

Bestuur en openbare orde

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

Adriaan Wierenga¹

Inleiding

Aan de burgemeester wordt een belangrijke rol toe toegekend bij de handhaving van de openbare orde op gemeentelijk niveau. Art. 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.² 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 noodverordeningsbevoegdheid 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.³ 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.⁴ En de burgemeester van Sittard-Geleen greep naar een noodbevel om leden van rivaliserende motorclubs uit de gemeente te weren.⁵ 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 art. 172a Gemeentewet.⁶ 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 goed passen binnen het systeem van de Algemene wet bestuursrecht. Van dit type bevoegdheden zijn er de laatste twintig jaren nogal wat gecreëerd.⁷

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

¹ Mr. A.J. 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.

² Art. 11 lid 1 Polw. Daarnaast heeft de burgemeester op grond van dit artikel ook het gezag over de politie bij de uitvoering van haar hulpverleningstaak.

³ 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.

⁴ De inzet van de noodverordening was ontijdig en handhaving ervan was niet opportuun, zie: J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Onevenwichtig krachten spel 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 5 november 2015).

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

⁶ 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).

⁷ 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 & Magistratelijk. De Nederlandse burgemeester en de staat van het ambt* van 20 maart 2014. Te raadplegen via www.rijksoverheid.nl; zoek op ‘Majesteitelijk en magistratelijk’ (laatst geraadpleegd 5 november 2015). Hierover meer in par. 2.1 en 2.2.

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 wordt geregeld wanneer burgers hun vuilnis buiten – dat wil zeggen in de openbare ruimte – mogen zetten om te worden opgehaald door de vuilnisophaalddienst. 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.⁸ Recent besliste 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.⁹ In het commentaar op deze uitspraak kwam dit de rechtbank op veel kritiek te staan.¹⁰ 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 zorgdragen. 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&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.

Deel 1 Openbare orde

1.1 Inleiding

Om de taak ‘handhaving van de openbare orde’ te duiden, moet eerst stilgestaan worden 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 contextafhankelijke betekenis.¹¹

In dit preadvies ga ik in op het openbare-ordebegrip binnen de context waarvan de zorg daarvoor 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.¹² Daarbij moet gedacht worden 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

⁸ 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.

⁹ Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

¹⁰ Hierover meer in par. 2.1.

¹¹ Zie bijv. A.H.M. Dölle en 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-orderecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 6-7.

¹² H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orderecht*, 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 en 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.

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.

1.2 Definitie openbare orde

Wat moet worden verstaan onder openbare orde binnen de gemeente, vormt al decennia voorwerp van onderzoek en discussie. Hennekens kan gezien worden als een pionier op dit gebied. Hij werkt de begripsbepaling van openbare orde van procureur-generaal Langemeijer, ‘het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven’, verder uit.¹³ Hennekens spreekt van ‘het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven ter plaatse, voor zover dat door menselijk handelen beïnvloed en bepaald wordt’.¹⁴ 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’.¹⁵

De openbare orde wordt door de Hoge Raad in 2007 omschreven in een zaak waarin een duiding wordt gegeven van het begrip ‘verstoring van de openbare orde’ 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.’¹⁶ 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.¹⁷ Dit staat op zeer gespannen voet met de eis van rechtszekerheid; kenbaarheid en voorzienbaarheid in de terminologie van het EHRM.¹⁸

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 teleurgesteld publiek dat zich op Prinsjesdag massaal omdraait als de Koningin tijdens de rijtoer passeert.¹⁹ 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.²⁰ Van een verstoring is in bovengenoemde voorbeelden geen sprake, omdat het van de normale gang van zaken afwijkende gedrag niet in strijd is met het recht.²¹ In dit preadvies werk ik de definitie van de Hoge Raad – ‘de normale gang van zaken

¹³ Conclusie bij HR 19 januari 1962, NJ 1962, 107 (Geertruidenberg II).

¹⁴ H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orderecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 8.

¹⁵ 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 en A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 14.

¹⁶ 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 teweeg 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.

¹⁷ 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-ordeverstoring is die aanleiding kan zijn om bestuursrechtelijke maatregelen te treffen in de zin van art. 172a Gemw. Zie: *Kamerstukken II* 2008/09, 31 467, nr. 7, p. 4.

¹⁸ Bijv. EHRM 4 juni 2002, appl. nr. 37331/97, *Gst.* 2003/39 (Landvreugd/Nederland).

¹⁹ Noot van J.G. Brouwer en A.E. Schilder bij HR 30 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ2104, AB 2007/131.

²⁰ Hiervoor is ook steun te vinden in de wetsgeschiedenis, zie: *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 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.

²¹ 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 verstoringe 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 en A.E. Schilder (red.),

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' gezien kan worden 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.²² 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 art. 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 art. 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 art. 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.²³ Een ander verbod op gevaarzettend gedrag treffen we in art. 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 aanlijngesel opleggen.

Ook in Algemene Plaatselijke Verordeningen (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.²⁴

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 art. 141 Sr.²⁵

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

Hoofdstukken openbare-orderecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 15. Munneke merkt de rechtsorde aan als de buitenste schil van het begrip openbare orde.

²² 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 en J.J.H. Suyver, *Politie in de rechtsorde*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 99-100.

²³ Hierover uitgebreid: J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries c.s. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 176-177.

²⁴ Zie bijvoorbeeld APV Groningen (art. 2:58 en 5:35).

²⁵ J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries c.s. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 176-177.

praktisch gesproken niet voor allen mogelijk is 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 deze voorschriften dus niet ziet als *conditio sine qua non* voor ordehandhaving.²⁶ Rogier geeft aan dat de openbare orde niet kan samenvallen met uitsluitend wettelijke normen. Het is volgens hem teveel gevraagd van de (gemeentelijke) regelgevers om, gelet op de plaatselijke omstandigheden, voor alle denkbare en voorzienbare gevallen delictomschrijvingen op te stellen.²⁷

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 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 art. 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.²⁸

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.²⁹ 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.³⁰ Er kan dan een gedragsplicht gecreëerd worden 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 art. 6:162 BW.³¹

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.³² Handhaving door de overheid (in de ruimste definitie) ziet op elke handeling die erop gericht is de

²⁶ 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.

