

Het gekraakte verbod

Kraken: een harde juridische noot

Merel Koning¹

Op 1 oktober 2010 was het zover. Na 39 jaar politiek debat leek toch eindelijk het kraken definitief van het Nederlandse straattoneel te verdwijnen. Met de invoer van de Wet kraken en leegstand beoogde de wetgever kraken onder alle omstandigheden te verbieden. Kraken is als misdrijf strafbaar gesteld in art. 138a Sr en de bevoegdheid tot ontruiming is in art. 551a Sv neergelegd. Nu, bijna een jaar na invoering, is het kraakverbod tot een papieren tijger geworden en heeft het alle kenmerken van een sterk juridisch zwaard in de strijd tegen de koevoet verloren. Dit artikel geeft een overzicht van de totstandkoming van het kraakverbod² en van de juridische argumenten en de procesvoering tegen dat kraakverbod.

Totstandkoming

Tijdens de parlementaire behandeling van art. 138a Sr in oktober 2009 deed de Hoge Raad uitspraak over de rechtmatigheid van de tot dan toe gevoerde strafrechtelijke ontruimingspraktijk van kraakpanden.³ De Hoge Raad legt uit dat een kraker huisrecht heeft.⁴ Het huisrecht beschermt een bewoner ongeacht de titel van dat wonen.⁵ Een ontruiming maakt inbreuk op dit fundamenteel grondrecht en dient derhalve te berusten op een in een formele wet neergelegde en daarin voldoende kenbaar en voorzienbaar omschreven bevoegdheid.⁶ De artikelen waar het Openbaar Ministerie (OM) en politie haar ontruimingsbevoegdheid in las, beantwoordden niet aan dit criterium.⁷

In de noot bij dit arrest schrijft mr. Mevis helder:

'De praktijk heeft er, deels met rechterlijke zegen, kennelijk jarenlang vrolijk en onbekommerd en niet gekweld door al te veel vragen naar de legitimiteit van het eigen

optreden "strafrechtelijk op los ontruimd" [...] Als de Hoge Raad dan zo dwars ligt, wordt de wetgevende pen fluks ter hand genomen.⁸

Wetgevers poging om na het arrest tot een expliciete ontruimingsbevoegdheid te komen, art. 551a Sv, luidt:

'In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in de artikelen 138, 138a en 139 van het Wetboek van Strafrecht kan iedere opsporingsambtenaar de desbetreffende plaats hetreden.

Zij zijn bevoegd alle personen die daar wederrechtelijk vertoeven, alsmede alle voorwerpen die daar ter plaatse worden aangetroffen, te verwijderen of te doen verwijderen.⁹

Het OM las hierin een bevoegdheid om naar eigen goeddunken vast te stellen of een pand gekraakt is om vervolgens tot ontruiming over te gaan, zonder enige navraag of aankondiging bij bewoners en eigenaar. Pardon? ... Ver-

Auteurs

¹ Merel Koning is medeauteur informatie-recht aan de UvA en oprichter van Stichting 138a, een kennis- en expertisecentrum rondom kraak- en leegstandwetgeving.

Noten

² Wet kraken en leegstand, Wet van 24 jan 2010, Sb. 2010, 320.

³ HR 9 oktober 2009, NJ 2010/213.

⁴ HR 9 oktober 2009, NJ 2010/213, r.o. 3.8; p. 12. Oe, art. 8 EVRM en art. 17 IVSR. Dit materiële rechtelijke uitgangspunt beschijft de HR eerder uiteenzet in HR 22 september 1987, NJ 1988/286, alzoek in HR 4 september 2007, NJ 2007/491 en trouwens ook al in HR 14 december 1914.

⁵ Dit quodlibet sluit het af metingen alicht verbaan - aan bij de uitdrukkelijke

opdracht van de wetgever zoals valt te lezen in de motie van antwoord bij de Algemene wet op het binnenreden.

Kantonsluisen 11988/89, 1987, nr. 5, p. 12-13.

⁶ HR 9 oktober 2009, NJ 2010/213, r.o. 3.10.

⁷ Art. 124 HO en art. 2 Polv. Dit geldt ook voor deze artikelen in samenhang met art. 439a Sv. Dit artikel veldt het kru-

ken van een pand dat vóór dan één jaar leegstand strafbaar, en heeft het strafrecht versterkt met de invoering van de Wet kraken en leegstand. Ook bevoegdheid tot binnenreden ter aanhouding van een verdachte ex art. 55 lid 2 Sv omvat niet de bevoegdheid tot ontruiming.

