

Inleiding

1. Graag wilde ik openen met de slot zinnen van de annotatie van P.A.M. Mevis bij het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 (LJN: BJ1254, Hoge Raad, 09/00079 (Productie 5)) *NJ* 2010, 213 (Productie 10)

“Het gemak waarmee betrekkelijk evident niet bestaande bevoegdheden zijn aangenomen laat een verontrustende nasmaak achter. In zoverre houdt dit arrest ook een waarschuwing voor de toekomst in.”

2. Een heldere waarschuwing welke in de beschouwing van de onderhavige rechtsvraag in het achterhoofd dient te worden gehouden. Ook over de totstandkoming van de strafvorderlijke bevoegdheid, met welke de wetgever beoogt het ontstane gat te dichten stelt Mevis onder punt 10 het volgende:

“Wat niet is, kan nog komen. 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’ (Je maintiendrai als opdracht en hoogste gebod) en Nederland moet veiliger en nog wat van die dingen. Als de Hoge Raad dan zo dwars ligt, wordt de wetgevende pen fluks ter hand genomen. Dat had de minister voor bovenstaande uitspraak van de Hoge Raad al aangekondigd (antwoord op Kamervraag 2309 in TK 2008-2009, Aanhangsel 4845) en is door enkele Kamerleden vormgegeven in een nieuw, in ietwat krom Nederlands gesteld art. 551a Sv.” (TK 2008-2009, 31 560 nr. 11)

Afgelopen donderdag 14 oktober 2010 is bij de Rechtbank Amsterdam een soortgelijk kort geding gevoerd. Wij hebben kennis genomen van het aldaar verhandelde en zullen op de daarin door partijen geponeerde argumenten zoveel mogelijk ingaan. Daarbij hebben wij dankbaar gebruik gemaakt van de inhoud van onze confrères meester Uppal en meester Jebbink.

De opbouw van dit betoog is als volgt:

3. In eerste instantie zal de vordering nader worden toegelicht. Vervolgens zullen de relevante Strafrechtelijke en Strafvorderlijke voorzieningen nader worden beschouwd, de totstandkoming van de Wet Kraken en Leegstand en een eerste verkenning van de relevante bevoegdheden die daaruit wel en niet voortvloeien. Daarna zal het wettelijk kader waarbinnen deze vordering moet worden beoordeeld, worden geschetst, waaronder de bestaande jurisprudentie op het gebied van kraken en huisrecht. Daarna zal een uitvoerige beschrijving worden gegeven van enige relevante rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de implicaties die dit heeft voor de beoordeling van dit geschil, waarbij zowel de inhoud en consequenties van art. 8 EVRM als die van art. 6 en 13 EVRM aan de orde komen. Tot slot zal de stelling betrokken worden dat het instrumentarium van art. 138a Sr en 551a Sv ook om andere redenen niet toegepast mogen worden tegen personen die ervan verdacht worden hun reeds voor de inwerkingtreding van de wet gekraakte pand na de inwerkingtreding van de wet Kraken en Leegstand niet ontruimd te hebben. Tot slot volgen de conclusies van dit betoog.

4. Waarover in dit pleidooi niets gezegd zal worden, is de vraag of een (eventuele) verdenking van eisers van overtreding van art. 138a Sr dan wel van wederrechtelijkheid in de zin van art. 551a Sv al dan niet terecht is. Eisers erkennen noch betwisten in het kader van dit geding de redelijkheid van een dergelijke verdenking en stellen zich op het standpunt dat ook uw eventuele standpunt daarin niet van belang is voor de beoordeling van de onderhavige vordering en zij zich niet in dit geding op dit punt hoeven te incrimineren.

