

Lettres persanes 10. De Belgische morele openbare orde beschermd. Vroeger was het vrijer

Paul De Hert & Karen Meerschaut*

Met de wetten van 1999 en 2004 betreffende de invoering van gemeentelijke administratieve sancties in België hebben gemeenten belangrijke nieuwe bevoegdheden gekregen betreffende overlast en veiligheid. Voortaan kunnen gemeenteambtenaren voor gedragingen die 'openbare overlast' veroorzaken een bestuurlijke sanctie tot € 250 opleggen. De gemeenten beschikken over een ruime marge om te bepalen wat onder overlast dient begrepen te worden. Waar vroeger alleen materiële schendingen van de openbare orde een geldige rechtsbasis vormden voor het ingrijpen van lokale overheden, wordt voortaan aangenomen dat schendingen van de morele openbare orde volstaan.

Nieuwe overlastwetten

Met de wetten van 1999 en 2004 betreffende de invoering van gemeentelijke administratieve sancties in België hebben gemeenten belangrijke nieuwe bevoegdheden gekregen betreffende overlast en veiligheid. De eerste overlastwet ('de Wet van 13 mei 1999 tot invoering van de gemeentelijke administratieve sancties') voegde het begrip 'openbare overlast' toe aan het begrippenarsenaal van de Gemeentelijke basiswet (art. 135, §2, lid 7 van de Nieuwe Gemeentewet) en voegde een artikel 119bis toe waardoor de gemeenteraad voortaan kan opteren voor een bestuursrechtelijke afhandeling van overtredingen op zijn politiereglementen of -verordeningen. De gemeenteraad moet een keuze maken of ze een strafrechtelijke sanctie of een bestuurlijke sanctie koppelt aan een bepaalde overtreding. De twee

* Beiden werkzaam aan de Vrije Universiteit Brussel respectievelijk als hoogleraar en post-doc. Dit artikel kadert binnen een project 'Legitimatie justice in times of insecurity' (GOA) en een IWOIB-studie voor het Brussels Gewest.

samen is niet mogelijk.¹ In het kort liet de wet toe dat gemeentebesturen voor gedragingen die ‘openbare overlast’ veroorzaken een bestuurlijke sanctie tot € 250 oplegden.

De wet van 1999 bleef om een aantal redenen een dode letter. De nieuwe wetten van 7 mei en 17 juni 2004 tot wijziging van de Jeugdbeschermingwet en de Nieuwe Gemeentewet verruimden daarom de toepassingsmogelijkheden van dit nieuwe overlastinstrumentarium. Deze wetten brachten in hoofdzaak de volgende vier aanpassingen met zich.

- Ten eerste verruimde ze het toepassingsgebied van de administratieve sancties door depenalisering van een reeks overtredingen uit het Strafwetboek, zoals het niet reinigen van straten, het niet herstellen van krotten, afschieten van vuurwerk, moeskopperij, nachtlawaai, vandalisme, waarzeggerij, wildplakken van affiches en graffiti (de ‘kleine’ criminaliteit). De depenalisering liet de gemeenten toe deze delicten op te vissen in hun lokale politiereglementen en er ofwel opnieuw politiestraffen ofwel administratieve boetes aan te verbinden. De wet liet eveneens toe voor elf andere misdrijven uit het Strafwetboek (bijvoorbeeld bedreigingen, diefstal, beledigingen, grafschennis) om er voortaan ook administratieve boetes voor te bepalen in de lokale reglementen (de zogenoemde ‘gemengde inbreuken’) en deze administratief te vervolgen indien het Openbaar Ministerie geen strafrechtelijke actie ondernam na verbalisering.²
- Ten tweede werd het voortaan mogelijk om de vaststelling betreffende pure administratieve inbreuken toe te wijzen aan bepaalde gemeentebesturen, bepaalde ambtenaren van de vervoersmaatschappijen én aan private bewakingsagenten.
- Ten derde werd de mogelijkheid ingevoerd tot oplegging van een gemeentelijke administratieve sanctie aan minderjarigen vanaf 16 jaar.

