die daarvoor niet is bedoeld. De wetgever lijkt door zijn streven naar veiligheid in zijn wetgevende taak evenwel door te schieten. Het instrumentarium biedt steeds meer parallelle bevoegdheden die in dezelfde situatie kunnen worden ingezet, hetgeen afbreuk doet aan de overzichtelijkheid van het instrumentarium.

In de wettelijke regeling van de nieuwe gebiedsverboden is onmiskenbaar de wens van de wetgever te zien om zo snel mogelijk te kunnen optreden. Deze snelheid kan ten koste gaan van belangrijke waarborgen. Zo zijn de toepassingsvoorwaarden van de vrijheidsbeperkende maatregel voor jihadisten vaag geformuleerd. Dit geeft de bevoegde autoriteit veel discretionaire ruimte om de bevoegdheid in te zetten, maar maakt de toepassing van het instrument voor de betrokkene weinig voorspelbaar. Daarnaast lijkt het streven naar snelheid ook ten koste te gaan van de waarborg van een (voorafgaande) rechterlijke toetsing. De gedragsaanwijzing van de officier van justitie laat dat in het bijzonder goed zien. Het bestaande strafvorderlijke instrumentarium kent immers een vergelijkbaar toepassingsbereik en biedt ook de mogelijkheid om vrijheidsbeperkend op te treden voorafgaand aan een rechterlijke veroordeling. Het instrument heeft in dat opzicht nauwelijks een toegevoegde waarde. Die toegevoegde waarde zit volgens de wetgever in het feit dat de gedragsaanwijzing door de officier zelf wordt opgelegd; een voorafgaande rechterlijke toetsing zoals bij de andere instrumenten is niet nodig. Deze waarborg van een rechterlijke toets wordt met de gedragsaanwijzing zodoende zonder redelijk doel eenvoudig omzeild.

Inmiddels bestaat er een hele keur aan vrijheidsbeperkende instrumenten naast elkaar. Nog steeds is het instrumentarium niet compleet in de ogen van de wetgever, zo blijkt wel uit de voorgestelde bevoegdheden. Gebiedsverboden zijn en worden op verschillende plaatsen geregeld en dit arsenaal aan bevoegdheden getuigt nauwelijks van een bepaalde systematiek of samenhang. De nieuwe bevoegdheden worden qua toepassingsvoorwaarden bovendien zo weinig specifiek gemaakt dat het onderscheidend vermogen gering is ten opzichte van het bestaand instrumentarium. Om die reden kan niet langer van een uitbreiding van dit vrijheidsbeperkend instrumentarium worden gesproken, maar is eerder sprake van een wildgroei aan instrumenten. Deze ontwikkeling past naadloos in de

huidige veiligheidscultuur: aan de vruchten herkent men de boom. Dat dit een onwenselijke ontwikkeling is met het oog op de waarborgen die voortvloeien uit het EVRM, wetgevingssystematiek, in verband met de overzichtelijkheid van bevoegdheden voor de praktijk en het tegengaan van willekeur in de toepassing van die bevoegdheden, behoeft geen betoog. De wetgever zal zich hiervan bewust (er) moeten worden. Dat betekent dat hij niet alleen een beter gemotiveerde afweging moet maken of nieuwe instrumenten werkelijk nodig zijn, maar ook dat de voorgestelde wettelijke regeling van nieuwe bevoegdheden – met het oog op de kwaliteitseisen voor wetgeving – meer waarborgen biedt vanuit Straatsburgs perspectief.

Stellingen

1. De bevoegdheden van de 'Voetbalwet' voegen niets toe aan het bestaand instrumentarium.
2. De wettelijke regeling van gebiedsverboden moet meer handvatten bieden om het verboden 'gebied' vast te stellen en de rechtmatigheid ervan te beoordelen.
3. Ondanks recente gebeurtenissen in onder meer Parijs moet de voorgestelde vrijheidsbeperkende maatregel voor jihadisten scherper worden geformuleerd qua toepassingsvoorwaarden, om willekeur in de toepassing ervan te voorkomen.

Rechtsbescherming bij publiek-private handhaving van de openbare orde

Van fragmentatie naar integratie?

Mr. A.E. van Rooij*

| | | |
|-----------|---|------------|
| 1. | Inleiding | 121 |
| 1.1 | Samen sterk bij ordehandhaving in het semipublieke domein | 121 |
| 1.2 | Rechtsbescherming als waarborg tegen misbruik van macht | 123 |
| 1.3 | Opzet van het preadvies | 124 |
| 2. | Cumulatie van sancties en maatregelen als resultaat van PPS | 127 |
| 2.1 | ‘Sancties’ en ‘maatregelen’ | 127 |
| 2.2 | De toelaatbaarheid van cumulatie van publiekrechtelijke sancties en maatregelen | 129 |
| 2.3 | De cumulatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sancties | 136 |
| 2.4 | Het belang van het evenredigheidsbeginsel bij cumulatie | 144 |
| 3. | Rechtsbescherming bij publiek-private handhaving van de orde | 147 |
| 3.1 | Rechtsbescherming bij privaatrechtelijke sanctionering | 147 |
| 3.2 | Rechtsbescherming bij de strafvervolgning | 154 |
| 3.3 | Bestuursrechtelijke rechtsbescherming | 158 |
| 3.4 | De zwakke punten in de rechtsbescherming | 160 |

* Mandy van Rooij is promovenda bij de afdeling Staats- en bestuursrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Vrije Universiteit Amsterdam. Met dank aan K.J. de Graaf, L.C. Groen, R.J.E. Merkus, A.R. Neerhof, A.E. Schilder en R.C. Stam voor hun waardevolle commentaar bij eerdere versies. Bij de totstandkoming van dit preadvies is gesproken met diverse praktijkjuristen en beleidsadviseurs die werkzaam zijn op het terrein van voetbalveiligheid. Deze gesprekken hadden vooral een klankbordfunctie. Als hierna gerefereerd wordt aan feiten of ervaringen die alleen verkregen konden worden met deze gesprekken, en niet te herleiden zijn tot andere bronnen, dan is daar in de tekst of voetnoot nadrukkelijk melding van gemaakt.

| | | |
|-----------|--|------------|
| 4. | Van fragmentatie naar integratie? | 163 |
| 4.1 | Gefragmenteerde accountability | 163 |
| 4.2 | Een betere afstemming van sanctiestelsels en de bijbehorende rechtsbescherming | 165 |
| 4.3 | Geïntegreerde rechtsbescherming | 167 |
| 5. | Slot | 171 |
| | Stellingen | 173 |

I. Inleiding

I.1 Samen sterk bij ordehandhaving in het semipublieke domein

Wie vandaag de dag een voetbalwedstrijd bezoekt in de betaalde competities, krijgt te maken met allerlei veiligheidsmaatregelen en -procedures en met verschillende partijen die een rol spelen bij de uitvoering van die maatregelen. In het stadion houdt de betaald voetbalorganisatie (bvo) toezicht op een ordelijke gang van zaken. De politie houdt toezicht in de openbare ruimte, maar kan ook in het stadion optreden bij een verdenking van strafbare feiten of als de situatie daar escaleert en er sprake is van verstoring van de openbare orde. Als zich rondom de voetbalwedstrijd ongeregeldheden voordoen, kan dat achteraf vanuit verschillende hoeken gesanctioneerd worden. De officier van justitie kan strafbare feiten vervolgen, waarbij het de verdachte zwaar wordt aangerekend dat hij zich heeft misdragen in de sfeer van het voetbal; de eis of de beschikking kan 50% hoger zijn dan normaal.¹ Soms reikt de officier van justitie in het kader van de ZSM-aanpak meteen een boete door middel van een strafbeschikking uit, die de verdachten ter plekke kunnen betalen.² De burgemeester kan onder meer een gebiedsverbod, groepsverbod en meldplicht als maatregel opleggen aan personen die de openbare orde ernstig verstoord hebben, als er ernstige vrees is voor herhaling. Ten slotte zijn er de stadionverboden die de bvo's en de Koninklijke Nederlandse Voetbal Bond (KNVB) opleggen. Het KNVB-stadionverbod gaat vergezeld van een geldboete van maximaal € 450, die aan de KNVB toekomt. Voor personen die te maken krijgen met meerdere sancties en maatregelen, kan het voelen alsof ze dubbel of zelfs driedubbel gestraft worden.

Het voorgaande illustreert hoe private partijen en de overheid ieder gebruikmaken van hun eigen instrumenten om de orde en veiligheid bij voetbalwedstrijden te waarborgen. Deze partijen stemmen hun optreden doorgaans onderling af. Er is sprake van publiek-private samenwerking (PPS): publieke en private partijen werken op vrijwillige basis samen en behouden hun eigen identiteit en verantwoordelijkheid.³ Bij PPS aanvaarden partijen expliciet een gezamenlijk doel, zoals de aanpak van voetbalgerelateerde overlast en geweldpleging, en maken zij

1 Aanwijzing kader voor strafvordering en OM-afdoeningen, *Strt.* 2015, 4952, inwerkingtreding 1 maart 2015. Onder meer uitgewerkt in de Richtlijn voor strafvordering openlijke geweldpleging, *Strt.* 2015, 4226, Richtlijn voor strafvordering vernieling, *Strt.* 2015, 4431 en Richtlijn discriminatie, *Strt.* 2015, 4225.

2 Zie over ZSM par. 2.2.2.

3 A.B. Hoogenboom & E. Muller, *Vorbij de dogmatiek. Publiek-private samenwerking in de veiligheidszorg*, Den Haag: COT (Politie & Wetenschap) 2002, p. 24. Bij publiek-private samenwerking is evenwel geen sprake van een vastomlijnde definitie, omdat omschrijvingen verrijkt zijn met allerlei onscherpe normatieve criteria, aldus S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: *Privaat bestuur?*, VAR-Reeks 140, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 66.

afspraken over hun optreden om dat doel te bereiken. PPS op het terrein van openbare orde en veiligheid wordt ook wel aangeduid als een ‘integraal veiligheidsbeleid’.⁴ De afspraken over de integrale aanpak in het voetbal zijn door de ketenpartners vastgelegd in het Landelijk actieplan tegen voetbalgeweld, het *Kader voor beleid: voetbal en veiligheid* en lokale convenanten.⁵

Op het gebied van openbare orde en veiligheid is de samenwerking van publieke en private partijen rondom voetbalwedstrijden slechts één van de vele voorbeelden. De toename van PPS op het terrein van veiligheid past bij de gedachte die postvatte in de jaren tachtig en negentig dat de klassieke driehoek de aanpak van complexe maatschappelijke overlast en criminaliteit niet alleen aankan en dat private partijen hier ook hun verantwoordelijkheid moeten nemen.⁶ Een ander voorbeeld betreft de zogenoemde collectieve horeca- en winkelontzeggingen voor de aanpak van uitgaansgeweld en winkeldiefstallen in horeca- en winkelgebieden.⁷ Horecaondernemers en winkeliers leggen aan overlastgevers en vermeende winkeldieven een toegangsverbod op dat niet alleen geldt voor hun eigen zaak, maar ook bij alle aangesloten ondernemers. De politie, burgemeester en officier van justitie helpen bij de uitvoering hiervan. Afspraken worden vastgelegd in convenanten, protocollen en actieplannen. Ook in het openbaar vervoer werken vervoerders, buitengewoon opsporingsambtenaren, de politie en de officier van justitie samen in de aanpak van notoire zwartrijders en agressieve reizigers. Al jaren experimenteren vervoerders met openbaar-vervoersverboden.⁸

Wat voetbalstadions, winkels, horecagelegenheden en het openbaar vervoer gemeen hebben, is dat het gaat om plaatsen die voor het publiek toegankelijk zijn, maar die worden beheerd door private partijen. Ik noem dat semipublieke plaatsen. De private beheerders kunnen nadere regels stellen aan de toegang, zoals beperkte openingstijden, een verplichte entreeprijs of een dresscode. Bovendien kunnen zij een doel verbinden aan het verblijf ter plaatse; dat is gebruikelijk in winkels, horeca, ziekenhuizen en bibliotheken. Aangezien toegang en verblijf op dit soort plaatsen niet onvoorwaardelijk zijn, zijn het geen openbare plaatsen.⁹ Echter, zolang toegang en gebruik open blijven voor een onbepaalde groep personen, zonder aanzien des persoons, is de plaats wel voor het publiek

4 Ministerie van BZK, *De gids voor Veiligheid: 99 vragen over veiligheid en hun antwoorden*, Amsterdam: Joh. Enschedé 1998: ‘het systematisch en samenhangend werken aan behoud of verbetering van de lokale veiligheid in al haar facetten onder regie van het bestuur’. Naast PPS kan integraliteit zien op een sector-overstijgende aanpak (klassieke criminaliteit, milieu, verkeer, zorg) en de afstemming van de verschillende fases (proactief, preventief, responsief en herstellend optreden). Zie R. Prins & L. Cachet, ‘Integrale veiligheidszorg en de burgemeester’, *Tijdschrift voor Veiligheid* 2011, p. 43-58. Ik beperk dit preadvies tot PPS.

5 Landelijk actieplan tegen voetbalgeweld: Bijlage bij *Kamerstukken II 2011/12*, 25 232, nr. 60; *Kader voor beleid: voetbal en veiligheid*, Bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 25 232, nr. 57.

6 Zie over de verschillende oorzaken van toename van particuliere betrokkenheid in de veiligheidszorg: R. van Steden, *Privatizing policing: describing and explaining the growth of private security* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Bju Legal Publishers 2007.

7 Zie uitgebreid: A.E. van Rooij, ‘Private ordehandhaving op voor publiek toegankelijke plaatsen. Grondrechtelijke grenzen collectieve winkel- en horecaontzeggingen’, in: J.G. Brouwer & A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde. Over private ordehandhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014(a), p. 51-80.

8 R. van Steden e.a., ‘Toezichthouders op de tram. Een studie naar de handhaving van het overbod in Amsterdam en Rotterdam’, *Tijdschrift voor Toezicht* 2012-4, p. 9-21.

9 In de zin van art. 1 Wet openbare manifestaties. *Kamerstukken II 1985/86*, 19 427, nr. 3, p. 15-16.

toegankelijk.¹⁰ De private beheerder draagt in zijn domein zorg voor de ordelijke gang van zaken, maar de burgemeester blijft ook bevoegd tot handhaving van de openbare orde op basis van de Gemeentewet (Gemw) en de algemene plaatselijke verordening (APV). Vanwege deze overlappende verantwoordelijkheden liggen juist bij de ordehandhaving in het semipublieke domein publiek-private afstemming en samenwerking voor de hand.

1.2 Rechtsbescherming als waarborg tegen misbruik van macht

In dit preadvies richt ik mij op de rechtsbescherming die een betrokken (vermeende) overlastgever geniet op het moment dat hij geconfronteerd wordt met een cumulatie van sancties, als resultaat van PPS. Welke grenzen stelt het recht aan de complexe publiek-private handhaving van de orde in het semipublieke domein? Is cumulatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sanctionering toelaatbaar? En, hoe wordt gecontroleerd of de betrokken partijen binnen de grenzen van hun bevoegdheden blijven? Op papier kan een PPS er rechtmatig uitzien, maar hoe wordt gewaarborgd of de betrokken partijen – publiek en privaat – zich in de praktijk ook houden aan de regels?

‘Rechtsbescherming’ is het geheel van mogelijkheden om de rechtmatigheid van handelingen die de rechtspositie van burgers beïnvloeden te laten toetsen en geconstateerde onrechtmatigheid te laten redresseren.¹¹ Bij de toetsing van de rechtmatigheid van bepaald handelen vervult de onafhankelijke rechterlijke macht een belangrijke taak, maar er zijn ook andere organen die een toetsing aan het recht in individuele gevallen uitvoeren.¹² Te denken valt aan bestuursorganen in de bestuursrechtelijke voorprocedure (bezwaar of administratief beroep), de Nationale ombudsman en het College voor de Rechten van de Mens. In dit preadvies gaat de aandacht ook uit naar het functioneren van klachtencommissies die zijn ingesteld door private partijen of door publieke en private partijen tezamen in het kader van PPS.¹³ Dergelijke commissies fungeren als een eerste controle op het handelen van private partijen of de publieke en private partijen gezamenlijk, meestal voordat er een rechter aan te pas komt.

Rechtsbescherming is één van de mechanismen waarmee een ‘machthebber’ of het bevoegd gezag verantwoording aflegt over de uitoefening van zijn bevoegdheden, hetgeen wenselijk is in het licht van het accountability-beginsel.¹⁴ Dit beginsel vergt dat de machthebber informatie verstrekt, uitleg geeft en zijn

10 L.D. Ruigrok, *Onmiddellijke handhaving van de openbare orde of bestuursdwang. Het bevel en de last in historisch en rechtsvergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 234; B.M.J. van der Meulen, *Ordehandhaving; actoren, instrumenten, waarborgen* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 23.

11 Vgl. L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid; Bestuursprocesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013(b) (e-book), nr. 102, waarin onder rechtsbescherming wordt verstaan: ‘het geheel van mogelijkheden om achteraf op te komen tegen een (al genomen) besluit of (al verrichte) handeling’. De context van deze definitie is de rechtsbescherming tegen de overheid. Ik betrek hierin ook de rechtsbescherming tegen handelingen van private partijen.

12 Aelen koppelt juridische accountability wel aan de onafhankelijke rechterlijke toetsing. M. Aelen, *Beginselen van goed markttoezicht. Gedefinieerd, verklaard en uitgewerkt voor het toezicht op de financiële markten* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 379-380.

13 Rechtsbescherming is zodoende een ruim begrip, Damen e.a. 2013b, nr. 102-104.

14 Vgl. Aelen 2014, p. 10, 364.

handelen rechtvaardigt, tegenover een ander orgaan of forum.¹⁵ Er is sprake van onafhankelijke controle als het controlerende orgaan of forum opereert buiten de organisatie van de machthebber en de leden niet ontslagen kunnen worden door enkel de machthebber die zij juist moeten controleren.¹⁶ Het controlerende orgaan toetst het handelen van de machthebber aan de geldende, vooraf afgesproken normen.¹⁷ Ten slotte moet dit proces kunnen uitmonden in bepaalde consequenties, zoals negatieve sancties of positieve beloningen.¹⁸ Het bestaan van dergelijke consequenties prikkelt de machthebber om zich te gedragen conform de normen, binnen de grenzen van zijn bevoegdheden. Andere voorbeelden van accountability-mechanismen zijn de politieke en publieke verantwoording.¹⁹ Al deze vormen van controle dienen als waarborgen tegen misbruik van macht of bevoegdheden.

Als bevoegdheden en verantwoordelijkheden zijn verdeeld over zowel publieke als private partijen ontstaat er een spanning: aan de betrokken partijen moet voldoende autonomie worden gegund om hun taken te kunnen vervullen, terwijl ook voldoende mate van accountability moet worden gerealiseerd.²⁰ Bovendien moet in ogenschouw worden genomen dat bij PPS allerlei verschillende rechtsbetrekkingen ontstaan. De ordeverstoorder staat bijvoorbeeld in een privaatrechtelijke rechtsverhouding tot de bvo en de KNVB en tegelijkertijd in een publiekrechtelijke rechtsverhouding tot de burgemeester, het Openbaar Ministerie (OM) en de politie. In de verschillende rechtsverhoudingen is de controle ook verschillend van aard.

1.3 Opzet van het preadvies

In dit preadvies onderzoek ik hoe de rechtsbescherming bij cumulatie van sancties en maatregelen als gevolg van PPS is georganiseerd en op welke manier de rechtmatigheid van het geheel van sancties en maatregelen wordt getoetst. Voor de beantwoording van deze vragen beoordeel ik eerst in hoofdstuk 2 in hoeverre cumulatie van sancties en maatregelen toelaatbaar is. Daarbij besteed ik aandacht aan de verschillende strafrechtelijke, bestuurlijke en privaatrechtelijke sancties en maatregelen die gebruikt worden bij de ordehandhaving in het semipublieke domein. Vervolgens bevat hoofdstuk 3 een inventarisatie van de rechtsbescherming bij de oplegging van de verschillende sancties en maatregelen. Ook is geanalyseerd hoe de rechters en klachtencommissies omgaan met cumulatie. Aan het einde van dit hoofdstuk worden enkele zwakke punten in de rechtsbescherming bij de cumulatie van sancties als gevolg van PPS blootgelegd. Daarna geef ik in hoofdstuk 4 enkele aanbevelingen ter versterking van de

15 C. Scott, 'Accountability in the Regulatory State', *Journal of Law and Society* 2000, p. 40.; M. Bovens, 'Analysing and Assessing Accountability: A Conceptual Framework', *European Law Journal* 2007, p. 450-452.

16 Voor de rechterlijke macht zijn deze uitgangspunten verankerd in art. 117 Grondwet en uitgewerkt in de Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren.

17 Aelen 2014, p. 364.

18 Bovens 2007; Aelen 2014, p. 364-365 met verwijzing naar M. Busuioc, *The Accountability of European Agencies. Legal Provisions and Ongoing Practices*, Delft: Eburon 2012, p. 33.

19 Aelen 2014, p. 367-379.

20 Scott 2000, p. 39, met verwijzing naar B. Smith & D.C. Hague (red.), *The Dilemma of Accountability in Modern Government: Independence Versus Control*, Londen: Macmillan 1971.

rechtsbescherming bij PPS. Ten slotte bevat hoofdstuk 5 afsluitende opmerkingen.

De samenwerking bij voetbalwedstrijden is een bekend voorbeeld van PPS en leent zich goed om cumulatie van sancties bij de handhaving van de openbare orde te illustreren. In dit preadvies refereer ik dan ook veel aan de praktijk en de jurisprudentie bij de aanpak van voetbalgerelateerde overlast. Bij de totstandkoming en de aanscherping van de Wet maatregelen voetbalvandalisme en ernstige overlast (Wet MBVEO of Voetbalwet) heeft de wetgever ook veel aandacht besteed aan de bestrijding van ordeproblemen rondom voetbalwedstrijden, hoewel de wet een algemene strekking heeft en toepasbaar is bij allerlei soorten ernstige overlast in het (semi)publieke domein.²¹ Daar waar het van toegevoegde waarde is, wordt wel de jurisprudentie en de praktijk in horecagebieden, winkelgebieden en het openbaar vervoer aangehaald.

²¹ Wet van 7 juli 2010 tot wijziging van de Gemeentewet, het Wetboek van Strafvordering en het Wetboek van Strafrecht ter regeling van de bevoegdheid van de burgemeester en de bevoegdheid van de officier van justitie tot het treffen van maatregelen ter bestrijding van voetbalvandalisme, ernstige overlast of ernstig belastend gedrag jegens personen of goederen (maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast), inwerkingtreding 1 september 2010, *Stb.* 2010, 325 en Wet van 30 juni tot wijziging van de Gemeentewet en het Wetboek van Strafrecht ter aanscherping van de maatregelen ter bestrijding van voetbalvandalisme en ernstige overlast, *Stb.* 2015, 255 (inwerkingtreding 1 juli 2015, *Stb.* 2015, 256).

2. Cumulatie van sancties en maatregelen als resultaat van PPS

In dit hoofdstuk ga ik in op de cumulatie van sancties en maatregelen bij de integrale handhaving van de orde in het semipublieke domein. Hierna verduidelijk ik eerst wat moet worden verstaan onder ‘sancties’ en ‘maatregelen’. Vervolgens gaat de aandacht uit naar de toelaatbaarheid van cumulatie van *publiekrechtelijke* sancties en maatregelen. Daarna wordt de toepasselijkheid van de behandelde (anti)cumulatieleerstukken in geval van *privaatrechtelijke* sanctionering beoordeeld. Ten slotte bespreek ik het belang van het evenredigheidsbeginsel bij de cumulatie van sancties in het geval van PPS.

2.1 ‘Sancties’ en ‘maatregelen’

Op voorhand moet verduidelijkt worden wat ik in dit preadvies versta onder ‘sancties’ en ‘maatregelen’. In artikel 5:2, eerste lid, onder a, Algemene wet bestuursrecht (Awb) wordt een definitie gegeven van een *bestuurlijke* sanctie: een door een bestuursorgaan wegens een overtreding opgelegde verplichting of onthouden aanspraak. Een overtreding is een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift (artikel 5:1, eerste lid, Awb). Bij strafrechtelijke en privaatrechtelijke sanctionering is sprake van hetzelfde mechanisme: als er sprake is van een gedraging in strijd met een vooraf bekende norm/regel, kan als reactie daarop een verplichting worden opgelegd of aanspraak worden onthouden, door een daartoe bevoegd orgaan.

Het is echter niet zuiver om bij de handhaving van de openbare orde door de burgemeester te spreken van ‘sanctionering’.²² De bevelen van de burgemeester hebben weliswaar tot gevolg dat een bepaalde verplichting wordt opgelegd – zoals de verplichting om weg te blijven uit daartoe aangewezen gebieden of de verplichting om zich op bepaalde tijdstippen bij de politie te melden²³ – maar dit hoeft geen reactie te zijn op de overtreding van een wettelijk voorschrift, zoals wel het uitgangspunt is van artikel 5:1, eerste lid, Awb. De burgemeester is namelijk competent om ordebevelen te geven in geval van (de vrees voor) *een verstoring van de openbare orde*. Anders dan Wierenga in zijn preadvies voorstelt, meen ik dat de ‘openbare orde’ zoals bedoeld in de taakstelling van artikel 172, eerste lid, Gemw als een *feitelijke* orde moet worden benaderd. Die feitelijke orde wordt weliswaar veelal ingevuld met rechtsnormen uit wet- en regelgeving, maar voor de competentie van de burgemeester is niet zozeer bepalend of met een bepaalde gedraging

22 Zie ook uitgebreid L.J.J. Rogier, ‘Nieuwe bevoegdheden van de burgemeester. Sancties, bevelen en andere maatregelen’, NTB 2010/45, par. 2.