²⁷ 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 en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 391-392 en 397.

²⁸ 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.

²⁹ H.Ph.J.A.M. Hennekens o.a. in *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.

³⁰ 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).

³¹ 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 uitgeverij 2012, p. 248. Zie ook voetnoot 28.

³² Zie o.a. EHRM 4 juni 2002, appl. nr. 37331/97, *Gst.* 2003/39 (Landvreugd/Nederland); D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 661.

naleving van rechtsregels te bevorderen of een overtreding (van rechtsregels) te beëindigen.³³ Door te spreken van een juridische orde wordt willekeurig onwenselijk of onfatsoenlijk gedrag dat de normale gang van zaken in de openbare ruimte verstoort – indien niet binnen het recht gereguleerd –,³⁴ 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 het eerder gebruikte *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.³⁵

Openbare plaatsen zijn terreinen die voor het publiek toegankelijk zijn, zonder dat de rechthebbende voorwaarden stelt aan de toegang daarvan.³⁶ Het zijn ‘plaatsen die krachtens bestemming of vast gebruik open staan voor het publiek’.³⁷ Denk aan straten, pleinen, plantsoenen en parken. In beginsel kan een ieder 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 een ieder 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 voor het reguleren en handhaven van de normale gang van zaken, bijvoorbeeld door het vaststellen van huisregels en het inhuren van beveiligers.³⁸

De zorg die de rechthebbende heeft voor de normale gang van zaken op die plaatsen wordt gedeeld met de lokale overheid.³⁹ De gemeenteraad kan verordeningen opstellen die de normale gang van zaken in voor publiek toegankelijke plaatsen reguleren. Denk bijvoorbeeld aan de horecaverordening waarin sluitingstijden zijn opgenomen en waarin het verboden wordt om in

³³ F.C.M.A. Michiels & E.R. Muller (red.), *Handhaving. Bestuurlijk handhaven in Nederland*, Deventer: Kluwer 2014, p. 20-21.

³⁴ 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.

³⁵ Zie o.a. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, ‘Private handhaving van de orde: een verkenning’ in: J.G. Brouwer en 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.), *Bezielde 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.

³⁶ 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.

³⁷ Art. 1 lid 1 Wet openbare manifestaties.

³⁸ A.E. van Rooij, ‘Private ordehandhaving op voor publiek toegankelijke plaatsen’ in: J.G. Brouwer en A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde. Over private ordehandhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 51-80.

³⁹ 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.

horecabedrijven de orde te verstoren.⁴⁰ De burgemeester heeft in deze een (exclusieve) toezichthoudende taak op grond van art. 174 lid 1 Gemw en is (exclusief) belast met de uitvoering van de verordeningen die op dat toezicht betrekking hebben ingevolge art. 174 lid 3 Gemw.⁴¹

De normale gang van zaken in *besloten plaatsen*, waaronder *woningen* en andere niet-voor publiek toegankelijke plaatsen als kantoren of verenigingsgebouwen, vormt in beginsel geen voorwerp van zorg van de lokale overheid.⁴² 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.⁴³

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.⁴⁴ Deze strafbepalingen kunnen gezien worden als de gemene deler van de plaatselijke openbare orde; indien het daarin strafbaar gestelde gedrag plaatsvindt in de publieke ruimte verstoort dat binnen iedere plaatselijke gemeenschap de normale gang van zaken. Het ligt voor de hand dat er 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 gebruik van zijn verordenende bevoegdheid ex art. 108 juncto 149 Gemw. Dat gebeurt bijvoorbeeld door in de APV de eerder genoemde 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 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 art. 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'.⁴⁵ Naast de APV zijn er ook andere verordeningen die de openbare orde reguleren binnen de gemeente, zoals de prostitutieverordening.⁴⁶

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

⁴⁰ Zie bijv. de Horecaverordening Utrecht 2015 (art. 11 en 16).

⁴¹ J.G. Brouwer en A.E. Schilder, 'Private handhaving van de orde: een verkenning' in: J.G. Brouwer en A.E. Schilder (red.), *Van een andere orde. Over private ordehandhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, p. 10-12.

⁴² Zie over de grenzen aan regulering de volgende paragraaf.

⁴³ 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 uitgeverij 2013, p. 71-77.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ 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'.

⁴⁶ Zie ook A.H.M. Dölle, 'Burgemeester in de branding', in: J.L.W. Broeksteeg e.a. (red.), *Beziend staatsrecht. Een bloemlezing uit het wetenschappelijk werk van A.H.M. Dölle*, Deventer: Kluwer 2014, p. 263-264.

regelgeving niet in strijd zijn.⁴⁷ Zo werd een verordening van de gemeente Wassenaar waarin visuele nieuwsgraring werd verboden in de omgeving van De Eikenhorst (het woonhuis van Koning Willem Alexander en zijn gezin, gelegen op de Koninklijke landgoederen De Horsten) door de rechter onverbindend verklaard vanwege strijdigheid met het in de vrijheid van meningsuiting besloten liggende recht op vrije nieuwsgraring.⁴⁸

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 par. 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. 154a Gemw), preventieve fouillering (art. 151b Gemw) en cameratoezicht (art. 151c Gemw).⁴⁹ 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 noodverordeningbevoegdheid. Die bevoegdheid ontsluit zich pas indien er sprake is van rampen⁵⁰ 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.⁵¹ De noodverordeningvoorschriften 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. Er is in de bepaling zelf 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.⁵²

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 art. 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.⁵³

⁴⁷ 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 en H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 924.