1 Art. 119bis NGW. De bestuurlijke sancties zijn: een bestuurlijke geldboete met een maximum van € 250 (het dubbele van de maximale politiegeldboete op overtredingen); een bestuurlijke schorsing van een door de gemeente afgeleverde toelating of vergunning (door het college van burgemeester en schepenen); een bestuurlijke intrekking van een door de gemeente afgeleverde toelating of vergunning (door het college van burgemeester en schepenen); de bestuurlijke sluiting van een instelling die tijdelijk of definitief kan zijn (door het college van burgemeester en schepenen).

2 De reparatiewet van 2005 en de nieuwe wet van 25 januari 2007 tot bestraffing van graffiti hebben vervolgens een aantal gedepenaliseerde misdrijven gerepenaliseerd, onder meer nachtlawaai, vandalisme en graffiti. Deze inbreuken werden onder de categorie van gemengde inbreuken gebracht. Probleem was immers dat wanneer gemeenten nalieten deze feiten via administratieve weg te sanctioneren, deze ‘straffeloos’ konden worden gepleegd.

- Ten vierde werd een voorafgaande facultatieve (voor minderjarigen verplichte) bemiddelingsprocedure ingevoerd (art. 119ter N. Gem.). Administratief sanctioneren kan dus geen automatisme worden. Er moet of mag eerst bemiddeld worden.

Het begrip overlast

Het begrip overlast heeft een open karakter. Het begrip is vaag en multi-interpretabel.³ Bovendien bestaat er een verschil in betekenis tussen de Nederlandse term 'overlast' en de Franstalige term 'incivilités' (onburgerlijk gedrag of onwillevendheden). Dat maakt het begrijpen van de nieuwe wetgeving niet eenvoudig. Artikel 135, §2, 7° van de Gemeentewet luidt als volgt: 'het nemen van de nodige maatregelen, inclusief politieverordeningen, voor het tegengaan van alle vormen van openbare overlast'. Op grond van deze bepaling kunnen gemeenten thans al optreden *ingeval zij bewijzen dat er sprake is van een fenomeen van overlast, zonder dat zij de grondige verstoring van de materiële openbare orde moeten bewijzen*.⁴

Luidens de *memorie van toelichting* gaat het bij overlast om lichte vormen van verstoring van de openbare orde, waartegen de gemeenten voordien niet of moeilijk konden optreden, omdat niet altijd werd aanvaard (door de Raad van State) dat bepaalde vormen van overlast een impact hebben op de openbare orde. Het gaat met andere woorden om een andere vorm van openbare ordeverstoring dan die welke traditioneel onder het begrip openbare orde werd verstaan. We komen hier onmiddellijk op terug. De bedoeling

3 Decorte, T., De Ruyver, B., Ponsaers, P., Bodein, M., Lacroix, A.C., Lauwers, S., Tuteleers, P., *Drugs en Overlast*, Gent: Academia Press 2004; Matthews, R. en Pitts, J., *Crime, Disorder and Community Safety*, Londen: Routledge. Ook in recente wetenschappelijke literatuur inzake overlast wordt erop gewezen dat de invulling van dit begrip in grote mate samenhangt met de tolerantiedrempel van de burger. De inhoud van dit begrip is niet objectief vaststelbaar, maar is datgene wat door de burger subjectief als dusdanig wordt ervaren. E. Devroe en P. Ponsaers, 'De discussie over (drug)overlast: Enkele wetenschappelijke bevindingen' in Mieke Santens (ed.), 'Gewapend Bestuur?', *Tegenspraak-Cahier* 24, 2005, (141), 142; Verfaillie, K., Beyens, K., Blommaert, J., Meert, H. en Stuyck, K., 'De "overlastmythe". Het geïnstitutionaliseerd onvermogen om constructief om te gaan met samenlevingsproblemen?', te verschijnen in: *Panopticon*, 2007, 1-14.

