

Strafrechtelijke gebiedsverboden ter handhaving van de openbare orde²

DD 2017/32

1. Inleiding

Het bestuurlijke sanctierecht, en in het bijzonder het bestraffende bestuursrecht, staat volop in de belangstelling. Veel aandacht is uitgegaan naar de greep van het bestuursrecht naar het strafrecht.³ Hiermee wordt bedoeld dat de reikwijdte van het bestraffende bestuursrecht toeneemt en – waar mogelijk – in de plaats komt van de strafrechtelijke rechtshandhaving. Het bestraffende bestuursrecht wordt dan beschouwd als een alternatief voor het strafrecht.⁴ Minder aandacht is uitgegaan naar een tegengestelde ontwikkeling: de inzet van het strafrecht op het terrein waar het bestuursrecht – meer in het bijzonder de Gemeentewet – op van toepassing is, namelijk de handhaving van de openbare orde. Ter handhaving van de openbare orde kan door de burgemeester een gebiedsverbod worden bevolen. Het is blijkens het eerste lid van artikel 172 Gemeentewet de burgemeester die is belast met de handhaving van de openbare orde. Zo kan de burgemeester op grond van artikel 172, derde lid, Gemeentewet een gebiedsverbod bevelen, bijvoorbeeld ten aanzien van een ‘afgestrafte’ zedendelinquent, indien dit noodzakelijk is ter handhaving van de openbare orde.⁵ Het is ook mogelijk dat op grond van artikel 172a Gemeentewet door de burgemeester een gebiedsverbod wordt bevolen aan een persoon die de openbare orde ernstig heeft verstoord en sprake is van ernstige vrees voor verdere verstoring van de openbare orde. Naast deze bestuursrechtelijke gebiedsverboden kunnen ook strafrechtelijke gebiedsverboden worden opgelegd. Zo kan de officier van justitie een gedragsaanwijzing geven, inhoudende een gebiedsverbod, op grond van artikel 509hh Sv. Ook kan worden gedacht aan de situatie dat een bestuursrechtelijk gebiedsverbod wordt overtreden, waarna vervolging wegens overtreding van artikel 184 Sr plaatsvindt, hoewel deze reactie strikt genomen niet is aan te merken als een strafrechtelijk gebiedsverbod.⁶ Tenslotte is het mogelijk gebiedsverboden op te leggen bij wijze van sanctie.⁷ Is in deze gevallen sprake van strafrechtelijke handhaving van de openbare orde? Er is op gewezen dat de handhaving van de openbare orde geen primaire taak is van het strafrecht, maar van het bestuursrecht.⁸ Dit vraagstuk is relevant om twee redenen. Ten eerste is het openbare-orderecht, in het bijzonder het gebiedsverbod, een onderwerp dat volop in de praktijk speelt.⁹ De tweede reden kan worden gevonden in de ‘Modernisering van het Wetboek van Strafvordering’.

1 *Universitair docent straf(proces)recht, Universiteit Utrecht.*

2 Citeerwijze: B. van der Vorm, ‘Strafrechtelijke gebiedsverboden ter handhaving van de openbare orde’, DD 2017/32.

3 Zie bijvoorbeeld G.A. Biezeveld & A. Mein, ‘Moet de opmars van de bestuurlijke boete worden gestuit?’, *TvT* 2015, p. 64-71.

4 J.F.L. Roording, ‘Het succes van het bestuurlijk sanctierecht en het ongenoegen van de strafrechtjurist’, in: E.J. Hofstee, O.J.D.M.L. Jansen & A.M.G. Smit (red.), *Kringgedachten Opstellen van de Kring Corstens*, Deventer: Kluwer 2014, p. 71-82.

5 Zie bijvoorbeeld Rb. ’s-Hertogenbosch 5 augustus 2010, AB 2010/304, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder.

6 Zie bijvoorbeeld HR 6 december 2016, *NJB* 2016/2315.

7 Zie artikel 38v Sr. Zie ook artikel 257a, derde lid, sub e, Sv.

8 T. Kooijmans, ‘Bestuurlijke ophouding is geen strafvordering, ook niet in 2001’, DD 2002, p. 350.

9 Zie bijvoorbeeld S.A.J. Munneke, ‘Grondslag en reikwijdte van openbare-ordebevoegdheden’, in: A. van den Berg, J. van der Grinten & J. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 1-27.

Al in het project ‘Strafvordering 2001’ is de strafrechtelijke handhaving van de openbare orde aan bod gekomen¹⁰ en het lijkt voor de hand te liggen dat ook in het verband van de Modernisering van het Wetboek van Strafvordering aandacht wordt besteed aan de rol van het strafrecht ter handhaving van de openbare orde. Ten aanzien van de handhaving van de openbare orde is een belangrijke functie weggelegd voor de gebiedsverboden.¹¹ Volgens Sackers is het gebiedsverbod – of gebiedsontzegging – “de feniks die de laatste jaren uit zijn as is verrezen.”¹²

In deze bijdrage staat de volgende vraag centraal: ‘Wanneer en onder welke voorwaarden kan een strafrechtelijk gebiedsverbod worden opgelegd ter handhaving van de openbare orde?’ Om deze vraag te kunnen beantwoorden wordt ten eerste aandacht besteed aan de betekenis van het begrip ‘openbare orde’ (paragraaf 2), waarna ten tweede een analytisch onderscheid wordt gemaakt tussen de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke handhaving van de openbare orde (paragraaf 3). Ten derde worden de bestuursrechtelijke gebiedsverboden ter handhaving van de openbare orde besproken (paragraaf 4) en wordt eveneens bezien in hoeverre het mogelijk is strafrechtelijke gebiedsverboden ter handhaving van de openbare orde op te leggen (paragraaf 5). Voorts wordt aandacht besteed aan het strafrechtelijke gebiedsverbod in de context van de ‘Modernisering van het Wetboek van Strafvordering’ (paragraaf 6). Deze bijdrage wordt besloten met een conclusie (paragraaf 7).

2. Het openbare-ordebegrip

In hoofdstuk XI van de Gemeentewet zijn tal van bevoegdheden aan de burgemeester toegekend die betrekking hebben op de handhaving van de openbare orde. Het is niet eenvoudig om aan te geven wat precies dient te worden verstaan onder het begrip openbare orde, omdat het ook afhankelijk is van de context waarin dit begrip wordt gebruikt.¹³ Een pionier op het gebied van de openbare orde is Hennekens. Hij omschrijft het begrip openbare orde als ‘het ordelijk verloop van het gemeenschapsleven ter plaatse, voor zover dat door menselijk handelen beïnvloed en bepaald wordt’.¹⁴ De Jong geeft een vergelijkbare omschrijving van dit begrip: ‘de orde en rust in het openbare leven’.¹⁵ Munneke spreekt over ‘de feitelijke rust in de publieke ruimte die aldaar als de normale gang van zaken is te beschouwen’.¹⁶ De Hoge Raad hanteert een soortgelijke definitie: ‘de normale gang van zaken in of aan de desbetreffende openbare ruimte’.¹⁷

Brouwer en Schilder gaan er vanuit dat het begrip openbare orde samenvalt met de rechtsorde.¹⁸ Het begrip openbare orde wordt derhalve beperkt tot rechtsregels.¹⁹ Het begrip

10 A.E. Hartevelt, ‘Aanhouding ter handhaving van de openbare orde’, in: G. Knigge & M.S. Groenhuijsen (red.), *Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen*, Deventer: Kluwer 2002, p. 751-772.

11 B.W.A. Jue-Volker, ‘Gebiedsverboden in het bestuursrecht en strafrecht: uitbreiding of wildgroei?’, in: *Openbare-orderecht in ontwikkeling* (Preadviezen Jonge VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 61.

12 H.J.B. Sackers, *Herder, hoeder en handhaver. De burgemeester en het bestuurlijk sanctierecht* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2010, p. 14.

13 A.J. Wierenga, ‘Bestuur en openbare orde. Over openbare orde, de bevoegdheidsverdeling bij de handhaving daarvan en ordebevelen onder de Algemene wet bestuursrecht’, in: *Openbare-orderecht in ontwikkeling* (Preadviezen Jonge VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 13-14.

