De burgemeester bevoegd?

Perspectieven op het burgemeestersambt: handreiking voor een discussie

Prof. mr. A.E. Schilder

Mr. drs. J.H.A. van der Grinten[1]

1. Inleiding

De positie van de burgemeester heeft in de laatste decennia belangrijke veranderingen ondergaan. In de afgelopen 25 jaren is de burgemeester toegerust met een groot aantal bevoegdheden. Wanneer we een blik werpen op zijn huidige takenpakket, is opvallend dat hij op veel maatschappelijke terreinen een belangrijke rol vervult. In het rapport Majesteitelijk en magistratelijk uit 2014 is op basis van 'de dominante rolopvattingen en waarden' een basisprofiel van de Nederlandse burgemeester opgesteld, waarin zijn veelzijdige rol naar voren komt.[2] Sindsdien zag de burgemeester zijn takenpakket verder uitbreiden.[3] Deze groei deed zich vooral voor op het terrein van de openbare orde en veiligheid. Op grond van zowel formeel-wettelijke bepalingen als APV-voorschriften kan de burgemeester tegenwoordig ingrijpende beslissingen nemen zoals de uithuisplaatsing van plegers van huiselijk geweld en sluiting van woningen, winkels, garages en andere locaties bij overtreding van de Opiumwet of (andere) verstoringen van de openbare orde.

Over de wenselijkheid van het huidige omvangrijke takenpakket van burgemeesters wordt, ook door henzelf, verschillend gedacht.[4] Niet iedereen vindt het bijvoorbeeld vanzelfsprekend dat het aan de

[1] Mr. J.H.A. (Jan) van der Grinten is advocaat/partner bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam en docent aan de Universiteit Leiden, mr. A.E. (Jon) Schilder is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Deze discussienota is opgesteld in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. De auteurs zijn verantwoordelijk voor de inhoud ervan.

[2] Genoemd worden voorzitter, verbinder, burgervader, vaandeldrager, bestuurlijke kwaliteitsbewaker, openbare ordebewaker en bestuurder-in-algemene- dienst. Binnen dat profiel kunnen burgemeesters accenten leggen. Naast het basisprofiel zijn vier aanvullende profielen gevonden: projecttrekker, visionair, gemeenschapsman/vrouw en regioburgemeester (N.Karsten, L.Schaap, F. Hendriks, S. van Zuydam, G.Leenknegt, Majesteitelijk en magistratelijk, De Nederlandse burgemeester en de staat van het ambt, Tilburgse School voor Politiek en Bestuur DEMOS - Centrum voor Beter Bestuur en Burgerschap, 2014.

[3] Zie M. Boogers e.a., *Teveel van het goede? De staat van het burgemeestersambt anno 2020*, Universiteit Twente, januari 2021.

[4] Zie vorige noot.

burgemeester is om plegers van huiselijk geweld uit huis te plaatsen of om een verward persoon die zichzelf geweld dreigt aan te doen gedwongen te laten opnemen in een psychiatrische inrichting.

Bij de totstandkoming van nieuwe taken en bevoegdheden in het verleden blijkt ook niet altijd op grond van welke overwegingen precies de burgemeester een nieuwe rol heeft gekregen bij de aanpak van een maatschappelijk probleem. Er bestaat (nog) geen lijstje met criteria aan de hand waarvan - bij wijze van spreken - op eenvoudige wijze kan worden bepaald of het al dan niet de burgemeester is die met een nieuwe taak zou moeten worden belast. Daardoor bestaat het risico dat de besluitvorming op dit terrein een ad hoc karakter draagt en dat de toekenning van een nieuwe bevoegdheid niet volgens een bepaald en min of meer voorspelbaar patroon verloopt. Er zijn dan ook goede redenen om stil te staan bij de vraag wat het gewenste profiel van de burgemeester is en welke taken en bevoegdheden daar al dan niet bijhoren. Nu daarover uiteenlopende opvattingen bestaan, is die vraag voer voor discussie.

Met deze nota is beoogd een bijdrage te leveren aan die discussie. De kern van deze bijdrage bestaat uit een schets van perspectieven op het burgemeestersambt die van belang zijn voor de vraag of een taak of bevoegdheid al dan niet past bij de positie van de burgemeester. Daarbij gaat het bijvoorbeeld om de democratische legitimatie van besluiten, de rol van burgervader of de betekenis van de handhaving van de openbare orde als aan de burgemeester opgedragen beleidsterrein. De perspectieven zijn geen criteria aan de hand waarvan de vraag over het al dan niet toekennen van een taak of bevoegdheid aan de burgemeester eenduidig kan worden beantwoord. Wel bieden zij een kader waarbinnen die vraag, met oog voor de bijzondere positie van het burgemeestersambt, kan worden besproken.

Opzet

De opzet van deze nota is als volgt.

Na deze inleiding geven wij in paragraaf 2 een uiteenzetting over het sterk gegroeide aantal bevoegdheden waarover de burgemeester de beschikking heeft gekregen sinds de inwerkingtreding van de Gemeentewet in 1994. Daarmee wordt een beeld geschetst van de veelzijdige rol die de burgemeester speelt als orgaan (en lid) van het gemeentelijke openbaar bestuur.

Paragraaf 3 vormt de kern van deze discussienota. Daarin beschrijven wij de volgens ons belangrijkste perspectieven op het burgemeestersambt die van belang zijn voor de vraag of een taak of bevoegdheid al dan niet past bij de positie van de burgemeester.

In paragraaf 4 tenslotte is een samenvatting te vinden van de behandelde perspectieven.

2. Groei bevoegdheden

Tot 1994 had de burgemeester slechts een beperkt aantal bevoegdheden op grond waarvan hij maatregelen kon nemen ter handhaving van de openbare orde. In een noodsituatie kon hij noodbevelen geven of een noodverordening vaststellen, maar voor minder ernstige (dreigende) ordeverstoringen

ontbraken specifieke bevoegdheden. Een verandering in deze situatie ontstond bij de inwerkingtreding van de herziene Gemeentewet, waarin (als gevolg van een amendement van de Tweede Kamer) de zgn. lichte bevelsbevoegdheid (art. 172 lid 3 Gemeentewet) werd ingevoerd op grond waarvan de burgemeester bevelen kan geven bij ordeverstoringen.[5] Hoewel bedoeld voor relatief kleine ordeverstoringen, blijkt het hier om een bevoegdheid te gaan die voor een breed scala van ordeverstoringen wordt ingezet en op basis waarvan ingrijpende maatregelen worden genomen.[6] Recente jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak stelt overigens duidelijker dan voorheen grenzen aan het gebruik van deze bevoegdheid als daarbij in de Grondwet of het EVRM verankerde rechten in het geding zijn.[7]

Een andere belangrijke, want zeer ingrijpende, bevoegdheid is die tot sluiting van woningen bij ernstige ordeverstoringen door gedragingen in de woning (art. 174a Gemeentewet) en de sluiting van drugspanden (art. 13b Opiumwet). Met name door deze laatste bevoegdheid heeft de burgemeester een belangrijke rol gekregen bij de bestrijding van drugscriminaliteit. Dat laatste geldt overigens ook voor de minder bekende sluitingsbevoegdheden, die de burgemeester ontleent aan APV-bepalingen, waarmee hij kan optreden tegen verschillende vormen van ondermijnende criminaliteit. Te denken valt aan de sluiting van een witwaswinkel of een garagebedrijf waarin auto's klaar worden gemaakt voor drugstransport. Eveneens van recente datum zijn APV-bepalingen op grond waarvan de burgemeester kan optreden tegen een malafide ondernemersklimaat door bedrijfstakken aan te wijzen die vergunningsplichtig worden.[8]

Verder maken we nog melding van twee andere bevoegdheden die de burgemeester in getrapte vorm (in beginsel alleen na machtiging door de gemeenteraad) sinds 2002 resp. 2005 kan inzetten voor de handhaving van de openbare orde: de aanwijzing van veiligheidsrisicogebieden waarbinnen de OvJ een last kan geven tot preventief fouilleren (art. 151b e 174b Gemeentewet) en de bevoegdheid tot plaatsing van camera's op grond van art. 151c Gemeentewet.

Belangrijk zijn verder de bevoegdheden die de burgemeester zijn toegekend voor de aanpak van voetbalvandalisme en ernstige overlast op grond van de zgn. Voetbalwet van 2010, aangescherpt in 2015. Ook op dit gebied waren er overigens al APV-bepalingen die de burgemeester de bevoegdheid gaven om op te treden tegen overlastplegers door hen de toegang tot bepaalde gebieden te ontzeggen.

