

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/85559>

Please be advised that this information was generated on 2018-07-08 and may be subject to change.

A.E. Schilder

## De drang tot dwang. Over bemoeizorg en bemoeizucht van de lokale overheid

Oratie VU Amsterdam, Den Haag: BJu 2009, 33p., ISBN 978-90-8974-204-9

H.J.B. Sackers

## Herder, hoeder en handhaver: de burgemeester en het bestuurlijk sanctierecht

Oratie Nijmegen, Arnhem: Roos en Roos 2010, 60p., ISBN 978-90-9025041-0

M.A.D.W. DE JONG<sup>1</sup>

Een oratie duurt in de regel drie kwartier. Louter afgaande op de omvang van de oraties zou de argeloze lezer de indruk kunnen krijgen dat Sackers, à la Hermione Granger uit de Harry Potter boeken, wonderbaarlijk veel meer kan doen in drie kwartier dan zijn hooggeleerde collega. Lettertype en bladspiegel in aanmerking genomen, vertelt hij dubbel zo veel. De werkelijkheid is echter minder magisch: Sackers heeft in de gedrukte versie de vele onderwerpen die hij in zijn rede noemde, nader uitgewerkt. Dit heeft tot resultaat dat er meer overlap zat in de redes van de hoogleraren dan in de gedrukte versies van de oraties. In de boekjes komen bovendien de deels verschillende benaderingswijze en visie van de sprekers goed tot uiting. U kunt ze kortom rustig beide lezen zonder veel doublure te ervaren.

De verschillende benaderingswijze past bij de verschillen tussen de leerstoelen die de hoogleraren bekleden. Schilder aanvaardde op 29 mei 2009 het ambt van hoogleraar aan de VU in Amsterdam op het gebied van het Staats- en Bestuursrecht. Hij concentreert zich in zijn oratie dan ook op de wijze waarop het gemeentebestuur (ernstige) overlast aanpakt. Daarbij komen met name de burgemeester en de gemeenteraad aan bod. Schilder bespreekt de aangesneden onderwerpen meestal vrij



boeken

<sup>1</sup> Mr. M.A.D.W. de Jong is universitair hoofddocent staatsrecht, Radboud Universiteit Nijmegen.

gedetailleerd, met oog voor de historie van het openbare-orderecht. De analyse van de problematiek en de aanbevelingen zullen voor diegenen die vertrouwd zijn met het openbare-orderecht en met de geschriften van Schilder niet erg nieuw zijn, maar de oratie levert naast een precies en compact overzicht hier en daar ontegenzeggelijk verrassende inzichten op. Zo vergelijkt Schilder fijntjes de huidige trend van het bestuur om beleid ‘achter de voordeur’ te maken met de aanpak van asociale gezinnen in de vorige eeuw. Een ontvullend gegeven voor diegenen die dachten dat het tijdperk van bevoogding en betutteling door lokale gezagsdragers achter ons lag.

Sackers is benoemd tot hoogleraar Bestuurlijk sanctierecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en oreeerde daar op 15 januari 2010. Zijn leerstoel ligt op het snijvlak van strafrecht, bestuursrecht en staatsrecht; die rechtsgebieden komen dan ook allemaal aan bod in zijn oratie. Sackers kijkt bij een onderwerp waarbij dat hard nodig is, over de grenzen van de vakgebieden heen. Daarin schuilt mijns inziens de grote waarde van zijn betoog. Men moet wel op de koop toe nemen dat hij hier en daar wat kort door de bocht gaat.

Kortom: de ‘preciezen’ op het gebied van openbare-orderecht zullen gecharmeerd zijn van de oratie van Schilder en kunnen hun blikveld verruimen door het lezen van de oratie van Sackers. De ‘rekkelijken’ kunnen genieten van het overzicht en de dwarsverbanden die Sackers schetst en zij kunnen voor het focussen op een aantal essentiële aspecten van openbare-orderecht kennismaken van de rede van Schilder. Beide oraties zijn op hun eigen wijze een aanwinst voor de literatuur op het gebied van het openbare-orderecht. De boeiende en veelvormige problematiek wordt vaardig, hier en daar scherp en kritisch, maar ook met humor beschreven. Wat te denken van Sackers die bij de aanbeveling om het aantal sancties en bevoegdheden terug te dringen gevat opmerkt: Nu hou ik er mee op, want anders heb ik geen leerstoel meer over!