⁴⁸ 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:AI0834, AB 2003/470.

⁴⁹ 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. 261-263.

⁵⁰ 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'.

⁵¹ HR 20 januari 2007, ECLI:NLHR:2007:AZ2104, *Gst.* 2007/117, m.nt. L.J.J. Rogier.

⁵² Zie art. 176 Gemw.

⁵³ J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries c.s. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 175-176; J.G. Brouwer & S.M. Wolfert, 'Openbare orde versturende 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.

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 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. Er lijkt in toenemende mate 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 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 geïdentificeerd 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.’⁵⁴

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:RBL EE:2001:AD7648, AJW]. Dat is ook belangrijk in het kader van de democratische legitimatie van een besluit: een burgemeester 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.’⁵⁵

⁵⁴ Rb. Midden-Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, AB 2015/88.

⁵⁵ Te raadplegen via: www.vng.nl, zoek op ‘Uitspraak vuurwerkverbod’ (laatst geraadpleegd 11 september 2015).

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 eerder genoemde 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 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.’⁵⁶

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 art. 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 bij of krachtens de wet daarmee wordt belast. In art. 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 samenkomsten en gemakkelikheden alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven. Een ander voorbeeld is te vinden in art. 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 art. 172 lid 1:

‘De burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde’.⁵⁷

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 art. 172 lid 1 Gemw de burgemeester exclusief belasten met de handhaving van al die verordeningen, dan zou een bepaling als het zojuist genoemde art. 174 lid 3 Gemw overbodig zijn, omdat dit dan reeds uit deze taakomschrijving zou volgen.⁵⁸

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

⁵⁶ 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 11 september 2015).

⁵⁷ *Kamerstukken II 1985/86*, 19 403, nr. 3, p. 147.

⁵⁸ 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.

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.⁵⁹ 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.⁶⁰

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 art. 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’.⁶¹

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.⁶² 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 ordelijk verloop van het gemeenschapsleven, zoals het geven van bevelen tot verwijderen en andere bevelen.⁶³

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.⁶⁴

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 art. 172 lid 1 Gemw ten grondslag kunnen liggen.⁶⁵

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 art. 154a en 176a (2000), de

⁵⁹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 49; *Kamerstukken I* 90/91, 19 403, nr. 64b, p. 15-16.

⁶⁰ 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 en D.J. Elzinga, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 401; J.G. Brouwer en A.E. Schilder ‘Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid’, *NJB* 2014/2159, als ook hun noot onder Rb. Midden Nederland 19 december 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:6907, *AB* 2015/88. Zie ook de volgende voetnoot.

⁶¹ 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 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.

⁶² 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.

⁶³ 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.

⁶⁴ H.Ph.J.A.M. Hennekens, ‘Preventieve handhaving van de openbare orde’, *Gst.* 2010/2, par. 2.1.

⁶⁵ 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.

aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied als bedoeld in art. 151b en 174b (2002 en 2014), het besluit tot het toepassen van cameratoezicht in art. 151c (2006), besluiten met hierin gedragsaanwijzingen als bedoeld in art. 172a (2010), het opleggen van een ‘avondklok’ als bedoeld in art. 172b (2010) en het besluit tot het sluiten van een woning als bedoeld in art. 174a (1997). En om nog een voorbeeld buiten de Gemeentewet te noemen, de bevoegdheid om bestuursdwang toe te passen als bedoeld in art. 13b Opiumwet (1999).⁶⁶

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 art. 172 lid 1 Gemw.

2.3 Feitelijke handhaving

De wetgever omschrijft de handhavende taak van de burgemeester op grond van art. 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.’⁶⁷

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 is 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.⁶⁸ Wat verder van groot belang is: de burgemeester heeft het gezag over de politie indien zij optreedt ter handhaving van de openbare orde.⁶⁹ De politie heeft op haar beurt de taak om de openbare orde daadwerkelijk te handhaven.⁷⁰

Deze symbiose tussen politie en burgemeester is van groot belang om de taak van de burgemeester die is neergelegd in art. 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 taak waarmee hij wordt belast in art. 172 lid 1 Gemw en waarvoor hem het gezag over de politie is toegekend in art. 11 Polw.⁷¹

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.⁷² In de Politiewet stond dat

⁶⁶ 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 en A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orde-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 3-4.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 147.

⁶⁸ 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, 19 403, nr. 3, p. 49.

⁶⁹ Art. 11 Polw.

⁷⁰ Art. 3 Polw.

⁷¹ 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, 19 403, nr. 10, p. 88.

⁷² *Kamerstukken II* 1988/89, 19 403, nr. 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.

de politie bij de handhaving van de openbare orde onder het gezag van de burgemeester valt.⁷³ In de Gemeentewet stond geen taak, maar vond men slechts de noodbevoegdheden.⁷⁴

Met deze gegevens in het achterhoofd kunnen we stellen dat de taak van de burgemeester op basis van art. 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 verstoord wordt.⁷⁵

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 art. 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.’⁷⁶

Hoewel de hier bedoelde verblijfsontzeggingen aangemerkt kunnen worden als herstelsancties ter openbare-ordehandhaving aan de hand van reguliere beschikkingen in de zin van de Awb, 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.⁷⁷

Het gaat in art. 172 lid 1 Gemw aldus om de taak van de feitelijke – fysieke – openbare-ordehandhaving en niet de openbare-ordehandhaving in zijn algemeenheid.⁷⁸ Daarbij moet gedacht worden aan fysieke surveillance, maar bijvoorbeeld ook aan cameratoezicht.⁷⁹ 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.⁸⁰ 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 art. 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 verijdelt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie.’

⁷³ Tegenwoordig art. 11 Polw.

⁷⁴ Tegenwoordig de artikelen 175 en 176 Gemw.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 49. E.T. Brainich & 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.