Toelichting op de vordering

5. De vordering hinkt op meerdere gedachten, waarbij de eerste relevante gedachte is, dat het eigenlijk nog geheel onzeker is of het O.M. dan wel de betrokken opsporingsambtenaren sowieso voornemens zijn om tot ontruiming van de onderhavige panden over te gaan.
6. Gelet op de wettekst, de uit de wetbehandeling en de correspondentie van de kant van het O.M. blijkende opvatting over de daaruit voortvloeiende bevoegdheden, alsmede uit het eveneens daaruit blijkende volledige gebrek aan bereidheid om daarover openheid van zaken te geven, moet door eisers simpelweg met dit risico rekening gehouden worden en lijkt het aanspannen van onderhavig geding vooralsnog de enige wijze om het risico daarop te pareren. In dat licht bezien zouden de belangen van eisers in wezen al voldoende zijn gebaat, indien zij ten gevolge van dit geding duidelijkheid verkrijgen dat, zodra zich in de toekomst een dergelijk voornemen daartoe bij het O.M. of andere opsporingsambtenaren manifesteert, zij daarvan tijdig op de hoogte worden gesteld en in de gelegenheid worden gesteld daartegen in een civiele procedure (in kort geding) op te komen.
7. Er zou uwerzijds, zeker voor zover de Staat in dit geding alsnog ontkent dat er voor (althans een gedeelte van) de betrokken panden reële en onmiddellijke plannen tot ontruiming zijn, mogelijk alle aanleiding zijn om u te beperken tot het bieden van deze garantie, door het gevorderde verbod toe te wijzen onder de voorwaarde dat de ontruiming niet mag geschieden voor zover niet aan deze voorwaarden is voldaan.
8. Een dergelijke handelwijze biedt voor eisers slechts voldoende soelaas, indien deze garandeert dat de Staat alsdan niet alleen de uitspraak in kort geding afwacht, doch ook tegen een eventueel afwijzend vonnis daarin aan te spannen rechtsmiddelen; immers bij gebreke van een dergelijke garantie zijn eisers alsnog, maar dan pas in een later stadium, overgeleverd aan de grilligheden van een spoedprocedure, zodat zij in dat geval kostbare tijd verloren hebben die benodigd kan zijn voor de behandeling van hoger beroep of cassatie. Eisers hebben u met de formulering van hun vordering, en wel specifiek de passage “dit alles althans voor zover eisers van een concreet voornemen tot ontruiming van het door hen bewoonde pand niet tijdig op de hoogte worden gesteld en alsdan alsnog in de gelegenheid worden gesteld om ter voorkoming daarvan de daartoe geëigende procedures in gang te zetten en de uitkomst daarvan af te wachten”, uitdrukkelijk deze optie willen voorhouden. De daarop volgende zinsnede “althans in eerste aanleg” voldoet zoals zojuist gesteld bij nader inzien toch niet aan de belangen van eisers en kan komen te vervallen.
9. De andere optie is een directe volledige inhoudelijke beoordeling van dit geschil, welke naar mening van eisers in beginsel tot een volledig verbod op ontruiming zou dienen te leiden. Gegrondbevinding van slechts een gedeelte van onze argumenten en wel de argumenten met uitzondering van dat welke betrekking heeft op het verbod op terugwerkende kracht, zou kunnen leiden tot toewijzing van de subsidiaire vordering, namelijk dat het verbod wordt

toegewezen “totdat eventueel in hoogste instantie door de strafrechter bewezen is verklaard dat het verblijf van eisers c.s. wederrechtelijk (in de zin van art. 138a Sr en 551a Sv) is”.

