

NIEUWE ONTWIKKELINGEN REGULATORY STATE

Handhaving openbare orde en private verhoudingen

Notitie voor Rondetafelbijeenkomst NILG op 9 september 2010

Prof. mr. J.G. Brouwer (RUG) & prof. mr. A.E. Schilder (VU)

Inleiding

Veiligheid, orde, sociale vrede en vrijheid vormen de grondbeginselen van onze rechtsorde. De verhouding tussen deze vier statelijke uitgangspunten is het laatste decennium sterk aan verandering onderhevig. De zorg voor veiligheid en de verantwoordelijkheid voor orde en sociale vrede zijn als gevolg van recente ontwikkelingen in toenemende mate gaan domineren over de vrijheid van burgers.

Dat heeft te maken met veranderende maatschappelijke omstandigheden. De hechte gemeenschap van weleer is verdwenen. Door de welvaart hebben mensen elkaar minder nodig en is de maatschappij individualistischer geworden. Afstanden zijn als gevolg van betere transportmogelijkheden kleiner geworden, men is niet meer aan de buurt gebonden. Mensen kiezen zelf met wie ze om willen gaan. Dat zijn vaak niet de buren. Sociale structuren in wijken zijn als gevolg hiervan de laatste decennia goeddeels verdwenen. Mensen trekken zich steeds minder van elkaar aan, laten zich steeds minder aan elkaar gelegen liggen.

Wordt Nederland ook steeds asociaal, zoals een bekende reclamecampagne van SIRE suggereert? Een grote meerderheid van de Nederlanders bevestigt dit en zegt dat de maatschappij harder, onverschilliger en asociaal is geworden. Sociologisch onderzoek van het Sociaal Cultureel Planbureau geeft echter weinig steun aan deze opvatting. Veiligheidscijfers van de afgelopen twaalf jaren weerspreken die mening al evenzeer. Doet hier de uitspraak van wijlen Winston Churchill misschien opgeld: onderzoekscijfers zijn alleen te vertrouwen als men die zelf heeft vervalst.

De wetgever meent blijkbaar van wel. Niet voor niets heeft hij het laatste decennium tal van nieuwe instrumenten in het leven geroepen waarmee de overheid asociaal gedrag kan aanpakken in de publieke als ook in de privé-sfeer. Hierbij is in sterke mate sprake van incidentalisme. Bevoegdheid op bevoegdheid wordt gestapeld. Van enig systeem, stelsel of samenhang kan niet worden gesproken. Bevoegdheidstoepassers weten nauwelijks over welke mogelijkheden ze beschikken, hetgeen ondermeer een gevolg is van het ontbreken van een duidelijk en consequent gehanteerd begrippenkader. Zo bestaat er veel onduidelijkheid over de betekenis van de centrale en steeds in wetgeving terugkerende term openbare orde. We komen er hierna op terug.

Openbare orde op straat

De vlucht in openbare-ordebevoegdheden is al langer gaande. Om uiteenlopende redenen functioneert het stellen van alleen straf op asociaal of deviant gedrag in het huidige tijdsgewricht onvoldoende. Op grond hiervan zoekt de wetgever vaker dan voorheen zijn heil in bestuursrechtelijke instrumenten. Voor de controle en sturing van menselijk gedrag op straat zijn uiteenlopende bevoegdheden geïntroduceerd. In chronologische volgorde van ontstaan: bestuurlijk ophouden (art. 154a Gemeentewet), het aanwijzen van veiligheidsrisicogebieden (art. 151b Gemeentewet) en het instellen van een gebied met cameratoezicht (art. 151c Gemeentewet). De eerste twee instrumenten zijn echter niet goed overdacht en leveren de nodige toepassingsproblemen op.

Door de onheldere en weinig samenhangende wetgeving weten burgemeesters – als ook rechters – van de bestaande vrij open geformuleerde openbare-ordebevoegdheden niet of onvoldoende wat de grenzen van toepassing zijn. Werd de noodbevelsbevoegdheid van art. 175 Gemeentewet in het verleden ten onrechte ingezet om verblijfsontzeggingen op te leggen, tegenwoordig wordt op basis de mogelijkheid gecreëerd om preventief te kunnen fouilleren of

om eigenaren van woningen te dwingen hun panden af te breken. Al evenzeer onjuist is de inzet van wat wordt genoemd de lichte bevelsbevoegdheid in art. 172 lid 3 Gemeentewet om in de maatschappij terugkerende pedofielen met een vestigingsverbod in een gemeente te confronteren. Werden deze instrumenten tot voor kort zelden of nooit aangewend, tegenwoordig is het gebruik ervan aan de orde van de dag. Ten onrechte, al was het maar vanwege de zeer zwakke democratische fundering van de maatregelen dient hiervan zeer terughoudend gebruik te worden gemaakt.