---

[5] Zie voor een overzicht van de uitbreiding van de bevoegdheden van de burgemeester J.H.A. van der Grinten en A.E. Schilder, 'De burgemeester bewapend', in: *Gewapend bestuur, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Bju 2019, p. 243 e.v. Voor een meer omvattende studie van de openbare-ordebevoegdheden M.A.D.W. de Jong e.a., *Orde in de openbare orde*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

[6] Zie J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Een ontaarde bevoegdheid. Het lichte bevel van artikel 172 lid 3 Gemeentewet', *Gst.* 2015/59; J.H.A. van der Grinten, 'Zware maatregelen met een lichte bevelsbevoegdheid? De reikwijdte van artikel 172 lid 3 Gemeentewet', *NJB* 2019/312.

[7] ABRvS 9 december 2020, ECLI:NL:RVS:2020:2912.

[8] Uitvoeriger besproken in ons bovengenoemd preadvies 'De burgemeester bewapend'.

In de praktijk op dit moment nog van minder belang, maar potentieel zeer ingrijpend, zijn de gedragsaanwijzingen tegen woonoverlast waarmee de burgemeester zelfs achter de voordeur kan ingrijpen als de gemeenteraad de burgemeester daartoe machtigt op grond van de Wet aanpak woonoverlast van 2017.

Dat de burgemeester al langer ook in de privésfeer kan binnendringen, blijkt uit de inzet van het tijdelijk huisverbod ter bescherming tegen huiselijk geweld op grond van de Wet tijdelijk huisverbod van 2008.[9]

Enigszins verwant aan deze bevoegdheid ter bescherming van de fysieke, maar ook geestelijke gezondheid zijn de maatregelen waarmee de burgemeester verplichte geestelijke gezondheidszorg kan opleggen sinds 2018 (Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg), waar hij vroeger op grond van de Wet BOPZ alleen tot inbewaringstelling van personen kon besluiten.

Van geheel andere aard is de taak van de burgemeester op het gebied van de bevordering van de integriteit. Sinds 2016 heeft de burgemeester in art. 170 lid 2 Gemeentewet daartoe uitdrukkelijk de opdracht gekregen zij het zonder de toekenning van daarop toegesneden bevoegdheden.

Dat de ontwikkeling van al deze bevoegdheden heeft geleid tot een taakverzwaring van de burgemeester, is niet moeilijk vast te stellen.[10] In de loop der jaren zijn burgemeesters verhoudingsgewijs steeds meer tijd gaan besteden aan de openbare orde- en veiligheidscomponent van hun portefeuille, waarvan de strijd tegen ondermijning een relatief nieuwe dimensie vormt.

3. Perspectieven

Hierna bespreken we zeven perspectieven die betrokken kunnen worden bij de besluitvorming over de mogelijke toedeling van een nieuwe taak of bevoegdheid aan de burgemeester. We pretenderen zeker geen volledigheid. Zo gaan wij niet in op algemene gezichtspunten die op zichzelf relevant zijn bij de toekenning van een taak of bevoegdheid, maar niet specifiek voor de burgemeester. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het feit dat een dergelijke toekenning een taakverzwaring van het bestuursorgaan betekent met de daaraan verbonden noodzaak dat bestuursorgaan te voorzien van de benodigde (al dan niet financiële) middelen en bevoegdheden tot uitvoering van die taak en handhaving van daaruit voortvloeiende besluiten.[11]

Van belang is verder dat de verschillende invalshoeken niet op zichzelf staan: ze kunnen deels in elkaar overlopen. Zo hangt de expertise van de burgemeester als relevante factor bij het al dan niet toekennen van een bevoegdheid samen met zijn informatiepositie. Toch is het zinvol de verschillende

[9] Timmermans, M. & Vaan, K.de. (2014). 'Een evaluatie van de effectiviteit van de Wet tijdelijk huisverbod.' *Tijdschrift voor Veiligheid* 13(2), 3-23.
[10] Dit wordt bevestigd in M. Boogers e.a., *Teveel van het goede? De staat van het burgemeestersambt anno 2020*, Universiteit Twente, januari 2021. Zie onder meer onderdeel 3 van de conclusies op p. 4.
[11] Meer over de wetgevingskwaliteitseisen in het algemeen: S.E. Zijlstra (red.), *Wetgeven, Handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Kluwer: Deventer 2012, p. 105 e.v.

perspectieven afzonderlijk te benoemen om een discussie over dit onderwerp – waarvoor deze nota is bedoeld – gestructureerd te kunnen voeren.

3.1. Democratische legitimatie

Bij dit perspectief gaat het om de verschillen in democratische legitimatie bij de toekenning en uitoefening van bevoegdheden op lokaal niveau.

Ons land wordt wel aangeduid als een democratische rechtsstaat. Een van de kenmerken daarvan is dat gezagsuitoefening plaatsvindt volgens bepaalde spelregels. Niet alleen moet een bevoegdheid steeds terug te voeren zijn tot een wettelijke basis, het is ook van belang dat er een democratische legitimatie is voor de uitoefening van een dergelijke bevoegdheid.

De meeste vergaande vorm van democratische legitimatie van gezagsuitoefening door een orgaan is wanneer dit rechtstreeks wordt gekozen door de bevolking, zoals het geval is bij de gemeenteraad, die dan ook aan het hoofd staat van de gemeente (art. 125 Grondwet). Een afgeleide legitimatie bezit het college van B&W waarvan de wethouders worden benoemd en ontslagen door de raad en die voor hun doen en nalaten verantwoording schuldig zijn aan de raad, evenals het college als zodanig.

Dat laatste geldt ook voor de burgemeester, zij het dat er een belangrijk verschil is tussen de rechtspositie van de wethouders en de burgemeester. De burgemeester wordt immers niet benoemd en ontslagen door de raad, maar door de regering (art. 61 Gemeentewet). De betekenis van dit verschil kan evenwel worden gerelativeerd door de aanstellingsprocedure waarin de raad een vergaande invloed heeft (art. 61 e.v. Gemeentewet). Feitelijk is het tegenwoordig de raad die bepaalt wie de vacature van het burgemeestersambt mag gaan vervullen. En een burgemeester in wie de raad het vertrouwen opzegt, ziet daarmee zijn lot bezegeld ook al is het aan de regering om met tussenkomst van de commissaris van de koning het formele ontslagbesluit te nemen.

Hoewel er dus verschillen zijn in afhankelijkheidsrelaties tussen raad en het college en de raad en de burgemeester, kan het belang daarvan worden gerelativeerd.

Niet over de gehele linie is de afhankelijkheid van de raad even belangrijk. Daar waar de burgemeester bijvoorbeeld belast is met de voorbereiding en uitvoering van beslissingen van de raad (art. 170 lid 1 onder a Gemeentewet) heeft het hoofdschap van de raad een andere betekenis dan wanneer de burgemeester geacht wordt in zekere mate boven de partijen te staan, zoals bij de uitvoering van zijn wettelijke taak om de integriteit van de gemeente te bevorderen (art. 170 lid 2 Gemeentewet) of wanneer hij moet ingrijpen om ongeregeldheden te bestrijden als uitvloeisel van zijn taak om de openbare orde te handhaven.

De burgemeester is dan wel een benoemde en geen gekozen bestuurder, dat wil niet zeggen dat er, naast de al genoemde bemoeienis van de raad met zijn benoeming, geen instrumenten zijn die de democratische legitimatie van zijn optreden kunnen versterken. Bij de *vormgeving* van een nieuwe taak

kan immers met het belang van een democratische legitimatie op lokaal niveau rekening worden gehouden. Een mooi voorbeeld daarvan is het instrument van preventief fouilleren. In het aanvankelijke (initiatief)voorstel was aan de burgemeester de bevoegdheid toegekend om te besluiten dat personen onderworpen konden worden aan preventief fouilleren. Het voorstel werd evenwel geamendeerd in die zin dat het aan de raad is om te besluiten of de burgemeester bevoegd wordt tot aanwijzing van een veiligheidsrisicogebied. De amendering verkleinde de macht van de burgemeester overigens nog verder doordat de beslissing om daadwerkelijk tot preventief fouilleren over te gaan, werd toevertrouwd aan de OvJ.[12]

Bij de besluitvorming omtrent bestuurlijke ophouding, preventief fouilleren, cameratoezicht en meer recent de mogelijkheid van gedragsaanwijzingen tegen woonoverlast, zien we eveneens dat de burgemeester afhankelijk is van de raad, die bij verordening kan bepalen of de burgemeester bevoegd wordt tot de inzet van deze instrumenten.