14 H.P.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.

16 Munneke 2015, p. 14.

17 HR 30 januari 2007, AB 2007/131, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder.

18 A.E. Schilder & J.G. Brouwer, *Gemeentelijke verordeningen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 51.

19 Zie bijvoorbeeld H.P.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orderecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 8; A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 421.

openbare orde in Hoofdstuk XI van de Gemeentewet dekt volgens Brouwer uitsluitend rechtsregels.²⁰ Hij verwijst hierbij naar artikel 3 Politiewet 2012, waaruit blijkt dat het de taak van de politie is onder leiding van de burgemeester de rechtsorde te handhaven. Volgens Sackers dient het volgende te worden verstaan onder het begrip openbare orde zoals dat wordt gebezigd in de Politiewet 2012: 'de rechtsorde voor zover die merkbaar is in de openbare of publieke ruimte, waaronder behalve straten en pleinen ook openbare gebouwen, horeca-instellingen enz. vallen'.²¹ Elders geeft hij een meer uitgebreide omschrijving van het begrip openbare orde: 'Behoudens de zorg voor het ordelijk verloop van het leven in de openbare ruimte, wordt hieronder de zorg voor het veiligheidsbeleid verstaan, waartoe ook (bestuurlijke) criminaliteitspreventie van vooral klassieke misdrijven wordt gerekend'.²² Volgens de wetgever is de betekenis van het begrip openbare orde in Hoofdstuk XI van de Gemeentewet identiek aan hetzelfde begrip dat wordt gebruikt in de Politiewet 2012.²³ Andere normen dan rechtsregels vallen hier naar de mening van Brouwer niet onder.²⁴ Hij wijst er ook op dat de wetgever geen ruime opvatting over de inhoud van het begrip openbare orde lijkt voor te staan in afwijking van de voorgestane opvatting over dit begrip in de aanloop naar de nieuwe Gemeentewet 1993.²⁵ De oude opvatting van de wetgever luidde als volgt: 'Het totaal van ongeschreven regels, waarvan de naleving volgens de steeds heersende sociale en ethische opinie als de absoluut noodzakelijke voorwaarde van een geordend menselijk samenleven binnen een bepaald gebied wordt gezien'.²⁶ De wetgever lijkt te zijn afgestapt van deze omschrijving en op grond hiervan wordt door Brouwer vastgesteld dat het openbare-ordebegrip (nog) uitsluitend rechtsregels dekt. Het gevolg hiervan is dat geen sprake is van een verstoring van de rechtsorde indien het gedrag dat afwijkt van de normale gang van zaken, niet in strijd is met het recht.²⁷ Handelen in strijd met ethische normen – niet zijnde rechtsnormen – zouden dan geen verstoring van de openbare orde kunnen opleveren, hetgeen wel mogelijk zou zijn in de oude opvatting van het openbare-ordebegrip van de wetgever.

Volgens Brouwer vloeit een verstoring van de rechtsorde bijna altijd voort uit een strafbaar gestelde gedraging, maar dekt het openbare-ordebegrip niet uitsluitend strafnormen. Ook gedragingen die zijn aan te merken als een onrechtmatige daad – in civielrechtelijke zin – kunnen een verstoring van de openbare orde opleveren.²⁸ Naar zijn mening is er een gewone ordeverstoring, indien sprake is van onrechtmatig gedrag in civielrechtelijke zin, maar het geen strafbaar feit betreft. Van een gewone ordeverstoring kan eveneens worden gesproken als het gedrag in civielrechtelijke zin onrechtmatig is en het strafbare feit is aan te merken als een overtreding. Er is sprake van een ernstige verstoring van de openbare orde, indien het gaat om onrechtmatig gedrag in civielrechtelijke en strafrechtelijke zin, waarbij het strafbare feit is aan te merken als een misdrijf.²⁹ Dit onderscheid is relevant,

20 J.G. Brouwer, 'Wat is openbare orde? Bevoegdheden van burgemeester niet onbegrensd', *NJB* 2016/1561 (p. 2162).

21 H.J.B. Sackers 2012 (*Tekst en Commentaar Strafvordering*), artikel 3 Politiewet 2012, aant. 3a.

22 H.J.B. Sackers 2012 (*Tekst en Commentaar Strafvordering*), artikel 12 Politiewet 2012, aant. 2.

23 *Kamerstukken II* 1989/90, 19403, 16.

24 Brouwer 2016, p. 2165.

25 Brouwer 2016, p. 2164-2165. Hierbij dient direct de kanttekening te worden gemaakt dat hier geen overeenstemming over bestaat. Door sommigen wordt de lading van het begrip openbare orde niet beperkt tot uitsluitend rechtsregels. Zie bijvoorbeeld 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 Nederland* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 1993, p. 33-36.

26 *Kamerstukken II* 1988/89, 19403, 3, p. 8.

27 J.G. Brouwer & S.M. Wolfert, 'Openbare orde versturende twaalfminners', *AA* 2011, p. 270.

28 Brouwer 2016, p. 2165-2166.

29 Brouwer 2016, p. 2169.

omdat in de Gemeentewet een onderscheid wordt gemaakt tussen een gewone en een ernstige verstoring van de openbare orde.³⁰

In dit verband kan nog worden opgemerkt dat in het Wetboek van Strafrecht een aparte categorie delicten bestaat die verband houdt met de verstoring van de openbare orde, namelijk de delicten in Titel V van het Tweede Boek: misdrijven tegen de openbare orde. Deze misdrijven zijn aan te merken als gedragingen, die gevaar opleveren voor 'het maatschappelijk leven' en 'de natuurlijke orde der maatschappij'. Het gaat bij misdrijven tegen de openbare orde om bestrijding en voorkoming van (publieke) wanordelijkheden.³¹ Overtreding van een van deze strafvoorschriften betekent per definitie een verstoring van de rechtsorde, waar de openbare orde blijkens de Politiewet een deel van uitmaakt.³² In Titel II van het Derde Boek van het Wetboek van Strafrecht zijn overtredingen betreffende de openbare orde neergelegd, waarvan artikel 430a Sr een voorbeeld is.

3. Een analytisch onderscheid tussen de bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving van de openbare orde

3.1 *Verschillen tussen beide handhavingssystemen*

In de kern is de problematiek van de openbare orde bestuursrechtelijk van aard.³³ Ten aanzien van de bestuursrechtelijke handhaving van de openbare orde wordt een onderscheid gemaakt tussen de feitelijke handhaving van de openbare orde in artikel 172 Gemeentewet en de bestuursrechtelijke handhaving van de openbare orde door middel van besluiten. Tussen deze vormen bestaat een wezenlijk verschil: een bevoegdheid tot het nemen van een besluit moet worden onderscheiden van de bevoegdheid tot het nemen van het bevel. Bevelsbevoegdheden van de burgemeester waarop kan worden gewezen zijn de lichte bevelsbevoegdheid van artikel 172, derde lid, Gemeentewet en de noodbevelsbevoegdheid.³⁴ Het is eveneens mogelijk dat de openbare orde wordt gehandhaafd middels de inzet van het strafrecht, waarbij het strafrecht dan wordt ingezet ter ondersteuning van het bestuurlijke optreden ter handhaving van de openbare orde.³⁵ De inhoud van de begrippen van de openbare orde in het bestuursrecht en in het strafrecht verschillen in beide rechtsgebieden, omdat het begrip 'openbare orde' per context kan verschillen. De betekenis van dit begrip is immers afhankelijk van de juridische context.³⁶ Ook dient te worden opgemerkt dat de bestuurlijke en strafrechtelijke instrumenten ter handhaving van de openbare orde verschillend zijn. In het bestuursrecht gaat het (ook) om de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde en het strafrecht biedt, zoals opgemerkt, een ondersteuning – door strafbaarstelling en berechting – van regels, normen en handhavingsarrangementen binnen het bestuursrecht. De handhaving van de openbare orde is dus verschillend in beide handhavingssystemen: de daadwerkelijke opheffing van een verstoring van de openbare orde is niet hetzelfde als de vervolging van persoon die een delict heeft begaan, waarvan op de achtergrond de openbare orde het rechtsgoed is.³⁷

30 Zie hiervoor artikel 172 Gemeentewet en artikel 172a Gemeentewet.

31 J.M. ten Voorde 2016 (*Tekst en Commentaar Strafrecht*), inleidende opmerkingen bij Titel V Sr, aant. 1.

32 Brouwer 2016, p. 2167.

33 Kooijmans 2002, p. 350.

34 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid', *NJB* 2014/2159 (p. 2998-2999).

35 P.A.M. Mevis & R.J. Verbeek, 'Strafbaarheid ter zake van het niet opvolgen van ambtelijk bevel vraagt meer aandacht voor de strafrechtelijke bestanddelen van artikel 184 Sr', *DD* 2010/33 (p. 261-281).

36 Munneke 2015, p. 14.

37 Zie bijvoorbeeld HR 8 december 2015, *NJ* 2016/162, m.nt. P.A.M. Mevis. In deze zaak staat een vervolging op grond van artikel 430a Sr centraal, waar de openbare orde het rechtsgoed is.