23 Resp. art. 172a, eerste lid, onder a en c, Gemw.

een dergelijke rechtsnorm wordt overtreden, maar welk effect die gedraging heeft op de feitelijke orde, dat wil zeggen: het effect op de normale gang van zaken in de publieke ruimte.²⁴ Met Rogier en De Jong ben ik van mening dat het wenselijk is dat de lokale wetgever zoveel mogelijk expliciete gedragsregels formuleert waarmee kenbaar en voorzienbaar wordt wat 'ordelijk' is, maar men kan niet verwachten dat alle mogelijke verstoringen van de orde uitputtend geregeld worden.²⁵

Een verstoring van de openbare orde in de zin van artikel 172, eerste lid, Gemw zal in de praktijk dus vaak samenvallen met het plegen van strafbare feiten of anderszins onrechtmatige gedragingen, maar voor de competentie van de burgemeester hoeft dat niet. Bevelen kunnen worden uitgevaardigd naar aanleiding van gedrag van burgers dat op zichzelf niet onrechtmatig is.²⁶ Andersom is een onrechtmatige gedraging in het (semi)publieke domein ook niet altijd een verstoring van de openbare orde in de zin van artikel 172 Gemw. Zo overwoog de Rechtbank Rotterdam dat de meermalige overtreding van een landelijk stadionverbod dat werd opgelegd door de KNVB, op zichzelf niet betekent dat de openbare orde is verstoord op zodanige wijze dat de burgemeester bevoegd is tot oplegging van ordebevelen, zoals een gebiedsverbod.²⁷ Dat is mijns inziens het juiste uitgangspunt: met de overtreding van een privaatrechtelijk stadionverbod wordt weliswaar het delict huisvredebreuk gepleegd,²⁸ een delict dat de rechtsorde verstoort, maar er is dan niet meteen sprake van een verstoring van de feitelijke orde in het openbaar.

Uit al het voorgaande vloeit voort dat de bevelen die de burgemeester oplegt in het kader van de handhaving van de openbare orde, niet als een bestuurlijke sanctie in de zin van de Awb kwalificeren. Dat geldt ook voor de gebiedsverboden, groepsverboden en meldplichten die op grond van artikel 172a Gemw kunnen worden uitgevaardigd.²⁹ De kwalificatie van dit type bevelen als (herstel)sancties zou mijns inziens een te ruime interpretatie van artikel 5:1, eerste lid, en 5:2, eerste lid, onder a, Awb zijn. Michiels spreekt van een 'bestuurlijke maatregel' als het gaat om een besluit van een bestuursorgaan waarbij een verplichting wordt

24 S.A.J. Munneke, 'Grondslag en reikwijdte van openbare-ordebevoegdheden', in: A.E.M. van den Berg, J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orde-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 15-18; Van der Meulen 1993, p. 35-36; Rogier in zijn noot bij HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2104, Gst. 2007, 117. Naast Wierenga in zijn preadvies pleiten ook Brouwer en Schilder in hun noot bij HR 30 januari 2007, AB 2007, 131 voor de koppeling van het openbare-ordebegrip aan de overtreding van rechtsnormen; vgl. J.G. Brouwer & S.M. Wolfert, 'Openbare orde verstorende twaalfminners', AA 2011, p. 267-273; H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orde-recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 9.

25 Rogier in zijn noot bij HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2104, Gst. 2007, 117; M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 2000, p. 39. De Jong gaat er overigens van uit dat dan alleen nog de noodbevvelsbevoegdheid nog nodig is als instrument om onvoorziene ordeverstoringen aan te pakken.

26 De bevelen van de burgemeester zijn ook niet altijd gericht tot de personen die ordeverstoringen veroorzaken, bijv. Rb. Den Bosch 25 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9061, waarin een terugkerende drugsdelinquent een gebiedsverbod opgelegd kreeg nadat zijn woning was beschoten. Het bevel werd gegeven in verband met ernstige vrees voor verstoring van de openbare orde door derden.

27 Rb. Rotterdam 11 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9161, r.o. 5.4.

28 Art. 138 Sr. Zie verder over huisvredebreuk par. 3.1.3.

29 Wierenga huldigt in zijn preadvies een andere opvatting.

opgelegd of een recht wordt ingetrokken.³⁰ Aangezien bij bevelen van de burgemeester wel verplichtingen worden opgelegd, is 'maatregel' hier een toepasselijkere term dan een sanctie.

2.2 De toelaatbaarheid van cumulatie van publiekrechtelijke sancties en maatregelen

Cumulatie en de werking van het ne bis in idem-beginsel

Er is sprake van een cumulatie van sancties als één gedraging leidt tot oplegging van meerdere sancties. Dat kan zich voordoen als één overtreding zou worden gehandhaafd via twee wegen. Een zwartrijder handelt bijvoorbeeld in strijd met artikel 70 Wet personenvervoer 2000 en deze enkele overtreding kan gesanctioneerd worden door de vervoerder en ook strafrechtelijk worden vervolgd.³¹ Cumulatie kan ook worden veroorzaakt door samenloop: één feitelijke gedraging is een overtreding van meerdere voorschriften, waar meerdere sancties en maatregelen op volgen.³² Er is een onderscheid te maken tussen *eendaadse* en *meerdadse* samenloop. Bij eendaadse samenloop is sprake van één gedraging of van meerdere nauw samenhangende gedragingen waarmee het schenden van één gedragsnorm noodzakelijkerwijs schending van de andere norm meebrengt.³³ Zo is het afsteken van vuurwerk in het stadion een vuurwerkdelict, maar het kan ook gekwalificeerd worden als een verstoring van de openbare orde (waarop bestuurlijke maatregelen kunnen volgen). Bij meerdadse samenloop is sprake van een complex van gedragingen die ook afzonderlijk hadden kunnen worden gepleegd en gesanctioneerd.³⁴ Als iemand met een privaatrechtelijk stadionverbod bijvoorbeeld vuurwerk afsteekt in het stadion, dan pleegt hij naast een vuurwerkdelict tegelijkertijd ook huisvredebreuk in de zin van artikel 138 Sr.³⁵ Deze gedragingen zijn niet onlosmakelijk met elkaar verbonden. Hoewel in het bestuursrecht meerdadse samenloop vaker voorkomt, is in de sfeer van de handhaving van de openbare orde vaak sprake van eendaadse samenloop, aangezien tegen veel feitelijke gedragingen waarmee de orde wordt verstoord bestuurlijk kan worden opgetreden, terwijl zij tevens strafbaar zijn gesteld.³⁶

30 F.C.M.A. Michiels, 'Handhavingsrecht en handhavingsbeleid', in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p. 14-15.

31 Art. 70 Wp 2000 jo. art. 48 Bp 2000 en 101 Wp 2000. Let wel, art. 102 Wp 2000 jo. art. 48, zevende lid, Bp 2000 bepalen dat de grond voor strafvervolgning vervalt als het verschuldigde geldbedrag (de zogenoemde uitstel van betaling) uiteindelijk is betaald. Dit is een samenloopregeling. Zie HR 3 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7047, NJ 2012, 238.

32 Zie L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht. Deel 1. Systeem; bevoegdheid; bevoegdheidsuitoefening; handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013(a) (e-book), nr. 1351 met verwijzing naar D.H. de Jong & G. Knigge, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 271.

33 Kamerstukken II 2003/04, 19 702, nr. 3, p. 91.

34 Vgl. art. 5:8 Awb. Zie Damen e.a. 2013a, nr. 1352 met verwijzing naar De Jong & Knigge 2003, p. 266.

35 Zie uitgebreid paragraaf 3.1.3.

36 J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid', Gst. 2015/59, zie ook M.A.D.W. de Jong, 'Lokale openbare-ordehandhaving', in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p. 383-389.

Cumulatie van publiekrechtelijke sancties is niet altijd toelaatbaar vanwege het *ne bis in idem*-beginsel, dat kort gezegd inhoudt dat niemand tweemaal mag worden bestraft wegens dezelfde overtreding.³⁷ De ratio hiervan is om de individuele burger te beschermen tegen de machtige overheid. Het *ne bis in idem*-beginsel dient de rechtszekerheid van de burger: als een procedure eenmaal is afgerond en heeft geleid tot de oplegging of het uitblijven van een sanctie, dan hoeft die burger niet meer bang te zijn voor een nieuwe strafbedreiging. Ook wordt zo vermeden dat conflicterende uitspraken worden gedaan over de onrechtmatigheid van eenzelfde feitencomplex en dat komt het vertrouwen in de rechtsstaat ten goede.³⁸

Het *ne bis in idem*-beginsel is gecodificeerd in artikel 14, zevende lid, Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), maar Nederland heeft een voorbehoud gemaakt dat geen verdergaande verplichtingen worden aanvaard dan al uit artikel 68 Sr volgen.³⁹ Artikel 68 Sr gaat specifiek over de cumulatie van strafvervolgung: vervolging wegens een feit waar de rechter al onherroepelijk over heeft beslist, is niet toegestaan. In de artikelen 5:43 en 5:44 Awb zijn ook expliciete cumulatieverboden opgenomen die betrekking hebben op de bestuurlijke boete. Uit de voornoemde wettelijke bepalingen vloeit voort dat vooral de cumulatie zonder samenloop en de cumulatie door eendaadse samenloop problematisch zijn. Dubbele bestraffing bij meerdaadse samenloop is op zichzelf niet problematisch – het gaat immers om twee overtredingen – zolang de verschillende voorschriften die zijn overtreden ook verschillende belangen dienen.⁴⁰

Herstelsancties vallen niet onder de reikwijdte van het *ne bis in idem*-beginsel. Wel is expliciet bepaald in artikel 5:6 Awb dat de gelijktijdige oplegging van herstelsancties wegens dezelfde overtreding niet is toegestaan; dat is ook een wettelijk cumulatieverbod. Deze bepaling is echter beperkt tot de herstelsancties die in de zin van de Awb zijn geregeld, volgens artikel 5:2, eerste lid, onder a juncto b, Awb: een door een bestuursorgaan wegens een *overtreding* opgelegde verplichting of onthouden aanspraak, die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van die *overtreding*. In paragraaf 2.1 heb ik al toegelicht dat de maatregelen die de burgemeester treft ter handhaving van de openbare orde geen Awb-sancties zijn, laat staan dat zij kwalificeren als herstelsancties in de zin van titel 5.3 van de Awb.⁴¹

Cumulatieverboden kunnen ten slotte worden herleid uit de ongeschreven beginselen van een goede procesorde. Dit is terug te zien in de recente

37 Aanverwante beginselen zijn het *nemo debet bis vexari*-beginsel, dat de dubbele vervolging voor hetzelfde feit verbiedt, en het *una via*-beginsel, dat inhoudt dat als de overheid eenmaal heeft gekozen voor één weg van sanctionering, het niet meer vrij staat alsnog te kiezen voor een andere weg. Zie Damen e.a. 2013a, nr. 1525; R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, p. 653-658.

38 T. Ongena, 'Het *Ne bis in idem*-beginsel in het statuut van Rome: wegbereider voor een volwaardige internationale bescherming tegen meervoudige vervolging?', in: W. Parmentier & W. Vandenhole (red.), *Strafrechtelijke vervolging van ernstige schendingen van mensenrechten*, Antwerpen: Maklu 2002, p. 88.

39 Zie ook art. 4 Zevende Protocol EVRM, maar dit protocol is niet door Nederland geratificeerd.

40 Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 90.

41 Vgl. art. 5:23 Awb. Zie uitgebreid Ruigrok 2012 over de verhouding tussen openbare-ordehandhaving en de reguliere handhaving middels de last onder de bestuursdwang.

alcoholslot-jurisprudentie.⁴² Bij uitspraak van 3 maart 2015 oordeelde de Hoge Raad dat strafvervolgning wegens de overtreding van de Wegenverkeerswet 1994 in strijd is met *ne bis in idem* als beginsel van een goede procesorde op het moment dat de verdachte op grond van hetzelfde feit al een verplichting tot deelname aan het alcoholslotprogramma is opgelegd. Verrassend is hier dat het bestuursrechtelijke alcoholslotprogramma als bestraffend werd gekwalificeerd vanwege de zwaarte van de sanctie – vooral gezien de hoge kosten die met het programma gemoeid waren – en dat dus niet zozeer bepalend was of de sanctie al dan niet leed toevoegend bedoeld was.⁴³ Hier lijkt een opening te zijn geboden om verder te kijken dan de vraag hoe de sanctie bedoeld is en ook de zwaarte van de sanctie mee te wegen. Als een herstellend bedoelde sanctie of maatregel ook punitieve elementen bevat, kan de cumulatie met strafrechtelijke sanctionering wel problematisch zijn.

Kortom, primair is de aard van de sanctie van belang voor de toelaatbaarheid van cumulatie. Het *ne bis in idem*-beginsel staat vooral in de weg aan de cumulatie van bestraffende sancties wegens dezelfde overtreding, zonder samenloop en met eendaadse samenloop. De alcoholslot-jurisprudentie leert wel dat sancties die door de wetgever niet bestraffend bedoeld zijn onder omstandigheden toch als punitief kunnen worden gekwalificeerd, waardoor ook strijd met het (ongeschreven) *ne bis in idem*-beginsel zou kunnen ontstaan. Hierna worden de verschillende publiekrechtelijke sancties en maatregelen naar hun aard weergegeven en wordt kort ingegaan op de inhoud en mogelijke zwaarte.

Sancties en maatregelen met een herstelfunctie en/of preventief karakter

Bij de handhaving van de orde in het (semi)publieke domein neemt de burgemeester een belangrijke rol in. De burgemeester is immers in artikel 172, eerste lid, Gemw belast met de handhaving van de openbare orde. Dat wil zeggen: de orde in het gehele publieke domein, waaronder ook semipublieke plaatsen te scharen zijn.⁴⁴ De burgemeester heeft voor de uitvoering van deze taak allerlei bevoegdheden op grond van hoofdstuk XI van de Gemeentewet en de APV. Voor de aanpak van ernstige overlast is in het bijzonder artikel 172a Gemw van belang, ingevoerd met de Wet MBVEO. Bij de totstandkoming van deze wet is uitdrukkelijk aandacht besteed aan het nut van de nieuwe bepalingen voor de aanpak van voetbalgerelateerd wangedrag.⁴⁵ Op basis hiervan kan de burgemeester

42 HR 3 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:434, NJ 2015, 256, m.nt. B.F. Keulen. Zie ook No. 13 november 2014, 2014/167. Zie eerder Hof Den Haag 22 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3017; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8499 en Hof Amsterdam 20 november 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4807. Zie ook ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622, AB 2015, 160, m.nt. R. Stijnen, r.o. 5.6.

43 De HR verwijst in r.o. 4.3.3 naar EHRM 13 december 2005, 73661/01, ECLI:NL:XX:2005:AV3572 (Nilsson/Zweden).

44 Vgl. Wierenga in zijn preadvies, die uitgaat van orde in de 'publieke ruimte' als afbakening van de taak van de burgemeester.

45 Leden Spekman, Atsma en Zijlstra dienden een voorstel voor een voetbalwet in, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 467, nr. 2. Dit voorstel werd samengevoegd met een wetsvoorstel voor de bestrijding van ernstige overlast in de openbare ruimte, veroorzaakt door groepen jongeren. Zie voor een uitgebreide bespreking van de totstandkomingsgeschiedenis van de Wet MBVEO: J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'De Voetbalwet. Ongekende mogelijkheden', *Sport & Recht* 2009, p. 89-100. J.G.

gebiedsverboden, groepsverboden en/of meldplichten opleggen aan personen die individueel of in groepsverband de openbare orde ernstig verstoord hebben of die een leidende rol hebben gehad bij een groepsgewijze ernstige ordeverstoring.⁴⁶ Het bevel geldt voor maximaal drie maanden en kan verlengd worden tot maximaal een jaar, of de burgemeester kan ervoor kiezen om het bevel alleen op bepaalde tijdstippen of periodes te laten gelden, verspreid over ten hoogste negentig dagen binnen twee jaar.⁴⁷

De 172a-maatregelen kunnen alleen worden opgelegd als er een ernstige vrees bestaat voor verdere verstoring van de openbare orde. De maatregelen moeten zodoende gerelateerd zijn aan hetgeen noodzakelijk is ter handhaving van de openbare orde en dat maakt dat zij in beginsel beschouwd worden als herstellende maatregelen. Zij zijn toekomstgericht en beogen te voorkomen dat zich vanaf nu nieuwe ordeverstoringen zullen voordoen.⁴⁸ Zodoende hebben zij een preventief karakter.

Albers nuanceert het beeld dat bij de handhaving van de openbare orde ook altijd daadwerkelijk sprake is van maatregelen met een herstellend karakter.⁴⁹ Het herstellende karakter is aannemelijk als een maatregel direct volgt op de (ernstige) ordeverstoring en zodoende zorgt voor herstel en preventie. Echter, als de sanctie pas na enkele weken wordt opgelegd, dan kan volgens Albers niet zonder meer worden uitgegaan van de herstelfunctie maar kan de maatregel ook (deels) bestraffend zijn, vooral als die ertoe strekt om de betrokkene 'in te peperen dat hij (in het verleden) iets verkeerd heeft gedaan'.⁵⁰ Het uitgangspunt van Albers is dat het onderscheid tussen herstelsancties en bestraffende sancties niet zwart-wit is maar gradueel benaderd moet worden. Sancties kunnen een gemengd karakter hebben.⁵¹

Albers onderbouwt haar stelling dat de handhaving van de openbare orde ook deels bestraffend kan zijn met verwijzing naar de bestuurlijke sluiting van een pand, op grond van artikel 174 Gemw, en de intrekking van de exploitatievergunning, maar mijns inziens gaat haar betoog ook op voor de oplegging van de 172a-maatregelen. Met de aanscherping van de Wet MBVEO zijn recentelijk de maximale termijnen van de maatregelen namelijk aanzienlijk langer geworden en daarmee is ook de mogelijke impact op een betrokken overlastgever groter geworden. Het beeld dat ontstaat bij de bestudering van de parlementaire

Brouwer & A.E. Schilder, 'Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast', in: A.E.M. van den Berg, J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 71-86.

46 Zie de preadviezen van Wierenga en Jue-Volker voor een uitgebreide analyse van art. 172a. Zie ook Brouwer & Schilder 2015.

47 Art. 172a, zesde lid, Gemw. De mogelijkheid om een maatregel niet aaneengesloten te laten gelden is ingevoerd met de aanscherping, zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 3, p. 10-11 en *Gewijzigd Amendement Oskam/Dijkhoff/Segers*, *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 16.

48 Vgl. C.L.G.F.H. Albers, 'Bestraffend bestuur 2014. Naar een volwassen bestraffend bestuurs (proces)recht', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 22.

49 Albers 2014, p. 45-48.

50 Aldus Albers 2014, p. 48 met verwijzing naar EHRM 13 december 2005, 73661/01, ECLI:NL:XX:2005:AV3572 (Nilsson/Zweden).

51 Albers 2014, p. 28.

geschiedenis van de totstandkoming en de aanscherping van de Wet MBVEO, is dat de maatregelen passen bij een harde aanpak van een bepaald type openbare-ordeverstoringen.⁵² Die harde aanpak moet uitdrukking geven aan de maatschappelijke afkeuring van voetbalvandalisme en andere ernstige en stelselmatige overlast. De 172a-maatregelen zijn herstellend als zij een directe reactie zijn op een ernstige openbare-ordeverstoring en als zij in verhouding staan met dreiging die van de betrokkenen uitgaat. Als een maatregel pas na enige tijd wordt opgelegd en de duur staat in verhouding met de ernst van het begane gedrag en niet met de daadwerkelijke vrees voor herhaling, dan bevat de maatregel mijns inziens een punitief element. Als de opgelegde bestuurlijke maatregel zelfs helemaal niet (meer) verband houdt met een ernstige vrees voor nieuwe openbare-ordeverstoringen, dan maakt de burgemeester oneigenlijk gebruik van artikel 172a Gemw; deze bevoegdheid strekt immers tot de handhaving van de openbare orde en niet tot bestraffing van ordeverstoorders.⁵³

In de Wet MBVEO heeft ook de officier van justitie een bevoegdheid gekregen om bepaalde gedragsaanwijzingen op te leggen, namelijk een gebiedsverbod, contactverbod, meldplicht en/of een medewerkingsplicht bij hulpverlening, conform artikel 509hh Wetboek van Strafvordering (Sv).⁵⁴ Ook deze bevoegdheid is primair gericht op herstel en preventie. Het oogmerk van de 509hh-gedragsaanwijzing is om gedurende het strafrechtelijke onderzoek ernstige verstoring van de openbare orde en nieuwe strafbare feiten te voorkomen en andere personen te beschermen tegen nieuw belastend gedrag.⁵⁵ De gedragsaanwijzing ligt dan ook voor de hand als de verdachte niet in voorlopige hechtenis wordt geplaatst.⁵⁶ De gedragsaanwijzing is gekoppeld aan het strafrechtelijke onderzoek; op het moment dat de strafzaak wordt geseponeerd of heeft geleid tot een einduitspraak, dan bestaat er geen grond meer voor toepassing van artikel 509hh Sv.

Voor cumulatie van de maatregelen die met de Wet MBVEO in het leven zijn geroepen, bevat artikel 172a, vijfde lid, Gemw een samenloopregeling. De burgemeester is niet bevoegd tot oplegging van een 172a-gebiedsverbod als de officier van justitie eenzelfde maatregel al door middel van een 509hh-gedragsaanwijzing heeft opgelegd. Met deze samenloopregeling is getracht te voorkomen dat een betrokkene twee keer eenzelfde maatregel krijgt opgelegd of dat de burgemeester en officier van justitie juist op elkaar blijven wachten.⁵⁷ Het primaat ligt nu duidelijk bij de officier van justitie. Deze samenloopregeling geldt niet voor de

52 Vooral bediscussieerd bij de behandeling van de Eerste Kamer, *Kamerstukken I 2014/15*, 33 882, nr. C, p. 5-6; *Handelingen I 2009/10*, nr. 34, p. 1448-14590. Zie ook Brief van de Minister van Veiligheid en Justitie, *Kamerstukken II 2010/11*, 31 467, nr. J.

53 Vgl. M.A.D.W. de Jong, 'Lokale openbare-ordehandhaving', in: in: F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller, *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2013, p. 387. In dat geval is het besluit van de burgemeester in strijd met het verbod van détournement de pouvoir, art. 3:3 Awb, zie ook Albers 2014, p. 48.

54 Zie het preadvies van Jue-Volker voor een uitgebreide analyse van art. 509hh Sv.

55 Blijkens de toepassingscriteria in het eerste lid van art. 509hh Sv. In de bekende beroepszaken sneuvelt het nog weleens op de onderbouwing hiervan. Zo kan het enkele lidmaatschap van een beruchte motorclub op zichzelf niet de vrees voor herhaling van ernstige openbare ordeverstoringen rechtvaardigen, Rb. Noord-Holland 9 oktober 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:9376. Zie ook Rb. Breda 20 juni 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BW8801.

56 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 3, p. 4.

57 Oorspronkelijk neergelegd in het derde lid, sinds de aanscherping hernummerd naar het vijfde lid. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 467, nr. 3, p. 23-24.

meldplicht of het groepsverbod en laat ook de samenloop met bevelen op grond van artikel 172, derde lid, Gemw of de APV onverlet.⁵⁸

Ten slotte is er nog een laatste categorie herstellende maatregelen te noemen, namelijk de gebiedsverboden, contactverboden en meldplichten die de strafrechter kan opleggen. Hiervoor bestaan twee constructies. Ten eerste kan de strafrechter bijzondere voorwaarden verbinden aan de proeftijd, op grond van artikel 14a jo. 14c Wetboek van Strafrecht (Sr).⁵⁹ Ten tweede heeft de strafrechter sinds 1 april 2012 op grond van artikel 38v Sr de mogelijkheid om bij een veroordelend vonnis ook een vrijheidsbeperkende maatregel op te leggen.⁶⁰ Bij de vervolging van voetbalgerelateerde delicten maken rechters gebruik van beide constructies. In het seizoen 2014/2015 werd 46 keer een stadionverbod opgelegd als bijzondere voorwaarde gedurende de proeftijd.⁶¹ In 26 gevallen legde de strafrechter een stadionverbod op als maatregel.⁶² Ter verduidelijking: het gaat hier om strafrechtelijke gebiedsverboden, waarbij het afgebakende verboden gebied één of meer voetbalstadions betreft.⁶³

De vrijheidsbeperkende maatregelen van artikel 38v Sr zijn gericht op de bescherming van de maatschappij of ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten. De wetgever heeft met de invoering van artikel 38v Sr beoogt een instrument voor herstel en preventie te creëren. Het doel is niet om de dader leed toe te voegen, maar om de maatschappij te beveiligen en de rechtmatige toestand te herstellen en te behouden.⁶⁴ De omvang en duur van de maatregel houden niet zozeer verband met de ernst van het delict en het verwijt dat de dader daarvan kan worden gemaakt, maar worden bepaald door het maatschappelijk belang en hetgeen noodzakelijk is om de rechtsorde te herstellen en beschermen.⁶⁵ De maximale duur van de maatregel is vijf jaar.⁶⁶ Volgens de memorie van toelichting kan de maatregel weliswaar worden ervaren als een straf, omdat het een individu nu eenmaal beperkt in zijn vrijheid, maar dat is niet het doel van de sanctie.⁶⁷ Vanwege dit uitgangspunt zijn de cumulatie van strafrechtelijke sancties en de oplegging van vrijheidsbeperkende maatregelen ook expliciet toegestaan in artikel

58 Ook blijkens de eerste zinsnede in art. 172a, eerste lid, Gemw: 'Onverminderd artikel 172, derde lid, en hetgeen bij gemeentelijke verordening is bepaald omtrent de bevoegdheid van de burgemeester om bevelen te geven ter handhaving van de openbare orde, (...)'.
59 Vgl. de mogelijkheden van het OM bij de voorwaardelijke invrijheidstelling, art. 15a, derde lid, Sr.
60 Ook als geen straf wordt opgelegd, conform art. 9a Sr. Rechters hebben de keuze om voor het één of het ander te gaan. In Rb. Gelderland 22 september 2014 ECLI:NL:RBGEL:2014:6022 acht de rechter vanwege oplegging van de bijzondere voorwaarde bij de proeftijd de maatregel van art. 38v niet meer nodig. Andersom: Rb. Noord-Nederland 27 januari 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:521.