De eis van een voorafgaande democratische legitimatie kan evenwel op gespannen voet staan met de noodzaak tot voortvarend optreden in urgente situaties. In dergelijke gevallen is het belangrijk dat de burgemeester eigenmachtig kan optreden, met alleen de mogelijkheid van controle achteraf. Een dergelijke noodvoorziening is ook ingebouwd in de hiervoor genoemde voorbeelden van de bestuurlijke ophouding en preventief fouilleren.

Zoals uit het voorgaande blijkt, valt vanuit het perspectief van (lokale) democratische legitimatie onderscheid te maken tussen zowel de wijze waarop een bevoegdheid wordt toegekend (rechtstreeks door de wetgever of getrapt door de gemeenteraad), als het orgaan waaraan die toekomt (in de regel: college of burgemeester). Daarbij geldt dat ook controle achteraf op een spoedeisende uitoefening van een bevoegdheid aan de democratische legitimatie kan bijdragen, zoals die bijvoorbeeld bij de noodverordening is geregeld.[13] Daarvoor zijn ook andere hierna nog te bespreken constructies denkbaar, zoals die waarin een besluit van de burgemeester door het college moet worden bekrachtigd.

Vanuit het perspectief van democratische legitimatie verdient het aanbeveling bij de toedeling van een bevoegdheid rekening te houden met de lokale democratische controle. In dat verband is het niet alleen van belang welk orgaan de bevoegdheid krijgt, maar ook hoe die wordt toegekend (rechtstreeks of getrapt) en hoe de controle op de uitoefening ervan is geregeld.

[12] Zie S. Flight, 'Cameratoezicht', hoofdstuk 7 in A.E.M. van den Berg, J.H.A. van der Grinten & A.E. Schilder (red.), *Hoofdstukken openbare-orderecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2015.
[13] Art. 176 lid 3 Gemeentewet.

3.2. Eenhoofdig of collegiaal?

Bij dit perspectief gaat het om de vraag hoe wordt bepaald of een bevoegdheid het beste collegiaal (door het college) of eenhoofdig (door de burgemeester) kan worden uitgeoefend.

Naast het aspect van de democratische legitimatie, is het bij de toekenning van een nieuwe bevoegdheid van belang te onderzoeken of deze bij een collegiaal orgaan kan worden neergelegd, dan wel dat bijvoorbeeld vanwege de vereiste snelheid van besluitvorming het de voorkeur verdient om een eenhoofdig ambt daarmee te belasten.

Artikel 160 Gemeentewet heeft als uitgangspunt dat het dagelijks bestuur van de gemeente bij het college berust. Collegiaal overleg kan de kwaliteit van de besluitvorming vergroten omdat de leden van het college ieder hun eigen achtergrond, ervaring en daarmee opgebouwde deskundigheid kunnen inzetten bij het overleg over een te nemen besluit. Een eenhoofdig ambt kan zich uiteraard deskundig laten adviseren, maar is uiteindelijk toch zelf degene die de afweging moet maken. Dat kan een voordeel zijn bij bepaalde type besluiten waarbij de ambtsdrager geacht wordt boven de partijen te staan, zoals bij de bewaking van de integriteit. Maar als regel verdient het de voorkeur om besluiten die belangen van burgers raken, eerder in handen te leggen van een collegiaal dan enkelhoofdig orgaan. Specifiek bij de handhaving van de openbare orde is de toekenning van een bevoegdheid aan een eenhoofdig ambt van belang vanwege noodzaak die zich kan aandienen tot zeer snel en dwingend optreden. We zullen daar in de volgende paragraaf nog nader op ingaan, waarbij we ook nog andere argumenten betrekken die voortvloeien uit het systeem van de bevoegdheidsverdeling in de Gemeentewet.

Vanuit het perspectief van eenhoofdig of collegiaal bestuur, geldt dat collegiaal bestuur de regel en eenhoofdig bestuur de uitzondering daarop vormt. Daarom verdient het aanbeveling voorafgaand aan toekenning van een bevoegdheid aan de burgemeester na te gaan op welke grond van de hoofdregel zou moeten worden afgeweken en dat te motiveren.

3.3. De openbare orde-portefeuille

Bij dit perspectief gaat het om de vraag in hoeverre de bestaande rol van de burgemeester op het gebied van de openbare-ordehandhaving bepalend is voor de vraag aan welk orgaan toedeling van nieuwe bevoegdheden op lokaal niveau plaats moet vinden.

Het gemeentebestuur bestaat uit verschillende organen die elk een eigen verantwoordelijkheid hebben bij het besturen van de gemeente. Gesteld dat het wenselijk wordt bevonden om een nieuwe bevoegdheid aan het lokaal bestuur toe te kennen, dan doet de vraag zich voor welk gemeentelijk bestuursorgaan daarmee zou moeten worden belast: raad, college van B&W of de burgemeester? En heeft de wetgever op dit gebied een vrije keuze? In dit onderdeel benaderen wij deze kwestie vanuit het perspectief van handhaving van de openbare orde.

Bevoegdheidsverdeling Grondwet en Gemeentewet

De Grondwet is summier waar het gaat om de verhouding tussen de gemeentelijke organen. Een relevante bepaling is art. 127:

'Provinciale staten en de gemeenteraad stellen, behoudens bij de wet of door hen krachtens de wet te bepalen uitzonderingen, de provinciale onderscheidenlijk de gemeentelijke verordeningen vast.'

De raad

Deze keuze om de raad te belasten met de vaststelling van verordeningen, is logisch gelet op het hoofdschap van de raad als rechtstreeks door de lokale bevolking gekozen orgaan. De Grondwet geeft de wetgever evenwel de vrijheid om daarvan af te wijken, zoals ook is gebeurd in art. 176 Gemeentewet op grond waarvan de burgemeester bevoegd is tot het vaststellen van noodverordeningen.

Het college

De Grondwet bevat verder geen bepalingen over de onderlinge relatie tussen raad, het college en de burgemeester. De hoofdregel in de Gemeentewet is dat het college 'in ieder geval' bevoegd is het dagelijkse bestuur van de gemeente te voeren, 'voor zover niet bij of krachtens de wet de raad of de burgemeester hiermee is belast'.

Uitgangspunt is verder dat het college met de uitvoering van de verordeningen van de raad is belast, tenzij die taak 'bij of krachtens de wet' aan de burgemeester is toegekend (zie voor dit alles art. 160 lid 1 Gemeentewet). Die uitvoering door het college kan verschillende vormen aannemen. Te denken valt aan de verlening van vergunningen of ontheffingen, toekenning van subsidies. In de sfeer van de openbare orde vallen als voorbeelden te noemen de aanwijzing van tippelzones voor prostituees, de aanwijzing van plaatsen waar geen vuurwerk mag worden afgestoken, het besluit dat een hond als gevaarlijk wordt bestempeld en daarom moet worden aangelijnd en gemuilkorfd en verder de besluitvorming omtrent vergunningen en ontheffingen.

Ook de handhaving van dit soort voorschriften van de raad is niet aan de burgemeester, maar aan het college (zoals de oplegging van een last onder bestuursdwang of dwangsom).

De burgemeester

De burgemeester komt in beeld bij het aan hem opgedragen toezicht op 'de openbare samenkomsten en vermakelijkheden alsmede de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven' (art. 174 Gemeentewet).[14] In dat kader is hij belast met de uitvoering van de verordeningen voor zover deze betrekking hebben op het hierboven genoemde toezicht. Hij kan daarbij bevelen geven die met het oog op de bescherming van veiligheid en gezondheid nodig zijn.

[14] Zie uitgebreid J.G. Brouwer & A.J. Wierenga, 'Toepassing van openbare-ordebevoegdheden in het systeem van het openbare-orderecht', in: E.R. Muller& J. de Vries (eds.), *Burgemeester : Positie, rol en functioneren van de burgemeester*, Kluwer 2014, p. 163-191 29 p. (Handboeken Veiligheid).