3.2 *Grenzen aan de strafrechtelijke handhaving van de openbare orde?*

Uit het voorgaande is gebleken dat het strafrecht ondersteuning kan bieden aan de bestuurlijke handhaving van de openbare orde. Met de handhaving van de openbare orde wordt bedoeld dat 'de openbare rust en veiligheid wordt bewaakt en, indien daarvan verstoring plaatsvindt, de rust en veiligheid wordt hersteld en tevens dat (verdere) verstoring ervan wordt voorkomen.'³⁸ In dit verband kan worden gewezen op artikel 172, eerste lid, Gemeentewet. Uit deze bepaling blijkt dat de burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde en in deze hoedanigheid staan de burgemeester verschillende bevoegdheden ter beschikking om de openbare orde te handhaven. De politie in een gemeente kan optreden ter handhaving van de openbare orde, maar zij staat dan wel onder het gezag van de burgemeester, zo blijkt uit artikel 11, eerste lid, Politiewet 2012. Onder het gezag van de burgemeester voert de politie een bestuursrechtelijke taak uit. De strafrechtelijke taak – de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde – wordt door de politie – in beginsel – verricht onder gezag van de officier van justitie. Uit het voorgaande lijkt te kunnen worden afgeleid dat de handhaving van de openbare orde geen strafrechtelijke taak is. Het feit dat 'het optreden van de politie soms zowel handhaving van de openbare orde als beëindiging en daadwerkelijke voorkoming van strafbare feiten behelzen'³⁹ en tegelijkertijd zowel de ene als de andere taak wordt vervuld, zou niets afdoen aan deze verschillende taken. Ik zou menen dat de handhaving van de openbare orde geen primair strafrechtelijke taak is, maar het strafrecht wel ondersteuning kan bieden aan de handhaving van de openbare orde.

Er zijn wel grenzen aan de strafrechtelijke handhaving van de openbare orde. Kooijmans heeft in dit verband gewezen op de doelgebondenheid van het strafrecht. Hiermee bedoelt hij dat 'iedere (onderzoeks)handeling of inzet van bevoegdheden in de strafrechtelijke procedure (in ruime zin) ertoe strekt een volgende handeling te faciliteren.'⁴⁰ De handhaving van de openbare orde is hiermee geen primaire taak van het strafrecht, omdat het strafrecht is gericht 'op opsporing, vervolging en berechting van individuen ter zake van strafbaar gedrag.'⁴¹ Nu kan worden gewezen op de rechterlijke bevelen ter handhaving van de openbare orde, maar ook hier geldt de koppeling met het onderzoek ter terechtzitting als voorwaarde van de toepassing ervan.⁴² Volgens Kooijmans 'past het niet om de bevoegdheid tot toepassing van een instrument dat zijn grondslag vindt in de bestuursrechtelijke problematiek van de openbare-ordehandhaving als uitgangspunt neer te leggen bij een overheidsorgaan dat primair belast is de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.'⁴³ Ook Brants, Mevis, Prakken en Reijntjes zijn er geen voorstander van dat maatregelen ter handhaving van de openbare orde het strafrecht worden binnengehaald.⁴⁴ Het mechanisme ter handhaving van de openbare orde hoort in deze visie niet in het strafrecht thuis.⁴⁵

Sommige auteurs houden er een ander standpunt op na. Hartevelde heeft aangegeven dat het strafrecht kan worden ingezet ter handhaving van de openbare orde; op z'n minst zijn veel strafvorderlijke instrumenten mede dienstbaar aan de handhaving van de openbare orde, zoals de bevelen ter handhaving van de openbare orde. Bij de regeling van de voorlopige hechtenis ligt de 12-jaarsgrond wat formulering betreft dicht tegen de handhaving

38 Hartevelde 2002, p. 752.

39 G.J.M. Corstens & M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht* (achtste druk), Deventer: Wolters Kluwer 2014, p. 114.

40 Kooijmans 2002, p. 347.

41 Kooijmans 2002, p. 355.

42 Kooijmans 2002, p. 347.

43 Kooijmans 2002, p. 349-350.

44 C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken & J.M. Reijntjes, 'Op zoek naar grondslagen', in: C.H. Brants, P.A.M. Mevis, E. Prakken & J.M. Reijntjes (red.), *Op zoek naar grondslagen. Strafvoering 2001 ter discussie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 26.

45 T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!* (oratie Tilburg), Tilburg: Tilburg University 2011, p. 9.

van de openbare orde aan en kunnen ook de recidivegronden ten aanzien van de voorlopige hechtenis niet los kunnen worden gezien van de openbare-ordehandhaving.⁴⁶ Onder verwijzing naar de daadwerkelijke handhaving van de rechtsorde – die is neergelegd in artikel 3 Politiewet 2012 – geeft Harteveld aan dat het inzetten van strafvorderlijke bevoegdheden soms ter handhaving van de rechtsorde dient en tevens ter handhaving van de openbare orde.⁴⁷ Gaarhuis kan zich vinden in de visie van Harteveld. Zo geeft Gaarhuis – in navolging van Harteveld – aan dat veel strafvorderlijke instrumenten mede dienstbaar zijn aan de handhaving van de openbare orde.⁴⁸ Hij is ook niet helemaal eens met het argument van het doelgebonden karakter van het strafrecht: ‘Strafvorderlijke vrijheidsbeneming met als primair belang onmiddellijke openbare-ordehandhaving, houdt mijns inziens niet in dat een eventuele vervolging van secundair (ondergeschikt) belang is of zou mogen zijn. Beter kan men spreken over lange en korte termijn belangen, die beide primair zijn. Het feit dat vervolging uiteindelijk toch niet opportuun blijkt, doet hieraan niet af, als de intentie maar (oprecht) aanwezig is.’⁴⁹ In de visie van Harteveld en Gaarhuis is het niet problematisch om strafvorderlijke instrumenten in te zetten – of te ontwikkelen – mede ter handhaving van de openbare orde. Bleichrodt heeft aangegeven dat de strafrechtelijke reactie in het teken staat ‘van de bescherming van de maatschappij tegen strafbare feiten, waarbij strafbare feiten veelal op één lijn worden gesteld met (andere vormen van) maatschappelijke overlast.’⁵⁰ De grens tussen de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde en de handhaving van de openbare orde was naar zijn mening nooit waterdicht en vervaagt verder. Het gevolg hiervan is dat zowel via het strafrecht als het bestuursrecht maatschappelijke overlast kan worden aangepakt.⁵¹

3.3 *Een kader voor analyse*

Het voorgaande brengt mij tot het volgende: de handhaving van de openbare orde is in de kern een bestuursrechtelijke taak, maar het strafrecht kan het bestuur ondersteunen in de handhaving van de openbare orde. Vanuit het beginsel van de doelbinding is het echter onjuist om strafvorderlijke instrumenten te ontwikkelen die primair dienen ter handhaving van de openbare orde. Enerzijds is het gevaar aanwezig dat strafvorderlijke instrumenten worden ingezet zonder dat die primair zijn gericht op opsporing, vervolging en berechting van individuen ter zake van strafbaar gedrag. Anderzijds wordt een mechanisme het strafrecht ingetrokken, dat hier niet in thuishoort. Indien een strafvorderlijke bevoegdheid wordt ingezet, moet deze het doel hebben om een volgende handeling in de strafrechtelijke procedure te faciliteren. De handhaving van de openbare orde als doel is niet gericht op opsporing, vervolging en berechting. Dit betekent dat het strafrecht wordt ‘vervuild’ met (het bereiken van) bestuursrechtelijke doelen. Indien een bevoegdheid wordt ingezet primair ter handhaving van de openbare orde, terwijl redelijkerwijs vaststaat dat de zaak uiteindelijk niet zal resulteren in een vervolging en berechting, zou dit betekenen dat deze bevoegdheid niet mag worden aangewend.⁵² Bezien vanuit een strafvorderlijk kader betekent dit dat het onwenselijk is dat instrumenten worden ontwikkeld primair ter handha-

46 Harteveld 2002, p. 757-758.

47 Harteveld 2002, p. 758.

48 R.S.T. Gaarhuis, ‘De wens, de vader van de gedachte? Bestuurlijke ophouding en de wrijving met ‘object and purpose’ van het EVRM’, *DD* 2003, p. 35.

49 Gaarhuis 2003, p. 37.

50 F.W. Bleichrodt, ‘Beperking van bewegingsvrijheid en beïnvloeding van gedrag in het Nederlands straf- en strafprocesrecht’, in: *Gedragsverboden en vrijheidsbeperkingen* (Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2011), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, p. 13.