Voorlopig sluitstuk van de openbare-ordebevoegdheden die de wetgever ter beschikking stelt om straatoverlast aan te pakken, is het per 1 oktober aanstaande operationeel wordende instrumentarium in de Wet Aanpak voetbalvandalisme en ernstige overlast, in de volksmond de Voetbalwet. Aan de burgemeester wordt de bevoegdheid toegekend tot het opleggen van een gebiedsontzegging, stadionverbod, meldingsplicht en samscholingsverbod in het geval van herhaalde verstoring van de openbare orde. Het is ondenkbaar dat aan dit begrip in art. 172a Gemeentewet een zelfde betekenis toekomt als in art. 174a Gemeentewet.

De Voetbalparagraaf is ter elfder ure in het wetsvoorstel Aanpak ernstige overlast gevlochten. Zij is hierdoor weinig doordacht; zij lijdt aan hetzelfde euvel als waaraan bijna alle openbare-ordeberegeling lijdt: onduidelijkheid. Wij verwachten onoverkomelijk problemen in de sfeer van toepassing van deze nieuwe wet. Het is van belang de ontwikkelingen op de voet te volgen en onderzoek te doen naar alternatieven.

Er zouden op lokaal niveau alternatieven gecreëerd kunnen worden, maar het is ook buitengewoon interessant om te onderzoeken of en in hoeverre de traditionele handhavinginstrumenten van bestuursdwang en met name dwangsom in dit verband inzetbaar zijn.

Openbare orde in woningen

Deze vreemde titel laat zich als volgt verklaren. De openbare-orde bevoegdheden richten zich tegenwoordig niet meer uitsluitend op het realiseren van orde op openbare plaatsen, maar ook in woningen. Dit laat zich goed illustreren aan de hand van de bevoegdheid om woningen te sluiten in de Gemeentewet.

Art. 174a Gemeentewet kent aan de burgemeester de bevoegdheid toe om een woning te sluiten, indien vanuit die woning de openbare orde wordt verstoord. Bij openbare orde denken we van oudsher aan de orde op openbare plaatsen. Bij deze bevoegdheid blijken we echter niet alleen te moeten denken aan de orde in het openbaar, maar ook aan de orde op niet-openbare plaatsen. Dat laat zich gemakkelijk adstrueren met het volgende voorbeeld. Stel dat omwonenden van een drugsdealer die zijn kwalijke praktijk uitoefent op de achtste verdieping van een appartementencomplex dag en nacht in ernstige mate te lijden hebben onder de gang van zaken. Zou aan 'openbare orde' de betekenis toekomen van orde in het openbaar – orde op openbare plaatsen – dan zou de bevoegdheid van art. 174a geen soelaas bieden. Een woning of appartement is immers geen openbare plaats.

Het gaat hier enerzijds om een 'vervuiling' van het begrip openbare orde, maar anderzijds is dit ook het gevolg van het nieuw verworven inzicht dat orde in het openbaar niet los kan worden gezien van orde in woningen. Optreden achter de voordeur wordt als noodzakelijk beschouwd om orde in het openbaar te realiseren. Een goed voorbeeld hiervan is de nieuwe bevoegdheid in art. 172b Gemeentewet op basis waarvan de burgemeester ouders per 1 oktober a.s kan dwingen om 12-minners 's avonds binnen te houden.

Om asociaal gedrag in woningen te kunnen aanpakken zijn diverse sluitingsbevoegdheden in de wet geïntroduceerd. Als eerste in 1997 in het eerder genoemde art. 174a Gemeentewet. Het toepassingscriterium is in de rechtspraktijk evenwel onderhevig aan hevige inflatoire invloeden. Het is van groot belang hiervoor een beter, werkbaar criterium te ontwikkelen.

De bevoegdheid beantwoordde aan het doel waarvoor zij was gecreëerd: het sluiten van dealpanden. Om die reden is in 2007 de bevoegdheid in art. 13b Opiumwet om voor publiek toegankelijke lokalen te sluiten indien daar drugs worden verkocht, verstrekt of afgeleverd

uitgebreid met de mogelijkheid om ook besloten lokalen en woningen te sluiten. Ook deze wet blijkt nu hiaten te vertonen: de cannabisteelt kan er niet mee worden aangepakt

Art. 97 van de geheel in 2007 vernieuwde Woningwet bevat al evenzeer een sluitingsbevoegdheid. In dit geval kan het college van burgemeester en wethouders een woning sluiten bij een overtreding van de bouwvoorschriften indien er tevens een bedreiging is voor de leefomgeving of een gevaar voor de veiligheid of de gezondheid. Een verdere eis is dat er sprake moet zijn van een klaarblijkelijk gevaar (...) op herhaling van de overtreding. De bepaling biedt een wijs perspectief, afhankelijk van hoe streng de voorwaarden worden uitgelegd. Vooralsnog wordt er mondjesmaat gebruik van gemaakt.