Universiteit Leiden VU VRIJE UNIVERSITEIT AMSTERDAM

Daarnaast heeft de burgemeester een algemene taak tot handhaving van de openbare orde op grond van artikel 172 lid 1 Gemeentewet en is hij bevoegd om - met behulp van de politie - overtredingen van wettelijke voorschriften die betrekking hebben op de openbare orde te beletten of te beëindigen (lid 2).

Een belangrijke bevoegdheid is verder dat hij bij verstoring van de openbare orde of bij ernstige vrees daarvan de bevelen kan geven die noodzakelijk zijn te achten voor de handhaving van de openbare orde – een bevoegdheid die in 1994 is ingevoerd, en waarvan in de praktijk veelvuldig gebruik wordt gemaakt.[15]

In noodsituaties kan de burgemeester ook noodbevelen en noodverordeningen uitvaardigen, waarbij hij mag afwijken van bestaande wetgeving (behalve grondwettelijke voorschriften).

De burgemeester heeft dus een algemene en belangrijke taak op het gebied van de handhaving van de openbare orde. De taak is echter minder groot dan veelal wordt gedacht. Allereerst blijkt al uit het bovenstaande dat zowel het college als de burgemeester belast zijn met de uitvoering van verordeningen op dit terrein. Dat is mogelijk doordat art. 172 lid 1 Gemeentewet waarin de burgemeester belast wordt met 'de handhaving van de openbare orde' beperkt moet worden uitgelegd. Dit volgt uit de parlementaire geschiedenis alsook vaste jurisprudentie. De burgemeester is op grond van deze bepaling alleen verantwoordelijk voor de feitelijke of onmiddellijke handhaving van de openbare orde. Het gaat dan om situaties waarin snel en/of daadkrachtig ingrijpen noodzakelijk is, waarbij de burgemeester gebruik maakt van de aan hem ondergeschikte politie.[16] De raad kan het college dan ook geen bevoegdheden toekennen die deze feitelijke handhaving van de openbare orde betreffen. [17]

Het is een bewuste keuze van de wetgever geweest de openbare-ordehandhaving aan de burgemeester op te dragen. Vóór de invoering van de Gemeentewet van 1851 behoorde de handhaving van de openbare orde volgens de bestuursreglementen tot het takenpakket van burgemeester en wethouders. De keuze om de burgemeester voortaan met een deel van deze taak te belasten, wordt door minister Thorbecke als volgt gemotiveerd:

'Zal de openbare orde waar men haar verstoort of bedreigt, spoedig worden hersteld of gehandhaafd, het is nodig dat (…) niet wordt gedraald en het beslotene onmiddellijk uitgevoerd wordt. Dit nu is eer te verwachten, wanneer

[15] J.H.A. van der Grinten, 'Zware maatregelen met een lichte bevelsbevoegdheid? De reikwijdte van artikel 172 lid 3 Gemeentewet', *NJB* 2019/312.
[16] Zie de zgn. Vuurwerkuitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 14-12-2016, ECLI:NL:RVS:2016:3342, *AB* 2017/148, met annotatie van J.G. Brouwer en A.E. Schilder.
[17] HR 11 oktober 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS9224. Hetzelfde geldt voor bevoegdheden betreffende het in artikel 174 Gemeentewet aan de burgemeester opgedragen toezicht op de openbare samenkomsten en vermakelijkheden alsmede op de voor het publiek openstaande gebouwen en daarbij behorende erven. De formele wetgever kan hier (anders dan de raad) uiteraard van afwijken, al ligt het met het oog op het organieke karakter van de Gemeentewet niet voor de hand de in die wet neergelegde bevoegdheidsverdeling te doorkruisen.

de bevoegdheid tot bevelen en handelen aan één persoon, dan ingeval zij aan een collegie is opgedragen. Het ontwerp belast de burgemeester met de handhaving van de openbare orde.' [18]

Soortgelijke overwegingen vinden we in de toelichting bij de herziene Gemeentewet van 1994:

'Met handhaving wordt in dit artikel gedoeld op de zorg voor het feitelijk bewaren en herstellen van de openbare orde. Het onderhavige artikel maakt de burgemeester niet alleen bevoegd maar legt op hem ook de plicht om de openbare orde te handhaven. Hij is met deze taak belast omdat hij als eenhoofdig orgaan tot de op dit gebied vereiste snelle en doeltreffende besluitvorming in staat is. Ook zijn opperbevel bij brand maakt hem bij uitstek geschikt voor de uitoefening van deze taak, waarbij soms ook bovenlokale belangen een rol spelen.' [19]

Op allerlei andere terrein van de openbare orde, waar vaak minder haast is tot snel optreden, heeft het college een belangrijke taak. De taak van de burgemeester op grond van artikel 172 Gemeentewet is dus beperkter dan soms wordt aangenomen en ook het college van B&W beschikt over bevoegdheden die betrekking hebben op de handhaving van de openbare orde. Het is dan ook de vraag of het bijvoorbeeld logisch is dat in het wetsvoorstel voor de Wet transparantie maatschappelijke organisaties aan de burgemeester de (vergaande) bevoegdheid wordt toegekend "in het kader van de handhaving van de openbare orde, bedoeld in artikel 172 van de Gemeentewet" inlichtingen op te vragen bij maatschappelijke organisaties over eventuele buitenlandse donaties.[20] Het doel is daarmee beperkt tot de feitelijke handhaving van de openbare orde in de hiervoor omschreven, beperkte zin.

De afgelopen jaren heeft de wetgever de burgemeester opgetuigd met een groot aantal bijzondere bevoegdheden.[21] Uit de totstandkoming van de wettelijke regelingen blijkt niet steeds waarom de burgemeester op dit terrein een nieuwe bevoegdheid heeft gekregen in plaats van bijvoorbeeld het college van B&W (of een heel ander orgaan zoals de OvJ, de rechter(-commissaris)).

Gesteld nu dat het wenselijk wordt bevonden om een nieuwe ordebevoegdheid toe te kennen aan het lokaal bestuur, dan doet zich de vraag voor aan welk orgaan. Uitgangspunt zou daarbij kunnen zijn dat in beginsel het college wordt aangewezen als de bevoegdheid niet strekt tot de onmiddellijke of feitelijke handhaving van de openbare orde.

Een uitzondering op deze regel ligt voor de hand als het onderwerp al in de bevoegdheidssfeer van de burgemeester ligt op basis van art. 174 Gemeentewet (het genoemde toezicht op samenkomsten en de voor het publiek toegankelijke plaatsen) dan wel – zo voegen we er aan toe - wanneer de nieuwe taak sterke verwantschap vertoont met de meer recent aan de burgemeester toegekende bevoegdheden (cameratoezicht, aanwijzing veiligheidsrisicogebieden i.v.m. preventief fouilleren, gedragsaanwijzingen woonoverlast, maatregelen voetbalvandalisme/ernstige overlast), uiteraard zolang een eventuele herbezinning niet leidt tot overdracht van die bevoegdheden aan een ander orgaan. Zo is er veel voor te

[18] Bijlagen II 1850-1851, MvT, p. 395.
[19] *Kamerstukken II* 19 403, nr. 3 p. 147.
[20] *Kamerstukken II* 2020–2021, 35 646, nr. 2, p. 2, artikel 3 lid 1. Uit de MvT lijkt overigens te volgen dat de opsteller daarvan van mening is dat de desbetreffende bevoegdheid al in artikel 172 Gemeentewet besloten ligt. Dat is volgens ons niet juist en de bepaling zou in dat geval bovendien niet nodig zijn.
[21] Zie hierboven par. 2.

zeggen dat de wetgever een nieuwe sluitingsbevoegdheid ten aanzien van woningen – zoals bij de aanwezigheid van wapens – niet opeens bij het college neerlegt maar aansluit bij de reeds bestaande sluitingsbevoegdheden van de burgemeester (vastgelegd in art. 174a Gemeentewet en art. 13b Opiumwet).

Overigens laat het buitenlandse recht zien dat ook tussenvormen goed denkbaar zijn, bijvoorbeeld dat de burgemeester als eerste aan zet is, maar dat bepaalde typen besluiten binnen een bepaalde termijn door het college moet worden bekrachtigd. Een dergelijke figuur komt in het Belgische recht voor waar het gaat om de sluiting van inrichtingen.[22]

De zorg voor de openbare orde is een verantwoordelijkheid die berust bij zowel de gemeenteraad, het college van B&W als de burgemeester. Het verdient vanuit dit perspectief aanbeveling voor ogen te houden dat niet alles wat onder de noemer 'openbare orde' kan worden gebracht ook zonder meer bij de burgemeester thuishoort. Zijn specifieke rol op dit terrein komt met name tot uitdrukking bij de feitelijke/onmiddellijke handhaving van de openbare orde waar hij als eenhoofdig orgaan snel kan ingrijpen, zo nodig met behulp van de sterke arm.