51 Bleichrodt 2011, p. 13.

52 Kooijmans 2002, p. 347.

ving van de openbare orde. De vraag of strafrechtelijke maatregelen ter handhaving van de openbare orde mogen worden ontwikkeld kan in navolging van Kooijmans ontkennend worden beantwoord: het daadwerkelijk beëindigen van een ongewenste situatie – zoals het beëindigen van een verstoring van de openbare orde – is naar zijn aard en doel bestuursrechtelijk en verdient dan ook in het bestuursrecht nader te worden geregeld.⁵³

4. Het bestuursrechtelijke gebiedsverbod ter handhaving van de openbare orde

4.1 Algemeen

De handhaving van de openbare orde wordt primair beschouwd als een taak van de burgemeester, hetgeen ook blijkt uit artikel 172, eerste lid, Gemeentewet. Het opleggen van een gebiedsverbod is mogelijk ter handhaving van de openbare orde. De grondslag van een dergelijk gebiedsverbod is te vinden in artikel 172, derde lid, Gemeentewet. Het is eveneens mogelijk dat een dergelijk gebiedsverbod wordt opgelegd op grond van artikel 172a Gemeentewet en de noodbevoegdheden, die zijn neergelegd in de artikelen 175 en 176 Gemeentewet. Daarnaast kan een gebiedsverbod worden opgelegd op grond van de Wet tijdelijk huisverbod. Dit gebiedsverbod ziet echter niet op de handhaving van de openbare orde, waardoor het in dit verband verder buiten beschouwing kan blijven. In het wetsvoorstel Tijdelijke bestuurlijke maatregelen nationale maatregelen is eveneens een mogelijkheid ontwikkeld om een gebiedsverbod op te kunnen leggen, maar ook deze ziet niet op de handhaving van de openbare orde en blijft daarom eveneens onbesproken.⁵⁴ Het te bespreken instrumentarium om gebiedsverboden ter handhaving van de openbare orde op te leggen, is als volgt: het gebiedsverbod krachtens overtreding van de APV, het gebiedsverbod krachtens artikel 172 Gemeentewet, het gebiedsverbod krachtens artikel 172a Gemeentewet en het gebiedsverbod krachtens de artikelen 175 en 176 Gemeentewet.

4.2 Het gebiedsverbod krachtens overtreding van de APV

De mogelijkheid tot het opleggen van een gebiedsverbod behoort al lange tijd tot het 'standaardpakket' van de burgemeester. Dit middel staat sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw in vele APV's ter bestrijding van overlast.⁵⁵ Veel gebiedsverboden worden gebaseerd op bepalingen van autonome verordeningen in de APV.⁵⁶ Rogier heeft aangegeven dat, indien het gebiedsverbod wordt opgelegd wegens het niet-naleven van regels in de APV, het goed verdedigbaar is dat het gebiedsverbod als sanctie geldt.⁵⁷ De oplegging van een dergelijk gebiedsverbod is echter niet aan te merken als een bestraffende sanctie, omdat deze sanctie wordt opgelegd ter handhaving van de openbare orde.⁵⁸ Het niet-naleven van een dergelijk gebiedsverbod dat is bevolen door de burgemeester kan een overtreding van ar-

53 T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2002.

54 Voor deze gebiedsverboden wordt verwezen naar H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Preventieve handhaving van de openbare orde', *Gst.* 2010/2 (p. 12-21); *Kamerstukken II* 2015/16, 34359, 3, p. 13.

55 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast', in: A. van den Berg, J. van der Grinten & A. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 74.

56 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht', *JBplus* 2007, p. 154-167.

57 L.J.J. Rogier, 'Boekbespreking' (bespreking van H.J.B. Sackers, *Herder, hoeder en handhaver* (oratie Nijmegen)), *DD* 2010/82 (p. 1306).

58 Rogier 2010, p. 1307-1308.

tikel 184 Sr opleveren.⁵⁹ Dit is niet altijd het geval. In de zaak die leidde tot HR 6 december 2016, gaat het namelijk om het volgende. Op grond van artikel 2.9A APV Amsterdam 2008 is tegen de verdachte een gebiedsverbod van drie maanden uitgevaardigd. Het handelen in strijd met deze bepaling is in artikel 6.1 APV Amsterdam 2008 echter niet strafbaar gesteld, zodat de verdachte niet kon worden vervolgd ter zake van (onopzettelijke) overtreding van de APV Amsterdam 2008. De verdachte is vervolgd ter zake van handelen in strijd met artikel 184, eerste lid, Sr. In casu leverde een overtreding van een in artikel 2.9A APV Amsterdam 2008 uitgevaardigd gebiedsverbod, géén strijd op met artikel 184 Sr, omdat het vereiste ‘opzet’ ontbrak.⁶⁰

Nan en Rogier zijn van mening dat in de APV een expliciete bevoegdheid aan de burgemeester moet worden toegekend tot het geven van een verwijderingsbevel, waarbij de sanctionering bij voorkeur dient plaats te vinden op grond van de APV zelf. Het hierna te bespreken artikel 172, derde lid, Gemeentewet, zou dan uitsluitend kunnen worden toegepast in uitzonderingssituaties.⁶¹ Beide auteurs komen tot dit voorstel naar aanleiding van een sterk bekritiseerd arrest van de Hoge Raad uit 2013.⁶² De Hoge Raad was in eerdere jurisprudentie aanvankelijk van oordeel dat voor het bestanddeel ‘krachtens wettelijk voorschrift’, zoals bedoeld in artikel 184, eerste lid, eerste zinsdeel, Sr, sprake moest zijn van een uitdrukkelijk toegekende bevoegdheid, en artikel 2 Politiewet 1993 (oud) (thans: artikel 3 Politiewet 2012) niet was aan te merken als een ‘wettelijk voorschrift’ in de zin van artikel 184 Sr.⁶³ Uit hierop volgende jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dat de Hoge Raad dit expliciet besloot met betrekking tot een niet-uitdrukkelijke APV-bepaling.⁶⁴ Uit het sterk bekritiseerde arrest van 2013 transformeerde de Hoge Raad een krachtens artikel 2.9 APV Amsterdam 2008 opgelegd verwijderbevel in een krachtens artikel 172, eerste lid, Gemeentewet, gegeven verwijderbevel om een veroordeling wegens overtreding van artikel 184 Sr mogelijk te maken. Het kenmerkende van artikel 2.9 APV Amsterdam 2008 was dat het toentertijd een enkele verplichting inhield voor de burger om zich overeenkomstig een opgelegd bevel te gedragen, maar geen uitdrukkelijke bevelsbevoegdheid voor de burgemeester. De Hoge Raad leek vast te willen houden aan deze koers, zelfs indien sprake was van een situatie waarin de APV wel een uitdrukkelijke bevoegdheidstoekenning bevatte.⁶⁵ De Hoge Raad wijzigde het namens de burgemeester door de Wijkteamchef krachtens artikel 2:3 APV Utrecht 2010 genomen besluit, inhoudende een verblijfsontzegging in een bevel krachtens artikel 172, derde lid, Gemeentewet, om zodoende tot een veroordeling wegens overtreding van artikel 184 Sr te kunnen komen. Uit een arrest van de Hoge Raad uit 2016 blijkt echter dat het hoogste strafrechtelijke rechtscollege de sprong van artikel 2.9A APV Amsterdam 2008 – met hierin een uitdrukkelijke bevoegdheid voor de burgemeester om een dealerverbod op te leggen – naar het strafbare feit van artikel 184, eerste lid, Sr, weer

59 J.S. Nan & L.J.J. Rogier, ‘Strafkamer Hoge Raad onduidelijk over verwijderingsbevel’, *NJB* 2014/1725 (p. 2298).

60 HR 6 december 2016, *NJB* 2016/2315.

61 Nan & Rogier 2014, p. 2303.

62 HR 10 december 2013, *NJ* 2015/170, m.nt. M.J. Borgers; *Gst.* 2014/36, m.nt. H.P.J.A.M. Hennekens; *AB* 2014/436, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder.

63 HR 29 januari 2008, *NJ* 2008/206, m.nt. P.A.M. Mevis; *Gst.* 2008/84, m.nt. M.A.D.W. de Jong; *AB* 2008/147, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder. Zie ook P.A.M. Mevis & R.J. Verbeek, ‘Strafbaarheid ter zake van het niet opvolgen van een ambtelijk bevel vraagt meer aandacht voor de strafrechtelijke bestanddelen van artikel 184 Sr’, *DD* 2010/33 (p. 561-581). Zie eveneens J.W.P. van Heusden, ‘Art. 2 Polw 1993, politiebevelen, artikel 184 Sr en het handhaven van de openbare orde’, *Gst.* 2010/11 (p. 51-55).

64 Zie bijvoorbeeld HR 24 januari 2012, *NJ* 2013/49, m.nt. P.A.M. Mevis; *AB* 2012/112, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder en HR 27 maart 2012, *NJ* 2013/50, m.nt. P.A.M. Mevis.

65 HR 17 november 2015, *NJ* 2016/84, m.nt. N. Keijzer; *AB* 2016/331, m.nt. J.G. Brouwer & C.E. Huls; *SR-Updates.nl* 2015-0516, m.nt. P.A.M. Mevis.

heeft goedgekeurd.⁶⁶ Thans is het onduidelijk of de Hoge Raad is teruggekomen op het arrest van 10 december 2013.