Ik vat hieronder de oraties kort samen en bespreek enkele opvallende aspecten en met elkaar samenhangende onderdelen van de redes.

Is bij de aanpak van overlast sprake van bemoeizorg of bemoeizucht? En in hoeverre is dat verenigbaar met rechtsstatelijke eisen? Deze vragen stelt Schilder in zijn oratie. Hij laat allereerst zien hoe de lokale overheid overlast in de publieke ruimte aanpakt met steeds meer ingrijpende, op de dader gerichte maatregelen: van drang naar dwang. In dit kader bespreekt hij gebiedsontzettingen, persoonsgerichte samenscholingsverboden, avondklok en Mosquito (een apparaat dat geluidsignalen uitzendt die jonge oren niet kunnen verdragen). Tegenwoordig is echter ook het besef doorgedrongen dat de oorzaak van de overlastproblemen vaak in de privé-

sfeer ligt. Het betreft nogal eens jongeren uit ‘multi-probleemgezinnen’ en dat leidt tot zorgwekkende bemoeienis door de overheid, ofwel beleid achter de voordeur, aldus Schilder. Evenals vroeger het geval was, ontwikkelt de overheid beleid om zich vergaand met het gezinsleven te bemoeien. Dit komt tot uitdrukking in huisbezoeken en gezinsinterventie, sluiting van woningen en uithuisplaatsing van de bewoners.

Enerzijds staat dit overheidsoptreden op gespannen voet met fundamentele rechtsstatelijke regels. Allereerst ontbreekt vaak een toereikende wettelijke grondslag (legaliteitsbeginsel). Voorts verschilt de lokale regelgeving onderling sterk. Zo is er veel variatie in de termijn en de voorwaarden voor verblijfsontzeggingen. De regelingen bieden de burgers vaak onvoldoende rechtszekerheid omdat ze het karakter van een kaderregeling hebben. De burgemeester moet deze dan weer invullen en dat leidt tot een verschuiving van de normerende rol van de raad naar de burgemeester. Dat geldt zeker als de raad bij toekenning van bevoegdheden niet méér doet dan verstoring van de openbare orde als criterium voor gebruik van die bevoegdheden te nemen. Hier wijst Schilder op een punt dat vaak onbelicht blijft: de burgemeester komt buiten noodtoestanden, geen regelgevende bevoegdheid toe. Indien de raad volstaat met een kaderregeling dan zal de burgemeester in beleidsregels of instructies aan de politie in algemene zin gaan ‘regelen’ wat bijvoorbeeld de voorwaarden voor een verblijfsontzegging zijn.<sup>2</sup>

Anderzijds wijst Schilder er op dat uit het rechtssysteem ook een plicht voor de (lokale) overheid voortvloeit om in probleemwijken op te treden. In de woorden van Schilder: de overheid heeft ook een bemoeiplicht; een dwang tot drang. ‘Maar’, vervolgt Schilder, ‘wat betekent dat nu in de praktijk? Dat valt helaas nog niet gemakkelijk vast te stellen. Want in de situaties die hiervoor aan de orde kwamen, doet zich veelal een botsing voor van tegenstrijdige aanspraken die zelfs uit één en hetzelfde grondrecht kunnen voortvloeien.’ Behalve een enkel voorbeeld laat hij deze problematiek verder rusten en dat is jammer. In de Alkema-bundel werkte hij – samen met Brouwer – dit onderwerp wel verder uit.<sup>3</sup> Uit dat betoog blijkt hoe moeilijk het is om op het gebied van ordehandhaving algemene voorwaarden uit de jurisprudentie over positieve verplichtingen te halen. Het zal derhalve moeilijk zijn om eventuele positieve verplichtingen te vertalen in wetgeving, zo begrijp ik hun betoog. Wellicht moet in dit opzicht vooral veel van de rechter verwacht worden, omdat de rechter in concreto kan oordelen of de overheid zich voldoende heeft ingespannen, concluderen zij. De spanwijdte van de positieve verplichtingen bij bestrijding van overlast lijkt me een onderwerp dat niet had mogen ontbreken bij de aanbevelingen die Schilder uiteindelijk doet. Welke criteria moeten bijvoorbeeld richtinggevend zijn voor de rechter?