3.4. Burgervaderlijke/-moederlijke rol

Bij dit perspectief gaat het om de betekenis van de niet wettelijk omschreven rol van de burgemeester als burgervader/- moeder en de vraag hoe die kan worden beschermd.

Een veelgenoemde rol van de burgemeester is die van burgervader of -moeder.[23] Hoewel iedereen zich wel een voorstelling zal kunnen maken van de aard en inhoud van die rol, is die niet zo eenvoudig te beschrijven. Er is geen regel die de burgemeester deze positie toebedeelt en geen specifieke bevoegdheid die op de rol van burgervader is toegesneden. Burgervader is de burgemeester dan ook niet in de eerste plaats door zijn macht, maar door zijn gezag. Gezag dat kleeft aan zijn functie, maar veel meer nog: gezag dat hij door eigen optreden verwerft. De burgervader zou kunnen worden getypeerd als verbindende, troostende, luisterende en ceremoniële vertegenwoordiger van het

[22] Zie o.a. artikel 134quater Nieuwe Gemeentewet 'Indien de openbare orde rond een voor het publiek toegankelijke inrichting wordt verstoord door gedragingen in die inrichting, kan de burgemeester besluiten deze te sluiten, voor de duur die hij bepaalt. Die maatregelen zullen onmiddellijk ophouden uitwerking te hebben indien ze niet tijdens de eerstvolgende vergadering van het college van burgemeester en schepenen worden bevestigd. De sluiting mag een termijn van drie maanden niet overschrijden. De beslissing van de burgemeester wordt opgeheven bij het verstrijken van die termijn.' Zie verder over het Belgische rechtssysteem L.F. Vandendriessche en B. Warnez, 'De burgemeester als actor bij lokale bestuurlijke ordehandhaving in Vlaanderen' in *Gewapend bestuur, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2019 en Liesbeth Todts, *Bestuurlijke en strafrechtelijke beperkingen op de persoonlijke bewegingsvrijheid ter handhaving van de openbare orde, Naar een algemeen toetsingskader*, diss. Antwerpen 2020.

[23] We zullen hierna kortheidshalve verwijzen naar de rol van "burgervader" waarmee we ook die van "burgermoeder" bedoelen.

openbaar bestuur in de gemeente. Het is de rol waarbij ambt en persoonlijke kwaliteiten misschien het nauwst met elkaar verweven zijn, en waarvan ook moeilijk denkbaar is dat zij door een collegiaal bestuursorgaan op dezelfde wijze kan worden vervuld.

In zijn verbindende rol is van belang dat de burgemeester boven de partijen staat: in zijn troostende rol bij leed dat de gemeente of individuele burgers treft – bijvoorbeeld de Corona-uitbraak of een ramp als die met de MH17 – komt het aan op zijn empathische vermogen; een luisterend oor kan hij bieden als (laatste) toevluchtsoord voor burgers die in de verdrukking dreigen te komen door problemen met het gemeentelijke openbaar bestuur en in zijn ceremoniële functie is hij het gezicht van de gemeente bij allerhande officiële bijeenkomsten maar ook bij andere, feestelijke of juist droevige, gebeurtenissen.

Het is volgens ons een groot goed dat in de gemeente een overheidsfunctionaris aanwezig is die de hiervoor beknopt geschetste rol van burgervader vervult en de burgemeester is daarvoor met het oog op zijn positie als eenhoofdige ambtsdrager bij uitstek geschikt. Mede doordat de burgervaderrol niet in regels is vastgelegd en niet eenvoudig is vast te stellen wat de randvoorwaarden zijn om die goed te vervullen, bestaat het risico dat dit aspect van het burgemeesterschap onvoldoende betrokken wordt bij de afweging om nieuwe taken en bevoegdheden al dan niet bij de burgemeester te beleggen. Daartoe bestaat echter bij de huidige staat van het ambt wel aanleiding.

In een bijdrage van Dölle aan het Tijdschrift voor Constitutioneel Recht uit 2010[24] noemt deze onder meer de volgende typeringen van de moderne burgemeester: frontofficier in de strijd om de openbare ruimte, kampioen van benarde ingezetenen die de orde op straten, pleinen, parken, plantsoenen en lokaliteiten maar soms ook achter de voordeur in woningen en in gezinnen moet trachten te handhaven, regisseur en uitvoerder van het lokale veiligheidsbeleid, burgemeester-boeman, bullebak met een keten, nachtportier, sheriff, prefect, bedwinger van losgeslagen burgers. Deze typeringen suggereren dat het evenwicht in de verschillende rollen die de burgemeester vervult, danig verstoord is geraakt. Een aanwijzing daarvoor is dat de burgemeester in zijn huidige rol ook een veelvuldig bedreigde bestuurder is geworden. De afgelopen jaren kwamen meerdere burgemeesters in het nieuws omdat ze ernstig werden bedreigd en daardoor moesten onderduiken. Als aanklacht tegen dit fenomeen werd de Machiavelliprijs 2019 toegekend aan ‘de bedreigde burgemeester.’ Volgens het juryrapport tast de bedreiging van burgemeesters de wortels van onze democratie aan en is zij volstrekt onaanvaardbaar. Het juryrapport vermeldt ook dat “de bedreigde burgemeester (…) een publiek instituut [is] dat niet meer in staat is te communiceren vanwege geweldsdreiging”.

Het behoeft geen betoog dat een burgemeester die niet meer in staat is te communiceren vanwege geweldsdreiging, ernstig inboet op zijn rol als burgervader, waarvan de communicatie met burgers nu juist een wezenskenmerk is. Er zijn tal van aanwijzingen dat de geweldsdreiging aan het adres van de burgemeester samenhangt met de rol die hem in toenemende mate is toebedeeld bij de bestrijding van (zware, georganiseerde) criminaliteit. Eén van de perspectieven in de discussie over het al dan niet toekennen van nieuwe taken en bevoegdheden aan de burgemeester, zeker die welke op het terrein

[24] A.H.M. Dölle, ‘Burgemeester in de branding’, *TvCR* april 2010, p. 121.

van de criminaliteitsbestrijding liggen, is volgens ons dan ook: welke invloed heeft die regeling op de goede vervulling van de rol van de burgemeester als burgervader?

Vanuit het perspectief burgervaderschap geldt dat als toedeling van nieuwe bevoegdheden aan de burgemeester wordt overwogen, het aanbeveling verdient daarbij te betrekken of daarmee afbreuk wordt gedaan aan de goede vervulling van de rol van burgervader. Dit geldt in de eerste plaats voor bevoegdheden op het gebied van de criminaliteitsbestrijding.

3.5. De expertise van de burgemeester

Bij dit perspectief gaat het om de vraag of het zin heeft de burgemeester een bevoegdheid toe te kennen als hij voor de uitoefening daarvan volledig afhankelijk is van deskundigen.

Toen Eberhard van der Laan een half jaar burgemeester van Amsterdam was, werd hem in een interview gevraagd hoe hij aankeek tegen de bevoegdheden waarover de burgemeester beschikt.[25] Van der Laan zei dat er één bevoegdheid was waar hij graag vanaf zou willen: de gedwongen opname op grond van de Wet BOPZ. De reden daarvoor was dat hij meende op dat terrein volledig afhankelijk te zijn van het oordeel van de door de wet aangewezen deskundige (psychiater). De burgemeester had geen enkele expertise daar zijn eigen oordeel tegenover te stellen en praktisch gesproken dus geen beleids- of beoordelingsruimte.

Inmiddels is de Wet BOPZ op dit punt vervangen door de Wet verplichte ggz waarin de rol van de burgemeester gewijzigd is, maar waar het hier om gaat, is of de burgemeester bevoegdheden toegekend moet krijgen waarover eigen oordeelsvorming redelijkerwijs niet mogelijk is. Zou het in een dergelijk geval niet meer voor de hand liggen dat de rechter of een ter zake deskundige beslissingsbevoegd wordt gemaakt? Het risico bestaat anders dat de burgemeester een vergaarbak wordt van bevoegdheden die niet binnen zijn expertise of beleidsterrein liggen, maar waarvoor hij handig kan worden gebruikt als eenhoofdige snelle beslisser. Daarmee wordt de burgemeester met een bestuurlijke verantwoordelijkheid opgezadeld (die de rechter niet heeft) waarover hij geen enkele controle heeft (die een ter zake deskundige wel heeft).