4.3 *Het gebiedsverbod krachtens artikel 172 Gemeentewet*

In de Gemeentewet staat sinds 1992 in het eerste lid van artikel 172 expliciet dat de burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde. Met deze bepaling wordt bedoeld op een beperkte verantwoordelijkheid, namelijk de onmiddellijke handhaving van de openbare orde, zoals deze in artikel 5:23 Awb wordt aangeduid.⁶⁷ De onmiddellijke (of feitelijke) handhaving van de openbare orde in artikel 172 Gemeentewet mag niet worden vereenzelvigd met de reguliere, bestuursrechtelijke rechtshandhaving van de openbare orde door middel van besluiten.⁶⁸ Op grond van artikel 172, eerste lid, Gemeentewet, kan de burgemeester de openbare orde handhaven met behulp van de onder zijn gezag staande politie. Er dient dus sprake te zijn van de feitelijke handhaving van de openbare orde door de politie.⁶⁹ Deze feitelijke handhaving bestaat uit het bewaken van de openbare orde en – indien deze wordt verstoord – het herstellen van de openbare orde. Volgens Brouwer en Wierenga is de handhaving van de openbare orde door de burgemeester onder omstandigheden niets anders “dan de handhaving van het strafrecht met andere dan strafvorderlijke middelen”.⁷⁰ Zij leiden dit af uit artikel 3 Politiewet 2012, waarin is neergelegd dat het de taak is van de politie om de rechtsorde daadwerkelijk te handhaven in overeenstemming met het geldende recht, hetgeen vooral neerkomt op strafrechtelijke voorschriften, zoals het beletten of beëindigen van ordeverstoringen bij (dreigende) openlijke geweldpleging of vernielingen. De normen die de politie onder het gezag van de burgemeester kan handhaven beperken zich volgens beide auteurs tot rechtsnormen. Het openbare-ordebegrip dekt echter niet uitsluitend strafbepalingen. Er kan worden gedacht aan de situatie dat sprake is van een schending van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm hinder – die niet altijd een strafbaar feit oplevert – en is aan te merken als een verstoring van de openbare orde.⁷¹ De handhaving van de openbare orde kan in een dergelijk geval geschieden door de politie, die onder het gezag van de burgemeester optreedt. Van handhaving van het strafrecht (met andere dan strafvorderlijke middelen) is dan geen sprake.

Er bestond discussie over de vraag in hoeverre het mogelijk was om op grond van artikel 172, derde lid, Gemeentewet, een gebiedsverbod op te leggen. Rogier heeft aangegeven dat dit lid omstreden is en dat het onvoldoende basis biedt voor het opleggen van een gebiedsontzegging door de burgemeester.⁷² Volgens Brouwer en Wierenga is dit wel mogelijk.⁷³ Dit wordt ook bevestigd door Jue-Volker.⁷⁴ Uit het derde lid van deze bepaling blijkt

66 HR 28 juni 2016, AB 2016/380, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder.

67 Brouwer 2016, p. 2163.

68 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Een besluitbevoegdheid is geen bevelsbevoegdheid', *NJB* 2014/2159 (p. 2998-2999).

69 J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van artikel 172 lid 3 Gemeentewet', *Gst.* 2015/59 (p. 310-317).

70 Brouwer & Wierenga 2015, p. 310-317.

71 Brouwer geeft het volgende voorbeeld: 'Een voorbeeld van onrechtmatige hinder die geen strafwaardig gedrag oplevert is de situatie waarin een Outlaw Motorcycle Club met regelmaat onafgebroken rondjes met hun zware motoren rijdt door een woonwijk met geen ander doel dan een uitgetreden lid dwars te zitten. Het gedrag heeft een verstoring effect in een doorgaans rustige wijk, zeker als dit 's avonds plaatsvindt. Zolang de verkeersregels in acht worden genomen en de nachtrust niet wordt verstoord, is het geen strafbaar gedrag.' Zie Brouwer 2016, p. 2166.

72 L.J.J. Rogier, 'Nieuwe bevoegdheden van de burgemeester. Sancties, bevelen en andere maatregelen', *NTB* 2010/45 (p. 309-314). Later lijkt hij hierop te zijn teruggekomen, zie J.S. Nan & L.J.J. Rogier, 'Strafkamer Hoge Raad onduidelijk over verwijderingsbevel', *NJB* 2014/1725 (p. 2298).

73 Brouwer & Wierenga 2015, p. 310-317.

74 Jue-Volker 2016, p. 67.

dat de burgemeester bevoegd is om bij verstoring van de openbare orde of bij ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, bevelen te geven die noodzakelijk zijn te achten voor de handhaving van de openbare orde. In deze bepaling wordt echter niets vermeld over de duur en omvang van een dergelijk gebiedsverbod.⁷⁵ Zowel de bestuurs- als de strafrechter hebben bepaald dat het mogelijk is om een gebiedsverbod op te leggen op grond van artikel 172, derde lid, Gemeentewet, zij het beperkt wat de duur betreft.⁷⁶ In de praktijk wordt artikel 172, derde lid, Gemeentewet, daarom door de burgemeesters gebruikt voor korte gebiedsverboden.⁷⁷ Een gebiedsverbod kan worden opgelegd bij ernstige vrees voor verstoring van de openbare orde met dien verstande dat de duur hiervan direct gekoppeld moet zijn aan de situatie dat er gevaar dreigt voor de openbare orde.⁷⁸

Deze 'lichte bevelsbevoegdheid' van de burgemeester mag niet worden ingezet in situaties, waarin sprake is van structurele overlast. Indien sprake is van aanhoudende ordeverstoringen dienen deze te worden bestreden met structurele, democratisch sterker gelegitimeerde maatregelen. De lichte bevelsbevoegdheid van de burgemeester kan niet óók een grondslag bieden voor het opleggen van een gebiedsontzegging ter zake van verstoring van de openbare orde waarop de APV het oog heeft.⁷⁹ Deze lichte bevelsbevoegdheid is wel bedoeld voor plotseling opkomende overlast.⁸⁰

4.4 *Het gebiedsverbod krachtens artikel 172a Gemeentewet*

Jue-Volker heeft aangegeven dat een gebiedsverbod dat wordt gegeven op grond van artikel 172, derde lid, Gemeentewet, kan worden aangemerkt als een algemene grondslag voor vrijheidsbeperkende verboden, omdat andere bevelen ook denkbaar zijn. Het verbod dat is neergelegd in artikel 172a Gemeentewet betreft een specifieke grondslag voor gebiedsverboden.⁸¹ Dit gebiedsverbod ziet op structurele en ernstige vormen van overlast.⁸² Een gebiedsverbod is blijkens de tekst van artikel 172a, eerste lid, sub a, Gemeentewet, een verbod om zich te bevinden 'in een of meer bepaalde delen van een gemeente'. Het bevel heeft een maximale duur van vierentwintig maanden. Op grond van het eerste lid van deze laatstgenoemde bepaling kan de burgemeester in een tweetal situaties een bevel opleggen: in het geval van een ernstige verstoring van de openbare orde en in het geval van een herhaaldelijke verstoring van de openbare orde. Dit bevel kan worden opgelegd aan een persoon die individueel de orde (ernstig) heeft verstoord, dit in groepsverband heeft gedaan, dan wel een leidende rol heeft gehad binnen de ordeverstoringende groep. In dit verband dient wel sprake te zijn van ernstige vrees voor een verdere verstoring van de openbare orde. Hieruit blijkt dat dit bevel zowel ziet op het beëindigen van bepaald gedrag alsook toekomstig ordeverstoringend gedrag moet voorkomen.⁸³

75 Sackers 2010, p. 15.

76 Zie bijvoorbeeld HR 11 maart 2008, *NJ* 2008/208, m.nt. P.A.M. Mevis.

77 M.A.D.W. de Jong, 'De opgetuigde burgemeester', *Gst.* 2004/196 (p. 678-679).

78 J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'Gebiedsontzeggingen in het systeem van het openbare-orderecht', *JBplus* 2007, p. 154-167.

79 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. 273-275.

80 Jue-Volker 2016, p. 113.

81 Jue-Volker 2016, p. 67. Het gebiedsverbod is een van drie soorten bevelen, die de burgemeester kan geven op grond van artikel 172a, eerste lid, Gemeentewet. De twee andere bevelen zijn het groepsverbod en de meldplicht.

82 Jue-Volker 2016, p. 113.

83 Jue-Volker 2016, p. 69.

Rogier zou wellicht opmerken dat dit bevel is aan te merken als een voorbeeld van preventieve bestuurlijke rechtshandhaving.⁸⁴ Jue-Volker erkent dat artikel 172a, eerste lid, Gemeentewet een preventief aspect toekomt, maar naar haar mening heeft dit instrument een veel sterker repressief dan preventief karakter en zij vraagt zich daarom af in hoeverre dit handhavingsinstrumentarium wel thuishoort in het bestuursrecht.⁸⁵ Ten aanzien van de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht lijkt het onderscheid tussen preventie en repressie mij niet een erg sterk criterium. In het bestuursrecht komen meerdere bestuurlijke sancties een repressief karakter toe, zoals de bestuurlijke boetes. Zouden repressieve bestuurlijke sancties naar het strafrecht moeten worden overgeheveld? Ik denk dat dit weinig zinvol is.⁸⁶ Het onderscheid tussen preventief bestuursrecht en repressief strafrecht is namelijk een onjuiste vereenvoudiging.⁸⁷ De wetgever heeft overigens voorzien dat dit gebiedsverbod kan cumuleren met de strafvorderlijke gedragsaanwijzing van de officier van justitie. Uit artikel 172a, vijfde lid, Gemeentewet, blijkt dat de burgemeester pas een gebiedsverbod kan opleggen als de officier van justitie besluit geen gedragsaanwijzing te geven.