61 Centraal Informatiepunt Voetbalvandalisme (CIV), *Jaaroverzicht seizoen 2014/2015. Veiligheid en openbare ordebeheersing rondom het Nederlands betaald voetbal*, Utrecht 2015 (hierna: CIV Jaaroverzicht 2014/2015), p. 27.
62 CIV Jaaroverzicht 2014/2015, p. 27. Het totaal van strafrechtelijke stadionverboden komt daarmee op 72, hetgeen een flinke stijging is ten opzichte van voorgaande seizoenen, namelijk 10 (2010/2011), 32 (2011/2012), 12 (2012/2013) en 19 (2014/2015).
63 Jue-Volker spreekt in haar preadvies in dit verband van een locatieverbod.
64 Kamerstukken II 2010/11, 32 551, nr. 3, p. 10.
65 Kamerstukken II 2010/11, 32 551, nr. 3, p. 10.
66 De termijn is recentelijk verhoogd van twee naar vijf jaar, art. II, tweede lid, Wet aanscherping MBVEO, Stb. 2015, 255, zie Kamerstukken II 2013/14, 33 882, nr. 3, p. 12-13.
67 Kamerstukken II 2010/11, 32 551, nr. 3, p. 10.

38v, zesde lid, Sr.⁶⁸ Bij voetbalgerelateerde strafbare feiten achten rechters de maatregel gepast bij delicten met een grote impact op de maatschappij of als de verdachte al eerder vergelijkbare delicten heeft gepleegd. Bij *first offenders* wordt niet vaak een vrees voor herhaling aangenomen die de oplegging van een maatregel rechtvaardigt.⁶⁹

Sancties met een bestraffend karakter

Het strafrecht komt in beeld omdat de meeste gedragingen die de orde in het semipublieke domein verstoren tevens strafbare feiten zijn. Onder de paraplu ‘voetbalgerelateerde overlast’ vallen bijvoorbeeld bedreiging, brandstichting, mishandeling, openlijke geweldpleging, het initiëren van racistische spreekkoren en het plegen van vuurwerkdelicten strafbare feiten.⁷⁰ Bij de strafrechtelijke afdoening van deze overtredingen en misdrijven zijn twee procedures relevant: de strafbeschikking die wordt opgelegd door de officier van justitie en de ‘normale’ strafrechtelijke dagvaarding, waarna de zaak door de strafrechter wordt behandeld. In dat geval is het de strafrechter die beslist over de strafbaarheid en de op te leggen straf. De strafrechtelijke procedure bespreek ik uitgebreider in paragraaf 3.2.

De strafbeschikking heeft de afgelopen jaren een belangrijke plaats ingenomen bij de afdoening van lichte delicten, als onderdeel van de ZSM-aanpak.⁷¹ De officier van justitie legt dan zelf een sanctie op en de zaak wordt in principe niet door de strafrechter behandeld, tenzij de verdachte zelf in verzet komt.⁷² De strafbeschikking maakt het mogelijk om sneller strafbaar gedrag te sanctioneren. Delicten waarop maximaal zes jaar gevangenisstraf is gesteld, kunnen met een strafbeschikking worden afgedaan conform artikel 257a, tweede lid, Sv. In een dergelijke beschikking kan een geldboete of taakstraf worden opgelegd door de officier van justitie, maar ook een gedragsaanwijzing behoort tot de mogelijkheden.⁷³ Een strafbeschikking kan volgens de Aanwijzing OM-strafbeschikking alleen worden opgelegd bij voldoende bewijs en afwezigheid van twijfel over de schuldvraag.⁷⁴

Als de verdachte zich niet verzet tegen de strafbeschikking en de opgelegde boete betaalt, dan wordt dat beschouwd als een erkenning van schuld en heeft de strafbeschikking dezelfde waarde als een veroordelend vonnis van de strafrechter.

68 Kamerstukken II 2010/11, 32 551, nr. 3, p. II.

69 Bijv. Rb. Noord-Nederland 6 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:3445; Rb. Rotterdam 19 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9647 en ECLI:NL:RBROT:2014:9648.

70 Resp. art. 285, 157 en 158, 300-303, 141 en 141a, 137c en 137d Sr en art. 2.3.6 Vuurwerkbesluit jo. art. 9.2.2.1 Wet milieubeheer (Wm) jo. art. 1a onder 1 en art. 2 Wet Economische Delicten (WED).

71 P-G bij de Hoge Raad, *Beschikt en gewogen*, Den Haag 2014, p. 8. ZSM staat voor: zorgvuldig, snel en op maat, Kwakman 2012. De ‘S’ kan ook nog staan voor selectiviteit, samenlevingsgericht, samen of slim, zie G.C. Haverkate, ‘ZSM: de huidige stand van zaken vanuit OM-perspectief’, DD 2015, 23. Het OM kan ook nog een transactievoorstel doen (art. 74 Sr), maar deze mogelijkheid zal op den duur verdwijnen. Het verval van deze bepaling is bekendgemaakt, maar nog niet in werking getreden, zie art. II, onderdeel o, en art. XI Wet OM-Afdoening, Stb. 2006, 330.

72 Art. 257e Sv. Zie verder par. 3.2.1.

73 Het voert te ver voor dit preadvies om op alle finesses van de strafbeschikking in te gaan, zie verder: B.F. Keulen, ‘Strafrechter en consensualiteit’, DD 2014, 71, par. 2; N.J.M. Kwakman, ‘Snelrecht en de ZSM-aanpak’, DD 2012, 17; Haverkate 2015 en de Aanwijzing OM-Strafbeschikking, Strt. 2015, 8971.

74 Aanwijzing OM-strafbeschikking, onder 3.1.

In beide gevallen wordt het als een veroordeling aangetekend op de justitiële documentatie van de betrokkene. Bij beide procedures is sprake van vervolging in de zin van artikel 9 Sv en artikel 68 Sr en een *criminal charge* in de zin van artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

Resumerend: geen belemmeringen voor cumulatie

Gekeken naar de aard van de verschillende sancties zijn er in beginsel geen belemmeringen om als reactie op een ordeverstoring burgemeestersbevelen ter handhaving van de openbare orde te combineren met strafvervolging. Beide vormen van handhaving dienen andere doelen; herstel en preventie kunnen gecombineerd worden met leedtoevoeging. Er zal vanzelfsprekend wel een keuze gemaakt moeten worden tussen de strafbeschikking en de dagvaarding voor het onderzoek ter terechtzitting, aangezien dubbele vervolging wel in strijd is met artikel 68 Sr. Ook dienen de burgemeestersbevelen steeds in verband te staan met een (dreigende) verstoring van de openbare orde en niet uitsluitend een verkapte bestraffing te betreffen. Nog afgezien van het feit dat hier dan mogelijk in strijd wordt gehandeld met het verbod van *détournement de pouvoir*, kan dit met de recente ontwikkelingen in de alcoholslot-jurisprudentie in het achterhoofd problematisch zijn in het licht van het *ne bis in idem*-beginsel als ongeschreven beginsel van een goede procesorde.

2.3 De cumulatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sancties

Tot zover is aandacht besteed aan de cumulatie van publiekrechtelijke sancties en maatregelen, maar bij de ordehandhaving in het semipublieke domein worden ook sancties opgelegd door private partijen bij de aanpak van overlast en ordeverstoringen in hun voor het publiek toegankelijke domein. Het is de vraag in hoeverre de hiervoor besproken regels voor cumulatie ook toepasselijk zijn bij de cumulatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sancties en maatregelen; de hiervoor besproken regels zijn immers klassieke publiekrechtelijke leerstukken. Hierna verduidelijk ik eerst om welke privaatrechtelijke sancties het gaat. Daarna bespreek ik de stand van zaken betreffende de toepasselijkheid van de cumulatieverboden in geval van privaatrechtelijke sancties.

De private handhaving van orde in het semipublieke domein

Er zijn twee soorten private sancties die vaak gebruikt worden bij de handhaving van de orde in het semipublieke domein: uitsluiting en de geldboete. Het stadion-, horeca- of winkelverbod is een vorm van uitsluiting, want het heeft tot gevolg dat een bepaalde persoon voor een bepaalde tijd geen gebruik meer kan maken van een deel van de semipublieke ruimte.⁷⁵ De privaatrechtelijke geldboete is de

⁷⁵ Vgl. het openbaar vervoersverbod, Van Steden e.a. 2012. Sinds 1 mei 2015 is het ook mogelijk om een verblijfsontzegging voor stations op te leggen, Wet van 19 november 2014 tot wijziging van

verplichting tot betaling van een geldbedrag dat niet strekt tot vergoeding van schade. In de context van de handhaving van de orde in het semipublieke domein komt de privaatrechtelijke geldboete alleen voor in het voetbal.⁷⁶ Zo gaat het landelijke stadionverbod vergezeld van een geldboete van € 450.⁷⁷ De overtreding van het stadionverbod wordt op zichzelf ook weer gesanctioneerd met een boete die kan oplopen tot € 2000.⁷⁸ De boetes worden aangezegd bij deurwaardersexploot en kunnen volgens de KNVB worden opgelegd zonder tussenkomst van de rechter.

Wat is de juridische grondslag voor oplegging van de privaatrechtelijke sancties? In het voetbal is een belangrijke rol weggelegd voor de KNVB Standaardvoorwaarden.⁷⁹ De supporter gaat bij de aanschaf van een toegangkaart of seizoenskaart een overeenkomst aan met zijn club, en op die overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van de KNVB van toepassing verklaard.⁸⁰ Aangezien in het betaald voetbal alle competities door de KNVB worden georganiseerd, gelden de Standaardvoorwaarden voor alle wedstrijden en kan een bezoeker van het (live) voetbal zich niet onttrekken aan de invloed van de sportbond.⁸¹

Artikel 10 van de KNVB Standaardvoorwaarden creëert de bevoegdheid voor de KNVB om landelijke stadionverboden en geldboetes op te leggen. In het seizoen 2014/2015 werd 80% van de landelijke stadionverboden gebaseerd op deze bepaling.⁸² Uit artikel 10 volgt dat sancties – het landelijke stadionverbod en de daaraan gekoppelde geldboete – kunnen worden opgelegd aan eenieder die in en/of buiten het stadion in het kader van een evenement:

de Spoorwegwet en de Wet personenvervoer 2000 in verband met een tweede tranche van uitvoeringsmaatregelen van het kabinetsstandpunt «Spoor in beweging», waaronder regels inzake bijzondere spoorwegen en vereenvoudiging van het vergunningenregime hoofdspoorwegen, en in verband met de invoering van een verblijfsverbod voor voorzieningen openbaar vervoer, Stb. 2015, 9. De basis voor deze vorm van uitsluiting is echter een wet in formele zin, namelijk de Wet personenvervoer 2000 (Wp 2000) en geen privaatrechtelijke overeenkomst of huisrecht.

- 76 De boete voor zwartrijden in het openbaar vervoer is gebaseerd op art. 48 Besluit personenvervoer 2000 en niet op de privaatrechtelijke vervoersovereenkomst (art. 8:100 BW). In winkels wordt gewerkt met de 'overlastdonatie': een aangehouden winkeldief moet dan € 181 betalen. Dit bedrag wordt echter beschouwd als een vergoeding van de kosten die een ondernemer moet maken voor de aanhouding, zie B. Rovers & R. Boers, Plan- en procesevaluatie van project Overlastdonatie (in opdracht van het WODC), Den Bosch: BTVO 2009, p. 17-18 en J. Jansen, 'De terugkeer van de Actio Furti?', AA 2011, p. 608-610.
- 77 In de Richtlijn termijn stadionverbod, te raadplegen via www.knvb.nl is wel vermeld dat de KNVB alleen de geldboete oplegt als een stadionverbod van twaalf maanden of meer wordt opgelegd.
- 78 Art. 10.7 KNVB Standaardvoorwaarden: € 2000 wordt opgelegd voor de derde en elke opvolgende overtreding.
- 79 Koninklijke Nederlandse Voetbalbond Standaardvoorwaarden (geldig vanaf 1 september 2014), beschikbaar gesteld via www.knvb.nl en gedeponereerd ter Griffie van de Arrondissementsrechtbank te Utrecht onder nummer 181/2002. Hierna aangeduid als: KNVB Standaardvoorwaarden. Zie ook A.J. Wierenga & J.G. Brouwer, 'Bestrijding voetbalvandalisme via het privaatrecht', in: J.G. Brouwer & A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde. Over private ordehandhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014(a); A.E. van Rooij, 'Private Powers for Public Order: On the Protection of Personal Liberties when Private Actors Maintain Order at Public Events', in: A. McCann e.a. (red.), *How Private Actors Contribute to Public Interests. A Law and Governance Perspective*, Den Haag: Eleven Publishing 2014(b).
- 80 Zie art. 2 KNVB Standaardvoorwaarden voor het toepassingsbereik.
- 81 Zie uitgebreid over de machtpositie van de KNVB en de gevolgen daarvan voor normering Van Rooij 2014b.
- 82 CIV Jaaroverzicht 2014/2015, p. 30.

- heeft gehandeld in strijd met deze Standaardvoorwaarden; en/of
- een strafbaar feit heeft begaan; en/of
- ten aanzien van wie een vermoeden bestaat dat deze zich schuldig heeft gemaakt aan voetbal-gerelateerd wangedrag; en/of
- zich zodanig heeft gedragen dat daardoor het aanzien en/of het belang van het voetbal wordt geschaad; zulks onverminderd enige plicht tot schadevergoeding op grond van het civiele recht. Het voorgaande laat onverlet de bevoegdheid van Clubs om (lokale) Stadionverboden op te leggen.⁸³

Ten eerste gaat het dus om de overtreding van de regels die in de KNVB Standaardvoorwaarden zelf expliciet zijn voorgeschreven. Die regels zijn te beschouwen als de privaatrechtelijke gedragsnormen voor het publiek en worden gesanctioneerd met privaatrechtelijke sancties. Voetbalgerelateerd wangedrag is zodoende te beschouwen als een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst, tegenover de bvo en KNVB.⁸⁴ De tweede categorie betreft het begaan van een strafbaar feit, zoals opgenomen in het Wetboek van Strafrecht, bijzondere wetten of gemeentelijke verordeningen. Er wordt niet gespecificeerd om wat voor soort strafbare feiten het gaat, dus volgens deze tekst kan elk strafbaar feit leiden tot een privaatrechtelijke sanctie. Dat betekent dat hier het privaatrechtelijke stadionverbod wordt gebruikt als sanctie op overtreding van strafnormen waar ook strafrechtelijke sanctionering op kan volgen.⁸⁵ De laatste twee categorieën – voetbalgerelateerd wangedrag en het schaden van het aanzien/belang van het voetbal – zijn open geformuleerde normen. Hier heeft de KNVB in zijn eigen voorwaarden een grote beoordelingsvrijheid gecreëerd voor de oplegging van sancties. De Richtlijn termijn stadionverbod, waar in artikel 10 KNVB Standaardvoorwaarden naar wordt verwezen, werkt die open categorieën wel verder uit.⁸⁶ Desalniettemin blijft ook hier een open categorie over: ‘overig voetbal-gerelateerd wangedrag (...) waardoor het aanzien van het voetbal wordt geschaad’.

De duur van het stadionverbod wordt bepaald aan de hand van de Richtlijn termijn stadionverbod, een zeer gedetailleerde lijst met gedragingen.⁸⁷ Deze richtlijn fungeert als een soort beleidsregel voor de KNVB. De duur van een stadionverbod varieert van drie maanden voorwaardelijk voor het niet kunnen tonen van het identiteitsbewijs in of rond het stadion tot twintig jaar voor deelneming aan een aanval of vechtpartij met de dood tot gevolg. Over de rest-categorie ‘overig voetbal-gerelateerd wangedrag’ is geregeld dat hiervoor een stadionverbod van drie tot 36 maanden kan volgen, afhankelijk van de ernst van de gevolgen.

83 Art. 10.2 KNVB Standaardvoorwaarden; deze bepaling regelt het landelijk stadionverbod; art. 10.3 bevat de grondslag voor koppeling van de geldboete.

84 In de zin van art. 3:74 BW.

85 Wierenga en Brouwer (2014a, p. 117) spreken in dit geval van een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht, met verwijzing naar Rb. Utrecht 20 oktober 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO1024. Zie ook A.J. Wierenga & J.G. Brouwer, ‘Dubbelrol OM bij bestrijden voetbalvandalisme. Over doorkruising van publiekrecht’, JB-Plus 2014(b), p. 244-255.

86 Richtlijn termijn stadionverbod. Seizoen 2015/16, te raadplegen via www.knvb.nl.

87 Richtlijn termijn stadionverbod Seizoen 2015/16, gepubliceerd op www.knvb.nl, p. 3-4. In de richtlijn is ook een vervangend werktraject geregeld, waarvoor *first offenders* na relatief licht wangedrag in aanmerking komen. Zij krijgen dan geen stadionverbod, maar verrichten een bepaald aantal uren onbetaalde arbeid voor de club.

Het is niet altijd mogelijk om een overeenkomst te construeren tussen een overlastgevende supporter en de KNVB, bijvoorbeeld als een verdachte van voetbalgerelateerd geweld geen toegangsbewijs heeft gekocht of verkregen.⁸⁸ De KNVB Standaardvoorwaarden zijn in dat geval niet van toepassing en een stadionverbod kan in dat geval worden opgelegd op basis van het huisrecht van de clubs.⁸⁹ Het huisrecht is uiteindelijk te herleiden tot het exclusieve eigendomsrecht (art. 5:1, tweede lid, Burgerlijk Wetboek, BW). De clubs hebben een volmacht verleend aan de KNVB om namens hen huisrechtelijke stadionverboden op te leggen, ook met een landelijk bereik.⁹⁰ Het huisrecht kan niet dienen als basis voor de oplegging van een geldboete. Voor winkels en horeca is de constructie van een contract bij de toegang ook lastig en is het huisrecht de primaire grondslag is voor uitsluiting.⁹¹

Wat is de aard van de hiervoor genoemde sancties? Ten aanzien van contractuele boetebedingen wordt wel gesteld dat hier geen sprake is van bestraffing van onrechtmatig gedrag, maar dat het beding bedoeld is als een prikkel tot naleving van de overeenkomst.⁹² Desalniettemin is mijns inziens alsnog sprake van een sanctie: het is een verplichting (om iets te betalen) als een reactie op een gedraging die in strijd is met de vooraf bekende normen.⁹³ De bevoegdheid tot oplegging van die sanctie bestaat op grond van een rechtsgeldige overeenkomst tussen partijen. De geldboete is vervolgens te karakteriseren als een bestraffende sanctie, omdat het bedrag geen verband houdt met eventuele geleden schade.⁹⁴ Het herstelt en voorkomt niets. Dat partijen die leedtoevoeging in vrije wil zijn overeengekomen, kan mijns inziens aan het bestraffende karakter ervan niet afdoen.

De aard van het stadionverbod en de andere vormen van uitsluiting is minder vanzelfsprekend. Wierenga en Brouwer gaan ervan uit dat een stadionverbod een herstelsanctie is.⁹⁵ Het is primair bedoeld om toekomstige overlast in het stadion te voorkomen, omdat de betrokkene voorlopig is uitgesloten van toegang. Zoals gezegd heeft het stadionverbod een preventief karakter en een herstelfunctie. Echter, ik meen dat het stadionverbod ook een gemengd karakter kan hebben en (deels) punitief kan zijn. In de Richtlijn termijn stadionverbod is duidelijk te zien dat de ernst van het feit de duur van het stadionverbod bepaalt en niet zozeer de

88 Art. 2 KNVB Standaardvoorwaarden.

89 Rb. Maastricht 4 september 2006, ECLI:NL:RGMAA:2006:AY7409; Rb. Leeuwarden 15 mei 2009, ECLI:NL:RBLEE:2009:BI4091.

90 Aldus ook art. 10.5 KNVB Standaardvoorwaarden. Volmacht: art. 3:60 BW.

91 Zie uitgebreid Van Rooij 2014a, par. 3.2.

92 H.N. Schelhaas, *Het boetebeding in het Europese contractenrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2004, p. 441. Vgl. S.K. Gabriël, 'Dubbel gestraft? Cumulatie van bestuurlijke punitieve sancties met privaatrechtelijke sancties: een verkenning', in: *Bestuurlijke punitieve sancties* (Preadvieszen Jonge VAR 2005), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 89-90, met verwijzing naar H.N. Schelhaas, 'Schadevergoeding, aansporing of bestraffing? De ware aard van het boetebeding', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Doel en effect van civielrechtelijke sancties*, Deventer: Kluwer 2003, p. 112.

93 Zie voor de afbakening van sancties en maatregelen par. 2.1.

94 Aldus ook Wierenga & Brouwer 2014a, p. 119-120. Een boetebeding kan wel bedoeld zijn als schadefixatie, Schelhaas 2004, p. 5, maar daarvan blijkt niet in het geval van de KNVB Standaardvoorwaarden. Hierin is immers expliciet vermeld dat de boetebevoegdheid niet afdoet aan de vordering van eventuele schade die veroorzaakt is door de overtreding van de KNVB Standaardvoorwaarden.

95 Wierenga & Brouwer 2014a, p. 119 met verwijzing naar art. 5:6 Awb.

dreiging die van de specifieke persoon uitgaat. Dat is een indicatie voor de bestraffende functie van het stadionverbod. In sommige gevallen is de duur bovendien zo buitensporig – zelfs twintig jaar behoort tot de mogelijkheden – dat hier niet noodzakelijkerwijs meer sprake is van herstel, maar ook van straf. Ter vergelijking: de horeca-, winkel- en ov-verboden hebben doorgaans een veel kortere duur, variërend van enkele maanden tot twee jaar.⁹⁶

Versterking van privaatrechtelijke sanctionering door gegevensuitwisseling

De privaatrechtelijke sanctionering van ordeverstoringen is de laatste jaren toegenomen door het ontstaan van publiek-private samenwerkingsverbanden die (deels) gericht zijn op de uitwisseling van gegevens over ordeverstoorders. Het gaat om de verzameling en uitwisseling van persoonsgegevens, politiegegevens en/of strafvorderlijke gegevens van (potentiële) ordeverstoorders.

In het voetbal is het Voetbal Volg Systeem (VVS) de spil: een database waarin het OM aanhoudingen, verdenkingen en vervolgingen registreert die verband houden met voetbalgerelateerde delicten. De basis voor deze gegevensuitwisseling is artikel 39f Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens.⁹⁷ Gemeenten, bvo's en de KNVB hebben ook toegang tot deze informatie. Het VVS wordt enerzijds gebruikt voor de inschatting van de risico's voordat wedstrijden plaatsvinden en draagt zo bij aan de besluitvorming over preventieve veiligheidsmaatregelen. Anderzijds wordt de informatie in het VVS gebruikt voor de onderbouwing van de oplegging van sancties achteraf en draagt het systeem bij aan de dossiervorming over individuele ordeverstoorders.

De uitvoering van de collectieve winkel- en horecaontzeggingen steunt eveneens op uitwisseling van gegevens: de ontzeggingen worden geregistreerd in een database waar alle deelnemende ondernemers en de politie toegang toe hebben. Anders dan bij het VVS worden die databases niet beheerd door de politie, maar door de ondernemers zelf.⁹⁸ De politie speelt een rol bij de aanvulling van persoonsgegevens die de ondernemers niet zelf kunnen vorderen van een betrokken overlastgever; de basis voor uitwisseling is dan artikel 20 Wet politiegegevens. De gegevensverwerking voor de reisverboden in het openbaar vervoer vindt op vergelijkbare wijze plaats, met dien verstande dat elke vervoerder voor zichzelf een database bijhoudt, met hulp van de politie, en er geen sprake is van een gezamenlijke database waarin meerdere vervoerders informatie uitwisselen.⁹⁹

In essentie faciliteert de overheid met de verzameling en uitwisseling van bepaalde gegevens van ordeverstoorders de privaatrechtelijke sanctionering. De

96 Blijkens de Standaardprotocollen collectief winkelverbod en collectieve horecaontzegging, zie www.cbpreweb.nl, themadossier zwarte lijsten. Op lokaal niveau kan zijn afgeweken van deze standaard. Zie over OV-verboden: Van Steden e.a. 2012.

97 CIV Jaaroverzicht 2014/2015, p. 6. Het VVS wordt beheerd door het Centraal Informatiepunt Voetbalvandalisme (CIV), een onderdeel van de Nederlandse politie. Zie uitgebreid Wierenga & Brouwer 2014a, par. 7.

98 Zie uitgebreid Van Rooij 2014a. Het beheer ligt doorgaans bij een belangenbehartiger, zoals de lokale afdeling van Koninklijke Horeca Nederland of een winkeliersvereniging.

99 Blijkens de Handreiking voor reis- en verblijfsverboden in het openbaar vervoer, Kamerstukken II 2004/05, 29 800 XII, nr. 65 en bijlage, n.a.v. Motie Van Hijum/Dijksma, Kamerstukken II 2004/05, 29 800 XII, nr. 17. Zie ook Van Steden e.a. 2012, p. 17.

KNVB verkrijgt bijvoorbeeld via twee kanalen informatie die kan leiden tot een landelijk stadionverbod: direct van de bvo's en van het OM en de politie, door middel van het VVS. In het seizoen 2014/2015 volgde 75% van de landelijke stadionverboden na een melding van het OM of de politie.¹⁰⁰ Als het gaat om de strafvorderlijke informatie stelt de KNVB wel altijd een eigen afweging te maken. Soms is de informatie niet toereikend om ook privaatrechtelijk te sanctioneren, maar het komt ook voor dat ondanks strafrechtelijk sepot of vrijspraak alsnog een privaatrechtelijk stadionverbod van kracht blijft.¹⁰¹

De samenwerking van publieke en private partijen in dit soort databases maakt het dus praktisch mogelijk dat één overlastgevende gedraging gesanctioneerd wordt via drie wegen: bestuurlijk, strafrechtelijk en privaatrechtelijk. Alle betrokken partijen – publiek en privaaf – worden voorzien van de benodigde informatie voor de oplegging van sancties en maatregelen.