Vanuit dit perspectief verdient het aanbeveling bij de overweging een nieuwe bevoegdheid aan de burgemeester toe te kennen de vraag te betrekken of de burgemeester een eigenstandige afweging kan maken. Als dat niet het geval is, is dat een contra-indicatie voor toebedeling van een bevoegdheid aan de burgemeester.

[25] 'De Volkskrant op zondag', 23 januari 2011 in De Rode Hoed te Amsterdam.

3.6. Strafrecht of bestuursrecht

Bij dit perspectief gaat het om de invloed die betrokkenheid van de burgemeester bij de bestrijding van criminaliteit heeft op de invulling van het burgemeestersambt.

De burgemeester is na de inwerkingtreding van de huidige Gemeentewet in 1994 in veel sterkere mate dan voorheen een rol gaan spelen bij de bestrijding van georganiseerde zware criminaliteit. De drugshandel speelt daarbij de meest prominente rol, maar ook bijvoorbeeld Outlaw Motor Gangs, mensenhandel, illegaal gokken en witwaswinkels.[26] Daardoor is de burgemeester in een andere positie terecht gekomen dan de Gemeentewetgever destijds voor ogen had.[27] De term die in dit verband de boventoon voert is 'ondermijning'. In de literatuur is die term een succesvol 'frame' genoemd dat als katalysator dient voor een ander gebruik van bestaande en toedeling van nieuwe bevoegdheden.[28] Los van de vraag of dat te maken heeft met een succesvolle 'framing', de praktijk laat inderdaad zien dat de burgemeester sinds de invoering van de Gemeentewet is opgetuigd met tal van nieuwe bevoegdheden die hij gebruikt bij de bestrijding van (drugs)criminaliteit en ook dat zijn klassieke bevoegdheden daarvoor worden ingezet.[29]

Onderdeel van deze ontwikkeling is dat bevoegdheden die vroeger tot het exclusieve terrein van het strafrecht werden gerekend, in het bestuurlijke domein terecht zijn gekomen. Het meest in het oog springende voorbeeld daarvan is artikel 13b Opiumwet dat de burgemeester bevoegd maakt drugspanden te sluiten. Bij de totstandkoming van artikel 13b Opiumwet eind jaren negentig van de vorige eeuw werd de mogelijkheid om zonder ernstige overlast woningen te sluiten wegens drugshandel verworpen. Om een einde te maken aan strafbare feiten dient in zo'n geval het strafrecht te worden benut, aldus destijds de regering. Bestuurlijk optreden door de sluiting van een woning werd toen nog strijdig geacht met het EVRM en de waarborgen voor een goede (strafrechtelijke in plaats van bestuursrechtelijke) rechtsbescherming.[30] Tien jaar later waren deze principiële bezwaren naar de achtergrond verdwenen en werd de bevoegdheid van artikel 13b Opiumwet alsnog uitgebreid tot woningen.[31]

Onderzoek wijst uit dat degenen die betrokken zijn bij de toepassing van deze bevoegdheid, die vaak als strafmaatregel ervaren, en niet als een sanctie die is gericht op herstel van de openbare orde. Sackers

[26] Dit zijn overigens onderwerpen die voor een deel direct verband houden met de handel in drugs.
[27] Zie hierover uitvoeriger: J.H.A. van der Grinten en A.E. Schilder, 'De burgemeester bewapend', in: *Gewapend bestuur, preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Bju 2019, p. 247, 248.
[28] M.I. Tuk & M. Vols, 'Ondermijning en het openbare-orderecht', *NJB* 2018/1190.
[29] De jurisprudentie van de bestuursrechter laat in verband met de strijd tegen drugshandel voorbeelden zien van het gebruik van artikel 13b Opiumwet naast specifieke drugsbepalingen in de APV, horecabepalingen in de APV, de getrapte bevoegdheid tot het instellen van cameratoezicht en preventief fouilleren, en de artikelen 172 lid 3, 174 lid 2, 174a en 175 Gemeentewet.
[30] *Kamerstukken I* 1996/97, 24 699, nr. 103f, p. 1 en 2.
[31] *Kamerstukken II* 2005/06, 30 515, nr. 3, p. 6.

en Salet bijvoorbeeld schetsen op basis van door hen verricht empirisch onderzoek naar (onder andere) de toepassing van artikel 13b Opiumwet[32] een beeld van de praktijk waarin woningsluitingen

"veelal een louter vergeldend en bestraffend karakter [hebben] gekregen, in plaats van gericht op herstel van de illegale situatie (of de openbare orde) of beëindiging of voorkoming van overtreding van de Opiumwet."[33]

Zij vermelden ook dat veel politiemensen bestuurlijke bevoegdheden beoordelen aan de hand van strafrechtelijke doeleinden en bijvoorbeeld de woningsluiting als extra straf zien.[34] De bestuursrechter ziet dat in het algemeen anders, al sluit die niet geheel uit dat een woningsluiting uitpakt als *'criminal charge'* in de zin van artikel 6 EVRM. Dat leidt dan tot vernietiging van het besluit omdat artikel 13b Opiumwet niet is bedoeld om straf op te leggen.[35]

Belangrijker nog dan het al dan niet bestraffende karakter van een bevoegdheid, is volgens ons dat door de burgemeester op bestrijding van (drugs)criminaliteit gerichte bevoegdheden toe te kennen, de context waarbinnen hij opereert verandert. De ontwikkeling waarin de burgemeester een steeds prominentere rol speelt op het terrein van de criminaliteitsbestrijding, heeft niet te onderschatten gevolgen voor het ambt. Wij lichten dat hierna toe aan de hand van een aantal in het oog springende verschillen tussen strafrecht en bestuursrecht en tussen de rechterlijke macht en het openbaar bestuur.

In ons staatsbestel nemen politie en justitie in beginsel het repressieve optreden tegen individuele misdrijven ter hand en worden de daders voor de strafrechter gebracht. De daartoe in het leven geroepen bevoegdheden verschillen wezenlijk van die waarover de burgemeester beschikt. Het strafrechtelijke bouwwerk is gefundeerd op bevoegdheden tot opsporing, vervolging en uiteindelijk bestraffing van de dader door de rechter. Het gaat om bevoegdheden waarvan het gebruik diep kan ingrijpen in het persoonlijke leven van mensen. Daarbij valt te denken aan het verzamelen en uitwisselen van gegevens, het gebruik van geweld, de aanhouding en hechtenis van verdachten, het opleggen van straffen en maatregelen. Tegenover die ingrijpende bevoegdheden staat de rechtsbescherming van de verdachte die omgeven is met tal van waarborgen die het bestuursrecht niet

[32] R. Salet & H.J.B. Sackers, *Bestuurlijke bevoegdheden, politie en de lokale aanpak van onveiligheid*, Den Haag: Sdu 2019.
[33] R. Salet & H.J.B. Sackers, 'Spanningen tussen de bestuurlijke en strafrechtelijke aanpak van criminaliteit', *NJB* 2019/766; zie in dit verband onder andere ook B. van der Vorm, 'De sluitingsbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet: een mogelijk vervolgingsbeletsel voor het Openbaar Ministerie' in *Proces*, afl. 1, 2019 die mede op basis van ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251, *Gst.* 2018/39, m.nt. A. Schreijenberg die de mogelijkheid beschrijft dat een woningsluiting een criminal charge is die op grond van het ne bis in idem-beginsel een barrière kan opwerpen voor strafrechtelijke vervolging en Th. Peters, 'Het sluiten van woningen op basis van de Opiumwet: ordemaatregel of straf?', *Gst.* 2017/122.
[34] R. Salet & H.J.B. Sackers, *Bestuurlijke bevoegdheden, politie en de lokale aanpak van onveiligheid*, Den Haag: Sdu 2019, p. 198.
[35] ABRvS 29 november 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3251.Zie hierover verder L.M. Bruijn, 'De bestuurlijke strijd tegen drugscriminaliteit: de War on Drugs vermomd als aanpak ondermijning', in: A.J. Wilschut, J.V. de Kort en L.M. Bruijn, *Ondermijning*, Preadviezen uitgebracht voor de bijeenkomst van de Jonge VAR op 29 november 2019, Den Haag:Bju 2020, https://verenigingbestuursrecht.nl/activiteiten/jonge-var-2019-ondermijning/.

in dezelfde mate kent, onder meer op het gebied van het wettig bewijs en de overtuiging van een onafhankelijke rechter dat de verdachte het tenlastegelegde delict heeft begaan. In dit strafrechtelijke bouwwerk zijn functionarissen werkzaam die geen of een zeer beperkte publieke rol vervullen. Hun identiteit doet niet ter zake, de samenleving is zich daarvan doorgaans nauwelijks bewust.