4.5 *Het gebiedsverbod krachtens de artikelen 175 en 176 Gemeentewet*

Op grond van de artikelen 175 en 176 Gemeentewet is het mogelijk dat de burgemeester een gebiedsverbod oplegt. Op grond van deze bepalingen kan de burgemeester in uitzonderlijke situaties bevelen en algemeen verbindende voorschriften afkondigen en zelfs afwijken van de geldende wetgeving. In dit verband dient te worden gewezen op een oproerende beweging, andere ernstige wanordelijkheden of rampen, of de ernstige vrees voor het ontstaan daarvan, zo blijkt uit artikel 175, eerste lid, Gemeentewet. Het noodbevel en de noodverordening kunnen echter uitsluitend worden gebruikt, indien de reguliere bevoegdheden geen oplossingen meer kunnen bieden.⁸⁸ Gezien de reeds bestaande mogelijkheden om ter handhaving van de openbare orde – in bestuursrechtelijke zin – gebiedsverboden op te leggen, is deze bepaling voor het opleggen van gebiedsverboden niet heel relevant. Van deze bepaling is slechts sporadisch gebruikgemaakt, met uitzondering van de jaren tachtig van de vorige eeuw.⁸⁹ Tegen de achtergrond van de kritische geluiden over de toepassing van deze bepaling door de burgemeester dient de ontwikkeling van artikel 172, derde lid, Gemeentewet, te worden gezien.⁹⁰

5. **Het strafrechtelijke gebiedsverbod ter handhaving van de openbare orde**

5.1 *Algemeen*

Uit het voorgaande is gebleken dat het mogelijk is langs de bestuursrechtelijke weg een gebiedsverbod op te leggen ter handhaving van de openbare orde. Het is eveneens mogelijk een gebiedsverbod langs strafrechtelijke weg op te leggen, maar mag dit primair ter

84 L.J.J. Rogier, *Preventieve bestuurlijke rechtshandhaving* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.

85 Jue-Volker 2016, p. 102-103.

86 Over de keuze tussen bestuursrecht en strafrecht, zie L.J.J. Rogier, *Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit?* (afscheidsrede Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014.

87 D. van Daele, T. Kooijmans, B. van der Vorm, K. Verbist & C. Fijnaut, *Criminaliteit en rechtshandhaving in de Euregio Maas-Rijn. Deel 3. De bestuurlijke aanpak van georganiseerde criminaliteit in Nederland en België*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2010, p. 39.

88 M.A.D.W. de Jong, 'Noodbevel en noodverordening', in: A. van den Berg, J. van der Grinten & J. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015, p. 109-111.

89 Sackers 2010, p. 15.

90 Sackers 2010, p. 15.

handhaving van de openbare orde? Het te bespreken instrumentarium ter oplegging van gebiedsverboden is als volgt: het gebiedsverbod krachtens artikel 509hh Sv, het gebiedsverbod krachtens de artikelen 257a Sv en 14c Sr, het gebiedsverbod krachtens artikel 80 Sv en het gebiedsverbod krachtens artikel 38v Sr.

5.2 *Het gebiedsverbod krachtens artikel 509hh Sv*

Jue-Volker heeft aangegeven dat in toenemende mate strafvorderlijke dwangmiddelen worden ingezet voor overlastgevende en strafbaar gestelde feiten.⁹¹ Met de inwerkingtreding van de Wet Maatregelen Bestrijding Voetbalvandalisme en Ernstige Overlast heeft de officier van justitie een nieuwe bevoegdheid gekregen op grond waarvan een gedragsaanwijzing kan worden gegeven aan de verdachte tegen wie ernstige bezwaren bestaan. De gedragsaanwijzing kan in drie verschillende gevallen worden gegeven. Ten eerste, indien sprake is van verdenking van een strafbaar feit 'waardoor de openbare orde, gelet op de aard van het strafbare feit of de samenhang met andere strafbare feiten, dan wel de wijze waarop het strafbare feit is gepleegd, ernstig is verstoord, en waarbij grote vrees voor herhaling bestaat' (artikel 509hh, eerste lid, sub a, Sv). Ten tweede, indien sprake is van verdenking van een strafbaar feit 'in verband waarmee vrees bestaat voor ernstig belastend gedrag van de verdachte jegens een persoon of personen' (artikel 509hh, eerste lid, sub b, Sv). Ten derde kan een gedragsaanwijzing worden gegeven in geval van verdenking van een strafbaar feit 'in verband waarmee vrees bestaat voor gedrag van de verdachte dat herhaald gevaar voor goederen oplevert' (artikel 509hh, eerste lid, sub c, Sv). Volgens Brouwer en Schilder dekt het begrip openbare orde in deze context uitsluitend strafbepalingen, omdat de officier van justitie zich niet bezighoudt met de handhaving van andere rechtsnormen.⁹²

De gedragsaanwijzing kan onder andere inhouden dat de verdachte wordt bevolen 'zich niet op te houden in een bepaald gebied' (artikel 509hh, tweede lid, sub a, Sv). Jue-Volker geeft aan dat sprake moet zijn van een verband tussen het verboden gebied en de veroorzaakte overlast, waarvoor de gedragsaanwijzing wordt gegeven.⁹³ Met een dergelijke gedragsaanwijzing kan de officier van justitie snel optreden tegen ernstige overlast.⁹⁴ Nauwelijks kan worden ontkend dat de wetgever de officier van justitie een bevoegdheid heeft toebedeeld primair om de openbare orde te handhaven en/of een verdere verstoring van de openbare orde tegen te gaan. Hier is immers sprake van een gedragsaanwijzing ter beëindiging van ernstige overlast.

5.3 *Het gebiedsverbod krachtens artikel 257a Sv en artikel 14c Sr*

Het uitvaardigen van een strafbeschikking wordt beschouwd als een daad van vervolging. Ingevolge artikel 257a, eerste lid, Sv, kan de officier van justitie een strafbeschikking uitvaardigen, indien het een overtreding betreft, dan wel een misdrijf waarop een strafmaximum staat van ten hoogste zes jaren gevangenisstraf. De vaststelling dat een strafbaar feit is begaan, legitimeert de oplegging van sancties. In de strafbeschikking kan een aanwijzing – die moet worden opgevat als een strafrechtelijke sanctie – worden opgenomen waaraan de betrokkene zich moet houden (artikel 257a, derde lid, Sv). Volgens de minister kunnen deze aanwijzingen niet zonder de medewerking van de betrokkene ten uitvoer worden gelegd.⁹⁵ Uit artikel 257a, derde lid, sub e, Sv, blijkt dat de strafbeschikking aanwijzingen kan bevatten, inhoudende 'andere gedragingen, het gedrag van de verdachte betreffend, waar-

91 Jue-Volker 2016, p. 79.

92 Brouwer & Schilder 2015, p. 73.

93 Jue-Volker 2016, p. 80-81.

94 Jue-Volker 2016, p. 80.

95 *Kamerstukken II* 2004/05, 29849, nr. 3, p. 24.

aan deze gedurende een bij de strafbeschikking te bepalen proeftijd van ten hoogste een jaar heeft te voldoen'. Indien het om een aanwijzing gaat die het gedrag van de verdachte betreft, kan een gebiedsverbod of een meldplicht worden opgelegd.⁹⁶ Een gedragsaanwijzing wordt alleen aan de betrokkene opgelegd, indien deze door de officier van justitie is gehoord en hij met de gedragsaanwijzing instemt (artikel 257c, eerste lid, Sv). Indien de betrokkene het gebiedsverbod waarmee hij heeft ingestemd niet naleeft, kan hij ten aanzien van het feit waarvoor deze gedragsaanwijzing was gegeven, opnieuw in rechte worden betrokken.⁹⁷ Als de strafbeschikking wordt uitgevaardigd voor een delict, waarvoor de openbare orde, (ernstig) is verstoord, kan worden betoogd dat het gebiedsverbod in ieder geval mede strekt tot de handhaving van de openbare orde.