⁷⁶ HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9222.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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 c.s. (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.

⁷⁹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 49.

⁸⁰ Zie art. 7 lid 1 en lid 5 Polw.

Signaleren agenten onregelmatigheden dan kunnen ze een persoon ook een bevel of vordering geven op basis van art. 3 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 art. 3 Polw.⁸¹ Niet-naleving van een dergelijk bevel leverde tot voor enkele jaren geleden nog het misdrijf van art. 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 art. 3 Polw, maar deze slechts uit de daarin opgenomen taakomschrijving wordt afgeleid.⁸²

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 art. 3 Polw waarin staat dat het de taak van de politie is om in ondergeschiktheid aan het bevoegde gezag en in overeenstemming met de geldende rechtsregels de *rechtsorde* daadwerkelijk te handhaven.⁸³ We hebben eerder gezien dat daarbij vooral moet worden gedacht aan strafrechtelijke voorschriften.⁸⁴

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 art. 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 art. 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.⁸⁵

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 art. 5:23 Awb wordt aangeduid als de *onmiddellijke* handhaving van de openbare orde.⁸⁶ 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.⁸⁷

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 art. 172 lid 1 Gemw wordt opgedragen.⁸⁸ 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 met het doel 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.⁸⁹ Ditzelfde geldt voor de toepassing van bevelsbevoegdheden door de politie zelf.

⁸¹ 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 een ieder vanaf veertien jaar verplicht is op eerste vordering van een opsporingsambtenaar of toezichthouder een identiteitsbewijs ter inzage aan te bieden.

⁸² 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.

⁸³ In art. 3 Polw staat tevens dat de politie hulp dient te verlenen aan hen die deze behoeven.

⁸⁴ Zie par. 1.3.

⁸⁵ 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 er onder. Zie par. 1.3.

⁸⁶ J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebepoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller & J. de Vries c.s. (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.

⁸⁷ Art. 13 Polw.

⁸⁸ H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Preventieve handhaving van de openbare orde', *Gst.* 2010/2, par. 4.2.

⁸⁹ Zie hierover uitgebreid 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 uitgeverij 2012 en J.G.

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 art. 172 lid 2 en 3, art. 174 lid 2 en art. 175 lid 1 Gemw.⁹⁰

Typerend is de bevoegdheid uit art. 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.⁹¹ Van deze bevoegdheid wordt zelden gebruik gemaakt, omdat een bevel om de overtreding van een strafnorm te beëindigen zelden iets toevoegt.⁹²

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

Het gaat in art. 172 lid 3 Gemw om de zogenoemde lichte bevelsbevoegdheid. Die bevoegdheid kan ingezet worden 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.⁹³

Art. 175 Gemw bevat de bevoegdheid om bevelen te geven in noodsituaties.⁹⁴ Deze bevoegdheid zal in deel 3 van dit preadvies nader uitgewerkt worden om de aard van de hier genoemde bevelsbevoegdheden in relatie tot de Awb te illustreren.

De hier bedoelde bevoegdheden geven nadere invulling aan de exclusieve taak die aan de burgemeester wordt toegekend in art. 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 ordeverstoringen.⁹⁵ 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 b en w. Er kan er immers maar één de baas

Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht’, in: E.R. Muller & J. de Vries c.s. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 165-166.

⁹⁰ 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 c.s. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 166. Zij blijven in dit preadvies verder buiten beschouwing.

⁹¹ 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. 269-271; M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss. Utrecht), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 34 en 112.

⁹² J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, ‘Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van art. 172 lid 3 Gemeentewet’, *Gst.* 2015/59, p. 311.

⁹³ 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.

⁹⁴ De burgemeester beschikt in dit kader zelfs over de al eerder genoemde bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften in een noodverordening uit te vaardigen (zie art. 176 lid 1 Gemw).

⁹⁵ Zie hierover ook: 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 (red.), *Burgemeester. Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 163-191.

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.⁹⁶

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 stellen.⁹⁷ 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.⁹⁸

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 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 nog 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, intrekking van vergunning 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 waarin geen verbod geldt om met een motorvoertuig of een bromfiets een wedstrijd te houden of de aanwijzing van hondenuitlaatplaatsen.⁹⁹

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 aanlijngebod 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 ook wel 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

⁹⁶ Art. 14 juncto art. 57 Polw. In uitzonderlijke gevallen kan de burgemeester zelfs bijstand inroepen van andere onderdelen van de krijgsmacht (art. 58 Polw).

⁹⁷ Zie art. 4:15 Model-Algemene plaatselijke Verordening 2010 van de VNG.

⁹⁸ 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.

⁹⁹ 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.

waarvoor de burgemeester met de politie verantwoordelijk is, dient dat wel het uitgangspunt te zijn.¹⁰⁰ Daarvan zagen we reeds een voorbeeld in de vuurwerkvrije-zone aanwijzingsbevoegdheid.

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 daarvan.¹⁰¹ 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.¹⁰²

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^âce 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.’¹⁰³

¹⁰⁰ 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.

¹⁰¹ 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.

¹⁰² 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.

¹⁰³ 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.¹⁰⁴ 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 Awb centraal staat.

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 Awb. 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.¹⁰⁵ Een ander voorbeeld van een dergelijk besluit is het aanwijzen van een veiligheidsrisicogebied in de zin van art. 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.¹⁰⁶ 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 een bredere kring van belanghebbenden toegelaten tot bestuursrechtelijke rechtsbescherming, hetgeen tegemoetkomt aan de uitdrukkelijk wens van de wetgever te dien aanzien.¹⁰⁷

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 art. 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 art. 172a Gemw.¹⁰⁸ Op die herstelsancties ga ik in de volgende paragraaf nader in.