De expliciete koppelingsbevoegdheid van het nieuwe tweede lid van artikel 172a Gemw

Met de aanscherping van de Wet MBVEO, in werking getreden per 1 juli 2015, is de cumulatie van privaatrechtelijke sancties en de maatregelen die de burgemeester op grond van artikel 172a Gemw kan opleggen, expliciet geregeld.¹⁰² Met de aanscherping is een nieuw tweede lid toegevoegd aan artikel 172a Gemw:

2. De burgemeester kan tevens een bevel geven aan een persoon aan wie door een private organisatie een sanctie is opgelegd, wegens gedrag dat bij de burgemeester de ernstige vrees doet ontstaan dat die persoon de openbare orde zal verstoren.

Het tweede lid bevat een expliciete grondslag voor de koppeling van bestuurlijke maatregelen aan privaatrechtelijke sancties. In de memorie van toelichting is wel verduidelijkt dat de burgemeester niettemin een eigen afweging moet blijven maken en zijn besluit ook moet motiveren:

‘Het loutere feit dat een privaatrechtelijke rechtspersoon een sanctie heeft getroffen, is overigens onvoldoende als grondslag voor een burgemeestersbevel. Voorwaarde is namelijk dat er sprake moet zijn geweest van een gedraging die bij de burgemeester een «ernstige vrees voor verstoring van de openbare orde» doet ontstaan. Het oordeel van een private organisatie komt dus niet in de plaats van het oordeel van de burgemeester.»¹⁰³

De burgemeester kan bij de motivering volgens de memorie van toelichting wel ‘sterk leunen’ op de privaatrechtelijke sanctie, zoals een door de KNVB opgelegd

100 CIV Jaaroverzicht 2014/2015, p. 30.

101 Vgl. Rb. Maastricht 23 juli 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ3510, r.o. 4.2.2; Rb. Utrecht 6 mei 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI3651, r.o. 4.5.

102 Art. I.A.2 Wet van 30 juni tot wijziging van de Gemeentewet en het Wetboek van Strafrecht ter aanscherping van de maatregelen ter bestrijding van voetbalvandalisme en ernstige overlast, Stb. 2015, 255 (inwerkingtreding 1 juli 2015, Stb. 2015, 256).

103 Kamerstukken II 2013/14, 33 882, nr. 3, p. 10.

landelijk stadionverbod.¹⁰⁴ Opmerkelijk is dat in het oorspronkelijke wetsvoorstel werd voorgesteld de koppeling alleen mogelijk te maken bij sancties die in een algemene maatregel van bestuur zouden worden aangewezen, om te voorkomen dat een wildgroei aan privaatrechtelijke sancties dient als opstap voor bestuurlijke maatregelen.¹⁰⁵ Deze waarborg werd ingebouwd zodat de Afdeling advisering van de Raad van State een oordeel kan geven over de specifieke uitwerking van het tweede lid. In een later stadium is deze systematiek echter verlaten, met als onderbouwing dat de burgemeester toch altijd zelf zal moeten toetsen of de gedragingen die aanleiding hebben gegeven tot enige privaatrechtelijke sanctie – welke dan ook – ook reden zijn voor een bestuurlijke maatregel.¹⁰⁶

Het is de vraag wat de nieuwe koppelingsbepaling van artikel 172a, tweede lid, Gemw nu echt heeft toegevoegd aan het reeds bestaande instrumentarium. Ik meen dat er juridisch-technisch gezien weinig is veranderd. In de memorie van toelichting lijkt de wetgever uit te gaan van de gedachte dat de overlastgevende gedragingen in het stadion geen openbare-ordeverstoringen kunnen zijn en daarom niet als grondslag kunnen dienen voor de bestuurlijke maatregelen van artikel 172a.¹⁰⁷ Als voorbeelden noemt de regering het vechten op de tribune of het gooien van vuurwerk in het stadion. Dat is echter een onjuist uitgangspunt. Gedragingen in het stadion en op andere voor het publiek toegankelijke plaatsen kunnen formeel wel degelijk worden gekwalificeerd als een verstoring van de openbare orde en door de burgemeester gehandhaafd worden met bestuurlijke maatregelen uit de Gemeentewet en APV.¹⁰⁸ Informatie uit het VVS kon al aanleiding zijn voor vrees voor herhaling en dienen als deugdelijke onderbouwing van het besluit.¹⁰⁹ Bovendien moet de burgemeester alsnog zelfstandig afwegen of is voldaan aan de criteria van artikel 172a, eerste lid, Gemw. Dat betekent dat het nieuwe tweede lid niets toevoegt.

In een breder maatschappelijk perspectief heeft de nieuwe bepaling mijns inziens echter wel iets veranderd. De wetgever zegt door middel van deze bepaling eigenlijk dat de privaatrechtelijke sanctionering – en blijkens de memorie van toelichting vooral de stadionverboden van de KNVB – onmisbaar is en accepteert dat private partijen zelfs het initiatief nemen in de handhaving van de openbare orde.¹¹⁰ Het tweede lid is immers expliciet bedoeld voor die situaties die in beginsel (nog) niet bestuursrechtelijk waren gesanctioneerd.¹¹¹ De KNVB en wellicht ook andere private ordehandhavers worden in die zin nog belangrijker: hun sancties kunnen het beginpunt zijn van publiekrechtelijke sanctionering.

104 Bij de totstandkoming is uitdrukkelijk verwezen naar de KNVB-stadionverboden, zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 3, p. 10.

105 Art. I.A, eerste lid, *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 2, zie *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 3, p. 10.

106 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 7 (nota van wijziging), zie toelichting in nr. 6, p. 22.

107 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 3, p. 10 en *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 4, p. 7. Dit uitgangspunt wordt door de regering wel rechtgezet in *Kamerstukken I 2014/15*, 33 882, nr. C, p. 8. Vgl. Wierenga & Brouwer 2014a, p. 123.

108 Zie uitgebreid Wierenga in zijn preadvies bij de afbakening van 'publieke ruimte'.

109 Wierenga & Brouwer 2014a, p. 101. Rb. Almelo 19 december 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY6950, AB 2013, 42 m.nt. Brouwer.

110 Vgl. *Kamerstukken II 2014/15*, 33 882, nr. C, p. 14.

111 Aldus ook gesignaleerd door de Afdeling advisering van de Raad van State, *Kamerstukken II 2013/14*, 33 882, nr. 4, p. 6.

Cumulatie publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sancties in lagere jurisprudentie

De koppelingsbevoegdheid van artikel 172a, tweede lid, Gemw regelt de cumulatie van een herstellende maatregel – het burgemeestersbevel – en een privaatrechtelijke sanctie. In het licht van het *ne bis in idem*-beginsel is hier niets op aan te merken. Het is wel de vraag of het *ne bis in idem*-beginsel zich verzet tegen cumulatie van bestraffende publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sancties, zoals de combinatie van een strafsanctie en een geldboete van de KNVB of een zeer lang stadionverbod.

De cumulatie van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sancties is vaak het gevolg van eendaadse samenloop. Zo is het afsteken van vuurwerk in het stadion in strijd met de KNVB Standaardvoorwaarden, aangezien vuurwerk een verboden voorwerp is,¹¹² en het is een vuurwerkdeldict, waarmee bovendien de openbare orde wordt verstoord.¹¹³ Artikel 10.2 KNVB Standaardvoorwaarden vermeldt zelfs dat een ‘strafbaar feit’ op zichzelf aanleiding kan zijn voor een stadionverbod. Hierin is cumulatie zonder samenloop te herkennen: de overtreding van één en dezelfde strafnorm wordt dan immers gesanctioneerd via twee wegen, de strafrechtelijke en de privaatrechtelijke.

Op het terrein van voetbal zijn verschillende strafzaken bekend waarin een verdachte stelt dat sprake is van ontoelaatbare dubbele bestraffing omdat al een private sanctie is opgelegd. Deze zaken zijn vrij recent van datum; de alcoholslot-jurisprudentie lijkt een impuls te hebben gegeven aan het *ne bis in idem*-verweer van verdachten. Tot nu toe is hiermee nog geen succes geboekt. Zo overwogen de Rechtbank Limburg en de Rechtbank Gelderland dat bij de KNVB-sancties geen sprake is van een *criminal charge*, omdat de KNVB geen ‘bevoegde autoriteit’ in de zin van artikel 6 EVRM is, maar zijn bevoegdheid ontleent aan een privaatrechtelijke overeenkomst.¹¹⁴ Aangezien er geen sprake is van dubbele strafvervolgung, is artikel 68 Sr niet van toepassing. De rechters zijn ook niet uit uitgeweken naar *ne bis in idem* als beginsel van een goede procesorde.

De Rechtbank Den Haag komt tot dezelfde conclusie maar dan over de band van de Engel-criteria die volgen uit jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), zijnde:

- ‘1. Is de handhaving van de overtreden norm als strafrechtelijk aan te merken naar geldend recht?
2. Wat is de aard van het verweten handelen?

112 Art. 8 KNVB Standaardvoorwaarden. Het gaat bovendien om gedrag dat het aanzien van het voetbal schaadt.

113 Strafbbaar gesteld op grond van art. 2.3.6 Vuurwerkbesluit jo. art. 9.2.2.1 Wm jo. art. 1a onder 1 en art. 2 WED.

114 Rb. Limburg 21 januari 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:534, r.o. 3.3; Rb. Gelderland 24 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2790, r.o. 2 en ECLI:NL:RBGEL:2015:2791, r.o. 3. Vgl. Hof Den Haag 29 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:258, hier stelde de verdediging dat de KNVB via de samenwerking met de gemeente Rotterdam en het OM als een zelfstandig bestuursorgaan moet worden beschouwd, maar deze stelling vond – terecht – geen weerklank. Zie uitgebreider mijn noot bij ABRvS 13 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2473, Gst. 2014, 31.

3. Wat is de aard en zwaarte van de maatregel die met de overtreding wordt geriskeerd?¹¹⁵

Naar het oordeel van de rechtbank strandt het beroep op het *ne bis in idem*-beginsel al op het eerste criterium, omdat nu eenmaal sprake is van een privaatrechtelijke overeenkomst. Dat is mijns inziens wel erg kort door de bocht. De Engel-criteria zijn niet per se cumulatief en de rechter zou dus ook de andere factoren moeten afwegen, te weten de aard van het verweten handelen en de aard en zwaarte van de maatregel. Een dergelijke afweging ben ik in de bekendgemaakte uitspraken nog niet tegengekomen. Ook is nog geen aandacht besteed aan het bestraffende karakter van de KNVB-geldboete bij de beoordeling van het *ne bis in idem*-beginsel.¹¹⁶

Het *ne bis in idem*-beginsel wordt door rechters dus vooralsnog in het geheel niet van toepassing geacht bij de cumulatie van strafrechtelijke en privaatrechtelijke sancties. De aard van de privaatrechtelijke sancties, zoals ik in paragraaf 2.3.1 heb besproken, is dan ook niet relevant in de beoordeling van de rechtmatigheid van de cumulatie.

2.4 Het belang van het evenredigheidsbeginsel bij cumulatie

Uit de voorgaande paragrafen blijkt dat er naar huidig recht geen belemmeringen zijn voor de cumulatie van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke sancties en maatregelen, zolang er niet twee bestraffende sancties van overheidswege worden opgelegd wegens dezelfde overtreding. Dat betekent echter niet dat de cumulatie van sancties verder ongeclausuleerd kan plaatsvinden. Het meewegen van de zwaarte van de sanctie in de eerdergenoemde alcoholslot-jurisprudentie bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de oplegging van meerdere sancties laat zien dat het leerstuk van cumulatie ook verband houdt met het evenredigheidsbeginsel.¹¹⁷

Bij een stapeling van sancties ontstaat het gevaar dat de overheid een burger zwaarder straft dan nodig is. Uiteindelijk telt het evenredige resultaat in een individueel geval.¹¹⁸ Van Emmerik en Saris concluderen dat het evenredigheidsbeginsel bij de straftoemeting van bestuurlijke boetes zo werkt dat een gepast evenwicht gevonden moet worden tussen enerzijds effectieve handhaving en daarmee bescherming van het algemeen belang – waaronder ook de belangen

115 Rb. Den Haag 12 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6693, r.o. 3.1 en ECLI:NL:RBDHA:2015:6697, r.o. 3.1, met verwijzing naar EHRM 8 juni 1976, 5370/72, NJ 1978, 223 (*Engel e.a./Nederland*). Zie ook EHRM 21 februari 1984, 8544/79, NJ 1988, 937 (*Öztürk/Duitsland*).

116 Een beroep op het *ne bis in idem*-beginsel heeft logischerwijs geen zin als het gaat om twee verschillende strafbare feiten. Als iemand een stadionverbod krijgt voor mishandeling van een steward en daarna vervolgd wordt voor huisvredebreuk wegens het overtreden van dat stadionverbod, dan is geen sprake van zo nauw samenhangende gedragingen dat van cumulatie gesproken kan worden. Zie Hof Den Haag 3 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1423. Vgl. Hof Den Haag 29 januari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:258 met verwijzing naar EHRM 13 december 2005, 73661/01 (*Nilsson/Zweden*) en EHRM 20 mei 2014, 11828/11 (*Nykänen/Finland*).

117 *Damen e.a.* 2013a, nr. 1343. Vgl. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3, p. 91. Bij meerdaadse samenloop verzet het evenredigheidsbeginsel zich niet tegen een cumulatie van sancties als de overtreden voorschriften niet dezelfde belangen dienen, *Damen e.a.* 2013a, nr. 1524.

118 M.L. van Emmerik & C.M. Saris, 'Evenredige bestuurlijke boetes', in: *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief*, VAR-reeks 152, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 200.

van derden – en anderzijds de rechtvaardige behandeling van het individu in die zin dat hij alle waarborgen geniet die nodig zijn om te komen tot een evenredig resultaat.¹¹⁹ Hierbij past volgens de auteurs dat de overheid niet ‘over reageert’ op normovertredingen.¹²⁰

Deze conclusie is mijns inziens ook relevant voor de werking van het evenredigheidsbeginsel bij de cumulatie van sancties. Het is denkbaar dat als op één ordeversturende gedraging wordt gereageerd met een veelheid aan sancties en maatregelen, dat dan een grotere inbreuk op de individuele rechten van de ordeverstoorder wordt gemaakt dan het algemeen belang en de belangen van derden rechtvaardigen. In dat geval kan cumulatie van sancties problematisch zijn in het licht van het evenredigheidsbeginsel.¹²¹

Hoewel particulieren niet direct gebonden zijn aan het evenredigheidsbeginsel als beginsel van behoorlijk bestuur, doet zich de vraag voor of de PPS niet tot gevolg heeft dat alle betrokken partijen moeten streven naar een evenredig resultaat: niet alleen de wetgever, het bestuur en de rechter, maar ook de particuliere ketenpartners die zich middels de convenanten hebben verbonden aan de publieke zaak.¹²² De invloed van private partijen bij de ordehandhaving is in sommige domeinen zeer groot. Het aantal opgelegde stadionverboden neemt toe: in het seizoen 2014/2015 werden 890 landelijke stadionverboden opgelegd door de KNVB, een stijging van 55% ten opzichte van het seizoen 2013/2014.¹²³ Zoals gezegd was in 75% van de gevallen een melding van het OM of de politie de aanleiding voor oplegging van die stadionverboden.¹²⁴ Bij een zodanig sterke samenwerking tussen de overheid en private partijen past mijns inziens aandacht voor evenredigheid van het geheel.

In de privaatrechtelijke rechtsverhouding – tussen de bezoeker en de beheerder van de semipublieke plaats – zou de beoordeling van de evenredigheid vorm kunnen krijgen via de open normen: partijen zijn immers verplicht zich tegenover elkaar te gedragen in overeenstemming met de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Bij de invulling van deze open norm is proportionaliteit een relevant gezichtspunt.¹²⁵ Het voert te ver voor dit preadvies om verder in te gaan op de specifieke werking van het evenredigheidsbeginsel in PPS. In het volgende hoofdstuk wordt wel behandeld in hoeverre rechters en klachtencommissies momenteel het geheel van sancties meewegen in hun beoordeling van de rechtmatigheid van de sanctie.

119 Van Emmerik & Saris 2014, p. 200.

120 Van Emmerik & Saris 2014, p. 200, met verwijzing naar A. Brenninkmeijer, ‘De sanctiestaat doet onrecht aan zijn burgers’ (afscheidscolumn als Nationale ombudsman), Srt. 17 december 2013.

121 Het is moeilijk om in algemene zin uitspraken te doen over de werking van het evenredigheidsbeginsel, omdat de invulling en de werking van dit beginsel zeer afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van het geval. Van Emmerik en Saris (2014, p. 198-200) concluderen ook dat bij de straftoemeting bij de bestuurlijke boete sprake is van een wisselwerking tussen wetgever, bestuur en rechter. Het voert te ver voor dit preadvies om de werking van het evenredigheidsbeginsel specifiek bij de cumulatie van publiekrechtelijke (en privaatrechtelijke) sancties te analyseren.

122 Vgl. N. Jak, *Semipublieke instellingen. De juridische positie van instellingen op het snijvlak van overheid en samenleving* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, over de binding van semipublieke instellingen aan publiekrechtelijke normen.

123 CIV Jaaroverzicht 2014/2015, p. 30. Zie ook Wierenga & Brouwer 2014a, p. 86-91.

124 Par. 2.3.2. Zie CIV Jaaroverzicht 2014/2015, p. 30.

125 Zie uitgebreid P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2013, p. 230-239.

3. Rechtsbescherming bij publiek-private handhaving van de orde

Elke sanctie kent haar eigen vorm van controle en rechtsbescherming. Als er verschillende sancties worden opgelegd, heeft dat tot gevolg dat er ook verschillende procedures gevolgd moeten worden als de betrokkene zich niet kan vinden in de beslissingen. Bepalend voor de toepasselijke route(s) is de vraag welk orgaan de beslissing heeft genomen en de wettelijke grondslag van de beslissing; ook in geval van samenwerkingsverbanden. Dit uitgangspunt is recentelijk bevestigd door de Afdeling bestuursrechtspraak over een algemeen caféverbod in de binnenstad van Sittard.¹²⁶ De appellant was tegen het verbod in bezwaar gegaan bij het college van burgemeester en wethouders. Hij vond dat hier sprake was van een appellabel besluit, aangezien het caféverbod voortvloeide uit het convenant ‘Veilig Uitgaan’, waarin de gemeente samenwerkt met horecaondernemers, het OM en de politie. Het bezwaar werd echter niet-ontvankelijk geacht, omdat het caféverbod was opgelegd door de horecaondernemers en die beslissing berustte niet op een exclusieve publiekrechtelijke grondslag.¹²⁷ De appellant werd door de Afdeling doorverwezen naar de burgerlijke rechter. Deze uitspraak laat zien dat – alle samenwerking en integraliteit ten spijt – de sancties apart worden beoordeeld, in verschillende procedures.

In dit hoofdstuk worden de verschillende vormen van rechtsbescherming geïnventariseerd. Eerst bespreek ik de rechtsbescherming bij de oplegging van privaatrechtelijke sancties, omdat dit type sancties vaak vooruitloopt op publiekrechtelijke sanctionering. Daarna komt de toetsing in de strafrechtelijke procedure aan bod. In het strafproces is al uitdrukkelijk aandacht geweest voor de cumulatie van sancties. Als laatste wordt de rechtsbescherming bij de oplegging van bestuurlijke maatregelen behandeld.

3.1 Rechtsbescherming bij privaatrechtelijke sanctionering

Burgerlijke rechter

De beschrijving van de verschillende privaatrechtelijke sancties heeft laten zien dat de sancties gebaseerd zijn op een overeenkomst of de uitoefening van het

¹²⁶ ABRvS 13 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2473, Gst. 2014, 31, m.nt. Van Rooij.

¹²⁷ De Afdeling ging als basis uit van art. 138 Sr. Ik meen dat de basis in het privaatrechtelijke eigendomsrecht is gelegen, zie mijn noot in Gst. 2014, 31. Hoe het ook zij: de horecaondernemer is in ieder geval geen bestuursorgaan en kan dus geen Awb-besluiten nemen waartegen bezwaar en beroep openstaat.

huisrecht. In beide gevallen gaat het om een private rechtsverhouding, waarbij een ordeverstoorder die het niet eens is met de sanctie zich kan wenden tot de burgerlijke rechter.¹²⁸ Als sprake is van een contract, zoals in het voetbal, dan toetst de rechter of de overeengekomen afspraken zijn nagekomen. In zaken over stadionverboden wordt door de getroffen supporter vaak gesteld dat de open formulering van artikel 10 KNVB Standaardvoorwaarden onredelijk bezwarend is.¹²⁹ Dit is echter een tamelijk kansloos argument gebleken omdat het Hof Den Haag deze bepaling in 2006 in abstracto heeft getoetst en niet onredelijk bezwarend heeft geacht.¹³⁰ Een tweede argument dat vaak aangevoerd wordt, is dat de duur van het stadionverbod buitenproportioneel is. Ook dit argument levert niet veel op, want hier dicht de rechter de KNVB een ruime beoordelingsmarge toe, vanwege de open formulering van de algemene voorwaarden.¹³¹ Het is aan de KNVB om te beoordelen wanneer sprake is van voetbalgerelateerd wangedrag en deze kwalificatie toetst de rechter zeer marginaal. Meer succes heeft de betwisting van de feiten. Een burgerlijke vordering is wel toegewezen als komt vast te staan dat de betrokkene geen van de in artikel 10.2 genoemde misdrijvingen heeft begaan of als de private beheerder niet kan bewijzen of onvoldoende heeft gemotiveerd dat deze specifieke persoon zich heeft misdragen.¹³²

Als er geen contract is, kan een actie uit onrechtmatige daad worden ingesteld als de betrokkene meent dat de gedraging van de ondernemer tegenover hem inbreuk op een recht maakt of in strijd is met een wettelijke plicht of de maatschappelijke zorgvuldigheid (art. 6:162 BW). Als ook aan de andere criteria van 6:162 en 6:163 BW is voldaan, kan de rechter bevelen tot opheffing van het verbod, verwijdering van de gegevens uit de database en/of het vergoeden van de geleden schade.¹³³ Een uitspraak van de rechtbank Middelburg laat zien dat een horecaverbod bijvoorbeeld onrechtmatig kan zijn als een private partij de eigen protocollen niet volgt en de informatievoorziening over de gegevensverwerking gebrekkig is.¹³⁴ Diezelfde uitspraak laat echter zien dat een betrokkene er niet altijd veel mee opschiet. Het horecaverbod was niet meer van kracht, dus opheffing kon niet meer, en de vordering van reputatieschade werd afgewezen omdat de oplegging van de sanctie niet openbaar was gemaakt.

Er wordt niet veel civielrechtelijk geprocedeerd tegen stadionverboden en andere privaatrechtelijke uitsluitingen als sanctie. Naast de geringe kansrijkheid is een tweede mogelijke verklaring voor het uitblijven van civielrechtelijke

128 ABRvS 13 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2473, Gst. 2014, 31, m.nt. Van Rooij. Als het gaat om een vermoeden van discriminatie en handelen in strijd met art. 7, eerste lid, onder a, Algemene wet gelijke behandeling, dan zou ook nog een procedure gestart kunnen worden bij de College voor de Rechten van de Mens, zie Van Rooij 2014a.

129 Bijv. Rb. Utrecht 2 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK5245, r.o. 4.10; Hof Leeuwarden 14 december 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BP0828, r.o. 8.

130 Hof Den Haag 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY6000; zie B. Wessels, 'Contractueel opgelegd stadionverbod getoetst', *MvV* 2006-10, p. 184-191. De abstracte toetsing van algemene voorwaarden gebeurt op basis van art. 6:240 BW.

131 Bijv. Rb. Utrecht 2 december 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK5245, r.o. 4.3.

132 Bijv. Rb. Utrecht 13 april 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AW1742. De KNVB legde aan 107 Roda JC-supporters een stadionverbod op, terwijl niet voor elk van die supporters onomstotelijk bewezen kon worden wat hun individuele aandeel was in de ongeregelheden.

133 Art. 6:168 BW. Bijv. Rb. Breda 3 januari 2007, ECLI:NL:RBBRE:2007:AZ5426 (vordering schade door gemiste wedstrijden afgewezen).

134 Rb. Middelburg 29 maart 2009, ECLI:NL:RBMID:2009:BK9255.

procedures dat de Raad voor Rechtsbijstand doorgaans geen toevoeging voor rechtsbijstand verleent voor het instellen van een procedure tegen een stadionverbod, omdat het gaat om zaken die de vrijetijdsbesteding betreffen.¹³⁵ Ook moeten de griffierechten in civiele procedures zelf worden betaald als de betrokken ordeverstoorder de procedure start. De hoge kosten van de civielrechtelijke procedure kunnen voor burgers een drempel zijn.¹³⁶

Ten aanzien van de geldboete kan de zaak voor de burgerlijke rechter komen als de ordeverstoorder de boete niet betaalt. De KNVB stelt dan een vordering in bij de kantonrechter en betaalt de griffierechten. De gedaagde heeft recht op rechtsbijstand bij een belang vanaf € 500. In het kader van deze procedure kan door de gedaagde ordeverstoorder een beroep worden gedaan op matiging van de boete wegens al eerder opgelegde sancties, zoals een strafrechtelijke boete.¹³⁷ De rechter matigt niet snel een boete enkel vanwege de hoogte ervan, omdat de hoge boetes van € 1000 tot € 2000 alleen opgelegd worden als meermalen een stadionverbod wordt overtreden. De betrokkene had de oplegging van die boetes dus kunnen voorkomen.¹³⁸ Bij een beroep op matiging wegens financiële omstandigheden weegt de burgerlijke rechter mee dat de boete strekt ter voorkoming van maatschappelijk onaanvaardbaar gedrag en in alle gepubliceerde uitspraken heeft de rechter dat doel laten prevaleren boven de persoonlijke financiële omstandigheden van de gedaagde.¹³⁹

Klachtencommissies

Naast de rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter zijn er op het terrein van de ordehandhaving in het semipublieke domein ook diverse klachtencommissies ingericht. Zo is de commissie stadionverboden van de KNVB het eerste loket van rechtsbescherming bij een landelijk stadionverbod en de geldboete.¹⁴⁰ Ook bij de collectieve horeca- en winkelontzeggingen zijn commissies ingesteld die fungeren als een bezwaren- of klachtencommissie. In het openbaar vervoer kan de reiziger zich wenden tot het onafhankelijke OV-loket, maar deze instantie bemiddelt alleen tussen de betrokken partijen en oordeelt niet zelf over klachten en geschillen.¹⁴¹

135 ABRvS 18 juli 2012, ECLI:NL:RVS:2012:BX1839, zie ook Wessels 2006.

136 Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS), *Burgerrechter behandelt minder zaken*, www.cbs.nl, thema veiligheid en recht (13 januari 2013).