2 Zie in deze zin ook de interventie van Hennekens bij de jaarvergadering van de VAR in 2007. Hij stelde dat de burgemeester ten onrechte normerende bevoegdheid naar zich toetrekt, dan wel toebedeeld krijgt. Zie voorts C.L. Knijff e.a., *Over woorden en daden. De Rotterdamse regels en praktijk inzake vergunningen voor openbare orde en veiligheid*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2006, vooral p. 5 t/m 16.

3 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *De rechten van anderen en de Grondwet*, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van Prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 55-72.

Schilder sluit af met aanbevelingen die het evenwicht moeten herstellen tussen aanpak van overlast enerzijds en respect voor vrijheidsrechten anderzijds. Dit deel van zijn betoog vind ik wat teleurstellend. Hij acht codificatie en uniformering nodig van lokale regelingen met betrekking tot verblijfsontzeggingen en samenscholingsverboden. Schilder spreekt een voorkeur uit voor regeling in de Gemeentewet, dan wel regeling op lokaal niveau met behulp van een modelverordening. Een gemeenteraad zou daar slechts vanaf moeten wijken als dat gerechtvaardigd wordt door zeer specifieke lokale omstandigheden. Ik zie hier het nut en de noodzaak niet van in: zolang niet stelselmatig zichtbaar wordt dat gemeenteraden en burgemeesters op dit punt in de fout gaan, is nadere regelgeving c.q. ingrijpen in de autonomie van het gemeentebestuur overbodig. Juist op het terrein van ordehandhaving is het belangrijk dat een beleid kan worden gevoerd dat past bij de lokale omstandigheden. Verder acht Schilder het wenselijk dat het parlement gaat discussiëren over bemoeizorg, want tot dusver is daar te weinig aandacht voor, zeker als het gaat om de zwakke rechtspositie van de betrokkenen. Tot die tijd moet het bestuur een pas op de plaats maken met gezinsinterventie en (dreiging met) dwang. Een fatsoenlijke wettelijke basis ontbreekt immers. Met dat laatste kan men het moeilijk oneens zijn. Voor het overige vraag ik me af of we veel opschieten met deze aanbevelingen. Schilder lijkt vooral veel van de wetgever en van het parlement te verwachten. Wie echter de kwaliteit van de meer recente wetgeving en wetgevingsinitiatieven op het gebied van orde en veiligheid beziet, slaat de schrik om het hart. Om maar wat te noemen: bevoegdheden zijn in de praktijk nauwelijks te gebruiken (bestuurlijke ophouding) of zijn op gecompliceerde wijze verweven met strafrecht (preventief fouilleren, cameratoezicht), of de wetgever creëert nieuwe bevoegdheden zonder de verhouding tot bestaande bevoegdheden duidelijk te maken (artikel 13b Opiumwet versus artikel 174 Gemeentewet, artikel 172a Gemeentewet-nieuw). Daarbij komt dat een toenemend aantal parlementariërs meer geïnteresseerd is in een keiharde aanpak van overlast dan in grondrechtenbescherming, zeker als het de (rechts)positie van overlastgevers betreft. Of nieuwe wetgeving op het gebied van gezinsinterventie derhalve veel heil zal brengen, waag ik te betwijfelen. Voor wie niet overtuigd is, biedt de oratie van Sackers meerdere ontluisterende voorbeelden van slechte en/of ondoordachte wetgeving. Schilder richt zijn laatste aanbeveling tot de wetenschappers. Een meer integrale aanpak tussen de verschillende rechtsgebieden is nodig. Daarbij moet de aandacht ook op het buitenland worden gericht, waar vergelijkbare problemen spelen, maar (deels) voor een andere aanpak wordt gekozen. Dat lijkt mij een waar woord: door middel van rechtsvergelijking kunnen voor het openbare-orderecht wezenlijke en (al te lang) onbeantwoorde vragen mogelijkerwijs beantwoord worden.