Een van de redenen voor dit restrictieve gebruik is dat het sluiten van een woning een paardenmiddel is en in beginsel het probleem slechts verplaatst. Waar grote behoefte aan bestaat, is de mogelijkheid om bij woonoverlast specifieke gedragsaanwijzingen te kunnen geven. Onderzoek zou moeten uitwijzen of de geheel gereviseerde Woningwet hiervoor de mogelijkheid biedt, zonder in het volkomen ontaarde stelsel van Anti Social Behaviour Orders in Engeland en Wales te vervallen.

Van een gedragsaanwijzing is in het geval van de Wet tijdelijk huisverbod geen sprake, zij het dat er wel met zachte dwang geprobeerd wordt om een tijdelijk uit huis verbannen gewelddadige partner richting psychische hulp te krijgen.

Verdere onderzoeksvragen

Hiervoor kwamen verschillende relatief nieuwe en maatschappelijk relevante onderzoeksvragen naar voren. Korthedshalve voegen we daar nog andere aan toe zonder het achterliggende kader te schetsen:

- Op welke wijze kan er meer systeem worden aangebracht in het stelsel van bevoegdheden op het terrein van de openbare orde zodat er meer rechtszekerheid ontstaat bij zowel het bestuur, de burger als de rechter bij de toepassing van wettelijke instrumenten? Is het in dit verband mogelijk om het gebruik van onduidelijke/vage termen in wetgeving (waaronder gemeentelijke verordeningen) te verminderen?
- Lokale overheden stellen nieuwe verboden en geboden ter bescherming van het woon- en leefklimaat in wijken. Welke waarborgen bevat ons rechtstelsel om te voorkomen dat de overheid doorschiet? Welke rol kan of zou de rechter als onafhankelijke derde moeten spelen bij de bewaking van het noodzakelijke evenwicht?
- Hoe verdragen de nieuwe overheidsinterventies zich met het in de Grondwet en in verdragen vastgelegde recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer? Welke aanspraken hebben 'asocialen' nog op privacy wanneer zij de persoonlijke levenssfeer van hun burens tot een illusie maken? Welke afweging dient de overheid te maken bij botsende grondrechten? En welke criteria zijn voor de rechter dienstig als hij dergelijke conflicten moet beslechten?
- Kunnen tegen de achtergrond van het beginsel dat de overheid burgers zo min mogelijk belast alternatieve interventiemethoden worden ontwikkeld om conflicten in de sfeer van overlast in private verhoudingen te voorkomen of te beslechten? Volgens welke rechtstatelijke randvoorwaarden?
- Welke rol spelen private partijen (zoals woningbouwcorporaties en winkelbedrijven), bij de realisering van publieke belangen op het terrein van de handhaving van de openbare orde? Welke instrumenten kan het privaatrecht hier bieden? En welke waarborgen bevat het tegen ongerechtvaardigde machtsuitoefening door particulieren in het semi-publieke domein (zoals bij de oplegging van collectieve winkelontzeggingen aan individuele bezoekers)?

Publicaties

- J.G. Brouwer/A.E. Schilder, De rechten van anderen en de Grondwet, Over conflicterende rechten, positieve verplichtingen en grondwettelijke beperkingen bij de bescherming van het woon- en leefklimaat, in: Geschakeld recht, (red. T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, en J.P. Loof), Kluwer:Deventer, 2009, p. 55 t/m 72.
- J.G. Brouwer/A.E.Schilder, Daadkrachtig door *besluitloos* optreden, in: Bestuursrecht harmoniseren: 15 jaar Awb, T. Barkhuysen, W. den Ouden en J.E.M. Polak (red.), Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2010, p. 431 t/m 445.
- J.G. Brouwer/ A.E. Schilder, Naar een voetbalverordening, NJB 2010, 1211, afl 24, p. 1533 e.v.
- J.G. Brouwer/L.D. Ruigrok, Oudejaarsrellen in de zomer, Over onruststokers en een dwangsom, Ars Aequi, september 2010
- J.G. Brouwer/M. Vols, Autonome verordeningen en art. 10 Grondwet, Gst. september 2010.
- J.G. Brouwer/ M. Vols, Nederland wordt steeds asocialer, De buurtrechter als reddende engel, in: De terugkeer van vredesrechter, 2010, E.K.E. Von Bóné (red.).
- A.E. Schilder, De drang tot dwang, over bemoeizorg en bemoeizucht van de lokale overheid, oratie VU, Boom Juridische uitgevers: Den Haag, 2010
- A.E. Schilder, Achter de voordeur, over de schreef? Sociaal Bestek 2010, nr. 11, p. 9 t/m 11