Van dergelijke herstelsancties zijn de ordemaatregelen in het kader van de onmiddellijke handhaving van de openbare orde te onderscheiden.¹⁰⁹ 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 art. 174b Gemw is daarvan een goed voorbeeld. Op grond

¹⁰⁴ Zie over deze problematiek en ook over het laten inslapen van gevaarlijke honden: ABRvS 2 juli 2014, ECLI:NI:RVS:2014:2380, AB 2015/205, m.nt. L.J.A. Damen, ABRvS 23 december 2014, ECLI:NLRVS:2014:4779, AB 2015/206, m.nt. L.J.A. Damen, ABRvS 24 december 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4659, AB 2015/207, m.nt. L.J.A. Damen en Rb. Groningen 18 augustus 2005, ECLI:NL:RBGRO:2005:AU1024.

¹⁰⁵ L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht I. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 248-250.

¹⁰⁶ 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).

¹⁰⁷ 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 en A.E. Schilder, 'Slagvaardiger preventief fouilleren?', *NJB* 2012/768, p. 866.

¹⁰⁸ 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 en A.E. Schilder, 'Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid', *NJB* 2014/2159.

¹⁰⁹ Zie J.G. Brouwer en A.E. Schilder, 'Daadkrachtig door besluitloos optreden: 'Onmiddellijke ordehandhaving en de Awb'', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, par. 2.

van die bepaling kan de burgemeester in een spoedeisende situatie naar aanleiding van een onvoorzien incident met wapens een veiligheidsrisicogebied aanwijzen. Dat veiligheidsrisicogebied mag aangewezen worden voor maximaal 12 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 opschrift gesteld te worden.¹¹⁰ Indien dat niet gebeurt, is er geen sprake van een Awb-besluit. Om die reden hoeft dan niet aan de bekendmakingseis van de Awb voldaan te worden, 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.’¹¹¹

Er bestaat ingevolge het derde lid van art. 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 Awb vereiste bekendmaking inwerking 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 art. 5:23 Awb nu juist niet van toepassing op optreden ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde.¹¹²

De vraag rijst in hoeverre er in de fase dat de veiligheidsrisicogebiedsaanwijzing op grond van art. 174b Gemw nog geen besluit is, voldaan kan en moet worden aan de andere eisen die de Awb 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 art. 151b Gemw verschilt. Daarbij wordt gewezen op het gegeven dat een eventueel bezwaarschrift steeds pas behandeld kan worden als het besluit al is vervallen, vanwege de maximale werkingsduur van 12 uur van de maatregel.¹¹³ Die rechtsbescherming heeft daardoor slechts zeer beperkte betekenis.¹¹⁴

Dit is slechts een van de vele voorbeelden van ordemaatregelen die op gespannen voet staan met de Awb. 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 Awb ga ik in par. 3.3 nader in, aan de hand van een typerend voorbeeld daarvan: het noodbevel.

3.2 Herstelsancties

Art. 172a Gemw maakt onderdeel uit van de Wet MBVEO.¹¹⁵ 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.¹¹⁶

¹¹⁰ Vooraf dient wel steeds – eventueel telefonisch – overleg met de officier van justitie plaats te vinden (zie art. 174b lid 2 Gemw).

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 112, nr. 3, p. 13.

¹¹² In par. 3.4 zal nader aandacht worden besteed aan art. 5:23 Awb en de verhouding tussen bestuursdwang en onmiddellijke openbare-ordehandhaving.

¹¹³ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 112, nr. 3, p. 32.

¹¹⁴ Zie ook: J.G. Brouwer en A.E. Schilder, ‘Slagvaardiger preventief fouilleren?’, *NJB* 2012/768, p. 866.

¹¹⁵ *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 en A.E. Schilder, ‘Vele 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.

¹¹⁶ 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.

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 groepsgewijze (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.¹¹⁷ Iedere verlenging moet worden aangemerkt als een nieuwe beschikking, waartegen beroep openstaat. Ook zal een verlenging steeds met redenen omkleed moeten worden.¹¹⁸ 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.¹¹⁹

Wat precies moet worden aangemerkt als een (al dan niet ernstige) verstoring van de openbare orde – een belangrijk 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.’¹²⁰

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.¹²¹ 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 art. 5:2 lid 1 sub b Awb gedefinieerd als herstelsancties. De algemene bepalingen uit de Awb 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.¹²² Wel zullen de beschikkingen gegeven op grond van art. 172a Gemw aan de algemene bepalingen over besluiten uit hoofdstuk 3 van de Awb moeten voldoen.

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

¹¹⁷ Zie art. 172a lid 6 sub a Gemw.

¹¹⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 467, nr. 3, p. 14.

¹¹⁹ Zie art. 172a lid 7-9 Gemw en *Kamerstukken II* 2007/08, 31 467, nr. 3, p. 42.

¹²⁰ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 882, nr. 6, p. 15-16, *Handelingen I* 2014/15, nr. 36, item 9, p. 20-23.

¹²¹ 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 en A.E. Schilder, ‘Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast’, in *Hoofdstukken openbare-orde-recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 78-79.

¹²² Zie art. 5:3 Awb en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 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).

vanwege de bijzondere belangen van de burger die een rol spelen; zijn bewegingsvrijheid wordt met een dergelijk besluit voor langere duur ingeperkt.¹²³

De burgemeester zal dienen te onderbouwen op welke eerdere 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 kinderbescherming, 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.’¹²⁴

Sinds de aanscherping van de Wet MBVEO in 2015 kan ook een maatregel worden opgelegd aan een *first offender*.¹²⁵ De aanmerkelijke kans op verdere verstoring van de openbare orde kan dan niet onderbouwd worden aan de hand van een opeenstapeling van ordeverstorende 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.¹²⁶

‘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.’¹²⁷

De zorgvuldige voorbereiding van dit besluit kan er verder toe nopen dat de burgemeester de betrokkene de gelegenheid geeft zijn zienswijze naar voren te brengen (de ‘hoorplicht’ van afd. 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’.¹²⁸

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 af te wegen belangen – tegen elkaar af te wegen alvorens een besluit te nemen.¹²⁹ 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

¹²³ E.C. Berkouwer en J.H.A. van der Grinten, ‘De Wet MBVEO (of: Voetbalwet) en de roep om meer’, *Gst.* 2012/29.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 467, nr. 7, p. 9.