⁸ HR 9 oktober 2009, NJ 2010/213, r.o. 3.10.

⁹ HR 9 oktober 2009, NJ 2010/213, r.o. 3.10.



Amsterdamse politie ontruimt een kraaklocatie © ANP Paul Vreeker

meende krakers, sympathisanten, juristen en advocaten trokken ten strijde en spanden twee procesprocessen aan. In de volgende twee paragrafen een greep uit de argumenten die zij aanvoeren.

Rechtsstatelijke argumenten

Art. 551a Sv voorziet in de bevoegdheid tot binnentreden op basis van *verdenking* van overtreding. De ontruimingsbevoegdheid, gegeven in de tweede volzin, bestaat slechts ten aanzien van personen die aldaar *wederrechtelijk* verblijven. De wederrechtelijkheid van het verblijf dient derhalve vast te staan, alvorens de bevoegdheid intreedt. Strafrechtelijke ontruiming kan dus alleen plaatsvinden na een onherroepelijke veroordeling door een strafrechter. Dit is in lijn met het wezenskenmerk van onze rechtstaat, de scheiding der machten.¹⁰ Enkel de rechter is bevoegd om over de wederrechtelijkheid te oordelen. Het bovenstaande vindt ook steun in de strafvorderlijke wetssystematiek waarbij de verdenkingsgraad uitdrukkelijk genoemd wordt alvorens een bevoegdheid intreedt. Strafvorderlijke bevoegdheden dienen alleen in dienst van het opsporingsonderzoek ingezet te worden. Ontruiming hindert dit onderzoek, de vermeende strafbare situatie wordt immers opgeheven. Daarbij beslecht ontruiming een bij uitstek civiel conflict tussen bewoner en eigenaar. Er staan voldoende civiele rechtsmiddelen ter beschikking van de eigenaar om weer volledig beschikking over de

woning te krijgen, waardoor het strafrecht, als ultimum remedium, niet ingezet mag worden.¹¹

Grondrechtelijke argumenten

Het Europees Hof voor de Rechten van Mens (EHRM) geeft het huisrecht ex. art. 8 EVRM een centrale plaats.¹² Het verlies van de woning is de meest verregaande inbreuk op het huisrecht en dient dan ook op voorhand getoetst te kunnen worden door een onafhankelijke rechter, zelfs indien de rechtmatigheid van de bewoning ontbreekt.¹³ Een gelegitimeerde inbreuk op het huisrecht moet voldoen aan de eisen van art. 8 lid 2 EVRM. De beperking moet bij wet zijn voorzien, een legitiem doel nastreven en noodzakelijk zijn in een democratische samenleving. Art. 551a Sv geeft strafrechtelijke ontruiming een formele basis in de wet, maar mist materieel voldoende kwaliteit.¹⁴ Volgens het EHRM dient er al bij dreigend verlies van de woning een voorafgaande indringende toets plaats te vinden.¹⁵ Een toets door een Officier van Justitie is hierbij niet toereikend, aangezien deze de opsporingsbe-
langen vertegenwoordigt.¹⁶ Bij de beantwoording van de vraag of een beperking op een fundamenteel grondrecht noodzakelijk is in een democratische samenleving heeft de nationale wetgever een zekere margin of appreciation. In de keuze tussen het eigendomsrecht en het huisrecht heeft de wetgever een zeer beperkte margin of appreciation door de waarde die het huisrecht toegekend krijgt.¹⁷

Deze vraag hehelt tevens het vraagstuk van proportionaliteit en subsidiariteit. Zoals hiervoor reeds gesteld, biedt het civiel recht voldoende mogelijkheden voor de eigenaar. Indien de overheid toch behoefte heeft aan een actievare rol bij beëindiging van kraaksituaties is het bestuursrecht, met zijn eigen instrumentarium inzake de zorgvuldigheid van te nemen beslissingen en daarin voorziene rechtsbescherming voor de burger, het meest aangewezen. Het bestuursrecht en civiel recht zijn voldoende effectief en minder ingrijpend dan het strafrecht. Aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit is derhalve niet voldaan.