10. De meer subsidiaire vordering, die u verzoekt ontruiming te verbieden totdat onherroepelijk in onderhavige zaak is beslist, strekt ertoe dat u, ook indien u ten principale van mening bent dat de minder subsidiaire vorderingen van eisers niet toewijsbaar zijn, toch ontruiming vooralsnog te verbieden, om te voorkomen dat, zoals voor 9 oktober 2009 geschied is, onheil is aangericht waarvan pas later de onrechtmatigheid wordt vastgesteld (Productie 5). Zoals uit de uitspraken overgelegd in de producties 6a tot en met 6h blijkt, bestond er in ieder geval vanaf 1981 (zie Productie 6a), naar uit de uitspraak van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 blijkt ten onrechte, een algemene praktijk, die er van uit ging dat de bevoegdheid tot strafrechtelijke ontruiming aanwezig was. Ondanks het betwisten van deze bevoegdheid in de loop der jaren in verscheidene kort geding zaken (o.m. Productie 6b en 6c) bleef deze onjuiste rechtspraak in stand. Zelfs na de uitspraken van de rechtbank Almelo (Productie 6d), de uitspraak van het gerechtshof Leeuwarden (Productie 6f) en de uitspraak van het gerechtshof Amsterdam (Productie 6g) kwam er geen einde aan de onjuiste ontruimingspraktijk. Zelfs het Hof Amsterdam (Productie 6h) stond na bovengenoemde uitspraken de ontruimingspraktijk juist toe. Des te meer omdat hier niet slechts de toepassing van een individuele discretionaire bevoegdheid in het geding is, doch de principiële beoordeling of een dergelijke bevoegdheid überhaupt bestaat, is er alle aanleiding voor een dergelijke toewijzing. De stelling van mr. Ten Broeke bij de rechtszaak afgelopen donderdag dat er bij afwijzing van de minder subsidiaire vorderingen geen grond bestaat om de Staat te gebieden een uitspraak in dit kort geding in hoogste aanleg af te wachten, wordt kennelijk niet gedeeld door de Voorzieningenrechter van uw rechtbank dd. 2-9-2009, die immers oordeelde dat in dat geding de uitspraak van de Hoge Raad in een andere zaak kon worden afgewacht (Productie 6i). Er is geen reden om te veronderstellen dat de bevoegdheid tot een dergelijke handelwijze niet zou bestaan ten aanzien van het afwachten van een dergelijke uitspraak in hoogste instantie in de onderhavige zaak zelf.
11. Anders dan de Staat in zijn verweer in een eerdere zaak heeft opgemerkt, kan de toewijzing van een dergelijke eis niet worden aangemerkt als een afwijzend vonnis, doch als een toewijzend vonnis waarbij puur op grond van een belangenafweging en met het oog op het behouden van een belangrijk geacht recht en de handhaving van de status quo, een inbreuk daarop wordt verboden totdat over de rechtmatigheid van die inbreuk in hoogste instantie is beslist. Anders dan de Staat kennelijk meent, is daaraan niets onrechtmatigs of ontoewijsbaars.
12. Met de zinsnede “waaronder begrepen het verlenen van medewerken aan overhandiging van het pand aan derden dan wel het niet optreden tegen huisvredebreuk jegens eiser c.s. gedurende hun afwezigheid, bijvoorbeeld gedurende de tijd dat eiser c.s. na aanhouding voor verhoor op een politiebureau verblijven”, is slechts bedoeld een nadere definiëring van het begrip ontruiming te geven. Immers voor zover u het met de zienswijze van eisers eens bent en het gevorderde verbod op ontruiming (eventueel onder voorwaarden) toewijst, is het niet de bedoeling dat de eerste de beste opsporingsambtenaar dit verbod kan omzeilen door op een van de hierin genoemde wijzen toch feitelijk de ontruiming van dit perceel op onrechtmatige wijze te bewerkstelligen. Aan deze zinsnede komt dus geen zelfstandige betekenis toe.
13. Overigens is als derde optie mogelijk om deze zaak naar de bodemprocedure door te verwijzen. Eisers zijn daarvoor vooralsnog huiverig geweest, om de reden dat de ervaring leert dat de Staat in dit soort zaken weinig genegen is om de uitkomst daarin af te wachten, maar erkend moet worden dat een zaak als de onderhavige zich beter leent voor behandeling op die wijze. Dat is

voor eisers overigens slechts een optie indien de hiervoor genoemde garanties met het oog op het voorkomen van voortijdige ontruiming in het kader van dit kort geding gegeven worden.