4 L. Veny & N. De Vos (ed.), *Gemeentelijke administratieve sancties*, Brugge: Vanden Broele, 2005, p. 21; zie ook Paul De Hert, 'Privatisering, decodificatie, instrumentalisering en wurging van de strafrechtelijke "void for vagueness"-doctrine door de wet gemeentelijke administratieve sancties' in: M. Santens (ed.), *Gewapend bestuur? Gemeentelijk bestuur(srecht) en gemeentelijke administratieve sancties ter bestrijding van overlastfenomenen en kleine criminaliteit*, Brugge: Die Keure, 2005, 67-88.

van de nieuwe wet is om 'de gemeente wat meer armslag te geven voor het voeren van een lokale veiligheidspolitiek door toe te laten als motivering voor een bepaalde maatregel te verwijzen naar het bestaan van openbare overlast, zonder noodzakelijkerwijze het bewijs van inbreuk op de materiële openbare orde te moeten leveren'. De toelichting bij de wet geeft de volgende voorbeelden: het afgaan van een autoalarm, toestanden van overlast in de omgeving van een megadancing zoals het voortdurend af en aan rijden van voertuigen, het wildplassen, het achterlaten van etensresten, enzovoort.⁵ Luidens *omzendbrief OOP3obis* heeft de openbare overlast betrekking op

'voornamelijk individuele, materiële gedragingen die het harmonieuze verloop van de menselijke activiteiten kunnen verstoren en de levenskwaliteit van de inwoners van een gemeente, een wijk, een straat, kunnen beperken op een manier die de normale druk van het sociale leven overschrijdt. Men kan openbare overlast beschouwen als lichte vormen van verstoring van de openbare rust, veiligheid, gezondheid en zindelijkheid. Dit begrip vervolledigt het systeem van de administratieve sancties en de nieuwe bevoegdheden die zijn toegekend aan de burgemeester, om gedragingen te beteugelen die niet als zeer ernstig beschouwd worden maar die in het dagelijkse leven als bijzonder hinderlijk worden ervaren (zonder hiervoor beroep te moeten doen op de strafgerichten)'.⁶

De gemeenten mogen in principe enkel hun administratieve politiebevoegdheden aanwenden in het licht van de bewaring van de publieke orde. Het begrip openbare orde had traditioneel betrekking op de openbare rust, de openbare veiligheid en de gezondheid. Vaste rechtspraak van de Raad van State van vóór de wet van 1999 stelde dat de openbare orde een materiële openbare orde moest betreffen. Gemeenten waren a priori niet bevoegd voor een morele ordehandhaving, behalve in uitzonderlijke gevallen: 'wanneer de morele wanorde zichtbaar wordt met het gevaar te ontaarden in

5 Parl.St. Kamer 1998-99, nr. 2031/1, 2 en 8-9 (memorie van toelichting) en Parl.St. Kamer 1998-99, nr. 2031/4, 32-33 (commissieverslag).

6 Omzendbrief OOP 3obis van 3 januari 2005 aangaande de uitvoering van de wetten van 13 mei 1999 tot invoering van de gemeentelijke administratieve sancties, van 7 mei 2004 tot wijziging van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming en van 17 juni 2004 tot wijziging van de nieuwe gemeentewet (B.S. 20 januari 2005). Bij wijze van voorbeeld geeft de omzendbrief 17 overlastvoorbeelden, maar deze lijst is dus niet limitatief. Minister Arena gaf de volgende voorbeelden: 'spuwen, bedreigende en massale samenscholingen, vernederend en agressief gedrag tegenover vrouwen, lawaai en geweld, beledigingen, graffiti, vijandigheden op het openbaar vervoer'. 'Weldra gemeentelijke boetes voor overlast', *Metro*, 7 mei 2004, 1.

materiële onlusten (...)’ of ‘behalve indien de morele wanorde materiële wanorde tot gevolg heeft’.⁷ Overwegingen met betrekking tot de morele bescherming van de jeugd, het behoud van de landschapsesthetiek, enzovoort, konden aldus niet worden ingeroepen. Bijvoorbeeld besliste de Raad van State dat een film niet kan worden verboden op grond van het immorele karakter van de film. Tevens was de Raad van oordeel dat aanwezigheid van minderjarigen in een discotheek uitsluitend de morele orde aan belangt, (RvS, nr. 50.082 van 8 november 1994 inzake GIKO tegen gemeente Brassaat), dat drugsgebruik an sich enkel betrekking heeft op de morele openbare orde en ook dat tegen schoolspijbelen kan niet worden opgetreden.