¹²⁵ *Stb.* 2015, 255 (i.w.tr. 1 juli 2015).

¹²⁶ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 882, nr. 3, p. 5.

¹²⁷ *Kamerstukken II* 2013/14, 33 882, nr. 6, p. 17-18.

¹²⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 467, nr. 3, p. 16.

¹²⁹ Zie art. 3:4 lid 1 Awb.

behoorlijk materieel resultaat daarvan.¹³⁰ Zo kan een gebiedsverbod op grond van art. 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.¹³¹

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, er mag bij de formulering niet zomaar uitgegaan worden van de ‘gemiddelde’ burger, aangezien het bekend is met wie de burgemeester van doen heeft.¹³² Ingevolge art. 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.¹³³ Het uitgangspunt op grond van art. 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 het patroon en de duur van de veroorzaakte overlast indien een 172a-bevel wordt gegeven naar aanleiding van herhaaldelijke verstoring van de openbare orde.¹³⁴ 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 art. 172a Gemw ten grondslag zijn gelegd anders onvoldoende door de rechter kunnen worden geverifieerd en gewogen.¹³⁵

Ingevolge art. 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.¹³⁶ Er zal in vermeld moeten worden welke rechtsmiddelen hij kan instellen, zo blijkt uit art. 3:45 Awb.

De toepassing van de bevoegdheid van art. 172a Gemw past keurig binnen het stramien van de Awb; 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 art. 172b Gemw of om over te gaan tot het sluiten van een woning als bedoeld in art. 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 art. 175 lid 1 Gemw. Die bevoegdheid kan ingezet worden om bevelen te geven ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar.

¹³⁰ 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.

¹³¹ Rb. Midden-Nederland 13 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4861.

¹³² L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht I. Systeem, bevoegdheid, bevoegdheidsuitoefening, handhaving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 447-448.

¹³³ H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 300-301.

¹³⁴ Rb. Den Haag 23 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX4292.

¹³⁵ Rb. Maastricht 25 juni 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BX0092 en Rb. Utrecht 6 augustus 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BX4512.

¹³⁶ 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.

Aard optreden

De noodbevelsbevoegdheid kan toegepast worden ter handhaving van de openbare orde bij ernstige wanordelijkheden.¹³⁷ Gedacht moet worden aan onder meer situaties waarbij acute confrontaties dreigen of plaatsvinden tussen één of meerdere groepen personen en/of eventueel de politie tijdens bijvoorbeeld ontruiming en het opheffen van blokkades, wanordelijkheden bij evenementen, risico-voetbalwedstrijden of demonstraties.¹³⁸ Een tweede voorwaarde voor toepassing is dat reguliere bevoegdheden ontoereikend zijn om de situatie het hoofd te kunnen bieden.¹³⁹ 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.¹⁴⁰

De burgemeester kan op basis van deze bevoegdheid zelf allerlei maatregelen concipiëren, waarbij hij blijkens de tekst van art. 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 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 gemeentewetgeschiedenis.¹⁴¹

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.¹⁴² Die aard van de bevoegdheid stelt ook eisen aan de inhoud van de maatregelen.

Er dient uiteraard 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 van korte duur te zijn.¹⁴³ Het gaat immers om een verlegenheidsoplossing indien reguliere maatregelen ontoereikend zijn om een acute noodsituatie te redresseren.¹⁴⁴

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, maar er hoeft voor het geven

¹³⁷ 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 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.

¹³⁸ Respectievelijk: Onderbanken januari 2006: ontruiming bos bij protest tegen bomenkap (zie Rb. Maastricht 4 mei 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AW8040); Haren september 2011: Projext 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).

¹³⁹ Is er 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).

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 1985/86, 19 403, nr. 3, p. 150-151; *Kamerstukken II* 1988/89, 19 403, nr. 10, p. 95-101.

¹⁴² Zie daarover Rb. Noord-Holland 15 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO: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 c.s. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 168-174.

¹⁴³ 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 c.s. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 180-187.

¹⁴⁴ Vgl. J.G. Brouwer en A.E. Schilder, 'Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid', *NJB* 2014/2159.

van een ordebevel ook niet steeds sprake te zijn van een voorafgaande overtreding van een wettelijk voorschrift.¹⁴⁵ 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 AFC 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.¹⁴⁶

Een ordebevel is verder niet per definitie gericht op het herstel van een situatie conform de wet.¹⁴⁷ In een noodbevel mag daarvan ook worden afgeweken. Zo werden campinghouders in Zeeland bij noodbevel door de burgemeester verplicht meer kampeers 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 wildkampeers.¹⁴⁸

Zorgvuldige voorbereiding en evenredige belangenafweging

De besluitvorming in dit kader zal vooral worden gebaseerd op informatie van de politie. Kort voorafgaand of gedurende de (gevreemde) 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 voorzienbaar – 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 art. 175 Gemw – in tegenstelling tot een herstelsanctie op basis van bijvoorbeeld art. 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 Awb. Ik kijk daarbij

¹⁴⁵ Overigens kan het daarbij ook nog gaan om een schending van ongeschreven rechtsnormen die onrechtmatige hinder of onrechtmatige gevaarstelling omvatten.

¹⁴⁶ Rb. Amsterdam 26 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW9852.

¹⁴⁷ Zie ook J.G. Brouwer en A.E. Schilder, 'Daadkrachtig door besluitloos optreden: 'Onmiddellijke ordehandhaving en de Awb', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), *Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 438-439.