137 Op grond van art. 6:94 BW. Zie bijv. Rb. Amsterdam 22 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD2401, r.o. 12.

138 Hof Leeuwarden 14 december 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BP0828, r.o. 11.2; Rb. Amsterdam 22 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD2401, r.o. 12.

139 Rb. Zwolle 8 juli 2003, ECLI:NL:RBZWO:2003:AI1598, r.o. 2.4 en voornoemde uitspraak van het Hof Leeuwarden, r.o. 11.3.

140 Art. 11.1 KNVB Standaardvoorwaarden. Zie ook Wierenga & Brouwer 2014a, p. 114-116.

141 Zie: www.ovloket.nl onder 'OV-Loket'. Daarnaast is ook de Geschillencommissie Openbaar Vervoer een optie, die geschillen behandelt die verband houden met de vervoersovereenkomst. Aangezien de sancties echter zijn opgelegd bij of krachtens de Wp 2000, valt de controle hierop buiten de taak van die commissie. Zie de reglementen en procedures van de geschillencommissie: www.degeschillencommissie.nl/over-ons/commissies/openbaar-vervoer. Een laatste vorm van klachtrecht biedt de Inspectie Leefomgeving en Transport, die toezicht houdt op de naleving

De hiervoor genoemde commissies zijn niet wettelijk geregeld, zoals wel bij de klachtencommissies in de gezondheidszorg het geval is.¹⁴² Ippel spreekt bij klachtencommissies die fungeren als controle op dienstverlenende private of semipublieke organisaties wel van ‘informele rechtspleging’, hoewel moet worden opgemerkt dat de commissies zich niet beperken tot het oordelen over juridische problemen.¹⁴³ Het is echter niet duidelijk wat de hiervoor genoemde commissies precies toetsen, althans: dat is niet te vinden in de openbaar toegankelijke informatie over de procedures. De winkel- en horecacommissies lijken vooral geënt te zijn op de controle van de gegevensverwerking die nodig is voor de uitvoering van de collectieve verboden. Via de commissies is een mogelijkheid gecreëerd voor een betrokkene om een verzoek te doen tot inzage, verbetering, aanvulling, verwijdering of afscherming van zijn persoonsgegevens, conform de Wet bescherming persoonsgegevens.¹⁴⁴ Ook de commissie stadionverboden let in het bijzonder op de rechtmatigheid van de gegevensverwerking.¹⁴⁵ Desgevraagd geeft de KNVB aan dat de commissie stadionverboden ook kijkt naar de juistheid van de feiten en deze beoordeelt in het licht van eventueel ingeleverd tegenbewijs, zoals verklaringen van de betrokkene en stewards en beschikbaar foto- en filmmateriaal. De KNVB benadrukt bovendien dat de commissie ook bestaande (civielrechtelijke) jurisprudentie meeneemt in de beslissing en dus ook een oordeel geeft over de juridische toelaatbaarheid van het opgelegde stadionverbod.

Ook de samenstelling van dit soort commissies is niet wettelijk geregeld. De KNVB heeft de commissie stadionverboden zelf ingesteld en de leden benoemd, maar benadrukt dat zij niet betaald worden door de KNVB en dat de commissie daarom als een onafhankelijk, controlerend orgaan moet worden beschouwd. In de openbaar toegankelijke informatievoorziening van de KNVB is niet te vinden wie in die commissie plaatsneemt, maar desgevraagd geeft de KNVB aan dat momenteel een strafrechter, een vertegenwoordiger van de politie en een bij een bvo werkzame veiligheidscoördinator deel uitmaken van de commissie. De vertegenwoordiging van de verschillende publieke en private ketenpartners bij de afhandeling van klachten is volgens de KNVB belangrijk om een goede controle te kunnen uitvoeren. In de horeca bestaat de klachtencommissie naast een vertegenwoordiger van de lokale afdeling van de Koninklijke Horeca Nederland (KHN) ook uit een politieambtenaar en een gemeenteambtenaar.¹⁴⁶ Bij de klachtenprocedure inzake winkelverboden zijn geen lokale overheidsorganen betrokken: bezwaren tegen de collectieve winkelontzegging kunnen in eerste instantie bij de ondernemersvereniging zelf worden ingediend en daarna nog bij een

van Europese regelgeving betreffende de rechten en verplichtingen van reizigers in het treinverkeer.

142 Bijv. in de Wet klachtrecht cliënten zorgsector.

143 P.C. Ippel, *Reacties op rechtsbescherming in twee dienstverlenende organisaties: een rechtssociologische studie* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 24-25. Zie ook P.C. Ippel, *Klachtbehandeling en klachtenprocedures*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987, p. 82, waarin gesproken wordt van ‘particuliere rechtspraak’.

144 Art. 36, 30, derde lid, 35, 38, 40 of 41 Wbp.

145 Art. 13-16 Gedragscode gegevensverwerking Stadionverboden en reglement commissie stadionverboden, gepubliceerd op www.knvb.nl.

146 Modelprotocol collectieve horecaontzegging, p. 9 en bijlage 5, zoals is voorgelegd aan het College bescherming persoonsgegevens (CBP), te raadplegen via www.cbppweb.nl, themadossier zwarte lijsten. Op lokaal niveau kan zijn afgeweken van het model.

commissie van het Hoofdbedrijfschap Detailhandel, die onafhankelijk opereerde van de ondernemersvereniging.¹⁴⁷ Zowel bij horeca- en winkelverboden als bij de stadionverboden is het publiek – de bezoekers of de supporters – niet vertegenwoordigd. Wel komt het voor dat supportersverenigingen supporters hulp bieden bij het voeren van de KNVB-procedure of juist als adviesorgaan fungeren voor de bvo in geval van bezwaar tegen lokale stadionverboden.¹⁴⁸

De Nationale ombudsman is in het verleden kritisch geweest over de betrokkenheid van overheidspartijen bij dit soort klachtencommissies. De Nationale ombudsman achtte de sterke betrokkenheid van de politie in de klachtenprocedure bij de collectieve horecaontzegging Zwolle onbehoorlijk, omdat een dergelijke overheidsbemoeyenis niet zou passen bij de aard van de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de horecaondernemers en de betrokkene.¹⁴⁹ Ik betwijfel echter of bij de oplegging van horecaverboden – en dat geldt eveneens voor stadionverboden – nog wel van een zuiver private sanctie gesproken kan worden als voor de oplegging van de sanctie gebruikgemaakt is van informatie afkomstig van politie en justitie. Betrokkenheid van de overheid bij de controle hierop kan juist ook dienen als een waarborg tegen misbruik aan de zijde van de particulier. Ik meen wel dat als een dergelijke commissie bestaat uit personen die ook direct betrokken zijn bij het ontwerp en de uitvoering van het sanctiebeleid, dan in elk geval niet gesproken kan worden van een volwaardige onafhankelijke controle. Dat betekent dat mijns inziens de wijkagent, de gemeenteambtenaar en de officier van justitie die het samenwerkingsconvenant hebben ondertekend en betrokken zijn bij de dagelijkse uitvoering, niet ook zouden moeten plaatsnemen in de klachtencommissie. Dat geldt overigens ook voor deelnemende ondernemers.

Over de procedure bij dergelijke commissies kan nog opgemerkt worden dat deze geheel schriftelijk is.¹⁵⁰ Gebrek aan een mondelinge ronde bij de commissie stadionverboden wordt als een gemis ervaren door enkele advocaten die voetbal-supporters bijstaan,¹⁵¹ omdat supporters vaak wel de behoefte hebben om hun verhaal te doen. De schriftelijke procedure biedt dan weinig soelaas: ze sturen hun verklaring op en krijgen na verloop van tijd een beslissing. Supporters hebben dan, naar zeggen van de advocaten, niet het idee dat ze gehoord zijn. Ook het ontbreken van een procesreglement is een gemis, omdat zo onduidelijk is hoe een klager beschikking kan krijgen over zijn ‘dossier’ of enig inzicht in de informatie die de KNVB gebruikt heeft ter onderbouwing van de oplegging van de sanctie.

Het is ten slotte de vraag hoe de oordelen van de klachtencommissie zich verhouden tot rechtsbescherming bij een onafhankelijke rechter. In artikel 11.1 KNVB Standaardvoorwaarden is nadrukkelijk vermeld dat de klachtenprocedure

147 Dat was de procedure tot 1 januari 2015. Daarna is het bedrijfschap opgeheven. Wet van 17 december 2014 tot wijziging van de Wet op de bedrijfsorganisatie en andere wetten in verband met de opheffing van de bedrijfslichamen (Wet opheffing bedrijfslichamen), Stb. 2014, 571, inwerkingtreding 1 januari 2015, Stb. 2014, 576.

148 Bijv. de Supporters Advies Commissie die is opgericht door enkele Ajax-supportersverenigingen. Zij adviseren de club ook over alternatieve werkstraffen en begeleiden de supporters bij de uitvoering daarvan. Zie www.afcasupportersclub.nl/hulp-bij-een-stadionverbod.

149 No. 2011, 330, p. 8.

150 In zeer uitzonderlijke gevallen vindt wel een gesprek plaats; in de afgelopen vijf jaar is dat volgens de KNVB ongeveer twee keer gebeurd.

151 En die ik heb gesproken bij de totstandkoming van dit preadvies.

de gang naar de burgerlijke rechter onverlet laat. Artikel 11 is in 2006 ook in abstracto getoetst door het Hof Den Haag.¹⁵² De supporterskoepelvereniging SOVS, die de zaak aanspande, vond dit artikel onredelijk bezwarend omdat niet duidelijk is aangegeven uit welke personen de commissie bestaat en waaraan zij de stadionverboden toetst. Zij stelde dat op de KNVB de verplichting rust om ervoor te zorgen dat de klachtregeling met voldoende waarborgen is omkleed. Het hof ging hier niet in mee en volgde de KNVB in het standpunt dat de klachtenregeling een extra middel is om een stadionverbod of boete kosteloos en snel te laten toetsen. Dat de procedure niet hetzelfde functioneert als de onafhankelijke rechterlijke macht, is niet onredelijk bezwarend; het bestaan van de klachtencommissie brengt immers geen wijziging in de rechtstoestand van de betrokkene mee.¹⁵³

Toch kan de klachtenprocedure niet geheel los van de procedure bij de burgerlijke rechter worden gezien. Zo komt het voor dat de rechter het een betrokkene tegenwerpt als hij niet in een vroeg stadium bezwaar maakt bij de commissie stadionverboden. In een civiele procedure tegen de beboeting van de overtreding van een stadionverbod waarin de betrokkene de rechtmatigheid van het stadionverbod betwist, overweegt de burgerlijke rechter: '[gedaagde] heeft tegen het stadionverbod geen bezwaar gemaakt en heeft de opgelegde boete betaald. Daarmee heeft hij zijn recht verwerkt om de juistheid van de eerste sanctie te betwisten.'¹⁵⁴ Een betrokkene moet dus wel binnen afzienbare tijd in bezwaar komen bij de commissie (of een actie instellen bij de burgerlijke rechter), anders is sprake van rechtsverwerking.

De KNVB heeft in een andere procedure ook weleens aangevoerd dat een vordering van een supporter bij de burgerlijke rechter niet-ontvankelijk zou zijn, omdat de supporter geen gebruik had gemaakt van de beroepsmogelijkheid bij de commissie stadionverboden.¹⁵⁵ De voorzieningenrechter in die zaak ging hier niet in mee:

'4.1.2. De voorzieningenrechter overweegt hieromtrent als volgt. De KNVB heeft ter zitting desgevraagd gesteld dat [eiseres] niet verplicht is om (eerst) in beroep te gaan bij de commissie alvorens zij naar de burgerlijke rechter kan stappen en dat de beroepsmogelijkheid bij de commissie een beroep op de burgerlijke rechter niet uitsluit. De voorzieningenrechter acht [eiseres] dan ook in haar vordering ontvankelijk en verwerpt het hiertegen gevoerde verweer.'

Dit lijkt mij een juiste overweging. De klachtenprocedure bij de commissie stadionverboden van de KNVB moet gezien worden als een extra waarborg die facultatief is. Anders dan bij het bestuursrechtelijke bezwaarschrift van artikel 7:1 jo. 8:1 Awb is het geen verplichte voorprocedure. Dat zou zich ook niet verdragen met het karakter van de klachtenprocedure, welke een vorm van zelfregulering betreft. Betrokkenen moeten de vrijheid hebben om zelf te kiezen of zij eerst gebruikmaken van de door de KNVB aangeboden procedure, of dat zij zich

152 Hof Den Haag 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY6000, zie Wessels 2006, p. 184-191. De abstracte toetsing van algemene voorwaarden gebeurt op basis van art. 6:240 BW.

153 Hof Den Haag 9 augustus 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY6000, r.o. 38-41.

154 Rb. Amsterdam 22 mei 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BD2401, r.o. 7.

155 Rb. Maastricht 23 juli 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ3510, r.o. 4.1.

meteen wenden tot de onafhankelijke rechterlijke macht. Dit type klachtencommissies kan wel dienen als een filter om eventuele fouten te herstellen. Het is echter onbekend of zij deze functie momenteel ook daadwerkelijk vervullen.¹⁵⁶

Is de KNVB andersom ook verplicht om het oordeel van de commissie uit te voeren of heeft de bond de vrijheid om alsnog een andere afweging te maken? In dat laatste geval zou sprake zijn van een tekortkoming in de nakoming van de eigen algemene voorwaarden, dus ik meen dat de KNVB hier niet de vrijheid heeft om het oordeel van de commissie naast zich neer te leggen.

Toetsing privaatrechtelijk toegangsverbod bij de strafrechter?

Een laatste vorm van rechtsbescherming bij een privaatrechtelijke sanctie inhoudende uitsluiting wordt geboden via het strafrecht. Als een betrokkene ondanks het toegangsverbod toch op de verboden plaats komt – in het stadion, de winkel of de horecagelegenheid – dan kan het OM hem vervolgen voor huisvredebreuk (artikel 138 Sr). Er is – kort gezegd – sprake van huisvredebreuk als iemand zich in de ruimte bevindt tegen de onmiskenbare wil van de rechthebbende.¹⁵⁷ Dat de aanwezigheid van de verdachte ongewenst is, moet blijken uit de woorden en daden van de rechthebbende.¹⁵⁸

De op schrift uitgereikte ontzeggingen, vooral als die zijn ondertekend door de overlastgever, worden door de rechter in de regel aanvaard als bewijs dat een bepaalde persoon op de hoogte is van de wil van de winkelier.¹⁵⁹ Door de Rechtbank Utrecht is zelfs een schriftelijke ontzegging die niet was ondertekend en waarvan daadwerkelijke uitreiking aan de verdachte niet kon worden bewezen, maar waarop wel de naam van de verdachte was vermeld, als bewijs van de onmiskenbare wil van de rechthebbende aanvaard.¹⁶⁰ Het verweer dat de verdachte niet wist dat hij een ontzegging opgelegd had gekregen, kon niet slagen. De Hoge Raad heeft één keer geoordeeld over de wederrechtelijkheid bij overtreding van een collectieve horecaontzegging. De verdachte verweerde zich met het argument dat de wil van de ondernemer niet onmiskenbaar was, aangezien de

156 Wat wel bekend is, op basis van cijfers van het CIV, is dat de afgelopen vijf jaar het aantal zaken voor de commissie stadionverbod ten opzichte van het totaal aantal stadionverboden schommelt tussen de 22% en 34%. In 2014/2015 werden 299 zaken behandeld door de commissie. Het percentage van succesvolle beroepen schommelt ook: in 2010/2011 handhaafde de commissie nog 94% van de stadionverboden, in 2014/2015 was dat 68%. Duidelijk is ook dat niet op zo'n grote schaal de burgerlijke rechter wordt ingeschakeld. Sinds 2000 zijn er 37 civiele procedures gevoerd waarvan de uitspraak gepubliceerd is op www.rechtspraak.nl (peildatum 12 november 2015). Volgens de KNVB worden er enkele zaken per jaar civielrechtelijk beslecht, maar exacte cijfers zijn mij niet bekend. Voor winkel- en horecaontzeggingen zijn vergelijkbare cijfers niet beschikbaar.

157 Althans, dan is sprake van wederrechtelijk binnendringen, het kernbestanddeel van art. 138 Sr, zie HR 6 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM5282, NJ 2010, 426; HR 30 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM0940, NJ 2013, 543, m.nt. P.A.M. Mevis; HR 19 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8685, NJ 2012, 400. Noyon/Langemeijer & Rummelink, *Wetboek van Strafrecht*, Artikel 138 Sr, aant. 23.

158 De 'rechthebbende' is niet alleen de eigenaar, maar ook de persoon die het lokaal feitelijk in gebruik heeft: HR 22 september 1987, NJ 1988, 286; HR 2 februari 1971, NJ 1971, 385.

159 Bijv. Rb. Alkmaar 17 april 2007, ECLI:NL:RBALK:2007:BA4450; Rb. Zutphen 21 juni 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BQ8711.

160 Rb. Utrecht 22 september 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO0346.

portier hem, ondanks zijn ontzegging, had binnengelaten. De Hoge Raad ging hier niet in mee, omdat de tekst van de collectieve ontzegging duidelijk was:¹⁶¹

‘3.2.3. (...) In de algemene horecaontzegging staat vermeld dat het ook strafbaar is als verdachte per abuis wordt toegelaten tot één van de collectieve horecaondernemingen. (...) 3.3.1. Voor zover het middel berust op de opvatting dat in een geval als het onderhavige, waarin aan de verdachte schriftelijk de toegang tot de desbetreffende horecagelegenheden was ontzegd, de enkele omstandigheid dat de verdachte feitelijk in die gelegenheden is binnengelaten, meebrengt dat van “wederrechtelijk binnendringen” geen sprake kan zijn, faalt het omdat die opvatting onjuist is.’

Dat betekent dat het op schrift stellen van de ontzegging een belangrijke bewijsfunctie vervult. Rechters aanvaardden snel een schriftelijke ontzegging als bewijs voor wederrechtelijkheid en toetsen dan niet of de oorspronkelijke ontzegging wel terecht en rechtmatig gegeven was.

Er zijn wel enkele kritische rechters die beoordelen of de ontzegging op zichzelf voldoende duidelijk was. Zo oordeelde een Rotterdamse politierechter: ‘Gelet op de inhoud van de ontzegging moet wel voorzienbaar zijn dat de overtrekking van een dergelijk civielrechtelijk verbod wordt opgeplust tot misdrijf.’¹⁶² De ontzegging in die zaak was niet duidelijk en het OM werd niet-ontvankelijk verklaard wegens strijd met de goede procesorde. De Rechtbank Almelo vroeg zich eens af of het gedrag dat aanleiding had gegeven tot de horecaontzegging wel als wangedrag gezien kon worden en of de ontzegging wel terecht was uitgereikt.¹⁶³ Gezegd moet worden dat dit de enige kritische geluiden zijn in de mij bekende uitspraken.¹⁶⁴ In de regel zijn strafrechters snel overtuigd van de huisvredebreuk op het moment dat een schriftelijke ontzegging wordt overgelegd. Daarmee biedt het strafproces bij de handhaving van de privaatrechtelijke ontzegging aan de overtreder geen grondige controle van de oorspronkelijke sanctieoplegging.

3.2 Rechtsbescherming bij de strafvervolgning

Rechtsbescherming in geval van een strafbeschikking

Als een verdachte het niet eens is met de strafbeschikking, dan dient hij gebruik te maken van zijn recht op verzet (art. 257e Sv). De verdachte moet dan zelf piepen en snel ook: binnen veertien dagen moet hij in verzet zijn gekomen, want anders wordt de strafbeschikking onherroepelijk. Na verzet wordt de zaak als een ‘gewone’ strafzaak voor de strafrechter gebracht, tenzij de officier naar aanleiding van het verzet alsnog besluit om de strafbeschikking in te trekken. Het kosteloze verzet wordt gezien als een waarborg voor de verdachte om zijn onschuld te bewijzen en als hij de termijn ongebruikt voorbij laat gaan, dan staat zijn schuld

¹⁶¹ HR 22 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO8001, NJ 2011, 105.

¹⁶² Rb. Rotterdam 8 september 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BF3266.

¹⁶³ Rb. Almelo 18 december 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY6998.

¹⁶⁴ Gepubliceerd op <http://uitspraken.rechtspraak.nl>.

vast. De gedachte is dat een onschuldige burger het verzet aangegrepen zou hebben om eventuele fouten recht te zetten.¹⁶⁵

Er is veel kritiek geweest op de rechtsbescherming bij een strafbeschikking, vooral vanuit de hoek van de strafrechtadvocatuur.¹⁶⁶ Alleen als de officier van justitie voornemens is om een hoge straf op te leggen – zoals een geldboete die hoger is dan € 2000 of een taakstraf van meer dan 120 uur – dan is voorgeschreven dat een verdachte tijdens de verplichte hoorzitting wordt bijgestaan door een advocaat (art. 257c, tweede lid, Sv). In de andere gevallen is voldoende dat de verdachte wordt meegedeeld dat er een recht op rechtsbijstand bestaat (eerste lid). Het grootste bezwaar tegen deze gang van zaken is dat het verdachten niet altijd duidelijk zal zijn wat de consequenties zijn van het onbenut laten van de verzetprocedure of het accepteren van de strafbeschikking. Vooral tijdens voetbalwedstrijden, in het uitgaansleven en op festivals is de verdachte mogelijk nog onder invloed van alcohol of drugs op het moment dat hij meteen pint om zo van alle procedures af te zijn. Het is de vraag of dan wel duidelijk is dat hij hiermee in essentie schuld bekent en dat dit ook op de justitiële documentatie zal komen. Brouwer, advocaat te Utrecht, brengt het treffend onder woorden:

‘Waarom regelen we het eigenlijk niet in alle zaken op deze manier? Waarom doen we het niet net zo bij verdachten van moord? (...) Omdat, zo zal de consensus zijn, deze methode daarvoor niet goed genoeg is. En dan wordt vaak verwezen naar wat er voor de verdachte op het spel zou staan. Voor de jongeman, net 18 jaar oud, die al vanaf zijn 12e alleen maar bij de Mariniers wilde en verder niets, betekent een strafbeschikking in de marge van een dancefestival de verwoesting van zijn droom. Voor de vreemdeling die al 8 jaar in Nederland woont en die graag wil naturaliseren betekent een strafbeschikking een onontkoombare barrière. Voor de al eerder gestrafte betekent een strafbeschikking de tenuitvoerlegging van eerder voorwaardelijk opgelegde maanden vrijheidsstraf. (...) Natuurlijk weet u als strafrechtprofessional wat er op het spel staat. Dat het verstandig is om tenminste even een advocaat te spreken, ook al moet je daarvoor een nachtje op het politiebureau wachten.’¹⁶⁷

Informatieverschaffing is een belangrijke vorm van rechtshulp die bij de ZSM-aanpak en strafbeschikkingen nodig is.¹⁶⁸ In de sfeer van het voetbal betekent de acceptatie van de strafbeschikking ook meteen dat er een grond is voor de oplegging van een KNVB-stadionverbod.¹⁶⁹ Bij de 2014-editie van Lowlands ontstond ophef over de afwezigheid van advocaten tijdens het festival, terwijl er

165 Van Keulen 2014, par. 2.

166 Bijv. D.V.A. Brouwer, ‘ZSM en de verdediging’, *DD* 2015, 26; P. van der Meij, ‘De andere kant van de ZSM-medaille’, *NJB* 2014, 1225.

167 (D.V.A.) Brouwer 2015, par. 6.

168 In dit verband kan worden gewezen op EHRM 27 november 2008, 36391/02, ECLI:NL:XX:2008:BHo402, NJ 2009, 214 (Salduz/Turkije).

169 Anders: Rb. Rotterdam 20 februari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC7794 over een OM-transactie. Volgens deze rechter was het voldoen van de transactie geen bewijs dat de betrokkene daadwerkelijk het strafbare feit heeft gepleegd, want de betrokkene kan ook alleen maar gepind hebben om overal vanaf te zijn. Een transactie verschilt wel enigszins van karakter, omdat hier een soort overeenkomst wordt gesloten tussen verdachte en OM, terwijl bij de strafbeschikking eenzijdig een straf wordt opgelegd.

wel veel strafbeschikkingen werden uitgedeeld.¹⁷⁰ Inmiddels is bij het dancefestival Defqon wel geëxperimenteerd met de aanwezigheid van advocaten. Volgens berichtgeving van de politie hebben de twaalf advocaten:

‘(...) echt een bijdrage kunnen leveren aan een goede afdoening door de festivalgangers goed te informeren en hen te wijzen op de consequenties van de beslissing van het OM. Ook was er de mogelijkheid te spreken met de officier van justitie om in individuele gevallen maatwerk te leveren door de goede samenwerking tussen alle partijen.’¹⁷¹

Per 1 oktober 2015 is de werkwijze van het OM in het kader van de ZSM-aanpak aangepast.¹⁷² Alle verdachten krijgen nu een folder uitgereikt met uitleg over de afdoening en de gevolgen. Bovendien kan een zaak alleen direct worden afgedaan nadat een verdachte ook daadwerkelijk rechtsbijstand heeft gehad. Met deze werkwijze worden de belangen van de verdachte beter gewaarborgd dan wettelijk verplicht is.

Het is onbekend in hoeverre de officier van justitie bij de oplegging van de strafbeschikking let op cumulatie met andere sancties, want de inhoud van strafbeschikkingen is niet openbaar.