Procesverloop

Ter zitting van zowel het proces in Amsterdam als in Den Haag viel het de landsadvocaat zwaar om de standpunten van de Staat over te brengen, nu het OM aan de ene kant zei geen voorafgaande gang naar de rechter open te willen stellen maar aan de andere kant de argumenten van eisers trachtte te weerleggen met een beroep op de parlementaire geschiedenis, waarin de initiatiefnemers stellen dat krakers zich eventueel tot de civiele rechter kunnen wenden, indien zij menen dat strafvorderlijke ontruiming onrechtmatig is. Het werd 2-0 voor de krakers.¹⁸ Hof 's-Gravenhage besliste op 8 november 2010 dat aangezien het EHRM herhaaldelijk heeft beslist dat iemand zijn woning niet mag verliezen voordat de rechter daarover een uitspraak heeft kunnen doen en aangezien hierover in de nieuwe wet niets is geregeld en ook justitie in dat opzicht geen duidelijk en kenbaar beleid voert, ontruiming onder deze omstandigheden in strijd zou komen met het EVRM en derhalve niet mag plaatsvinden. Hof Amsterdam wees erop dat een individuele belangenafweging niet mag ontbreken en er in de nieuwe wet daar geen ruimte toe geboden is.

Ontruimingsbeleid van het OM

In reactie op de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage klonen het college van Procureurs-Generaals van het OM in de pen om de gebreken van het kraakverbod te herstellen met aanvullend beleid.¹⁹ Voortaan worden ontruimingen schriftelijk aangekondigd waarna er binnen acht weken wordt ontruimd, maar niet in de eerste week. Indien bewoners binnen die eerste week een kort geding starten, wordt de uitspraak van de rechter afgewacht. Het OM is niet bevoegd om dergelijk beleid op te stellen.²⁰ Uit de parlementaire geschiedenis van de grondwetsherziening van 1979 volgt dat delegatie van strafvorderlijke kwesties slechts voor de uitwerking op detailpunten, die geen inbreuken op de rechten en vrijheden van burgers en de constitutioneel bepaalde machtsverhoudingen impliceren, mogelijk is.²¹ Het ontruimingsbeleid doet beide en is geen uitwerking van een detailpunt, maar de volledige materiele invulling van de bevoegdheid. Het neemt een loopje met de constitutioneel bepaalde machtsverhoudingen door rechtspraak in twee instanties volledig aan de kant te zetten en in een aantal gevallen zelfs helemaal geen verloop van de rechter nodig te achten door zelf een oordeel over de wederrechtelijkheid te vellen.²² Daarnaast hoort het civiele kort geding helemaal niet in het strafrecht thuis. Zowel J.H. Blaauw in zijn boek *Kort geding in strafzaken*, als E. van de Griend in zijn boek *Hiaten in de Strafrechtelijke rechtsbescherming*, prijzen de mogelijkheid tot een kort geding indien de burger door de overheid met zijn rug tegen de muur wordt gezet door een inbreuk of dreigende inbreuk op zijn fundamentele rechten en vrijheden. Beide stellen dat het kort geding enkel een legitieme rol binnen het strafrecht bekleedt indien deze voor onvoorziene hiaten/omstandigheden in het strafrecht soelaas kan bieden. Het door het OM opgestelde beleid impliceert dat het niet om een onvoorziene omstandigheid gaat.²³ Het beleid behelst ook meerdere inbreuken op de rechten en vrijheden van burgers.²⁴ Er vallen duidelijke spanningen te signaleren met de grondrechtelijke aanspraak op een eerlijk proces.²⁵ Een

aantal voorbeelden: De rol van het OM verandert van inquisiteur naar accusator. Bewoners moeten in kort geding zelf hun onschuld bewijzen terwijl het OM zonder enkel bewijs kan beschuldigen. Dit is in strijd met de onschuldpresumptie. Bij een kort geding zal echter niet de schuldvraag beantwoord worden, maar enkel een marginale toetsing plaatsvinden. Indien de rechtmatige titel van het verblijf lastig te bewijzen is, schuift het risico dat bewoners zich ten onrechte moeten incrimineren. Ontruiming biedt geen garantie voor vervolging waardoor de schuldvraag en de vraag naar de rechtmatigheid van het overheidshandelen onbeantwoord blijft.²⁶ De stelling van het OM dat indien er onrechtmatig ontruimd is de schade te herstellen is bij wijze strafvermindering wringt, nu onrechtmatig gebruik van de ontruimingsbevoegdheid door het ontbreken van de wederrechtelijkheid, onschuld, en dus vrijspraak, impliceert.