Of die rechtspraak zo blijft is niet zeker. Met de wet van 13 mei 1999 is de gemeente immers ook bevoegd betreffende openbare overlast. Hierdoor zou de wetgever naar eigen zeggen *niets* hebben willen toevoegen aan veiligheid, rust en gezondheid. Tussen openbare orde en overlast bestaat geen onderscheid qua aard, maar wel qua intensiteit, aldus de wetgever. Het moet nog steeds gaan om een ongewone materiële situatie, doch het niveau van ernst ligt minder hoog dan bij het begrip openbare orde.⁸ De memorie van toelichting en de omzendbrief OOP30 laten echter uitschijnen dat door de invoering van het begrip openbare overlast voortaan ook politie maatregelen kunnen worden getroffen betreffende de *morele* openbare orde. Voorbeeld voor het optreden tegen een uitgaansgelegenheid is dat geen verstoring van de materiële openbare orde meer is vereist (zoals ernstig gevaar voor rellen, verkeersongevallen, vandalisme).⁹ De introductie van het begrip ‘overlast’ opent dus een deur om de toetsing van de Raad van State te omzeilen en het de lokale bestuurders gemakkelijker te maken om vrijheden van burgers (zoals het openen van een dancing, café of lunapark, roken en spijbelen op school) aan banden te leggen. Policy ruled governance treedt in de plaats van ‘legal-ruled governance’.¹⁰ In het verleden is al gewaarschuwd voor het aanvullen van de klassiek liberale criteria inzake schade (*‘harm’*) met morele criteria zoals het aanstootbeginsel.¹¹ Ook is al gewezen op een potentiële ontwikkeling naar een strafstaat op lokaal vlak: het morele offen-

7 Bijv. druggebruik heeft een negatieve weerslag op het rijgedrag en betekent dus een potentiële gevaar voor de algemene verkeersveiligheid; zie RvS nr. 53.398 van 19 mei 1995 in de zaak van Club X tegen de gemeente Wuustwezel.

8 Zie L. Veny en N. De Vos, Gemeentelijke administratieve sancties, Vanden Broele 2005, 15-21.

9 Idem, 46.

10 R. van Swaaningen, ‘Het confectiepak van product-manager Justitie’, *Recht en Kritiek* (1995) 27.

11 Over deze problematiek: C. Maris, ‘Tot de dood ons scheidt’, in: C. Maris, E. Lissenberg & D. Pessers, *Recht en liefde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1996, 10-11.

sief tegen armen en lastigen wordt niet federaal ingezet, maar wordt ter harte genomen door lokale overheden.¹² Niet de ministers, maar de burgemeesters en de gemeenteraden gaan de weg vrijmaken voor de zogenoemde veiligheidsstaat. Met deze term wordt een samenleving geduid waarin burgers in toenemende mate als verantwoordelijken worden gezien en waarbij de grenzen van het te bestrijden kwaad worden opgetrokken tot allerlei dagelijkse ongenoegens (wat de nood aan overheid als behoeder van de veiligheid alleen maar doet toenemen).¹³ Op dit punt is een waakzame rol weggelegd voor de centrale overheid. Niet de lokale burgemeester, maar de nationale wetgever moet via strafbepalingen of via een nationaal vergunningssysteem annex controlesysteem duidelijk maken welke handelingen moreel verwerpelijk zijn of schade toebrengen aan de menselijke waardigheid.¹⁴ Dat gebeurt dus niet. Integendeel.