De strafrechter en de beoordeling van cumulatie van sancties

Als het komt tot een vervolging en een strafproces, dan is het uiteindelijk de strafrechter die een oordeel geeft over de strafbaarheid en de sanctionering. Mede dankzij de ZSM-aanpak zijn de doorlooptijden in de strafrechtketen verbeterd: 87% van de politierechterzaken en 81% van de meervoudig behandelde strafzaken zijn binnen de norm behandeld, respectievelijk binnen vijf weken en zes maanden.¹⁷³ De strafrechter waardeert het bewijs en toetst de feiten vol. Tevens kwalificeert de strafrechter zelf of het bewezenverklarde voldoet aan de delictomschrijving en gaat hij na of er geen strafuitsluitingsgronden of rechtvaardigingsgronden aanwezig zijn. Indien de vragen positief worden beantwoord, kan de strafrechter uiteindelijk overgaan tot oplegging van de straf binnen de wettelijke maxima en hij kan daarbij ook eventueel vrijheidsbeperkende maatregelen opleggen conform artikel 38v Sr. Tijdens de opsporing en het strafproces gelden voor de verdachte de waarborgen van artikel 6 EVRM en andere strafrechtelijke beginselen.

170 C. Flokstra & J. de Vries, ‘Een advocaat is nodig bij drugscontroles op festivals’, *Het Parool* 25 augustus 2014. Zie ook de antwoorden op Kamervragen van de leden Recourt en Rebel (beiden PvdA), *Aanhangsel van de Handelingen 2014/15*, 295. Tijdens het festival werden 119 bezoekers aangehouden wegens bezit van drugs en in 89 gevallen is een geldboete bij strafbeschikking opgelegd. In 36 zaken is die geldboete meteen gepind, waardoor afstand van verzet is gedaan.

171 Bericht van 22 juni 2015, ‘Defqon.1 weekend festival wederom groot succes’, www.politie.nl/nieuws/2015/juni/22/defqon.1-weekend-festival-wederom-groot-succes.html.

172 Persbericht OM, 19 oktober 2015, ‘Aangepaste werkwijze ZSM en rechtsbijstand’.

173 De Rechtspraak, *Jaarverslag 2014*, p. 58. Zie ook A.M.G. Zuiderwijk e.a., *Doorlooptijden in de strafrechtketen (Cahier 2012-1)*, Den Haag: WODC 2012, p. 142-143.

Bij het opleggen van stadionverboden als bijzondere voorwaarde of als maatregel besteedt de strafrechter soms nadrukkelijk aandacht aan al van kracht zijnde privaatrechtelijke sancties. Hier zijn twee redeneringen waarneembaar. Enerzijds achten rechters de oplegging van een stadionverbod niet meer nodig als de KNVB al eenzelfde maatregel heeft getroffen, zoals de Rechtbank Gelderland:

‘Gelet op het feit dat verdachte al een stadionverbod heeft voor de duur van 18 maanden, acht de rechtbank oplegging van de maatregel, zoals omschreven in artikel 38v van het Wetboek van Strafrecht, overbodig.’¹⁷⁴

Andere rechters leggen juist wel strafrechtelijke stadionverboden op als vrijheidsbeperkende maatregel of bijzondere voorwaarde bij de proeftijd, vanwege de striktere handhaving die hiermee mogelijk is.¹⁷⁵ De Rechtbank Noord-Nederland gebruikt het feit dat er ten tijde van het delict al een stadionverbod aanwezig was, zelfs als grond voor oplegging van een maatregel:

‘De rechtbank neemt verdachte zijn rol in al het bovenstaande zeer kwalijk, te meer nu hij slechts enkele maanden eerder ook al veroordeeld is wegens voetbalgeweld en al een stadionverbod had. Een forse bestraffing, in de vorm van een gevangenisstraf, is daarom zonder meer op zijn plaats. Dat geldt ook voor de door de officier van justitie geëiste stadion- en omgevingsverboden, die binnen een strafrechtelijk kader strikter kunnen worden gehandhaafd dan de civiele verboden die reeds aan verdachte zijn opgelegd.’¹⁷⁶

Ik meen dat de rechter de al van kracht zijnde publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sancties en maatregelen wel dient te betrekken in zijn beoordeling van de dreiging die nog zal uitgaan van de betrokkene. Als een verdachte ook al een bestuurlijk gebiedsverbod, een meldplicht en/of privaatrechtelijk stadionverbod heeft, kan dat een aanwijzing zijn dat er nog maar geringe vrees is voor herhaling en een zwaardere strafrechtelijke maatregel is dan niet meer noodzakelijk. Echter, als de verdachte dit type maatregelen juist al eerder heeft overtreden, dan is de vrees voor herhaling aannemelijk en kan oplegging van een strafrechtelijke maatregel alsnog in de rede liggen. Op dit punt zou mijns inziens een expliciete evenredigheidstoets passen.¹⁷⁷

174 Rb. Gelderland 21 oktober 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:6653. Vgl. o.m. Rb. Gelderland 24 april 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2790 en ECLI:NL:RBGEL:2015:2791, r.o. 9 en ECLI:NL:RBGEL:2014:6653. Toepassing art. 14a Sr: Rb. Breda 14 april 2011, ECLI:NLRBBRE:2011:BQ1706, BQ1714, BQ1722, r.o. 6.3; Hof Den Bosch 24 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4396, ECLI:NL:GHSHE:2014:4391, 4392, 4393, 4394, 4395; Hof Den Haag 7 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB8083.

175 Bij toepassing art. 14a Sr: Rb. Gelderland 26 juni 2013, ECLI:NLRBGEL:2013:1443, r.o. 6; Hof Arnhem-Leeuwarden 27 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:481; Hof Den Haag 19 december 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY6586.

176 Rb. Noord-Nederland 6 juni 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:2828.

177 Zie par. 2.4.

Bij de 509hh-gedragsaanwijzing, opgelegd door de officier van justitie, wordt op twee manieren rechtsbescherming geboden. Ten eerste kan de gedragsaanwijzing alleen gebruikt worden lopende een strafproces. De rechter voor wie de verdachte in de bodemprocedure moet verschijnen, kan ook de gedragsaanwijzing toetsen en eventueel wijzigen of opheffen (vierde lid). Daarnaast heeft de verdachte een zelfstandig rechtsmiddel: beroep bij de rechtbank (vijfde lid). De rechtbank toetst dan of de officier van justitie gezien de omstandigheden in redelijkheid heeft kunnen oordelen dat de vrees bestaat voor nieuwe ernstige openbare-ordeverstoringen en of de opgelegde gedragsaanwijzing proportioneel is.¹⁷⁸ Deze wijze van toetsing sluit aan bij de wijze van toetsen van bestuurlijke maatregelen bij de bestuursrechter.

3.3 Bestuursrechtelijke rechtsbescherming

Bezwaar en beroep op grond van de Awb

Bestuursrechtelijke maatregelen die gericht zijn op de aanpak van overlast in en rond het semipublieke domein – zoals gebieds-, contact-, groepsverboden en meldplichten – zijn in de regel op schrift gesteld en worden naar huidig recht gekwalificeerd als beschikkingen waartegen bezwaar en beroep openstaan.¹⁷⁹ De bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsprocedure kan er uiteindelijk voor zorgen dat de beslissing van de burgemeester vernietigd wordt en dat zodoende de maatregelen worden opgeheven. De vernietiging heeft weliswaar terugwerkende kracht, maar hangende de procedure heeft de betrokkene wel al die tijd de vrijheidsbeperkende maatregelen moeten respecteren. Het komt dan ook geregeld voor dat verzocht wordt om een voorlopige voorziening, waardoor een rechter in een vroeg stadium het besluit toetst, mogelijk resulterend in de schorsing van de werking van het besluit.¹⁸⁰

Het is de vraag in hoeverre een betrokkene nog procesbelang heeft als er geen voorlopige voorziening wordt getroffen en de maatregel hangende de bodemprocedure verstrijkt. De persoon in kwestie mag dan alweer in het voorheen verboden gebied komen, hoeft zich niet meer te melden op bepaalde tijdstippen, et

¹⁷⁸ Vgl. Rb. Noord-Nederland 5 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6763, r.o. 3.

¹⁷⁹ Zie uitgebreid het preadvies van Wierenga, die dit uitgangspunt juist bekritiseert. Ook de strafrechter kan komen te staan voor de beoordeling van de rechtmatigheid van een bestuurlijke maatregel: als een betrokkene handelt in strijd met de maatregel, dan is dat strafbaar op grond van art. 184 Sr (niet voldoen aan een krachtens wettelijk voorschrift gegeven bevel). Als een bestuursrechter nog niet heeft geoordeeld over de rechtmatigheid van de onderliggende maatregel, dan dient de strafrechter dat alsnog te doen. Anders wordt uitgegaan van het oordeel van de bestuursrechter. Zie uitgebreid J.H.A. van der Grinten, 'Bevoegdheden op grond van artikel 172 Gemeentewet', in: A.E.M. van den Berg, J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 67-69.

¹⁸⁰ Art. 8:81 Awb. Enkele voorbeelden van voorlopige voorzieningen bij maatregelen naar aanleiding van voetbalgerelateerde ordeverstoringen: Rb. Amsterdam 18 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP5057, AB 2011, 122, m.nt. Brouwer & Schilder (verzoek toegewezen); Rb. Breda 20 mei 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BQ5217 (verzoek afgewezen).

cetera. Het is inmiddels vaste jurisprudentie van de Afdeling dat er dan alsnog een procesbelang bestaat bij de bezwaar- en beroepsprocedure:

‘Anders dan de rechtbank is de Afdeling van oordeel dat, hoewel het gebiedsverbod (...) is geëindigd, [appellant] nog een rechtens te beschermen belang heeft bij een beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit tot het opleggen van deze maatregel. Daartoe is redengevend dat dit gebiedsverbod, gelet op de gronden waarop het wordt opgelegd, een publiekelijke afwijzing van het gedrag van [appellant] impliceert en daarmee tot op zekere hoogte aannemelijk is dat [appellant] als gevolg van het hem opgelegde gebiedsverbod in zijn eer en goede naam is geschaad.’¹⁸¹

De procedure kan vervolgens leiden tot een uitspraak over de rechtmatigheid van de vrijheidsbeperkende maatregelen. Het komt echter zelden voor dat in geval van een onrechtmatige maatregel ook een schadevergoeding wordt toegekend, vanwege het ontbreken van daadwerkelijke schade of de afwezigheid van voldoende causaal verband tussen de onrechtmatige maatregel en de geclaimde schade.¹⁸²

De marginale toets van de bestuursrechter

Voor een goed begrip van de rechtsbescherming bij bestuurlijke maatregelen is het nodig om in te gaan op de wijze van toetsing. Zoals in paragraaf 2.2.2 is toegelicht, zijn deze maatregelen primair gericht op het herstel of behoud van de openbare orde en is geen sprake van een punitieve sanctie die op grond van artikel 6 EVRM een volle toets vergt. De burgemeester heeft beoordelingsvrijheid ten aanzien van het openbare-ordebegrip en de vraag wanneer sprake is van een zodanige (ernstige) verstoring dat er aanleiding bestaat voor de oplegging van een maatregel. De ‘openbare orde’ is immers een vaag begrip en de invulling ervan verschilt per gemeente. De burgemeester heeft bovendien beleidsvrijheid: hij kan een maatregel opleggen, maar is daar niet toe verplicht. Deze beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid zorgen ervoor dat de rechter marginaal toetst of in een concrete zaak sprake was een (dreigende) verstoring van de openbare orde.¹⁸³

De toetsing van sancties die grondrechten beperken, heeft recent aandacht gekregen in het onderzoeksrapport *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*.¹⁸⁴ Eén van de conclusies is dat er een wildgroei aan handhavings- en sanctiebevoegdheden heeft plaatsgevonden, die zijn neergelegd

181 Geciteerd: ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1524, r.o. 3. Vgl. ABRvS 22 mei 2013, ECLI:NL:RVS:2013:CA0633, JB 2013/132, r.o. 2; ABRvS 24 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO4882. Lagere rechtspraak: Rb. Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1140, AB 2012, 174, m.nt. Brouwer en Schilder, Gst. 2012, 67, m.nt. Berkouwer en Van der Grinten, r.o. 3-3; Rb. Almelo 19 december 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY6950, AB 2013, 42, m.nt. Brouwer.

182 ABRvS 25 augustus 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN4952, AB 2010, 337, m.nt. Rop, r.o. 2.4.1. Vgl. Rb. Amsterdam 23 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV1671, r.o. 4.5; Rb. Arnhem 7 mei 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AF9593.

183 Bijv. Rb. Almelo 19 december 2012, ECLI:NL:RBALM:2012:BY6950, AB 2013, 42, m.nt. Brouwer, r.o. 7; Rb. Den Bosch 25 maart 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BP9061, r.o. 10; Rb. Leeuwarden 1 december 2011, ECLI:NL:RBLEE:2011:BU6560, r.o. 2.3; Rb. Rotterdam 6 september 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AE7306.

184 T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen*, Deventer: Kluwer 2014.

bij verschillende organen.¹⁸⁵ Er zijn veel bevoegdheden bij gekomen waarmee de overheid grondrechten kan beperken, onder meer bevoegdheden die zien op de handhaving van de openbare orde.¹⁸⁶ Vanuit EVRM-perspectief moet de beperking van de in het verdrag gewaarborgde rechten door een onafhankelijke rechter kunnen worden getoetst, met volledige rechtsmacht, en de rechter moet passende remedies hebben waarmee hij onrechtmatige maatregelen uit ‘de wereld van het recht’ kan laten verdwijnen.¹⁸⁷ De onderzoekers menen dat de bestuursrechtelijke marginale toetsing achteraf op gespannen voet staat met de toename aan grondrechtenbeperkend optreden, vooral nu in Nederland constitutionele toetsing nog altijd niet mogelijk is. Om grondrechten te beschermen pleiten de auteurs voor een *preventieve* rechterlijke toets bij ingrijpende bestuurlijke maatregelen, vergelijkbaar met de toetsing door de rechter-commissaris bij een aantal strafrechtelijke maatregelen.

In het licht van het bovenstaande moet worden opgemerkt dat de bestuursrechter bij de toetsing van bestuurlijke openbare-ordemaatregelen weliswaar terughoudend beoordeelt of daadwerkelijk sprake was van een verstoring van de openbare orde, maar dat dit wordt gecompenseerd door een uitgebreidere toets van de evenredigheid van de opgelegde maatregelen.¹⁸⁸ In de hoofdregel wordt de evenredigheid van herstelsancties zoals de last onder bestuursdwang en dwangsom marginaal getoetst, maar als de bestuurlijke maatregelen raken aan grondrechten van burgers – voornamelijk bewegingsvrijheid – is een uitgebreidere toets op zijn plaats.¹⁸⁹ Ook de feitenvaststelling en dossiervorming worden vol getoetst, over de band van het motiveringsbeginsel.¹⁹⁰

3.4 De zwakke punten in de rechtsbescherming

In dit hoofdstuk is geïnventariseerd op welke manieren een vermeende ordeverstoorder die te maken krijgt met een cumulatie van sancties en maatregelen, de oplegging daarvan kan laten toetsen op rechtmatigheid. In beginsel is voor de rechtsbeschermingsroute bepalend welk orgaan de sanctie heeft opgelegd. Privaatrechtelijke toegangsverboden en geldboetes kunnen worden voorgelegd aan de burgerlijke rechter, eventueel voorafgegaan door een klachtenprocedure die is opgezet door de beheerder van de betreffende semipublieke ruimte of een overkoepelende privaatrechtelijke organisatie. Uit de inventarisatie blijkt dat zich hier twee problematische factoren voordoen. Ten eerste ontbreekt het de klachtenprocedures aan transparantie. Het is niet duidelijk wie er precies in de commissie zitten, er is geen procesreglement, geen hoorzitting en het is – zo blijkt uit de ervaringen van rechtshulpverleners met de commissie stadionverboden – moeilijk

185 Barkhuysen e.a. 2014, p. 183.

186 Zie ook De Jong 2013 over de proliferatie van openbare-ordebevoegdheden.

187 Barkhuysen e.a. 2014, p. 50.

188 Zie de in voetnoot 182 genoemde uitspraken.

189 Zie uitgebreid L.C. Groen, ‘Grondrechtelijke kaders voor de uitoefening van openbare-ordebevoegdheden’, in: A.E.M. van den Berg, J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, par. 3.

190 Bijv. Rb. Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW1140, Gst. 2012, 67, m.nt. Berkouwer en Van der Grinten, AB 2012, 174, m.nt. Brouwer en Schilder.

om inzage te krijgen in het dossier dat gebruikt wordt om de sanctie te toetsen. Daar is tegenin te brengen dat het een extra procedure is, die niet afdoet aan de normale civielrechtelijke rechtsbescherming. De waarborgen van artikel 6 EVRM gelden nu eenmaal – naar positief recht – niet ten aanzien van privaatrechtelijke sancties. Met andere woorden: al zijn de klachtenprocedures op punten gebrekkig, zij zijn in overeenstemming met het positieve recht en het individu wordt er ook niet slechter van. De klachtenprocedures kunnen echter momenteel naar mijn mening niet worden beschouwd als een volwaardige rechtsbeschermingsprocedure, hoogstens als een snelle en laagdrempelige extra kans voor de betrokkene, die mogelijk leidt tot succes.

Ten tweede zal de gang naar de burgerlijke rechter een individu weinig soelaas bieden. De burgerlijke rechter dicht de private partij een ruime beoordelingsvrijheid toe bij het opleggen van sancties. In het voetbal vloeit die beoordelingsvrijheid voort uit de open normen die in de KNVB Standaardvoorwaarden zijn opgenomen. De rechter vult niet snel zelf in of een bepaalde feitelijke gedraging ook wangedrag is in de zin van die voorwaarden, maar laat dit aan de KNVB. Alleen bij flagrante fouten beslist de burgerlijke rechter in het voordeel van het individu. Deze ruime beoordelingsvrijheid en de daaruit voortvloeiende terughoudende toetsing wringen vooral bij het voetbal, omdat de KNVB de enige aanbieder is van de voetbalcompetitie en de individuele bezoeker als wederpartij geen reële mogelijkheid heeft tot inspraak bij de totstandkoming van de gedragsnormen en sanctiebepalingen in de algemene voorwaarden. Bovendien, zelfs als de rechter concludeert dat sprake is van onrechtmatige sanctionering, zal er niet altijd een passende remedie bestaan.

Men kan zich afvragen of de hier geconstateerde beperkingen in de controle op privaatrechtelijke sancties problematisch zijn. Voetbal betreft immers de vrijetijdsbesteding en voor winkels en horecagelegenheden blijven doorgaans voldoende alternatieven over. De boetes van de KNVB blijven beperkt zolang de betrokkene zich houdt aan het stadionverbod. Ik meen echter dat uitsluiting als sanctie als een grote inbreuk op de bewegingsvrijheid en de persoonlijke identiteit kan worden ervaren. Een boete van € 450 kan in individuele gevallen ook al ingrijpend zijn. Vanwege de impact van privaatrechtelijke sancties is het wenselijk om adequate rechtsbeschermingsprocedures in te richten waarmee eventuele fouten in de uitvoering snel ongedaan gemaakt kunnen worden, temeer nu de privaatrechtelijke sancties *de facto* – en sinds de aanscherping van de Wet MBVEO ook *de jure* – gezien worden als een alternatief of een opstap voor publiekrechtelijke sanctionering. De gebrekkige rechtsbescherming bij privaatrechtelijke sanctionering in individuele gevallen maakt de expliciete koppelingsbevoegdheid van artikel 172, tweede lid, Gemw mijns inziens erg verraderlijk. Op het moment dat de burgemeester met oog op de handhaving van de openbare orde een sanctie oplegt, kan hij daarvoor de privaatrechtelijke sanctie en de informatie van de private partij gebruiken. Er moet volgens de memorie van toelichting weliswaar een zelfstandige beoordeling van de feiten door de burgemeester plaatsvinden, maar de rechter toetst de kwalificatie van een feitelijke situatie als ‘een verstoring van de openbare orde’ slechts marginaal.

Ten slotte wordt de strafrechtspraak van oudsher geassocieerd met een hoog beschermingsniveau. De onafhankelijke rechter bepaalt de hoogte van de straf en toetst vol en er gelden allerlei belangrijke waarborgen ter bescherming van de belangen van de verdachte, zoals het *ne bis in idem*-beginsel en het recht op

rechtsbijstand.¹⁹¹ We moeten hier echter in ogenschouw nemen dat de strafrechtpleging mede vanwege de grote handhavingstekorten in de jaren negentig aan verandering onderhevig is (geweest). De strafbeschikking is een instrument gebleken waarmee snel strafzaken van een lichte aard kunnen worden afgedaan; delicten die anders wegens prioritering wellicht niet vervolgd zouden zijn. Het is goed dat met de strafbeschikking een instrument is ontstaan waarmee strafbaar gedrag ook daadwerkelijk gesanctioneerd wordt. Echter, bij de strafbeschikking klinken kritische geluiden in literatuur en praktijk met betrekking tot de rechtsbescherming. De recente wijzigingen in de ZSM-werkwijze zijn wel een stap in de goede richting.

¹⁹¹ Zie voor een overzicht van waarborgen de bijlage bij het Advies van de Afdeling advisering, die hierna wordt besproken.

4. Van fragmentatie naar integratie?

4.1 Gefragmenteerde accountability

In paragraaf 1.2 heb ik rechtsbescherming benaderd als een accountability-mechanisme waarmee een machthebber of bevoegd gezag aan een bepaald controlerend orgaan verantwoording aflegt over de rechtmatigheid van zijn optreden. Accountability fungeert als waarborg tegen misbruik van macht. De inventarisatie van de verschillende vormen van rechtsbescherming bij de oplegging van sancties ter handhaving van de orde in het semipublieke domein laat zien dat er geen gebrek aan accountability is: er zijn meerdere wegen van rechtsbescherming en controle met verschillende controlerende organen, die elk hun eigen toetsingsmaatstaf gebruiken. Naast de 'klassieke' procedures bij de rechter zijn er nieuwe instrumenten ontwikkeld, zoals de strafbeschikking, en ook klachtencommissies hebben een rol ingenomen bij de toetsing van handhavend optreden achteraf. Kortom: de controle op (de cumulatie van) sancties en maatregelen is gefragmenteerd, maar niet geheel afwezig.¹⁹² De inventarisatie heeft wel verduidelijkt dat geen enkel orgaan het geheel aan publieke en private sancties beoordeelt in een individueel geval en zodoende de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de cumulatie toetst.

De vraag is vervolgens of deze fragmentatie problematisch is. Die vraag kan beantwoord worden door de samenhang van de verschillende bestaande procedures nauwkeuriger te bekijken. Scott onderscheidt twee modellen die bruikbaar zijn voor de duiding van de samenhang van verschillende accountability-mechanismen.¹⁹³ Het eerste model, 'interdependence', houdt in dat de verschillende actoren van elkaar afhankelijk zijn en zich constant tegenover elkaar dienen te verantwoorden. Dit type samenhang doet zich voor bij een PPS als de actoren gezag, informatie, expertise en capaciteiten delen en zo elkaar kunnen controleren. Dit is een interne controle. De fragmentatie van de accountability die ik zie in de inventarisatie van de verschillende controlemechanismen, past beter in het tweede model van Scott: 'redundancy'. Dit model houdt in dat de verschillende accountability-mechanismen elkaar overlappen. Actoren verantwoorden zich dan over dezelfde aspecten van hun optreden tegenover verschillende controlerende organen. De procedures functioneren onafhankelijk van elkaar en in theorie betekent dit dat als één procedure gebreken vertoont, de andere procedures voor het overlappende gebied als een vangnet functioneren. Voor beide modellen geldt dat vanwege de complexiteit van de samenhang tussen de verschillende vormen

192 Vgl. P. Stenning, 'Powers and accountability of private police', *European Journal of Criminal Policy and Research* 2000, p. 325-352.

193 Scott 2000, p. 48-54.

van accountability, conflicten en spanningen zullen ontstaan. Scott stelt dat juist die spanningen zorgen voor balans.

Maar: is er echt sprake van een vangnet in de door mij bestudeerde vormen van controle en rechtsbescherming? Hoewel in alle procedures de feiten en het bewijs gewaardeerd worden, toetsen de controlerende organen verschillende actoren en hun gedragingen. De klachtencommissies beoordelen alleen het gedrag van de partij die haar heeft opgericht, zoals de KNVB of de winkel- en horecaondernemers. De burgerlijke rechter staat voor de beoordeling van het geschil tussen partijen en doet dat binnen de reikwijdte van het verbintenissenrecht. De bestuursrechter toetst alleen het voorliggende besluit waartegen beroep is ingesteld. De strafrechter beperkt zich ten slotte tot de ten laste gelegde strafbare feiten. Zodoende functioneren de verschillende procedures niet als een volwaardig vangnet voor elkaar, omdat de controlerende organen niet dezelfde aspecten van het optreden in PPS beoordelen, maar verschillende aspecten en dat terwijl bij een PPS de oplegging van sancties en maatregelen juist sterk verweven is geraakt. De samenwerking zorgt ervoor dat op diverse punten wordt uitgegaan van de juistheid van de informatie en de rechtmatigheid van de sancties die via de andere wegen zijn opgelegd. Deze verwevenheid kan worden geïllustreerd aan de hand van cumulatie van sancties ter bestrijding van voetbalgerelateerde overlast.

In de fase van sanctionering wordt de informatie in het VVS gebruikt door de KNVB, bvo's, de burgemeester en het OM en de politie. In het VVS staan niet alleen vervolgingen en sancties geregistreerd, maar ook aanhoudingen. De KNVB gaat uit van de juistheid van de informatie in het VVS en de melding van de bvo en doet geen eigen (opsporings)onderzoek.¹⁹⁴

Vanwege de grote beoordelingsvrijheid die de KNVB zichzelf in zijn algemene voorwaarden heeft toegekend, wordt de oplegging van privaatrechtelijke sancties door de burgerlijke rechter met terughoudendheid beoordeeld. De procedure bij de commissie stadionverboden is gebrekkig. Als een betrokken ordeverstoorder niet opkomt tegen zijn stadionverbod, kan dat worden gekwalificeerd als rechtsverwerking en wordt de rechtmatigheid van de sanctie aangenomen in latere privaatrechtelijke procedures en eventuele strafrechtelijke vervolgtrajecten. Als een betrokken ordeverstoorder wordt vervolgd wegens huisvredebreuk op grond van artikel 138 Sr, wordt doorgaans niet getoetst of het onderliggende verbod terecht gegeven was.