De vraag kan echter worden opgeworpen in hoeverre het (primair) de doelstelling is met deze gedragsaanwijzing de openbare orde te handhaven. Deze gedragsaanwijzing is namelijk afgeleid van de bijzondere voorwaarden, die zijn neergelegd in artikel 14c Sr.⁹⁸ Met de opname van de sanctiesoort 'aanwijzingen bij de strafbeschikking' is door de wetgever beoogd het voorwaardelijk sepot te integreren in de OM-afdoening.⁹⁹ De doelen van de bijzondere voorwaarden zijn enerzijds de gedragsverandering bij de veroordeelde of verdachte en bescherming van de maatschappij en het slachtoffer in het bijzonder. Anderzijds functioneert het als een stok achter de deur. Het is mogelijk als bijzondere voorwaarde bij een voorwaardelijke straf een gebiedsverbod op te leggen: 'een verbod zich op of in de directe omgeving van een bepaalde locatie te bevinden' (artikel 14c, tweede lid, sub 6, Sr). Het doel van dit gebiedsverbod als bijzondere voorwaarde bij de voorwaardelijke straf is de bescherming van het slachtoffer.¹⁰⁰ Door Schuyt wordt het doel van het gebiedsverbod als bijzondere voorwaarde omschreven als het voorkomen van de situatie 'dat de veroordeelde in de verleiding komt opnieuw (vergelijkbare) strafbare feiten te begaan als hij op locaties komt waar het risico daartoe groot is.'¹⁰¹ Zij legt meer de nadruk op het gedrag van de veroordeelde. Bezien in deze context zou kunnen worden betoogd dat een strafbeschikking, inhoudende een gebiedsverbod, het doel heeft het slachtoffer te beschermen door te voorkomen dat de veroordeelde opnieuw (vergelijkbare) strafbare feiten pleegt als hij op risico-verhogende locaties komt. Het doel van de wetgever lijkt dan in ieder geval niet primair te zijn gericht op de handhaving van de openbare orde.

5.4 *Het gebiedsverbod krachtens artikel 80 Sv*

Het is mogelijk dat een gebiedsverbod als bijzondere voorwaarde bij de schorsing van de voorlopige hechtenis wordt opgelegd.¹⁰² In dergelijke situaties is het noodzakelijk dat voldaan is aan de voorwaarden waaronder de voorlopige hechtenis kan worden bevolen. Aan het bevel tot schorsing worden steeds twee algemene voorwaarden verbonden, namelijk het zich niet onttrekken aan de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis (artikel 80, tweede lid, sub 1, Sv) en het zich niet onttrekken aan de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf (artikel 80, tweede lid, sub 2, Sv). De derde voorwaarde is geen algemene voorwaarde,

96 Deze aanwijzing vertoont een verwantschap met de bijzondere voorwaarde, die is neergelegd in artikel 14c, tweede lid, sub 14, Sr, die kan worden gesteld bij de voorwaardelijke veroordeling.

97 *Kamerstukken II 2004/05*, 29849, 3, p. 67.

98 De voorwaarden in het kader van een voorwaardelijk sepot worden eveneens ontleend aan artikel 14c Sr.

99 *Kamerstukken II 2004/05*, 29849, 3, p. 24-25.

100 Aanwijzing voorwaardelijke vrijheidsstraffen en schorsing van voorlopige hechtenis onder voorwaarden, *Stcrt.* 2015/5390.

101 P.M. Schuyt 2016 (*Tekst en Commentaar Strafrecht*), artikel 14c Sr, aant. 9a.

102 A.G. Mein & A.R. Hartmann, *Evaluatierapport wijzigingen artikel 141 Wetboek van Strafrecht en artikel 540 e.v. Wetboek van Strafvordering*, 's-Gravenhage: B&A Groep 2004, p. 23.

maar een aanvullende voorwaarde: de verificatie van de identiteit bij contactmomenten in het kader van de uitvoering van de gedragsvoorwaarde (artikel 80, tweede lid, sub 3, Sv). Aan het bevel tot schorsing van de voorlopige hechtenis kunnen ook bijzondere voorwaarden worden verbonden. Hierbij stelt de wet geen beperkingen aan de aard en het karakter van deze bijzondere voorwaarden. De wetsgeschiedenis laat zien dat de bijzondere voorwaarden moeten strekken tot verwezenlijking van het doel van de voorlopige hechtenis.¹⁰³ Dit lijkt er op te wijzen dat er een relatie moet bestaan tussen de voorwaarde en de krachtens artikel 67a Sv gekozen grond. Het gevolg hiervan is dat door middel van het verbinden van bijzondere voorwaarden aan de schorsing soms de doelen die met de voorlopige hechtenis worden nagestreefd met minder ingrijpende maatregelen worden bereikt.¹⁰⁴ Kan met het gebiedsverbod als bijzondere voorwaarde van de schorsing van de voorlopige hechtenis de openbare orde worden gehandhaafd? Een grond van voorlopige hechtenis is de ernstig geschokte rechtsorde (artikel 67a, tweede lid, sub 1, Sv). Hartevelde heeft aangegeven dat de formulering van de 12-jaars grond dicht tegen de openbare-ordehandhaving aanligt en ook de recidivegronden bij de voorlopige hechtenis niet losgezien kunnen worden van de openbare-ordehandhaving.¹⁰⁵ Het aangeven van de precieze grenzen tussen 'rechtsorde' (meer specifiek: ernstig geschokte rechtsorde) en 'openbare orde' (meer specifiek: ernstige verstoring van de openbare orde) is geen sinecure, maar naar mijn mening kan op goede gronden worden betoogd dat deze begrippen elkaar (in ieder geval voor een deel) overlappen. In dit verband kan worden gewezen op de gelijkenissen tussen de begrippen 'ernstig geschokte rechtsorde' en 'public disorder'.¹⁰⁶ Het gevolg hiervan is dat een gebiedsverbod als bijzondere voorwaarde van de schorsing van de voorlopige hechtenis onder omstandigheden is aan te merken als te zijn gericht op de handhaving van de openbare orde.

5.5 *Het gebiedsverbod krachtens artikel 38v Sr*

Op grond van artikel 38v, tweede lid, sub a, Sr, heeft de strafrechter de mogelijkheid een gebiedsverbod (zijnde een bevel om zich niet op te houden in een bepaald gebied) aan de veroordeelde op te leggen. Inhoudelijk is deze maatregel volgens Sackers niet veel nieuws onder de zon, omdat de strafrechter reeds met toepassing van artikel 14c, tweede lid, sub 6, Sr, de mogelijkheid heeft gebiedsverboden op te leggen.¹⁰⁷ Ook Bleichrodt is kritisch over de maatregel; naar zijn mening kan deze maatregel worden gemist.¹⁰⁸ Deze maatregel heeft primair als doel de beveiliging van de samenleving, maar ook wordt (voor een deel) het herstel van de rechtmatige toestand nagestreefd.¹⁰⁹ Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat met deze maatregel het herstel van de geschonden rechtsorde bij lichtere strafbare feiten wordt beoogd.¹¹⁰ De rechter kan de maatregel uitsluitend opleggen, 'indien hij oordeelt dat er rekening mee moet worden gehouden dat de verdachte opnieuw een strafbaar feit zal plegen dan wel zich belastend naar personen toe zal gedragen', aldus de bijhorende memorie van toelichting.¹¹¹

Deze maatregel kan worden opgelegd ten aanzien van ieder strafbaar feit, dus ook bij overtredingen. De wetgever heeft in dit verband vooral gedacht aan overtredingen uit de APV,

103 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, 3, p. 85.

104 Corstens & Borgers 2014, p. 473.

105 Hartevelde 2002, p. 758.

106 M.J. Borgers, 'Het Straatsburgse oordeel over de ernstig geschokte rechtsorde, het slot van een trilogie', *AA* 2007, p. 981-986.

107 H.J.B. Sackers, 'De nieuwe maatregel van het rechterlijk gebieds- of contactverbod', *Sancties* 2012/18, p. 123.

108 Bleichrodt 2011, p. 62.

109 Sackers 2012, p. 121.

110 *Kamerstukken II* 2010/11, 32551, 3, p. 18-20.

111 *Kamerstukken II* 2010/11, 32551, 3, p. 6-7.

die meestal zijn gelegen in de sfeer van overlastfeiten.¹¹² Met een dergelijk gebiedsverbod wordt de veroordeelde 'uit een bepaald gebied geweerd waarin hij eerder de rechtsorde heeft geschonden. Ook een ander gebied mag worden aangewezen indien de rechter de kans reëel acht dat de veroordeelde in dat gebied mogelijk (nieuwe) strafbare feiten zal begaan. Dus ook voor een gebied waarin de rechtsorde in de toekomst kan worden geschonden.'¹¹³ Met deze maatregel wil de wetgever bereiken dat de leefomgeving van de burgers wordt beschermd.¹¹⁴ Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat deze maatregel kan worden opgelegd, omdat de strafrechter van oordeel is dat een daadwerkelijke mogelijkheid bestaat dat de veroordeelde in de toekomst de openbare orde kan verstoren. Op grond hiervan kan mijns inziens worden beredeneerd dat het doel van deze maatregel óók is gelegen in de handhaving van de openbare orde. Dit wordt ook bevestigd door de wetgever, die aangeeft dat deze maatregel moet worden aangemerkt als een ordemaatregel ter herstel van de rechtsorde bij lichtere feiten.