¹⁴⁸ M.A.D.W. de Jong, H.R.B.M. Kummeling en M.C. Burkens, *Het gebruik van gemeentelijke noodbevoegdheden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 78-79.

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 Awb de ordebevelen normeert. Daarna wordt stilgestaan bij de visie van de wetgever op de verhouding tussen de onmiddellijke ordehandhaving en de Awb.

Beluit-begrip Awb

Doordat een schriftelijk bevel in de rechtspraak en literatuur wordt aangemerkt als een besluit in de zin van art. 1:3 Awb, is de Awb er in beginsel onverkort op van toepassing en staat rechtsbescherming open bij de bestuursrechter.¹⁴⁹ 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 art. 1:3 Awb een (appellabel) besluit definieert als een *schriftelijke* beslissing van een bestuursorgaan.¹⁵⁰

Dat alleen schriftelijke beslissingen onder het besluitbegrip 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 Awb 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.¹⁵¹

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.¹⁵² 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.¹⁵³ De wetgever zag ook geen noodzaak deze ‘besluitvorming’ op grond van de Politiewet uit te zonderen van de mogelijkheid van bezwaar en beroep.¹⁵⁴ Sinds de invoering van de Awb 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 Awb 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 bieden.¹⁵⁵ Het in de besluitvorming gieten van een bevel heeft echter ook andere gevolgen. Zo heeft dit invloed op welke Awb-normen op de beslissing van toepassing zijn.

¹⁴⁹ Bijv. ABRvS 14 januari 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BG9795, JB 2009/56, m.nt. M.A.D.W. de Jong.

¹⁵⁰ 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-orderecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 33-34.

¹⁵¹ H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 81.

¹⁵² J.C.A. de Poorter, in: *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2013, commentaar bij art. 1:3 Awb, aant. 2^e; H.D. van Wijk/W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 158.

¹⁵³ 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 – opschriftgesteld zouden moeten worden. Zie: J.G. Brouwer en A.E. Schilder, ‘Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid’, *NJB* 2014/2159.

¹⁵⁴ Dat gold niet voor besluiten op grond van artikelen 18, 20, 34, 35, 37, derde lid, 52 en 68 Polw, zie: Kamerstukken II, 2010/11, 32 822, nr. 3, p. 9.

¹⁵⁵ 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. 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. 213-215.

Materiële normen Awb

Op een mondeling bevel zijn ingevolge art. 3:1 lid 2 Awb alleen de meest fundamentele waarborgen uit afdeling 3.2 van toepassing.¹⁵⁶ 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 Awb 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 art. 4:11 aanhef en onder a Awb. Verder kunnen moeilijkheden ontstaan ten aanzien van de deugdelijke en kenbare motivering van het besluit, zoals art. 3:46 en 3:47 die vereist. Ook hier biedt de Awb 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 Awb echter afdoende mogelijkheden om de bestuursrechtelijke normen voor besluiten (verkort) buiten toepassing te kunnen laten. Er zouden in de rechtspraak onoverkomelijke problemen ontstaan als we de Awb bij de onmiddellijke ordehandhaving ten aanzien van de bekendmakingseis moeten volgen. Art. 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 art. 3:41 lid 1 Awb geschiedt die bekendmaking door toezending of uitreiking. Het is echter gebruikelijk om dergelijke bevelen mondeling (eventueel per megafon) bekend te maken. De uitzondering van art. 3:41 lid 2 Awb – bekendmaking op ander geschikte wijze – is niet van toepassing op gevallen als deze.¹⁵⁷ 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.’¹⁵⁸

De rechter oordeelt dat van een geval dat een uitzondering op de reguliere bekendmakingswijze toestaat geen sprake is en spreekt de verdachte die wordt vervolgd voor het niet-opvolgen van het bevel vrij. Dat een mondeling noodbevel door de rechter op deze wijze aan de eisen van de Awb wordt getoetst, laat zien dat 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 onmiddellijkheidssituatie – kan in dit licht vaak niet aan de in de Awb voorgeschreven wijze van bekendmaking voldaan worden.

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 om daadkrachtige op te treden van de burgemeester in gevaar. Dergelijk optreden is in deze bijzondere situaties nu juist vereist en wordt ook van de burgemeester verlangd. In Leiden

¹⁵⁶ 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.

¹⁵⁷ Zie de noot van J.G. Brouwer bij Rb. Zwolle-Lelystad 17 maart 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BC7237, AB 2008/257.

¹⁵⁸ Rb. Zwolle-Lelystad 17 maart 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BC7237, AB 2008/257, m.nt. J.G. Brouwer.

bijvoorbeeld deed zich de situatie voor dat de actiegroep Identitair verzet – een groep die naar eigen zeggen opkomt tegen de toenemende immigratie en islamisering¹⁵⁹ – 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 daar naar te begeven met het kennelijke doel deel te nemen aan wanordelijkheden dan wel feitelijk daaraan deelnemen.’¹⁶⁰

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 om 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 2012.¹⁶¹ 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.’¹⁶²

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 van het schriftelijkheidsvereiste in het besluitbegrip kwam reeds aan de orde. Daarnaast is met art. 5:23 Awb een concrete poging gedaan een juridiseringstrend van dit bijzondere overheidsoptreden te voorkomen.

Art. 5:23 Awb

¹⁵⁹ Zie de website www.idverzet.org (laatst geraadpleegd 25 oktober 2015).

¹⁶⁰ Gemeente Leiden, ‘Noodbevel Ter Haarkade Leiden’, 7 februari 2015.

¹⁶¹ 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 honderden duizenden 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-Oost Gelderland, Twente en Noord-Holland-Noord). Zie hierover de rapporten uit voetnoot 162.

¹⁶² 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).