De burgemeester kan voor de oplegging van een bestuurlijke maatregel op grond van artikel 172a Gemw 'sterk leunen' op de privaatrechtelijke sanctie. De bestuursrechter toetst slechts marginaal of sprake was van ernstige vrees voor herhaling van openbare-ordeverstoringen.

De officier van justitie legt strafbeschikkingen op. Als de betrokkene niet in verzet komt binnen veertien dagen of als de betrokkene meteen betaalt, dan wordt de rechtmatigheid van de beschikking en daarin opgelegde sanctie aangenomen en zal er geen onafhankelijke rechter aan te pas komen. De strafbeschikking is gelijk aan een veroordelend vonnis en kan direct de grond zijn voor een privaatrechtelijk stadionverbod en een privaatrechtelijke geldboete, voor zover die nog niet al zijn opgelegd.

194 Zo blijkt uit het gesprek dat ik met de KNVB had bij de totstandkoming van dit preadvies.

Het voorgaande laat zien hoe het accepteren of tevergeefs aanvechten van een sanctie of maatregel doorsijpelt in de toetsing van de rechtmatigheid van de andere sancties. Deze integrale aanpak zal doelmatig zijn, omdat de ketenpartners gebruik kunnen maken van elkaars expertise en kennis over individuele gevallen, wat goed past bij de complexe problematiek rond voetbalgerelateerde overlast. Desalniettemin moet in ogenschouw worden genomen dat de controle op de integrale aanpak niet geïntegreerd is, maar nog altijd plaatsvindt in verschillende procedures waarin verschillende aspecten van de PPS worden getoetst.

Ik meen dat het aannemen van de rechtmatigheid van de sancties en van de informatie die is verzameld in andere trajecten op zichzelf niet problematisch is, zolang het beschermingsniveau van de verschillende trajecten vergelijkbaar is. Dat betekent dat als naar aanleiding van één gedraging een sanctie wordt opgelegd, en de rechtmatigheid van die sanctie wordt aangenomen en rechtstreeks wordt gebruikt ter onderbouwing van een tweede sanctie, het problematisch is als tegen die eerste sanctie alleen een gebrekkige rechtsbeschermingsprocedure openstond. Geredeneerd vanuit het perspectief van bescherming van het individu is het wenselijk dat zolang het beschermingsniveau bij de verschillende sancties niet hetzelfde is, het oordeel van het controlerende orgaan dat het hoogste beschermingsniveau biedt, leidend is. Maar het is nog niet zo eenvoudig te bepalen welke procedure het hoogste beschermingsniveau biedt. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op de afstemming van sanctiestelsels en de daarbij behorende rechtsbescherming.

4.2 Een betere afstemming van sanctiestelsels en de bijbehorende rechtsbescherming

De laatste jaren hebben meer verschuivingen en herverdelingen plaatsgevonden wat betreft de verantwoordelijkheid voor het sanctioneren van normoverschrijdingen. Vooral het ‘ontstaan’ van het bestuursstrafrecht is daar een voorbeeld van en noodzakelijkerwijs zijn vragen gerezen over de nieuwe samenhang tussen nieuwe sanctiestelsels en de toepasselijkheid van strafrechtelijke en bestuursrechtelijke normen.¹⁹⁵ In juli 2015 stuurde de Afdeling advisering van de Raad van State de Minister van Veiligheid en Justitie een ongevraagd advies over de rechtsbescherming bij verschillende sanctiestelsels in wetgeving.¹⁹⁶ Het advies betreft vooral de verhouding tussen het strafrecht en de bestuurlijke boete, maar het biedt ook in een breder perspectief nuttige inzichten over de samenloop van sanctiestelsels.

De Afdeling advisering constateert dat bestuurlijke boetes steeds hogere wettelijke maxima kennen en dat er alleen een rechterlijke toets plaatsvindt als de burger zich verzet. Steeds vaker kiest de wetgever voor de bestuurlijke boete, in plaats van de afdoening over te laten aan de strafrechtketen. Daarnaast is bij de strafrechtelijke afdoening het gebruik van de strafbeschikking toegenomen, waar ook niet altijd een onafhankelijke rechter aan te pas komt. De Afdeling vraagt zich

¹⁹⁵ Bijv. Albers 2014; Van Emmerik & Saris 2014; Stijnen 2011. Dit is slechts een kleine greep uit de omvangrijke literatuur op dit vlak.

¹⁹⁶ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctiestelsels, nr. Wo3.15.0138/II, Strt. 2015, 30280. Zie ook Albers 2014.

af of de rechtsbescherming bij dergelijke buitengerechtelijke en potentieel hoge punitieve sancties wel adequaat is. De keuze van de wetgever voor de bestuursrechtelijke boete lijkt vooral te zijn ingegeven door *efficiency*. Daarbij lijkt de wetgever het strafrecht en bestuursrecht bij bepaalde delicten als inwisselbaar te beschouwen, terwijl dat in ieder geval voor de rechtsbescherming en de rechtsgevolgen voor betrokkenen niet geldt. Verschillen in de wijze van toetsing, hoorplicht, rechtsbijstand, termijnen, griffierechten en de gevolgen voor de justitiële documentatie worden nauwelijks betrokken bij de keuze voor een sanctiestelsel, zo blijkt uit het onderzoek van de Afdeling.

De inventarisatie van de verschillende vormen van rechtsbescherming laat volgens de Afdeling advisering zien dat de verdachte in het reguliere strafproces, met een onderzoek ter terechtzitting, de meeste bescherming geniet vanwege de indringende toets van de strafrechter en de toepasselijkheid van de voornoemde strafrechtelijke rechten van de verdachte. Inachtneming van die rechten is nodig, omdat sprake is van een *criminal charge*. Door de sanctionering van bepaalde normoverschrijdingen door te schuiven naar het bestuursrecht en zelfs het privaatrecht verliezen betrokken burgers bepaalde waarborgen. De Raad van State stelt dat *efficiency* op zichzelf die verschuiving niet altijd rechtvaardigt.

Men zou zich zelfs kunnen afvragen of de aanpak van ernstige ordeverstoringen in het (semi)publieke domein niet geheel en al via het strafrecht zou moeten worden aangepakt.¹⁹⁷ De Afdeling advisering ziet het strafrecht als het geschikte sanctiestelsel onder meer als de normovertreding een inbreuk vormt op de lichamelijke of psychische integriteit van personen, als een vrijheidsbeperkende maatregel wenselijk is en bij overtredingen die een zodanige inbreuk maken op de belangen van burgers en bedrijven of een zodanig forse bedreiging vormen voor het integer functioneren van de samenleving dat het wenselijk is dat de overtreder zich ten overstaan van de rechter verantwoordt.¹⁹⁸ Voetbalgerelateerd wangedrag en andere ernstige verstoringen van de orde in het semipublieke domein zijn zeker onder deze uitgangspunten te plaatsen. Als de strafrechtelijke aanpak aantrekt, is er minder noodzaak voor de oplegging van bestuurlijke en privaatrechtelijke sancties en maatregelen. De bestuurlijke maatregelen zijn dan vooral nog geschikt als onmiddellijke reactie op de ernstige verstoring en wanneer hangende het strafproces een dreiging van de betrokkene blijft uitgaan. Als de oplegging van strafrechtelijke vrijheidsbeperkende maatregelen toeneemt, dan kan de privaatrechtelijke sanctionering ook normaliseren. Het privaatrecht hoeft dan niet meer gebruikt te worden voor de handhaving van strafbare feiten en als opstap voor bestuurlijke maatregelen. De stadionverboden van de KNVB worden dan mogelijk minder prominent in aantal en belang. Ik meen dat de privaatrechtelijke aanpak van overlast in het semipublieke domein een eigen bestaansrecht heeft, maar niet in de plaats van het strafrecht of bestuursrecht, waardoor de private sancties wellicht strenger en vaker worden opgelegd dan past bij de verantwoordelijkheden van de private beheerder.

Tegelijkertijd moet erkend worden dat de strafrechtketen het niet alleen aankan en dat het bovenstaande als een utopie klinkt. De ZSM-aanpak en de opkomst van

¹⁹⁷ Zoals is gesteld door Wierenga & Brouwer 2014a, p. 122-131, vgl. Kamerstukken II, 2009/10, 32-123 VI, nr. 84 (brief van de Minister van Justitie over het vergoten van de slagvaardigheid van het strafrecht).

¹⁹⁸ Advies van de Afdeling advisering, onder 6.

de privaatrechtelijke stadionverboden en andere vormen van uitsluiting houden verband met de overbelaste strafrechtketen. Zolang de handhaving van voetbaloverlast en andere ernstige overlast in het semipublieke domein niet primair via het strafrecht plaatsvindt, maar een gedeelde verantwoordelijkheid blijft van de strafrechtketen, het bestuur en de particuliere beheerders van het semipublieke domein is het wenselijk om de sanctiestelsels en de bijbehorende rechtsbescherming op elkaar af te stemmen. De Afdeling concludeert dat een dergelijke afstemming zou moeten resulteren in een verzwaring van het rechtsbeschermingsniveau, vooral wat betreft de zwaardere en minder eenvoudig vast te stellen overtredingen. Zij stelt daarvoor onder meer een gewijzigde houding in de toetsing van sanctiebesluiten voor:

‘Dat kan ook door als bestuursrechter (...) de aard en ernst van de overtreding af te wegen tegen de door de overheid reeds opgelegde straf en daarbij voorts andere omstandigheden zoals de draagkracht te betrekken. Hoe groter de ruimte is die de bestuursrechter zichzelf toemeet, hoe gelijkwaardiger de rechtsbescherming van de justitiabele tegenover de bestraffende overheid in het strafrecht of punitieve bestuursrecht zal zijn.’¹⁹⁹

Ik meen dat het bovenstaande ook wenselijk is bij de toetsing van vrijheidsbeperkende bestuurlijke maatregelen door de bestuursrechter.²⁰⁰ Ik voeg daar nu aan toe dat ook een uitgebreidere toetsing van vrijheidsbeperkende en bestraffende *privaatrechtelijke* sancties door de burgerlijke rechter wenselijk is, vooral als de private beheerder een machtspositie heeft.²⁰¹ In relatie tot cumulatie door PPS past bij een betere afstemming van sanctiestelsels ook meer expliciete aandacht voor de evenredigheid van het geheel van de sancties en maatregelen in relatie tot de gezamenlijk aanvaarde doelstelling: orde en veiligheid in het semipublieke domein.

4.3 Geïntegreerde rechtsbescherming

Tot slot is het interessant om na te denken over een vorm van geïntegreerde rechtsbescherming, waarbij de controle op de uitvoering van PPS in individuele gevallen ook uitgaat van een integrale benadering, net als bij de oplegging van de sancties. De klachtencommissies die in paragraaf 3.1.2 zijn besproken, bestaan al uit vertegenwoordigers van verschillende publieke en private partijen. In de commissies in de horeca en de commissie stadionverboden nemen bijvoorbeeld

199 Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State aan de Minister van Veiligheid en Justitie inzake sanctiestelsels, nr. Wo3.15.0138/II, Strt. 2015, 30280, onder 6.a.

200 Zie ook Barkhuysen e.a. 2014, p. 149-156 over de wijze van toetsing.

201 De hoedanigheid van partijen en de onderlinge verhouding kan worden meegewogen bij de invulling van open normen, zoals ook de eisen van redelijkheid en billijkheid, in de zin van art. 6:2 en 6:248 BW. Zie Van Rooij 2014b, p. 51-72. Vgl. Wolters 2013, p. 191 e.v.; R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1994; HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261 (Saladin/HBU).

politieambtenaren, gemeentelijke ambtenaren, ondernemers, een veiligheidscoördinator van een bvo en zelfs een strafrechter plaats. De diverse samenstelling is een aanknopingspunt om dit type commissies een grotere rol te geven in de toetsing van het geheel van sancties en maatregelen. De commissies kunnen fungeren als een eerste stap in het rechtsbeschermingsproces, waarbij zij uitgebreid de feiten en het bewijsmateriaal toetsen voordat die verwerkt worden in de databases en uitgewisseld worden tussen samenwerkende partijen.

In de huidige klachtencommissies is echter 'het publiek' niet vertegenwoordigd, dat wil zeggen: de voetbalsupporters, het uitgaanspubliek, klanten en reizigers. Vaak zijn zij wel verenigd in niet-commerciële belangenbehartigers, zoals supportersverenigingen, de Consumentenbond en reizigersorganisaties. Goodin ziet grote voordelen in het betrekken van de non-profitsector bij de toetsing van PPS.²⁰² Non-profitorganisaties onderscheiden zich qua taakopvatting van de overheid en van commerciële organisaties en dat maakt hun betrokkenheid van toegevoegde waarde. Zij streven bepaalde ideële doelen na, zoals de bescherming van consumenten, supporters of reizigers, en daarin verschillen zij van commerciële organisaties die winstmaximalisatie nastreven, en de overheid die gericht is op de behartiging van het algemeen belang.²⁰³ Non-profit-organisaties staan niet in een hiërarchische relatie tot de burgers en zijn geen concurrenten van de ondernemers; zo kunnen zij volgens Goodin opereren in goed vertrouwen.²⁰⁴

Het inrichten van dit soort (lokale) onafhankelijke commissies waarin de verschillende belangen van betrokken ondernemers, overheidsorganen en publiek vertegenwoordigd zijn, is in mijn ogen een levensvatbaar idee om de rechtsbescherming in individuele gevallen te verbeteren. Meer aandacht voor het geheel aan maatregelen dient de accountability bij PPS op het terrein van orde en veiligheid. Bij de diverse samenstelling moet wel de kanttekening worden geplaatst dat pas sprake is van *onafhankelijke* controle als de leden van de commissie op generlei wijze zelf betrokken zijn bij de oprichting van het samenwerkingsverband dat zij controleren en ook niet bij de uitvoering van het gezamenlijke beleid. Bij het instellen van deze commissies moet bovendien duidelijk worden vastgesteld waar zij precies toezicht op houden, wat zij toetsen en welke procedures gevolgd moeten worden. Dit moet kenbaar zijn in een procesreglement dat voor burgers en hun rechtshulpverleners toegankelijk is. Als de procedure bij een dergelijke commissie met goede waarborgen is omkleed en transparant functioneert, kan zij als 'filter' fungeren en de waarheidsvinding dienen. Daar past hoor- en wederhoor bij en ook een goed gemotiveerd eindoordeel.

Ook in Engeland is gepleit voor *special policing committees* die de ordehandhaving en criminaliteitsbeheersing als geheel beoordelen.²⁰⁵ Het idee van deze commissies is dat alle betrokken partijen – overheid, private ordehandhavers én

202 R.E. Goodin, 'Democratic Accountability: The Distinctiveness of the Third Sector', *European Journal of Sociology* 2003, p. 359-396.

203 Goodin 2003, p. 372.

204 Goodin 2003, p. 384-387.

205 I. Loader, *Youth, Policing and Democracy*, Basingstoke: Macmillan 1996; I. Loader, 'Plural policing and democratic governance', *Social Legal Studies* 2000, p. 323-345; Stenning 2000; P. Stenning, 'Governance and Accountability in a Plural Environment – The Story So Far', *Policing* 2009, p. 22-33.

consumenten – vertegenwoordigd zijn. Loader ziet vooral toegevoegde waarde in de invloed die deze commissies vooraf kunnen hebben, bij de formulering van beleid, en ziet het als hun doel: ‘to formulate policies and coordinate service delivery across the policing networks, and to bring to democratic account the public, municipal, commercial and voluntary agencies that comprise it’.²⁰⁶ Daarnaast kunnen de commissies verantwoordelijk worden gemaakt voor het retrospectieve toezicht op het handelen van de betrokken ordehandhavers en de evaluatie van de samenwerking.²⁰⁷ Deze vorm van controle sluit goed aan bij de huidige taakstelling van de klachtencommissies. Ik meen wel dat eenzelfde commissie niet betrokken mag zijn bij de formulering van beleid vooraf en de toetsing van de praktijk achteraf, omdat hier anders sprake kan zijn van de schijn van vooringenomenheid.

Dit is een eerste voorzet voor de oprichting en taakstelling van de lokale en onafhankelijke controlecommissies en vanzelfsprekend gaat dit ook weer gepaard met nieuwe vragen. Wat is een geschikte toetsingsmaatstaf voor dit soort commissies? Wat zou de rechtskracht zijn van hun oordelen? Hoe zouden die commissies zich verhouden tot de andere vormen van rechtsbescherming? En ten slotte is er de vraag op welke wijze deze commissies gereguleerd kunnen worden: ligt hier een taak voor de wetgever of zouden betrokken publieke en private partijen middels zelfregulering de accountability en rechtsbescherming kunnen verbeteren? Deze vervolgvragen laten onverlet dat de huidige klachtencommissies met een aantal kleine ingrepen verbeterd kunnen worden, waarmee hun toegevoegde waarde bij de rechtsbescherming vergroot kan worden in geval van PPS en de cumulatie van sancties en maatregelen.

²⁰⁶ Loader 2000, p. 337.

²⁰⁷ Loader 2000, p. 339. Vgl. A. Crawford, *The Local Governance of Crime: Appeals to Community and Partnerships*, Oxford: Oxford University Press 1999, p. 257-258.

5. Slot

In dit preadvies ben ik uitvoerig ingegaan op de publiek-private handhaving van de openbare orde, een praktijk die niet meer is weg te denken uit het openbare-orderecht. Dankzij de afstemming van publiek en privaat beleid, overleg tussen alle betrokken partijen, de onderlinge uitwisseling van gegevens en gezamenlijke moeite ontstaat er bij PPS een stevige aanpak van bepaalde maatschappelijke problemen. Hoewel de effectiviteit van integraal veiligheidsbeleid moeilijk meetbaar is, kan het alleen maar doelmatig zijn dat partijen die op hetzelfde terrein opereren, hun krachten bundelen en er geen onnodige gaten in de aanpak van complexe problemen bestaan. Uiteindelijk is het de bedoeling dat burgers veilig naar het voetbal kunnen gaan, veilig kunnen uitgaan en winkelen en veilig in het openbaar vervoer kunnen werken en reizen.

Toch kunnen niet alle waarborgen van de individuele ordeverstoorers worden opgeofferd voor dit algemene belang van orde en veiligheid en de commerciële belangen van ondernemers. In dit preadvies is eerst in kaart gebracht in hoeverre de krachtenbundeling in de vorm van cumulatie van sancties en maatregelen toelaatbaar is. Naar huidig recht staat niets die cumulatie in de weg, zolang de bestuurlijke maatregelen die op grond van de Wet MBVEO kunnen worden opgelegd ook daadwerkelijk verband houden met de vrees voor nieuwe ernstige ordeverstoringen en niet gebruikt worden als bestraffing. Privaatrechtelijke sancties – bestraffend of niet – vallen buiten de reikwijdte van het *ne bis in idem*-beginsel. Ik heb in mijn preadvies beargumenteerd dat het evenredigheidsbeginsel alsnog vergt dat de aard en de zwaarte van alle sancties beoordeeld moeten worden. Ook bij een stapeling van publiekrechtelijke en privaatrechtelijke sancties moet het resultaat evenredig zijn, vooral als die stapeling het resultaat is van hechte samenwerking tussen de overheid en private partijen en als de sancties en maatregelen onderling verweven zijn geraakt.

Bevoegdheden kunnen bovendien niet bestaan zonder *accountability* en bij de uitoefening van die bevoegdheden in individuele gevallen is adequate rechtsbescherming noodzakelijk. Zowel bij de publieke als bij de private handhaving van de orde kunnen beslissingen worden genomen die de rechtspositie van burgers beïnvloeden en het is wenselijk dat die burgers mogelijkheden hebben om de rechtmatigheid van die handelingen te laten toetsen. Uit de inventarisatie van de verschillende procedures die een individu ter beschikking staan in geval van een cumulatie van sancties, blijkt niet dat er een gebrek aan rechtsbescherming is, maar de rechtsbescherming is wel gefragmenteerd. Betrokkenen moeten meerdere procedures volgen, terwijl de oplegging van sancties en maatregelen bij PPS juist zo verweven is. De samenwerking zorgt ervoor dat op diverse punten wordt uitgegaan van de juistheid van de informatie en de rechtmatigheid van de sancties die via de andere wegen zijn opgelegd. De verschillende procedures fungeren zodoende niet als elkaars vangnet ten behoeve van de

bescherming van de individuele rechten van de betrokken overlastgever en er is beperkte controle op de rechtmatigheid en de maatschappelijke aanvaardbaarheid van het geheel van sancties in een individueel geval. Ik meen wel dat de huidige klachtencommissies van grote waarde kunnen zijn bij de integrale controle van PPS, maar pas als hun onafhankelijkheid gegarandeerd is, er sprake is van een goede vertegenwoordiging van de verschillende belangen en zij transparant opereren.

Stellingen

1. Het ongeschreven evenredigheidsbeginsel vergt dat het geheel van publiek-rechtelijke en privaatrechtelijke sancties en maatregelen die voortvloeien uit een gecoördineerd PPS, in een redelijke verhouding moet staan met het doel dat met de sancties en maatregelen wordt nagestreefd.
2. Fragmentatie in de rechtsbescherming is niet problematisch als het rechtsbeschermingsniveau van de verschillende procedures vergelijkbaar is. De procedure die de minste bescherming biedt, moet dus versterkt worden.
3. Integrale toetsing is wenselijk in de vorm van laagdrempelige (klachten) commissies die transparant en onafhankelijk van de samenwerkende partijen opereren.

Verslag bijeenkomst Jonge VAR op 27 november 2015 over openbare orde

C. Post*

Op vrijdag 27 november 2015 vond de bijeenkomst van de Jonge VAR plaats in de grote zittingszaal van de Hoge Raad te Den Haag. De bijeenkomst had als thema: openbare orde. In hun preadviezen benaderden de preadviseurs dit thema vanuit verschillende invalshoeken, perspectieven en wettelijke kaders. Adriaan Wierenga schreef een preadvies over bestuur en openbare orde. Beatrijs Jue-Volker koos als onderwerp gebiedsverboden in het bestuursrecht en strafrecht. Mandy van Rooij behandelde de rechtsbescherming bij publiek-private handhaving van de openbare orde. Ben Schueler was voorzitter van de bijeenkomst. In dit verslag wordt afzonderlijk ingegaan op de presentatie van de drie preadviezen.¹

* Mr. Che Post is op het moment van schrijven docent en onderzoeker aan de Rijksuniversiteit Groningen. Per 1 maart 2016 zal hij aan dezelfde universiteit starten met het schrijven van zijn proefschrift over de regulering van prostitutie.

1 Voor dit verslag heeft de auteur gebruik gemaakt van teksten van de website van de VAR waarin de onderwerpen van de drie preadviezen zijn gepresenteerd.

Adriaan Wierenga – Bestuur en openbare orde

Over openbare orde, de bevoegdheidsverdeling bij de handhaving daarvan en ordebevelen onder de Algemene wet bestuursrecht

Adriaan Wierenga² is in zijn preadvies ingegaan op het weerbarstige openbare-ordebegrip. Hij heeft weergegeven wanneer er sprake is van openbare orde en wie dat bepaalt. Vervolgens heeft hij de vraag behandeld wie verantwoordelijk is voor de handhaving van die openbare orde. Hij is onder meer ingegaan op de precieze taak van de burgemeester hierbij en de rol van het college van b en w. Ten slotte heeft hij stilgestaan bij de verschillende maatregelen die worden getroffen ter handhaving van de openbare orde, zoals noodbevelen en gebiedsontzeggingen op basis van de Voetbalwet. Hierbij is hij specifiek ingegaan op de vraag in hoeverre de Awb daarop van toepassing is en in hoeverre dat zo zou moeten zijn.

Na de presentatie van zijn preadvies krijgt de zaal de gelegenheid tot het stellen van vragen aan Adriaan. De heer Lubbers (gemeente Haarlem) begint met te stellen dat een misdrijf per definitie een inbreuk vormt op de openbare orde. Hierbij hoeft niet aangetoond te worden dat er sprake is van een nadelig effect op de openbare orde. In zijn ogen stelt Adriaan dat de openbare orde beperkt is tot de publieke ruimte. Hij vraagt Adriaan op deze stelling te reflecteren.

Adriaan geeft allereerst aan dat hij het eens is met de stelling van de heer Lubbers. Het effect heeft niet per se iets te maken met de vraag of er sprake is van een verstoring van de openbare orde. In zijn visie is sprake van een verstoring van de openbare orde als er een inbreuk wordt gemaakt op rechtsnormen. Iedere overtreding van een wettelijk voorschrift is een inbreuk op de openbare orde. De begrenzing zit hem in de bevoegdheid van de burgemeester. De burgemeester kan zich bemoeien met schendingen van rechtsnormen indien deze plaatsvinden in ons gezamenlijk domein, dus in voor publiek toegankelijke ruimten en plaatsen en op openbare plaatsen waar de burgemeester een toezichthoudende functie heeft. Echter zijn er bepaalde bevoegdheden op grond waarvan de burgemeester ook in woningen kan optreden, aldus Adriaan. Dit moet echter worden gezien als een uitzondering op het uitgangspunt dat de zorg van de burgemeester uitgaat naar en dat de zorg van de gemeente ziet op de openbare orde op openbare plaatsen en in voor publiek toegankelijke ruimten en plaatsen. Dit is alleen anders als de formele wetgever het mogelijk heeft gemaakt dat er ook in woningen kan worden opgetreden. Daarvoor worden dan specifieke bevoegdheden toegekend.

² Adriaan Wierenga is docent aan de Rijksuniversiteit Groningen (RuG) en als onderzoeker verbonden aan het Centrum voor Openbare Orde en Veiligheid (COOV) van diezelfde universiteit.