De burgemeester daarentegen is verantwoordelijk voor de feitelijke handhaving van de openbare orde. Daartoe (en daartoe alleen) heeft hij ingevolge artikel 11 Politiewet 2012 het gezag over de politie. Die verantwoordelijkheid is echter maar een onderdeel van zijn taak. De burgemeester heeft vele rollen op grond van de Gemeentewet en bijzondere wetten. Een rol die als zodanig niet in de wet benoemd maar daarom niet minder belangrijk is, is de hiervoor beschreven rol van burgervader of -moeder.

Deze rolverdeling staat onder druk door de taak die de burgemeester is toebedeeld bij de aanpak van georganiseerde criminaliteit. In de literatuur is opgemerkt dat met die rol de staatsrechtelijke bevoegdheidsverdeling geweld wordt aangedaan.[36] Wij noemen hierna een aantal risico's.

Het formele onderscheid dat een bestuurlijke aanpak gericht is op ongewenste 'omstandigheden' en de strafrechtelijke aanpak op 'personen', wordt door betrokkenen niet als zodanig ervaren. Zowel burgemeesters als degenen die geraakt worden door hun besluiten, zien het burgemeesterlijk optreden, bijvoorbeeld in geval van woningsluitingen, vaak als bestraffend. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, menen ook wij dat het onderscheid tussen herstel- en bestraffende sanctie in de praktijk dreigt te vervagen. Dat is in verband met de waarborgen die het strafrecht verdachten biedt een bedenkelijke ontwikkeling. Belangrijker voor het onderwerp van deze discussienota is dat de burgemeester meer en meer in de positie van *crimefighter* komt te staan en als zodanig wordt gepercipieerd.

Door zich voor iedereen zichtbaar te begeven in het hart van de aanpak van georganiseerde criminaliteit, is de burgemeester een prooi geworden voor intimidatie en bedreiging door criminelen. De memorie van toelichting bij het concept-wetsvoorstel 'Versterking strafrechtelijke aanpak ondermijnende criminaliteit' vermeldt dat bedreiging in het bijzonder bij ondermijnende criminaliteit onderdeel kan zijn van het bedrijfsmodel van criminelen.[37] De burgemeester is een effectief doelwit: dat bijvoorbeeld de burgemeester van Haarlem maandenlang min of meer ondergedoken heeft gezeten, toont de macht van degenen die het op hem voorzien hebben. Dat deze burgemeester in functie is gebleven, neemt niet weg dat van dergelijke omstandigheden toch een afschrikwekkende werking uit kan gaan. Het is menselijkerwijs veel gevraagd van burgemeesters om zich bij de uitoefening van hun bevoegdheden niets aan te trekken van dit soort bedreigingen. Bovendien is een reëel risico dat het

[36] L.J.J. Rogier, 'De aanpak van criminaliteit en terrorisme; verschuiving van strafrecht naar bestuursrecht' in: L.J.J. Rogier e.a., *Bestuursrechtelijke aanpak van criminaliteit en terrorisme* (VAR-preadviezen nr. 138), Den Haag: Bju 2007, p. 55.
[37] *Kamerstukken II* 2019–2020, 35 564, nr. 3, p.3.

animo voor het burgemeestersambt door dergelijke voorbeelden onder druk komt te staan. Daardoor kan de kwaliteit van het openbaar bestuur worden aangetast.

Ook geldt dat de positie van de burgemeester als burgervader wordt bedreigd door de hem toebedeelde rol bij de bestrijding van georganiseerde criminaliteit, zoals hiervoor al aan de orde kwam. Meerdere auteurs wijzen op dit gevaar.[38] Een burgemeester die voortdurend op zijn hoede moet zijn, kan zich niet meer onbezorgd in het publiek begeven. De vrijheid van de Nederlandse premier om op de fiets naar het Catshuis te gaan, is voor sommige burgemeesters al lang niet meer weggelegd bij hun gang naar het gemeentehuis. Het gaat hier echter niet alleen om beperkingen in het betreden van de fysieke openbare ruimte. Veelvuldige bedreigingen aan het adres van de burgemeester zullen hem onherroepelijk minder onbevangen maken in zijn contacten met de lokale samenleving.

De rol van de burgemeester bij de aanpak van georganiseerde criminaliteit is dus niet zonder risico's voor de verdere invulling van het ambt. Die risico's zouden wellicht hun rechtvaardiging kunnen vinden in de noodzaak de burgemeester bij de bestrijding van criminaliteit te betrekken teneinde effect te sorteren. Onderzoek naar de aanpak van criminele samenwerkingsverbanden laat echter zien dat gemeenten minst genomen ernstige twijfels hebben over de effectiviteit van de bestuurlijke aanpak.[39] Dit onderzoek wijst erop dat relatief positieve waardering bestaat voor de inzet van individuele instrumenten waarvan het directe resultaat wordt gezien, zoals bijvoorbeeld de sluiting van een drugspand of het verhinderen van activiteiten van een dubieuze horeca-eigenaar. Veel lager gewaardeerd wordt de effectiviteit van de aanpak als geheel, waarbij het gaat om meer abstracte doelen waarvan de realisatie maar ten dele afhangt van de inzet van deze instrumenten.[40] Of het doel (bestrijding van georganiseerde criminaliteit) de middelen (optreden door de burgemeester) heiligt, is een beleidsmatige vraag die volgens ons met het oog op het voorgaande in ieder geval niet zonder meer positief kan worden beantwoord.

Vanuit het hier beschreven perspectief geldt dat bij de toebedeling van taken en bevoegdheden in de sfeer van de criminaliteitsbestrijding, de vraag aandacht verdient of een strafrechtelijke aanpak met alle daarvoor bestaande functionarissen, instrumenten en waarborgen niet meer voor de hand ligt dan een bestuurlijke. In dat verband is het van belang oog te hebben voor het risico dat versterking van de rol van de burgemeester op het terrein van criminaliteitsbestrijding ten koste gaat van zijn andere rollen en uiteindelijk de goede vervulling van het ambt als zodanig kan ondermijnen.

[38] Zie bijvoorbeeld S. Zouridis & N. Karsten, 'Geef ons de burgervader terug', in: *Nederlands Dagblad* 20 juni 2019, p. 11.
[39] D.J. Korf, S.J. Luijk & M.E. de Meijer, *Criminele samenwerkingsverbanden. Ontwikkelingen in aanpak en duiding van effectiviteit*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2019, p. 46.
[40] Idem.

3.7. Ondersteuning en informatiepositie

Bij dit perspectief gaat het om het belang dat de burgemeester beschikt over een deugdelijk ambtelijk apparaat met voldoende toegang tot noodzakelijk informatie voor de goede vervulling van hem toebedeelde taken.

Een punt dat in het verlengde van het bovenstaande aandacht verdient is de ondersteuning en informatievoorziening. Zoals hiervoor al is opgemerkt, geldt in het algemeen bij toebedelen van taken en bevoegdheden aan bestuursorganen dat daarbij ook de benodigde middelen moeten worden toegekend om die taken naar behoren te vervullen. Wij richten ons hier meer specifiek op die behoefte in verband met de rol van de burgemeester bij criminaliteitsbestrijding.

Het ambtelijk apparaat waarover de burgemeester beschikt is niet ingericht op de bestrijding van de georganiseerde criminaliteit. Het is ook zeer de vraag of dat wenselijk is gelet op het profiel van dit ambt, dat zich wezenlijk onderscheidt van het OM of andere gespecialiseerde instanties die met de opsporing/bestrijding van crimineel gedrag zijn belast. Naast de hiervoor besproken kwetsbaarheid van de burgemeester voor wraakacties als gevolg van zijn wenselijke zichtbaarheid in het openbare leven, vormt ook dit gegeven een contra-indicatie om nieuwe taken in de semi-justitiële sfeer aan de burgemeester toe te kennen, hoewel hierover natuurlijk verschillend kan worden gedacht.[41] Indien de burgemeester echter (nadere) bevoegdheden op dit terrein krijgt, is een kwantitatief en kwalitatief goed toegeruste ondersteuning binnen de gemeentelijke organisatie juist op dit kwetsbare vlak van groot belang.