Voor wat betreft de vakgrensoverschrijdende benadering wordt Schilder op zijn wenken bedient door Sackers. Zijn rede gaat over bestuurlijk sanctierecht, door hem omschreven als een samensmelting van het (penitentiare deel van het) strafrecht en het bestuursrecht voor wat betreft de handhaving. Hij start in de eerste twee hoofdstukken met een schets van recente ontwikkelingen op het gebied van bestuurlijk sanctierecht. Aan bod komen de ontwikkeling van de bestuurlijke boete, de Wet OM-afdoening en de Wet bestuurlijke boete overlast in de publieke ruimte. Daarmee onderbouwt Sackers de volgende belangrijke analyse. Het strafrecht werd altijd gekenmerkt door een individuele aanpak van de overtreder. In deze zin is het fundamenteel anders dan het bestuursrecht, dat is gericht op algemeen optreden en gelijke behandeling. Beide rechtsgebieden groeien echter naar elkaar toe en dat is met name te zien op het gebied van het bestuurlijk sanctierecht. Strafrecht levert minder maatwerk, bestuursrecht kent een meer individuele benadering waar het punitieve sancties betreft. Er ontstaat als het ware een soort overgangsgebied. De toetsing door de straf- en bestuursrechter wijzigt ook en gaat door deze ontwikkeling een meer, dan wel minder marginaal karakter krijgen. Met Sackers kan men zich dan ook afvragen of het geen tijd is voor een brede, algehele herbezinning, waarbij voorbijgegaan wordt aan het onderscheid strafrecht-bestuursrecht.

Wat doet de wetgever? Die laat zich bij de vraag of onderwerpen naar het bestuurlijk sanctierecht kunnen worden overgeheveld vooral leiden door doelmatigheidsoverwegingen, maar is daarbij niet altijd consequent. Bij een aantal onderwerpen, zoals het veroorzaken van (ernstige) overlast, is bovendien sprake van een wildgroei aan regels, waarbij het schier onmogelijk is om te bepalen welke regels op een concrete situatie van toepassing zijn. Sackers verzucht (p. 11): 'Het is geen compliment aan de wetgever dat een stroomschema noodzakelijk is om op straat te kunnen uitmaken voor welk feit welke bestuurlijke sanctie mogelijk is en wie tot aanzegging daarvan de bevoegdheid heeft.' Over de verhouding tot bestaande sancties is vaak slecht nagedacht en bovendien treft de wetgever geen goede samenloopregeling.<sup>4</sup> Bij deze ontwikkeling rijzen met name grondrechtelijke vragen. Dat illustreert Sackers vervolgens aan de hand van de positie en bevoegdheden van de burgemeester. Centrale vraag daarbij is of de wetgever de eisen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM voldoende in acht neemt? De constatering dat het om een openbare-ordebevoegdheid gaat, staat er immers niet aan in de weg dat artikel 6 EVRM van toepassing kan zijn. En wordt er inmiddels niet veel te veel van de burgemeester gevraagd?

Dit werkt Sackers in de hoofdstukken 3 tot en met 8 uit aan de hand van een groot aantal bevoegdheden. Enigszins verwarrend is dat hij

4 Een vergelijkbaar probleem schetst Schilder op p. 26-27 van zijn oratie, waar hij het wetsvoorstel Maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast bespreekt.

zich daarbij niet houdt aan het terrein van het bestuurssanctierecht. De conclusies (onder meer op p. 35) hebben betrekking op bestuurlijke sancties, maar wat dat precies zijn omschrijft hij niet. De bevoegdheden die de revue passeren kunnen zeker niet allemaal als zodanig gekwalificeerd worden, hetgeen Sackers hier en daar, maar niet overal, opmerkt.