De praktijk van de nieuwe wetgeving

Het was uitkijken naar de praktijk van de nieuwe wetgeving of dit sombere beeld werkelijkheid zou worden. Vooruitlopend op wetenschappelijke publicaties hebben we in kranteninterviews melding gemaakt van onze bevindingen over toegenomen 'penalisering' door de gemeenten in de handhavingpraktijk.¹⁵ Reeds bestaande delicten uit het Strafwetboek en de politiereglementen die een slapend penaal bestaan kenden, worden administratief tot leven gebracht. Gemeentelijke verbodsbepalingen op wildplassen zijn eeuwenoud, maar worden nu pas effectief administratief beteugeld. Vroeger werden processen-verbaal ten aanzien van wildplassers steeds door het Openbaar Ministerie geseponeerd, doch dit orgaan is niet meer betrokken bij de administratieve beboeting. Daar is toch niets mis mee, horen we onze Nederlandse lezers denken die gewend zijn aan een afstemming van normbepaling en normhandhaving, maar zo eenvoudig liggen die zaken niet, zeker niet voor Belgen. Een norm die niet gehandhaafd wordt in België heet een compromisnorm waar niemand zich verder iets van aantrekt. Dat

12 Paul De Hert, 'Privatisering, Decodificatie, Instrumentalisering en Wurgig', *Tegenspraak-Cahier* 24, 2005, (67), 85-87; De Hert, P. & D. Haché, 'Over de kleur van veiligheid', *Samenleving en Politiek*, 1996/10, 4-18.

13 J. Bouttelier & B. Van Stokkom, 'Consumptie van veiligheid; van verzorgingsstaat tot veiligheidsstaat' *JV* 1995, nr. 5, 96-111. Een meer genuanceerd concept geeft Ph. Mary, 'L'Etat Sécuritaire, un mythe?', *Journal des Tribunaux* 2007, 325-327.

14 N. Deffains, 'Les autorités locales responsables du respect de la dignité de la personne humaine. Sur une jurisprudence contestable du Conseil d'Etat', *Rev.trim.de.h.* 1996, 681 & 683.

15 Consulteerbaar via <www.vub.ac.be/LSTS/pub/index.shtml>.

heeft voor- en nadelen. Nadeel in verband met wildplassen is dat door het feitelijk aanvaarden van dit ongemak er nergens publieke toiletten staan. Door het wegvallen van bomen, struiken en cafés en het jarenlang niet investeren in openbaar sanitair wordt het plots handhaven van het papieren verbod op wildplassen erg willekeurig.¹⁶

De maatschappelijke onrust betreft niet alleen oude normen die tot leven worden beboet, doch ook nieuwe normen ter beboeting van nieuwe ongemakken. Zo stond het land in rep en roer toen de moeder van een dertienjarig jongetje uit Mechelen te horen kreeg dat zoonlief ('Luka') was opgepakt wegens 'overlast door skaten op een openbaar plein'.¹⁷ Het was inderdaad wachten op de eerste niet-immigrant om de problematiek van de nieuwe repressie op de democratische agenda te krijgen, wat ook gebeurde. *De Standaard*, een belangrijke opiniekrant, publiceerde een prachtige foto van Luka, compleet met skateboard en tandbeugel, naar de lezer kijkend met de charme van een reclameposterkindje dat we allen zo willen adopteren. De nervositeit bij de Mechelse verantwoordelijken over 'het geval Luka' liet zich raden.

Amusant is wat zich dan afspeelt. Niet de rechtsstaat maar de democratie zet zich in werking. Onder druk van de Vlaamse Dienst Speelpleinwerk en gesteund door het Kinderrechtencommissariaat, hebben vijftig gemeenten aangekondigd dat ze in hun politiereglementen zullen opnemen dat het spel van kinderen niet meer als overlast wordt beschouwd.¹⁸

De praktijk van de nieuwe wetgeving en de houding van de Raad van State

Ook amusant is de houding van de Raad van State. Dit in Nederland naar ons gevoel wat ondergewaardeerd orgaan speelt in het Belgische landschap een belangrijke rol. Zoals hiervoor al beschreven, vormt het al decennialang de schrik van vele lokale bestuurders die maar al te graag dancings en jeugdlokalen sluiten wegens hinder en daarbij steeds stuk lopen op deze Raad met zijn strenge, maar correct liberale leer, dat alleen materiële verstoringen van de openbare orde geldige rechtsgronden vormen.¹⁹ Ons inziens is die leer de

16 Paul De Hert & Karen Meerschaut, 'Plassen in het land van manneke pis', *De Morgen*, 27 oktober 2007, 8.

17 Veerle Beel, 'Skaten: spel of overlast?', *De Standaard*, 12 oktober 2007, 13.

18 Idem. Zie over de acties van de Vlaamse Dienst Speelpleinwerk onder meer <www.zwijgkleine.be/data/20060117-ReactieVDS.pdf>.