De vervolgvraag van de heer Lubbers is of dat betekent dat de openbare orde ophoudt bij de voordeur, tenzij de formele wetgever een expliciete bevoegdheid heeft toebedeeld aan de overheid. Volgens Adriaan is het uitgangspunt dat openbare-ordehandhaving plaatsvindt op voor publiek toegankelijke plaatsen. De heer Lubbers breekt in met de opmerking dat hij het niet heeft over de handhaving van de openbare orde, maar over het begrip openbare orde. Hij vraagt zich af of de openbare orde ophoudt bij de voordeur. Volgens Adriaan hangt de beantwoording van die laatste vraag af van het openbare-ordebegrip dat men hanteert. Er is niet één openbare-ordebegrip. Dit begrip wordt in alle rechtsgebieden anders uitgelegd en zelfs binnen de Gemeentewet is de betekenis hiervan niet steeds gelijk. Het alomvattende openbare-ordebegrip is volgens Adriaan de rechtsorde.

Ter verduidelijking vraagt de voorzitter aan Adriaan of hij het goed begrijpt dat de betekenis van het begrip openbare orde afhangt van het kader waarin het wordt geplaatst en dat voor de bevoegdheden van de burgemeester geldt dat de openbare orde ophoudt bij de voordeur, tenzij de wet anders bepaalt. Dit wordt door Adriaan bevestigd.

De heer Van der Meulen (Universiteit Wageningen) haakt in op deze discussie. Hij is geneigd het openbare-ordebegrip – als je daar op deze wijze invulling aan geeft – niet te laten eindigen bij de voordeur, maar bij het tuinhokje. Hij voegt daaraan toe: ‘Mijn tuin is niet bedoeld om voor het publiek toegankelijk te zijn.’ Hij stelt dat het ‘Haren-voorbeeld’³ laat zien dat dit niet altijd een werkbare definitie oplevert. Volgens hem zou het begrip ‘openbare orde’ het publiek moeten volgen. Als het publiek gaat waar het niet behoort te gaan, volgen de openbare-ordebevoegdheden het publiek. Ook als dit achter de voordeur is. De voordeur beschermt volgens Van der Meulen wel tegen de gedragingen van de rechtmatige bewoner, maar niet per se tegen ander publiek dat zich daarachter bevindt.

Hij vervolgt zijn betoog door in te gaan op de stelling van Adriaan dat de openbare orde een juridisch genormeerde orde is. Dit is volgens hem ongetwijfeld het geval. In zijn ogen is de openbare-ordehandhavingsbevoegdheid echter veel meer situatiegericht. Deze bevoegdheid heeft te maken met een bepaald effect dat gedrag op de openbare orde heeft.

Adriaan is dit niet met hem eens. Hij vindt dat het aangrijppingspunt de schending van een juridische norm moet blijven. Hij geeft een aantal voorbeelden om dit te illustreren. Eén daarvan betreft twee homoseksuelen die hand in hand door een wijk lopen, en een ander een pedoseksueel die naar een speeltuin staat te kijken. Beide gebeurtenissen leveren – in het voorbeeld – grote oproer op in de wijk. De beide voorbeelden zelf zijn volgens Adriaan geen verstoring van de openbare orde die optreden rechtvaardigt. Dat is alleen zo als er als gevolg van de reactie daarop wanordelijkheden of bedreigingen volgen, dus een (dreigende) schending van rechtsnormen. Zolang er geen sprake is van oproer, is er geen taak weggelegd voor de burgemeester. Er is dan geen ordeverstoring die optreden door de burgemeester rechtvaardigt.

3 Adriaan Wierenga geeft in zijn preadvies het voorbeeld van het uit de hand gelopen “Project-X” Facebook-feest in Haren.

De laatste vraag wordt gesteld door de heer Post (Rijksuniversiteit Groningen) en heeft betrekking op de aanbeveling die Adriaan in zijn preadvies doet. De burgemeester moet stoppen met het op schrift stellen van noodbevelen, om deze buiten het bereik van de Awb te houden. De heer Post voorziet hierbij problemen met de uitvoering van het noodbevel door de politie. Als de burgemeester het noodbevel enkel mondeling geeft, is het voor de vele politieagenten die betrokken zijn bij de uitvoering daarvan welhaast onmogelijk om op de hoogte te zijn van de exacte inhoud daarvan. Door het noodbevel op schrift te stellen kan dit probleem worden voorkomen. Het bevel kan geen andere inhoud krijgen doordat agenten dit bevel mondeling aan elkaar doorgeven of de inhoud ervan moeten onthouden. De vraag die de heer Post aan Adriaan voorlegt, is of hij dit probleem onderkent en of noodbevelen op een andere manier buiten het bereik van de Awb kunnen worden gehouden.

Adriaan vindt dat de inhoud van het noodbevel wel in de vorm van een instructienorm aan de politie op schrift gesteld kan worden. Hij denkt wel dat daarbij voorkomen moet worden dat dit soort achterliggende schriftelijke stukken aangemerkt worden als een besluit in de zin van de Awb. Dit heeft de Afdeling in het verleden wel gedaan, maar daar is hij het niet mee eens. Het mooiste zou volgens hem zijn als artikel 3:1 lid 2 Awb wordt aangepast. Daarin moet volgens hem komen te staan dat ander handelen van de overheid – waartoe steeds het optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde behoort – buiten het volledige bereik van de Awb blijft.

Beatrijs Jue-Volker – Gebiedsverboden in het bestuursrecht en strafrecht: uitbreiding of wildgroei?

Beatrijs Jue-Volker⁴ zoomt in haar preadvies in op de vrijheidsbeperking in de vorm van gebieds- en locatieverboden als onderdeel van het publiekrechtelijke instrumentarium om de openbare orde te handhaven en (ernstige) overlast te voorkomen. Ze stelt dat het opvallend is dat er steeds vaker voor een bepaald type overlastgever een specifieke bevoegdheid wordt gecreëerd (de jihadist, zedendelinquent, pleger van huiselijk geweld of voetbalhooligan) en dat de (klassieke) koppeling met de openbare orde niet altijd even zichtbaar is (denk aan de Wet tijdelijk huisverbod). Opvallend is volgens haar ook dat er systematisch bezien niet altijd aansluiting wordt gezocht bij bestaande instrumenten. In haar preadvies gaat Beatrijs hier dieper op in en beschrijft zij enkele van de nieuwe gebiedsverboden in het bestuurs- en strafrecht en zet zij deze af tegen onder meer de waarborgen die voortvloeien uit het EVRM. Ook vraagt zij zich af in hoeverre er een noodzaak bestaat voor de nieuwe instrumenten, gezien het bestaande instrumentarium.

Ook naar aanleiding van de presentatie van het preadvies van Beatrijs worden er vanuit de zaal vragen gesteld. De heer Van Laanen (gemeente Eindhoven) neemt het woord. Hij vraagt zich af of de uitbreiding of wildgroei van bevoegdheden niet ook gezien kan worden als een specificatie van reeds bestaande bevoegdheden die wellicht betere aanknopingspunten biedt voor rechtsbescherming.

Dit is volgens Beatrijs zonder meer waar. Het kan niet zo zijn dat in een bepaalde situatie gebruik wordt gemaakt van algemene bevoegdheden die eigenlijk niet bedoeld zijn voor die situatie. Dat er grondslagen worden gecreëerd voor specifieke problemen om oneigenlijk gebruik van algemene bevoegdheden tegen te gaan, is volgens haar van toegevoegde waarde. Dit is echter alleen het geval als deze specifieke grondslagen voldoende onderscheidend vermogen hebben ten opzichte van bestaande bevoegdheden.

Een tweede punt dat door de heer Van Laanen wordt gemaakt, is het volgende. Veel personen – zoals burgemeester, officier van justitie en rechter-commissaris – hebben bevoegdheden, maar maken hier om uiteenlopende redenen niet altijd gebruik van. Hij vraagt zich af of het in dit kader niet goed is dat meerdere mensen over dezelfde bevoegdheden beschikken. Als één persoon niet optreedt,

4 Beatrijs Jue-Volker is promovenda aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR) en juridisch medewerker bij Ten Holter Noordam Advocaten.

beschikt er nog iemand anders over dezelfde bevoegdheid om tegen een onwenselijke situatie te kunnen optreden.

Beatrijs is het niet met de heer Van Laanen eens. Zij acht het niet wenselijk dat er gelijke of gelijk(soortige) bevoegdheden parallel naast elkaar bestaan. Ook als dat in de praktijk een oplossing blijkt te zijn.

De voorzitter haakt hier direct op in en vraagt zich af waarom dit niet wenselijk is. Volgens Beatrijs leidt het bestaan van parallelle bevoegdheden tot een spanning met de voorzienbaarheid die vanuit het EVRM wordt vereist. Je moet als betrokkene weten waar je aan toe bent. Je moet weten wie in een bepaalde situatie tot welke acties kan overgaan. Op het moment dat er allerlei bevoegdheden naast elkaar bestaan komt dat de voorzienbaarheid niet ten goede.

De voorzitter stelt dat de slagvaardigheid hierdoor misschien wel toeneemt. Dat is volgens Beatrijs nog maar de vraag. Als een autoriteit het overzicht niet meer heeft in de veelheid aan bevoegdheden, dan is het maar de vraag of dat positief is voor de slagvaardigheid. Ze is bang dat in dat geval geen van de bevoegde organen zijn bevoegdheid oppakt.

Vervolgens stelt de heer Van der Grinten (advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam) de vraag of Beatrijs denkt dat de sanctie die nu mogelijk is tegen *first offenders* op grond van de Voetbalwet ook opgelegd kan worden op basis van artikel 172 lid 3 Gemeentewet (hierna: Gemw). De heer Van der Grinten voegt daaraan toe dat als Beatrijs dit niet vindt – omdat artikel 172 lid 3 Gemw daar niet voor is bedoeld – hij denkt dat de Voetbalwet wel degelijk wat toevoegt. Dit is dan wel een toevoeging die Beatrijs misschien niet wenselijk vindt, omdat zij die buitenproportioneel vindt.

Beatrijs geeft in algemene bewoordingen antwoord op deze vraag. Zij stelt dat het opleggen van sancties op grond van beide bevoegdheden in de praktijk wel gebeurt. Kern van haar reactie is dat als je aan een *first offender* een sanctie wilt opleggen, niet de Voetbalwet zou moeten worden toegepast. De *first offender* moet dan strafrechtelijk worden vervolgd. Hierdoor ziet zij niet de toegevoegde waarde van de Voetbalwet. Als je een sanctie wilt opleggen, biedt het strafrecht deze mogelijkheid.

De heer Balder (advocaat bij GJ-legal te Hoofddorp) grijpt terug op het begin van de presentatie van Beatrijs en vraagt zich af of het fundamentele probleem niet is dat we veel te gemakkelijk over het noodzakelijkheids criterium heen stappen. Zou er door de rechter niet een veel striktere toets van het noodzakelijkheids criterium moeten worden geformuleerd?

Beatrijs is het met de heer Balder eens en geeft aan dat het haar voorkeur heeft dat dit vereiste veel strikter in de wettelijke regeling zelf een plaats krijgt. Hierdoor wordt de rechter gedwongen een nadere motivering te verbinden aan het oordeel of de maatregel de proportionaliteitstoets doorstaat. Haar valt op dat daar in de jurisprudentie vrij eenvoudig overheen gestapt wordt. De proportionaliteit wordt in de jurisprudentie vrij snel aangenomen. De noodzakelijkheid zou strikter moeten worden geïnterpreteerd.

Mevrouw Lagerweij (directeur nadeeelvergoeden.nl) stelt vervolgens een vraag die voortbouwt op het voorgaande en richt deze tevens aan Adriaan. Zij stelt dat in de parlementaire geschiedenis expliciet is opgenomen dat als de burgemeester een noodverordening uitvaardigt dit proportioneel moet zijn en dat de rechter dit ten volle moet toetsen. Het verbaast mevrouw Lagerweij dat Beatrijs stelt dat er in de jurisprudentie marginaal wordt getoetst terwijl in de wetsgeschiedenis is opgenomen dat er vol moet worden getoetst.

Beatrijs reageert door aan te geven dat dit echt een andere bevoegdheid is. Het gaat hier om een noodverordening. Dit is een soort tijdelijke wetgeving. In de voorbeelden die Beatrijs heeft gegeven, gaat het om individuele bevelen.

De voorzitter breekt in en stelt dat daarvoor ook een proportionaliteitseis geldt. Hij herhaalt de vraag van mevrouw Lagerweij: waarom wordt de proportionaliteit door rechters terughoudend getoetst? Dit is ook voor Beatrijs de vraag.

Adriaan wil hier ook nog wat over zeggen. Het hangt volgens hem samen met de formulering van de bevoegdheid. In het ene geval staat er 'de bevelen die de burgemeester nodig acht' en in het tweede geval 'de algemeen verbindende voorschriften die noodzakelijk zijn'. Destijds is de afweging gemaakt dat in het ene geval strengere toetsing door de rechter mogelijk zou zijn. In de praktijk is er doorgaans echter steeds sprake van terughoudende toetsing. Adriaan kan zich dat bij deze bevoegdheden voorstellen omdat het gaat om acute, urgente situaties en beslissingen die in de *heat of the moment* genomen worden. In deze situatie heeft de burgemeester een discretionaire bevoegdheid die door de rechter terughoudend wordt getoetst. Adriaan voegt hieraan toe dat deze bevoegdheden niet langdurig uit de kast kunnen worden gehaald in geval van structurele situaties. Voor dergelijke maatregelen in dergelijke situaties is een betere democratische legitimatie noodzakelijk. De burgemeester kan niet zelfstandig allerlei semipermanente wetgeving maken. Daar hebben we onze volksvertegenwoordiging voor.

Mandy van Rooij – Rechtsbescherming bij publiek-private handhaving van de openbare orde

Van fragmentatie naar integratie?

Mandy van Rooij⁵ gaat in haar preadvies in op de publiek-private samenwerking die plaatsvindt bij de handhaving van de orde in het semipublieke domein, waaronder voetbalstadions, uitgaansgelegenheden en winkels kunnen worden geschaard. Zij maakt inzichtelijk dat het gevolg hiervan is dat een ordeverstoorder naar aanleiding van één incident geconfronteerd kan worden met strafrechtelijke, bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke sancties en maatregelen. Hierbij is geen sprake van toevallige samenloop van sancties, maar een gecoördineerd geheel. Mandy stelt in haar preadvies de vraag centraal of er voldoende onafhankelijke controle is op het geheel en de gevolgen van de samenloop of cumulatie van sancties in het individuele geval.

Na de presentatie van Mandy neemt mevrouw Blomberg (Erasmus Universiteit Rotterdam, advocaat ngnb te Amsterdam) het woord. Integrale toetsing, zeker bij publiek-private samenwerking, vindt zij een interessante gedachte. Zij stelt – in het kader van het *ne bis in idem*-beginsel – dat veel sancties kunnen worden gecumuleerd, maar dat als belangrijke voorwaarde heeft te gelden dat dit in eenzelfde procedure gebeurt. Het opleggen van twee bestraffende sancties is niet hetzelfde als het twee keer vervolgen van hetzelfde feit. Mevrouw Blomberg vraagt zich af hoe Mandy dat ziet in verband met de integrale toetsing.

Mandy vindt het cumuleren van herstelsancties en maatregelen niet bezwaarlijk als er nog steeds een dreiging uitgaat ten aanzien van de gedraging waarvoor de sancties worden opgelegd. Het is de vraag wat het karakter van de privaatrechtelijke sancties is: het is gericht op preventie, maar het is deels ook bestraffend bedoeld. Om daadwerkelijk de dreiging van nieuwe ordeverstoringen te kunnen wegnemen, zou een functie van integrale toetsing kunnen zijn om in een vroeg stadium te kijken wat er nu eigenlijk is gebeurd. Via het privaatrecht kan vervolgens snel worden opgetreden. Snel optreden is moeilijk in het strafrecht. Mandy

5 Mandy van Rooij is promovenda aan de Vrije Universiteit Amsterdam (VU).

sluit af met de opmerking dat een private procedure niet in de weg kan staan aan een strafrechtelijke procedure.

De vervolgvraag van mevrouw Blomberg is wat je eigenlijk kunt in een ‘commissie integrale toetsing’. Kun je dan de privaatrechtelijke sanctie afstemmen op een mogelijke strafvervolgning als je nog niet weet of die daadwerkelijk wordt ingesteld? Volgens Mandy kan de commissie zich wel richten op de informatieverwerking in de database waar alle samenwerkende publieke en private partijen toegang toe hebben. Dit type databases is uitgebreider beschreven in het preadvies. Op basis van deze informatie ondernemen de partijen immers vervolgstappen. Een andere functie kan zijn dat de commissie de behoorlijkheid van de feitelijke handelingen van de samenwerkende partijen beoordeelt, een soort ombudsmanfunctie. Bij de praktische uitvoering ervan kun je met het karakter van zo’n commissie nog alle kanten op.

De heer Van Reeken (Ministerie van Veiligheid en Justitie) vraagt zich vervolgens af wat de bevoegdheid is of zou moeten zijn van een dergelijke klachtencommissie. Je zou je kunnen voorstellen dat partijen – zowel publiek als privaat – zich vrijwillig binden aan de oordelen van de commissie. Dit vindt hij een aantrekkelijk idee, maar hoe het met bevoegdheden moet, ziet hij nog niet voor zich.

Mandy reageert door te stellen dat het instellen van een klachtencommissie mogelijk is via zelfregulering. Hierbij richten partijen zelf een commissie op, die zij op een bepaalde manier inrichten en aankleden met bevoegdheden. Een belangrijk punt volgens Mandy is dat de leden van de commissie niet uit het midden van de oprichters daarvan worden gekozen. Iedereen legt zich dan vrijwillig neer bij het oordeel van de klachtencommissie. Mandy ziet vooral de meerwaarde in zelfregulering.

De heer Van der Grinten (advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam) stelt vervolgens dat in het verleden druk is uitgeoefend op de KNVB en andere voetbalorganisaties om op te treden tegen voetbalgeweld en maatregelen te nemen tegen de supporters. Dit is de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de KNVB. In de afgelopen jaren heeft de KNVB deze verantwoordelijkheid ook daadwerkelijk genomen. Cumulatie van sancties is volgens hem daarom een groot maatschappelijk goed. Hij vraagt Mandy of ze het ermee eens is dat de cumulatie van sancties op zichzelf geen probleem is, maar juist goed is.

Mandy bevestigt dat de cumulatie van sancties de afgelopen jaren heeft geleid tot een betere aanpak van voetbalgeweld. Het voetbal is hierdoor toegankelijker geworden. Ze wil hier dan ook niet vanaf. Ze benadrukt wel dat doordat de privaatrechtelijke aanpak de afgelopen jaren is verstevigd een groot deel van deze problematiek op het bordje van de KNVB terecht is gekomen. Strafrechtelijke stadionverboden worden nagenoeg niet opgelegd. Uit gesprekken met de KNVB maakt zij op dat daar het gevoel heerst dat doordat de bond het zo goed doet, de strafrechtketen en misschien ook de burgemeester eerst de privaatrechtelijke kant afwachten en zelf minder snel optreden. Je kunt je afvragen waar de bevoegdheid van de KNVB ophoudt. Mandy geeft aan dat ze in haar preadvies vooral heeft willen benadrukken dat als je taken gaat verschuiven van het ene rechtsgebied naar het andere, dat dan gevolgen heeft voor de rechtsbescherming. Als bepaalde

taken verschuiven en door andere organen worden uitgevoerd, moet de rechtsbescherming van het individu niet uit het oog worden verloren.

De heer Van der Grinten geeft verder aan dat hij zich kan vinden in de meerderheid van de kanttekeningen die Mandy in haar preadvies plaatst bij de verschillende sancties. Hij merkt op dat Mandy schrijft dat als er sprake is van cumulatie van sancties, je moet zoeken naar de hoogste bescherming die één van de normen biedt op basis waarvan de sanctie is opgelegd. Hij vraagt zich af wat hiervoor de rechtvaardiging is. Waarom moet je de burger in deze situatie meer waarborgen bieden dan in andere situaties waarin slechts één sanctie wordt opgelegd waarbij het beschermingsniveau lager is.

Mandy zegt dat de burgerlijke rechter bij zijn beoordeling moet kijken naar wat er met de open geformuleerde bepalingen uit de KNVB-voorwaarden wordt bedoeld, wat voorzienbaar is en wat partijen over en weer redelijkerwijs van elkaar kunnen verwachten. Reeds opgelegde sancties kunnen een relevant gezichtspunt zijn. Deze wijze van toetsing biedt niet zozeer meer rechtsbescherming. Een ander relevant gezichtspunt waar de burgerlijke rechter volgens Mandy kritisch naar moet kijken, is dat de KNVB een machtsspeler is met een monopolistisch karakter. Mandy is niet zozeer voor meer rechtsbescherming, maar vindt het bezwaarlijk dat de burgerlijke rechter zich vaak gemakkelijk afmaakt van deze beoordeling.

Mevrouw Van Niel (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) wil inhaken op de vraag van de heer Van der Grinten. Zij stelt dat de KNVB tegenwoordig zijn verantwoordelijkheid neemt bij het voorkomen van ongeregelde rondom voetbalwedstrijden. Ze denkt niet dat dit consequenties moet hebben voor de rechtsbescherming van supporters, omdat de KNVB en voetbalorganisaties hierbij wel degelijk een eigen belang hebben. Ze vindt het geen probleem dat de KNVB een grotere rol speelt in het voorkomen van voetbalgerelateerd geweld en de handhaving meer verschuift naar deze privaatrechtelijke partij. Dit is volgens haar anders in het geval een strafrechtelijke boete verschuift naar een bestuurlijke boete. Dit zijn beide punitieve sancties. Ze heeft moeite met het feit dat de geschilbeslechting over stadionverboden zich afspeelt in het privaatrecht. Ze stelt dat daarbij ook de procesregels van toepassing moeten zijn die het privaatrecht daarvoor kent. Er moet in dit geval dus niet meer rechtsbescherming worden geboden.

Mandy beaamt dit, maar vindt toch dat het een bijzondere situatie blijft, omdat er een algemeen belang meeweegt. Bij de afweging van belangen in het privaatrecht – mede gelet op de open normen uit het privaatrecht – moet dat algemeen belang een rol spelen.

Mevrouw Van Niel merkt op dat de drie partijen – publiek en privaat – ruimte moeten houden om hun eigen belangen te behartigen. Ook dit beaamt Mandy. De aanwezigheid van eigen belangen zorgt er ook voor dat private partijen bereid zijn om een bijdrage te leveren aan de oplossing van bepaalde vormen van overlast. Er moet voor worden gewaakt dat het individuele belang wordt opgeofferd voor de eigen belangen van andere private partijen en algemene belangen. De rechtsbescherming mag niet uit het oog worden verloren.

De heer Reijner (gemeente Zaanstad) denkt ten slotte dat voetbalsancties gericht zijn op preventie. Hij vraagt zich af hoe dat in Engeland zit, omdat ook Engeland grote problemen heeft met voetbalhooligans.

Mandy geeft als antwoord dat een van de factoren die in Engeland heeft bijgedragen aan de verbetering van de veiligheid rondom voetbalwedstrijden, is dat het daar heel duur is geworden om naar het voetbal te gaan. Voetbalgeweld werd grotendeels veroorzaakt door personen afkomstig uit de lagere sociale klassen. Door de voetbalkaartjes duurder te maken wordt voorkomen dat deze personen naar de voetbalwedstrijden toe gaan. Zij merkt daarbij op dat het probleem gedeeltelijk wordt verplaatst. Uit onderzoek naar de persoon van de 'hooligan' blijkt dat het deels gaat om personen die de intentie hebben om de orde te verstoren. Als deze personen niet meer bij het voetbal terecht kunnen om de openbare orde te verstoren, zoeken zij andere gelegenheden op om deze 'hobby' uit te oefenen.

Algemene discussie

De heer Van Reeken (Ministerie van Veiligheid en Justitie) heeft nog een afsluitende vraag aan Adriaan. Volgens hem ziet onmiddellijke handhaving van de openbare orde – in de visie van Adriaan – op acute, urgente handhaving. Hij vraagt zich af hoe het dan is gegaan bij bijvoorbeeld de Nuclear Security Summit 2014 in Den Haag. Dat deze top zou plaatsvinden, was maanden van tevoren bekend. Toch is hier gebruikgemaakt van een noodverordening die waarschijnlijk lang voor de daadwerkelijke topontmoeting is opgesteld.

Adriaan reageert door te stellen dat de noodverordeningsbevoegdheid een andere is dan de noodbevelsbevoegdheid. De inzet van de noodverordeningsbevoegdheid kan wat hem betreft iets langer zijn, omdat deze een werking van algemene strekking heeft. Adriaan blijft – in lijn met wat hij eerder zei – van mening dat men op andere wijze in deze maatregelen moet voorzien, voor zover dat mogelijk is. Hij denkt dat dit kan door middel van een verordening van de gemeenteraad.

De heer Van Reeken vraagt vervolgens of Adriaan ervoor pleit dat als een situatie te voorzien is – bijvoorbeeld een aangekondigde risicowedstrijd – het college van b en w maatregelen treft door het uitvaardigen van een noodverordening. Adriaan geeft aan dat hij ervoor pleit dat als zich incidenteel een risicowedstrijd voordoet, de noodbevoegdheden gebruikt kunnen worden. Als je echter te maken hebt met regelmatig terugkerende risicowedstrijden in de gemeente, dan vindt hij dat de gemeenteraad een regeling moet treffen om in dit soort situaties gebiedsverboden op te leggen aan voetbalhooligans.

De heer Van Reeken vraagt ten slotte of het klopt dat Adriaan dus niet pleit voor een beperking van de bevoegdheid van de burgemeester tot onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Dit wordt door Adriaan bevestigd. Ook in niet-acute, urgente situaties kunnen bevoegdheden toekomen aan de burgemeester. Uitgangspunt volgens de Gemeentewet is dat het dagelijks bestuur van de gemeente ligt bij het college van b en w. Adriaan kan zich echter heel goed voorstellen dat bevoegdheden die nauw verband houden met de onmiddellijke handhaving van de openbare orde of nauw verband houden met de gezagsrelatie tussen politie en burgemeester, aan de burgemeester worden toegekend.