Daarmee verliest zijn betoog aan precisie. Om te beoordelen aan welke verdragsrechtelijke voorwaarden een bevoegdheid moet voldoen, is het immers van belang om te weten wat de aard van de bevoegdheid is en/of met welk doel deze kan worden uitgeoefend. Sackers bespreekt echter in één adem klassieke (reparatoire) ordehandhaving, gedwongen hulpverlening (huisverbod)<sup>5</sup> en bevoegdheden met een diffuus karakter (o.a. preventief fouilleren) en lijkt deze aan dezelfde eisen te toetsen. Om al dan niet een oordeel over rechtmatigheid uit te spreken is het echter noodzakelijk om onder meer een onderscheid te maken tussen bevoegdheden met een bij uitstek reparatoir karakter, zoals de lichte bevelsbevoegdheid van de burgemeester (artikel 172, derde lid Gemeentewet), en de verblijfsontzeggingen van enkele dagen of weken enerzijds, en de zeer langdurige verblijfsontzeggingen met gedragsaanwijzingen anderzijds.<sup>6</sup> Als al betoogd kan worden dat artikel 6 EVRM van toepassing is (kan dat bijvoorbeeld bij een preventieve maatregel zoals woningsluiting wegens ernstige overlast?), is dat dan problematisch gelet op de geboden rechtsbescherming? Dat zou best kunnen: denk bijvoorbeeld aan de concentratie van bevoegdheden bij het bestuur en de soms zeer marginale toetsing door de bestuursrechter, zoals Sackers terecht constateert. Deze vraag komt echter bij Sackers niet bij alle bevoegdheden aan bod, dan wel beperkt, of op verschillende plaatsen. Dat geldt ook voor andere, vaak pregnantere verdragsrechtelijke vragen, zoals de verhouding tot artikel 8 EVRM. Het maakt het soms niet eenvoudig om de lijn van het betoog vast te houden.

Zeer geslaagd is de wijze waarop Sackers vervolgens de stand van zaken analyseert in hoofdstuk 6. De 'politiek' is het overzicht kwijt oordeelt hij. Voortdurend worden nieuwe bevoegdheden geschapen, terwijl met bestaande bevoegdheden de problematiek veelal al kan worden aangepakt, als men maar voldoende overzicht heeft en houdt over de verschillende rechtsgebieden: het strafrecht, jeugdrecht en bestuursrecht. De praktijk roept om meer bevoegdheden en de wetgever voldoet grif aan die roep. Sackers illustreert dit overtuigend met voorbeelden. Aangevuld met het betoog in hoofdstuk 8 over toetsing aan andere bepalingen van het EVRM, biedt het betoog van Sackers ruimschoots de vereiste onderbouwing voor de conclusie dat er in zijn totaliteit sprake is van een zorgwekkende verschraling van de rechtsbescherming. Hij illustreert daarnaast de bedenkelijke kwaliteit van een deel van de wetgeving op het gebied van

5 Op p. 35 lijkt Sackers ervan uit te gaan dat deze bevoegdheid gerelateerd is aan ordehandhaving.

6 Verder in zijn betoog, op p. 32-33, maakt Sackers wel een dergelijk onderscheid.

orde en veiligheid. Het is te hopen dat deze onderdelen van zijn oratie veel en goed worden gelezen in Den Haag.

Het mag dan ook niet verbazen dat Sackers, anders dan Schilder, zijn aanbevelingen niet primair op de wetgever richt. Hij ziet meer in versterking van de rol van de rechter. En dat werkt hij ook nog concreet uit door aan te geven dat met name de rechter-commissaris ingezet kan worden. Het is praktisch mogelijk gelet op beschikbaarheid en bereikbaarheid van de rechter-commissaris en het past bij zijn bevoegdheden zoals neergelegd in de artikelen 540 tot 550 Wetboek van Strafvordering (rechterlijke bevelen ter handhaving van de openbare orde).

Als algemene richtlijn geeft Sackers mee dat, hoe ingrijpender de bestuurlijke sanctie is, des te eerder (bij voorkeur vooraf) een rechterlijk oordeel gevraagd moet worden. Dit versterkt de legitimiteit van de beslissing en het zorgt ervoor dat de taken en bevoegdheden van de burgemeester meer in evenwicht komen. Die burgemeester is immers vanouds herder en handhaver aldus Sackers, maar die eerste taak is niet meer goed uit te voeren als handhaving de boventoon gaat voeren. En gelet op de voortdurende uitbreiding van zijn handhavende bevoegdheden is dat tegenwoordig inderdaad het geval. Of een ieder de kenschets van de burgemeester als herder, hoeder en handhaver zal onderschrijven waag ik te betwijfelen. Dat het een burgemeester schier onmogelijk gemaakt wordt om al zijn taken en bevoegdheden goed uit te voeren en dat op dit punt een brede herbezinning nodig is, vindt echter ongetwijfeld veel bijval. En dat daarbij over de grenzen van het bestuursrecht én naar anderen dan het bestuur gekeken moet worden, toont Sackers overtuigend aan.

Al met al zijn het twee boeiende oraties die elkaar mooi aanvullen.