19 Men leze G. Plas, *Het vergaderrecht, de ordehandhaving en de bestuurlijke overheden*, Kortrijk, Uga, 1999, 171p.; D. Steenlandt, 'Schets van de gemeentelijke politiebevoegdheid', *Vigiles* 1996, nr. 3, 1.

enige juiste. Gemeenten zijn of niet bevoegd of zouden het niet mogen zijn om de moraal te handhaven, wat erop neerkomt dat ze zich in regel niet kunnen verzetten tegen dancings, cafés, lunaparken en zich moeten onthouden van moraliserende initiatieven tegen het roken en het spijbelen op school, tenzij hiervoor motieven van openbare ordehandhaving kunnen ingeroepen worden. Hoezeer deze verplichte neutraliteit ook als onverschilligheid en leegheid kan geïnterpreteerd worden, ze blijft de enige correcte houding van een overheid in een moderne samenleving gekenmerkt door diverse levenshoudingen en levenswijzen. In tijden waarin het moraliserende discours elk overheidswantrouwen schijnt te neutraliseren, bestaat de verleiding om in hoofde van de lokale overheden een zekere bevoegdheid te erkennen op het vlak van de publieke moraal.

Rechters zijn niet immuun voor dergelijke ontwikkelingen. In Frankrijk kreeg het arrest van de Raad van State dat een gemeentelijk verbod op dwergwerpen liet bestaan,²⁰ felle kritiek vanuit de doctrine. Hoewel er nobelere dingen zijn in het leven dan toe te kijken op dwergen die tegen betaling met zich laten smijten, wordt de openbare orde door dit vermaak niet bedreigd en had de Franse Raad van State het verbod nietig moeten verklaren.²¹

De Belgische wetten van 1999 en 2004 betreffende de invoering van gemeentelijke administratieve sancties hebben zoals reeds aangegeven uitdrukkelijk de bedoeling om meer ruimte te creëren voor moreel overheidshandelen en voor morele rechtspraak. Het was dus uitkijken naar de houding van de Belgische Raad van State die voor de keuze staat om een oude, liberale grondhouding aan te houden, dan wel om mee te gaan in de nieuwe ongemakkenpolitiek.

Voorlopig is het nog niet duidelijk waar de Raad naartoe gaat. Uit een recent schorsingsarrest van 11 januari 2007 over een verbod in een algemeen gemeentelijk politiereglement op het aanbieden van alcoholische dranken via automaten en via automatische winkels, kan voorlopig niet worden afgeleid dat de Raad van State van plan is om onder openbare overlast ook de bescherming van de morele openbare orde te verstaan. In zoverre een verbod op drankautomaten niet gestaafd kan worden door duidelijk aantoonbare feiten van overlast en enkel overmatig drankgebruik door minderjarigen wil beletten, behelst dit een verstoring van de morele openbare orde. De Raad van State maakt in dit arrest duidelijk dat de gemeente hier-

20 Over het verbod op dwergwerpen in Frankrijk: Cons. Etat Fr., 27 oktober 1995, Rev.trim.de.h. 1996, 657-673.

21 N. Deffains, l.c., 683.

voor niet bevoegd is.²² Het blijft echter wachten op verdere rechtspraak van de Raad om meer duidelijkheid te krijgen over wat de gevolgen zijn van de invoering van het begrip openbare overlast en het verschil met het begrip openbare orde.

22 Raad van State, 11 januari 2007, Bvba L&S Vending tegen de stad Hoogstraten, Rechtskundig Weekblad, 2007-2008, noot P. De Hert & K. Meerschaut, te verschijnen.