Delegatie van strafvorderlijke kwesties is slechts voor de uitwerking op detailpunten mogelijk

Vervolg

Tegen de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage is de Staat in cassatie gegaan. Uitspraak wordt 30 september 2011 verwacht. Na invoering van het beleid zijn er een aantal ontruimingen verboden en een aantal toegestaan door de voorzieningenrechter.²⁷ Het exacte vervolg op de processen zal mede afhangen van de uitkomst bij de Hoge Raad. Indien de Staat in het gelijk gesteld wordt, is de kans aanmerkelijk dat het EHRM verzocht wordt om zich te buigen over de legitimiteit van de uitleg die aan het kraakverbod gegeven wordt. •

9. Kamerstukken I 2008/09, 32 960, nr. 11.

10. 'Tus aditio, de verdeling van de macht in wetgevend, uitvoerend en rechterlijke macht, die nooit bij een en dezelfde persoon of instantie mogen berusten. (Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, Genève: 1748).

11. 'Kort geding' wordt Minister van Justitie Hirsch Bokke dit in 2009 niet relevant in tegenstelling tot zijn voorganger Minister van Justitie De Ruiter in 1987. 'Lijftijd' noemde streektijd van de parlementaire behandeling van het kraakverbod. 'Wij zeggen wel eens: Strafrecht is uitbreiden, niet vernemen. Laten wij niet de fout begaan, het strafrecht te laten dienen voor de oplossing van in feite civielrechtelijke kwesties.'

Handelingen I 1989/91, wetsontwerp 15 442, p. 2530.

12. ECHR 27 mei 2004, appl.nr. 66746/01

(*Convent vs. The United Kingdom*).

13. ECHR 13 mei 2008, appl.nr. 19009/04 (*McCann vs. The United Kingdom*).

14. ECHR 14 september 2010, appl.nr. 38224/03 (*Sarsona Uitgeverij B.V. vs. The Netherlands*).

15. ECHR 21 september 2010, appl.nr. 37941/06 (*Gay vs. The United Kingdom*).

16. ECHR 14 september 2010, appl.nr. 38224/03 (*Sarsona Uitgeverij B.V. vs. The Netherlands*).

17. ECHR 27 mei 2004, appl.nr. 66746/01 (*Convent vs. The United Kingdom*).

18. Hof Den Haag 8 november 2010, LJN BK3682 en Hof Amsterdam 1 maart 2011, LJN BP2209.

19. Strafrechtelijke ontruimingen, OM-beleid 2 december 2010. Stnt. 2010, 19 500.

20. De formele wetgever heeft er niet voor

gekozen om voor de uitwerking van art.

55a:SV haar bevoegdheid te delegeren zoals zij bijvoorbeeld in art. 62 Sv; verdere uitwerking van de invorderingsregeling, wel heeft gedaan.

21. Kamerstukken I 1979/80, 15 048, nr. 7, p. 9 en G.J.M. Cortens, *Het Nederlandse Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 20 en C.P.M. O'Brien & J.F. Nijboer, *T&C Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 8.

22. In het beleid worden vier uitzonderingen genoemd. Strafrechtelijke ontruimingen, OM-beleid 2 december 2010. Stnt. 2010, 19 500.

23. J.H. Blaauw, *Kort geding in strafzaken*, Deventer: Kluwer 1992 en E. van de Griend, *Hiaten in de Strafrechtelijke rechtsbescherming*, Nijmegen: Wolf legal publishers 2005.

24. Naar de mening van het EHRM is het

verdergaan dat in een dergelijk geval een toetsing in kort geding niet gedaan zal worden als een effectieve remedie ex art. 13 EVRM, zie hiervoor: ECHR 5 november 1981, appl.nr. 7215/75 (*X vs. The United Kingdom*) en ECHR 4 juli 2000, appl.nr. 41237/98, CEDH 2000-VIII (*Olsson Carreira et Lazareno Carreira vs. Portugal*).

25. Art. 4 EVRM en art. 200 e.v. Sv.

26. In het verleden is zelden na ontruiming op basis van art. 138 en 429 wv. de vervolging doorgezet. De rechtmatigheid van de ontruiming en de schuldvraag blijven onbeantwoord.

27. Bjo. in Rb. Amsterdam 10 maart 2011, LJN BP5113, werd ontruiming toegestaan en in Rb. Utrecht 2 maart 2011, LJN BP6243, werd ontruiming verboden.