Dat onmiddellijke openbare-ordehandhaving en de Awb op gespannen voet met elkaar staan, is door de wetgever voorzien. In art. 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 art. 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.¹⁶³

Het doel van art. 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 Awb stelt. Welke verplichtingen de burgemeester dan niet in acht hoeft te nemen, valt tegenwoordig niet meer eenvoudig uit de Awb af te leiden. Vóór invoering van de vierde tranche volgde een en ander vooral uit 5:24 Awb (oud). Het komt er op 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 Awb die voorschrijft. De wetgever wenst die eisen uit te sluiten, zelfs nu art. 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 art. 5:31 lid 2 ook achteraf op schrift gesteld kan worden. Ruigrok, Brouwer en Schilder constateren in dit licht dat de wetgever met art. 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.¹⁶⁴

Dat de wetgever de zojuist genoemde waarborgen van de Awb niet onverkort op dergelijk optreden van toepassing wil laten zijn, is in het licht van het eerder besprokene heel begrijpelijk. Eerder kwam al 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 Awb tot stand moet komen. Bestuursorganen kunnen zich met dat doel in allerlei bochten gaan wringen die de daadkrachtige besluitvorming niet ten goede komt.

Bevelen onder de Awb

We zien al met al dat de ordebevelen niet onverkort onder het bereik van de Awb 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 soms aanzienlijk ingrijpen op de vrijheden van de burger – komt zo laagdrempelige rechtsbescherming bij de bestuursrechter open te staan.¹⁶⁵ 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.¹⁶⁶ Een procedure bij de

¹⁶³ 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).

¹⁶⁴ 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 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.

¹⁶⁵ Zie hierover ook de preadviezen van A.E. van Rooij en B.W.A. Jue-Volker.

¹⁶⁶ 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

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 zaak te vervolgen.

Bij het voordeel van deze laagdrempelige 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 doen ontstaan. Indien honderden releshoppers 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 erg moeilijk zijn invulling te geven aan een 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 art. 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.¹⁶⁷ Er zij daarnaast 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.¹⁶⁸

Dan nog een heel ander – en zeker niet onbelangrijk – risico dat schuilt in de praktijk om een bevel in de vorm van een besluit te gieten: 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 handhaving 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 worden dan meer waarborgen in de rechtsbescherming geboden tegen de prijs dat de vrijheden van burgers vergaand kunnen worden aangetast door oneigenlijk gebruik te maken 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 de verwijderbevelen op basis van de noodbevelsbevoegdheid – door een schriftelijke uitreiking, een deugdelijke motivering en bekendmaking op voorgeschreven wijze – uiteindelijk ongeveer 16 jaren achtereen structureel in te zetten om verwijderbevelen met een duur van veertien dagen op te leggen.¹⁶⁹

De burgemeester van Rotterdam zette de lichte bevelsbevoegdheid van art. 172 lid 3 Gemw jarenlang structureel in om gebiedsverboden aan overlastgevers op te leggen. Hij gebruikte de bevoegdheid als alternatief voor de reguliere bevoegdheden om gebiedsverboden op te leggen op basis van de APV, 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

opsporen of onderzoeken van strafbare feiten, (...) wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie maanden of geldboete van de tweede categorie.

¹⁶⁷ 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.

¹⁶⁸ Zie respectievelijk art. 9:1 en art. 9:18 jo. 9:20 Awb.

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

herstelsancties op te leggen. Deze bevoegdheid is slechts bedoeld om maatregelen te treffen in incidentele en onvoorziene situaties.¹⁷⁰

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 ieder 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.¹⁷¹ Een ander voorbeeld waarin een ordebevel verwordt tot herstelsanctie is dat waarin de burgemeester van Eindhoven op basis van art. 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 in zijn stad.¹⁷² 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.

Conclusie

Van openbare orde is sprake als personen zich vrijelijk kunnen bevinden en bewegen in de openbare 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 art. 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.

Art. 172 lid 1 Gemw belast de burgemeester met de handhaving van de openbare orde. Die taakomschrijving moet nader geduid worden. 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 handhaving hoeft niet per definitie aan de burgemeester opgedragen te worden, 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 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

¹⁷⁰ 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.

¹⁷¹ J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orde-recht', in: E.R. Muller en J. de Vries c.s. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 170-172.

¹⁷² Rb. 's-Hertogenbosch 5 augustus 2010, ECLI:NL:RBSHE:2010:BN3313, AB 2010/304, m.nt. J.G. Brouwer en A.E. Schilder.

wetgever van een dogmatisch onderscheid tussen ordebevelen en de herstelsanctie bestuursdwang komt tot uitdrukking in de gedachte om alleen schriftelijke beslissingen als besluit aan te merken en door daartoe art. 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 belemmerd te voelen door onder die omstandigheden onwerkbare normen die bedoeld zijn voor besluiten inzake reguliere herstelsancties.

De heldere afbakening van de bevoegdheden heeft verder als belangrijk voordeel 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.¹⁷³ Daarnaast valt een mondeling bevel nog steeds onder het onder die omstandigheden relevante bereik van de Algemene wet bestuursrecht. Ingevolge art. 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. Het kan aan de andere kant 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 komen indien iemand ten laste wordt gelegd dat hij niet aan een bevel heeft voldaan.

De burgemeester kan eraan bijdragen om de juridisering van de onmiddellijke ordehandhaving een halt toe te roepen door te stoppen met het (achteraf) opschriftstellen van bevelen ter onmiddellijke handhaving van de openbare orde. De prijs die we betalen voor het ontbreken van de laagdrempelige bestuursrechtelijke rechtsbescherming weegt bij dit specifieke overheidsoptreden op tegen de nadelen die het met zich meebrengt als ordebevelen onder het volle bereik gebracht worden van de Algemene wet bestuursrecht.

¹⁷³ 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 en J. de Vries c.s. (red.), *Burgemeester: Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Deventer: Kluwer 2014, p. 175-187.