6. Het strafrechtelijke gebiedsverbod en Modernisering van strafvordering

6.1 Een gebiedsverbod voor feiten niet zijnde voorlopige-hechtenisfeiten?

Het voorgaande is relevant in het kader van het project 'Modernisering van het Wetboek van Strafvordering'. In de contourennota betreffende de modernisering is het belang van vrijheidsbeperking in het voorbereidend onderzoek van het strafproces onderschreven.¹¹⁵ Naar het oordeel van de minister is een ingrijpende wijziging van de voorlopige hechtenis niet nodig.¹¹⁶ Wel zal worden gekeken naar 'mogelijkheden voor de invoering van aan de verdachte in het voorbereidend onderzoek op te leggen vrijheidsbeperkende en gedragsbeïnvloedende maatregelen buiten de gevallen van voorlopige hechtenis.'¹¹⁷ Het wordt onwenselijk geacht dat in het geval (nog) geen voorlopige hechtenis kan worden bevolen, geen voorwaarden en verplichtingen aan een verdachte kunnen worden opgelegd in afwachting van het strafproces. Zo wordt er expliciet op gewezen dat ten aanzien van de aanpak van criminele jeugdgroepen en overlast in wijken van buurtbewoners of multi-probleemgezinnen die kleine delicten plegen, het van groot belang is dat een gebieds- of contactverbod kan worden opgelegd.¹¹⁸

Het doel van een dergelijk gebiedsverbod is 'om slachtoffers te vrijwaren van de vrees voor herhaling, dan wel anderszins het risico van recidive te beperken.'¹¹⁹ Deze doelen lijken sterk op de door de wetgever geformuleerde doelen in artikel 38v, eerste lid, Sr, maar gaan blijkens de voorgaande alinea ook verder dan dat. Het gewenste gebiedsverbod lijkt te worden beschouwd als een instrument ter bestrijding van misdaad, maar wordt het doelgebonden karakter van het strafrecht in acht genomen?¹²⁰ Er wordt met andere woorden een bevoegdheid in het leven geroepen, die niet een strafvorderlijk doel lijkt te dienen, maar primair is gericht op de aanpak van misdaad. De vraag kan ook worden opgeworpen in

112 Sackers 2012, p. 120.

113 Sackers 2012, p. 121.

114 Sackers 2012, p. 121.

115 *Kamerstukken II 2015/16, 29279, 278, p. 56 e.v.*

116 Gezien de contourennota valt af te leiden dat de mogelijkheid om de voorlopige hechtenis te schorsen onder de bijzondere voorwaarden van artikel 80 Sv, niet wordt gewijzigd. Dit geldt ook ten aanzien van de regeling betreffende het voorwaardelijke sepot.

117 *Kamerstukken II 2015/16, 29279, 278, p. 57.*

118 *Kamerstukken II 2015/16, 29279, 278, p. 57.*

119 *Kamerstukken II 2015/16, 29279, 278, p. 57.*

120 Kooijmans 2002, p. 347.

hoeverre een nieuwe strafvorderlijke bevoegdheid noodzakelijk is. In het verband van de strafbeschikking kan als sanctiemodaliteit immers een gebiedsverbod worden opgelegd. Het lijkt erop dat de minister de toepassing van in ieder geval de aanwijzing als sanctiemodaliteit wil bevorderen.¹²¹ Deze strafbeschikking kan ook worden uitgevaardigd ten aanzien van delicten, waarvoor geen voorlopige hechtenis mogelijk is.

6.3 *De gedragsaanwijzing ter beëindiging van ernstige overlast*

Het voorgestelde Zesde Boek van het nieuwe Wetboek van Strafvordering bestaat uit een Hoofdstuk 2, getiteld 'Bevoegdheden van bijzondere aard'. In paragraaf 2.1 van dit hoofdstuk worden regels neergelegd ten aanzien van de gedragsaanwijzing ter beëindiging van ernstige overlast.¹²² Het is de verwachting dat deze paragraaf inhoudelijk hetzelfde zal zijn als Titel IID van het Vierde Boek van het huidige Wetboek van Strafvordering, waarin de thans geldende artikelen 509hh e.v. Sv zijn neergelegd.¹²³ De legitimatie van deze gedragsaanwijzing is naar mijn mening twijfelachtig. De primaire doelstelling ervan is gelegen in de handhaving van de openbare orde. Jue-Volker heeft er terecht op gewezen dat in toenemende mate strafvorderlijke dwangmiddelen worden ingezet voor overlastgevende en strafbaar gestelde feiten.¹²⁴ Kooijmans heeft reeds betoogd dat voorbij wordt gegaan aan het doelgebonden karakter van het strafrecht.¹²⁵ De gedragsaanwijzing, die is neergelegd in artikel 509hh Sv, dient een bestuursrechtelijk doel, namelijk de handhaving van de openbare orde.¹²⁶ In principe hoeft dit naar mijn mening niet problematisch te zijn, omdat meerdere doelen kunnen worden gediend. Het wordt echter twijfelachtig, indien strafvorderlijke bevoegdheden worden ontwikkeld die er niet primair toe strekken de volgende strafvorderlijke handelingen te bevorderen, omdat beredeneerd vanuit het doelgebonden karakter van het strafrecht de instrumenten primair dienen te zijn gericht op de opsporing, vervolging en berechting van individuen ter zake van een strafbaar feit. Indien bevoegdheden worden ontwikkeld die niet primair dit doel hebben, wordt het strafrecht 'vervuild' met instrumenten die bestuursrechtelijk van aard zijn. Daar lijkt ten aanzien van artikel 509hh Sv sprake van te zijn. Kooijmans heeft in dit verband ook aangegeven dat ervoor moet worden gewaakt 'dat handhavingsmechanismen het strafrecht worden ingetrokken die daar niet thuishoren'.¹²⁷ Dit gebiedsverbod kan naar mijn mening uitsluitend worden gelegitimeerd, indien het primair erop gericht is een volgende strafvorderlijke handeling te bevorderen. Hiervan lijkt geen sprake te zijn; het is vooral een bevoegdheid ter handhaving van de openbare orde.

7. Conclusie

De burgemeester neemt een centrale rol in ten aanzien van de handhaving van de openbare orde. Zo blijkt uit artikel 172, eerste lid, Gemeentewet, dat de burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde. Het is dan ook niet verwonderlijk dat de burgemeester verschillende instrumenten ter beschikking staan om de openbare orde te handhaven. Het gebiedsverbod is een veelgebruikt instrument ter handhaving van de openbare orde.

121 *Kamerstukken II 2015/16, 29279, 278, p. 68.*

122 *Kamerstukken II 2015/16, 29279, 278, p. 94.*

123 *Kamerstukken II 2015/16, 29279, 278, p. 95.*

124 Jue-Volker 2016, p. 79.

125 Kooijmans 2002, p. 347.

126 Hierbij dient wel de kanttekening te worden geplaatst dat de strafrechtelijke 'rechtsorde' en de bestuursrechtelijke 'openbare orde' elkaar overlappen.

127 Kooijmans 2011, p. 8.

In de kern is de handhaving van de openbare orde een bestuursrechtelijke taak, maar betekent dit ook dat geen taak is weggelegd voor het strafrecht? Volgens Jue-Volker is de handhaving van de openbare orde immers geen exclusieve bestuursrechtelijke taak.¹²⁸ In het strafrecht kan op verschillende manieren een gebiedsverbod worden opgelegd, die in ieder geval mede zijn gericht op de handhaving van de openbare orde. Het argument dat het strafrecht geen rol zou (moeten) hebben in de handhaving van de openbare orde gaat wat mij betreft niet op, omdat het strafrecht zeer wel een bijdrage kan leveren aan de bestuurlijke ondersteuning van de handhaving van de openbare orde. Dit betekent niet dat het strafrecht met verschillende openbare-ordebevoegdheden moet worden uitgebouwd. Het doelgebonden karakter van het strafrecht staat mijns inziens voorop. De inzet van het strafrechtelijke instrument moet een volgende strafrechtelijke handeling bevorderen en hier ontstaan problemen. Het lijkt erop dat de wetgever – in ieder geval ten aanzien van de gedragsaanwijzing van de officier van justitie ex artikel 509hh Sv – het doelgebonden karakter van het strafrecht uit het oog is verloren en deze strafvorderlijke bevoegdheid primair heeft ontwikkeld ter handhaving van de openbare orde, hetgeen problematisch is, indien een gedragsaanwijzing, inhoudende een gebiedsverbod, wordt gegeven, terwijl voor de officier van justitie duidelijk is dat geen sprake zal zijn van (verdere) vervolging. Op deze wijze ontstaat het risico dat het Wetboek van Strafvordering wordt uitgebreid met bevoegdheden, die niet primair een strafvorderlijk doel dienen, maar bestuursrechtelijk van aard zijn. Het Wetboek van Strafvordering wordt dan uitgebreid met instrumenten, die er niet in thuis horen. Op deze wijze ontstaat het gevaar dat het strafrecht wordt ‘vervuild’ met bestuursrechtelijke instrumenten. Met het oog op het project ‘Modernisering van het Wetboek van Strafvordering’ is het van belang om hier nog eens op te wijzen.

128 Jue-Volker 2016, p. 79.