Behalve de ondersteuning door middel van het ambtenarenapparaat, is verder nog de verhouding van belang van de burgemeester ten opzichte van andere actoren zoals het OM, de belastingdienst, zorginstellingen etc. Een onderwerp dat daarbij in de praktijk speelt, is de informatiepositie van de burgemeester en in verband daarmee de mogelijkheid van gegevensuitwisseling. Veel meer dan over een gebrek aan bevoegdheden beklagen sommige burgemeesters zich over de onmogelijkheid om relevantie informatie te kunnen uitwisselen, zowel binnen de verschillende diensten van de gemeente onderling, als in de relatie met andere instanties alsook die met collega-burgemeesters.

Vanuit dit perspectief verdient het aanbeveling bij de beslissing tot het al dan niet toekennen van een nieuwe bevoegdheid aan de burgemeester, de kwaliteit van diens informatiepositie te betrekken. Als op

[41] Zoals blijkt uit de Proeve van wetgeving 'Voorkomen en aanpakken ondermijning', Regioburgemeesters, september 2017, http://www.regioburgemeesters.nl/publish/pages/219/proeve_van_wetgeving.pdf van de Regioburgemeesters waarin zij pleiten voor een uitbreiding van hun taakomschrijving in art. 172 lid 1 Gemeentewet. Daarin zou moeten komen te staan: 'De burgemeester is belast met de handhaving van de openbare orde waaronder ook het voorkomen en bestrijden van criminele activiteiten.' Zie hierover ook Voorlichting van de Raad van state over de rol van gemeenten bij de aanpak van ondermijnende criminaliteit van 2 april 2019 https://www.raadvanstate.nl/@114668/voorlichting-rol/.

voorhand valt te voorzien dat die onvoldoende is voor de goede uitoefening van de bevoegdheid, kan dat een contra-indicatie zijn voor de taak- of bevoegdheidsuitbreiding, tenzij tevens de benodigde wetgeving in het leven wordt geroepen die in de opheffing van dit tekort voorziet, uiteraard binnen de grenzen van EU-regelgeving op het terrein van gegevensverwerking.[42]

4. De perspectieven in het kort

Hiervoor hebben wij uiteengezet dat de rol van de burgemeester in de afgelopen decennia is veranderd. De burgemeester is sinds de inwerkingtreding van de Gemeentewet in 1994 zowel door de formele wetgever als de gemeenteraad uitgerust met een steeds groter arsenaal aan taken en bevoegdheden. Er bestaat geen eenduidig criterium aan de hand waarvan kan worden beoordeeld wanneer een door de wetgever wenselijk geachte bevoegdheid aan de burgemeester moet worden toebedeeld. Uit de wetsgeschiedenis kan ook niet altijd worden opgemaakt wat de reden is dat een bevoegdheid uitgerekend aan de burgemeester wordt toegekend.

Ter bescherming van de goede vervulling van het burgemeestersambt is het wenselijk dat een bevoegdheid niet 'zomaar' aan de burgemeester wordt toegekend, maar dat dat weloverwogen gebeurt. Dat betekent dat aandacht bestaat voor de verschillende rollen die de burgemeester heeft, en hoe de vervulling daarvan wordt beïnvloed door toekenning van nieuwe bevoegdheden. Zo kunnen bevoegdheden die de rol van de burgemeester op het gebied van criminaliteitsbestrijding vergroten, leiden tot belemmeringen in de vervulling van zijn rol als burgervader. In deze discussienota hebben wij de belangrijkste perspectieven geschetst die volgens ons moeten worden betrokken in de afweging of een bevoegdheid al dan niet aan de burgemeester wordt toegekend. Ter afsluiting vatten wij die hierna samen.

1. *Democratische legitimatie*

Bij dit perspectief gaat het om de verschillen in democratische legitimatie bij de toekenning en uitoefening van bevoegdheden op lokaal niveau: bij de toedeling van een bevoegdheid is het van belang rekening te houden met de lokale democratische controle. In dat verband is het niet alleen van relevant welk orgaan de bevoegdheid krijgt, maar ook hoe die wordt toegekend (rechtstreeks of getrapt) en hoe de controle op de uitoefening ervan is geregeld.

2. *Eenhoofdig of collegiaal?*

Bij de mogelijke toekenning van een bevoegdheid op lokaal niveau dient de vraag te worden beantwoord of een bevoegdheid het beste collegiaal (door het college) of eenhoofdig (door de burgemeester) kan worden uitgeoefend. Uitgangspunt hierbij zou dienen te zijn dat collegiaal bestuur de regel en eenhoofdig bestuur de uitzondering daarop vormt. Daarom verdient het aanbeveling

[42] Een belangrijke stap die in dit verband al gemaakt wordt is het wetsvoorstel gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden (Kamerstuk 35447).

voorafgaand aan toekenning van een bevoegdheid aan de burgemeester na te gaan op welke grond van de hoofdregel zou moeten worden afgeweken en dat te motiveren.

3. *De openbare orde-portefeuille*

De zorg voor de openbare orde is een verantwoordelijkheid die berust bij zowel de gemeenteraad, het college van B&W als de burgemeester. Het verdient vanuit dit perspectief aanbeveling voor ogen te houden dat niet alles wat onder de noemer 'openbare orde' kan worden gebracht ook zonder meer bij de burgemeester thuishoort. Zijn specifieke rol op dit terrein komt met name tot uitdrukking bij de feitelijke/onmiddellijke handhaving van de openbare orde waar hij als eenhoofdig orgaan snel kan ingrijpen, zo nodig met behulp van de sterke arm.

4. *Burgervaderlijke/-moederlijke rol*

Bij dit perspectief gaat het om de betekenis van de niet wettelijk omschreven rol van de burgemeester als burgervader/- moeder en de vraag hoe die kan worden beschermd. Als toedeling van een nieuwe bevoegdheid aan de burgemeester wordt overwogen, verdient het aanbeveling daarbij te betrekken of daarmee afbreuk wordt gedaan aan de goede vervulling van de rol van burgervader. Dit geldt in de eerste plaats voor bevoegdheden op het gebied van de criminaliteitsbestrijding.

5. *De expertise van de burgemeester*

De vraag kan worden gesteld of het zin heeft de burgemeester een bevoegdheid toe te kennen als hij voor de uitoefening daarvan volledig afhankelijk is van deskundigen. Vanuit dit perspectief verdient het aanbeveling om bij de overweging een nieuwe bevoegdheid aan de burgemeester toe te kennen de vraag te betrekken of de burgemeester een eigenstandige afweging kan maken. Als dat niet het geval is, is dat een contra-indicatie voor toebedeling van een bevoegdheid aan de burgemeester.

6. *Strafrecht of bestuursrecht*

Bij de toebedeling van taken en bevoegdheden in de sfeer van de criminaliteitsbestrijding, moet worden onderzocht of een strafrechtelijke aanpak met alle daarvoor bestaande functionarissen, instrumenten en waarborgen niet méér voor de hand ligt dan een bestuurlijke. In dat verband is het van belang oog te hebben voor het risico dat versterking van de rol van de burgemeester op het terrein van criminaliteitsbestrijding ten koste kan gaan van zijn andere rollen en uiteindelijk de goede vervulling van het ambt als zodanig kan ondermijnen.

7. *Ondersteuning en informatiepositie*

Bij dit perspectief gaat het om het belang dat de burgemeester beschikt over een deugdelijk ambtelijk apparaat met voldoende toegang tot noodzakelijke informatie voor de goede vervulling van hem toebedeelde taken. Vanuit dit gezichtspunt verdient het aanbeveling bij de beslissing tot het al dan niet toekennen van een nieuwe bevoegdheid aan de burgemeester, de kwaliteit van diens informatiepositie te betrekken. Als op voorhand valt te voorzien dat die onvoldoende is voor de goede uitoefening van de bevoegdheid, kan dat een contra-indicatie zijn voor de taakuitbreiding, tenzij tevens de benodigde wetgeving in het leven wordt geroepen die in de opheffing van dit tekort voorziet, uiteraard binnen de grenzen van EU-regelgeving op het terrein van gegevensverwerking.