De wet

14. Anders dan gedaagde van mening is, geeft het genoemde artikel 551a Sv het Openbaar Ministerie niet de bevoegdheid tot het ontruimen van woningen waarvan zij het vermoeden heeft dat deze wederrechtelijk in gebruik zijn. Ter toelichting zal ik eerst de letterlijke tekst van deze bepaling aanhalen:

In geval van verdenking van een misdrijf als omschreven in de artikelen 138, 138a en 139 van het Wetboek van Strafrecht kan iedere opsporings- ambtenaar de desbetreffende plaats betreden. Zij zijn bevoegd alle personen die daar wederrechtelijk vertoeven, alsmede alle voorwerpen die daar ter plaatse worden aangetroffen, te verwijderen of te doen verwijderen. (Stb. 2010, 320)

Raad van State

15. In haar advies op de ‘Wet kraken en Leegstand’ kraakt de Raad van State een zeer kritische noot (TK 2008-2009, 31 560 nr. 4(Productie 11)) Allereerst zij verwezen naar pagina 5 en 6:

De Raad is van oordeel dat de voorgestelde uitbreiding van de bestaande strafrechtelijke mogelijkheden van een dragende motivering voorzien dient te zijn. De toelichting schiet echter naar het oordeel van de Raad op een aantal punten tekort.

In reactie op deze wezenlijke bezwaren zijn de initiatiefnemers kort (p. 6):

De omzetting van overtreding naar misdrijf heeft in de eerste plaats tot doel om duidelijker de norm tot uitdrukking te brengen dat kraken niet kan en mag. (...) Anders dan de Raad, achten de initiatiefnemers deze redenen voldoende om tot verzwaring van overtreding naar misdrijf over te gaan.

Naar het oordeel van de Raad van State schiet de motivering op dit punt tekort. Ook in reactie op deze bezwaren zijn de initiatiefnemers kort (p. 4):

Allereerst willen wij in dit kader nogmaals benadrukken dat het hierbij gaat om een principiële keuze.

Voor zover er, naast de „*principiële keuze*” beoogd wordt een maatschappelijk belang te dienen met deze wet, is dat de bestrijding van leegstand. Ook de initiatiefnemers erkennen leegstand als groot maatschappelijk probleem, o.a. vanaf pagina 12 van de Memorie van Toelichting (TK 2007/08, 31 560, nr. 3). De vraag die de Raad zich echter hardop stelt is, in hoeverre de bestrijding van dit probleem gediend is bij het wetsvoorstel. Voor zover aangenomen mag worden dat de bestrijding van leegstand als doel, de schending en vernietiging van fundamentele grondrechten noodzakelijk maakt, betwijfelt de Raad dus of dit doel ook daadwerkelijk gediend is bij het onderhavige wetsvoorstel

Taalkundige gezichtspunten

16. Opgemerkt dient te worden dat de eerste volzin van dit artikel weliswaar voorziet in de bevoegdheid tot binnentreden op basis van een verdenking van overtreding van artikel 138, 138a en 139 van het Wetboek van Strafrecht, de bevoegdheid tot het verwijderen van personen, welke in de tweede volzin wordt gegeven, bestaat slechts ten aanzien van personen die aldaar wederrechtelijk vertoeven. De wederrechtelijkheid van het verblijf dient derhalve vast te staan, alvorens de bevoegdheid tot ontruimen in treed.

Wetsystematische gezichtspunten

17. De wetssystematiek luidt dat indien ‘slechts’ een bepaalde verdenkingsgraad voldoende is voor het ontstaan van een bepaalde bevoegdheid om inbreuk te maken op rechten van burgers, deze verdenkingsgraad uitdrukkelijk genoemd is in het wetsartikel waarin deze bevoegdheid wordt toegekend. Hoewel het er niet met zo veel woorden staat, moet dan ook worden verondersteld dat voor het ontstaan van genoemde bevoegdheid vooreerst bewezen moet zijn dat van bedoelde wederrechtelijkheid sprake is, en gelet op de plaatsing van dit artikel in het Wetboek van Strafvordering mag een dergelijke bewezenverklaring geacht alleen plaats te vinden in een strafrechtelijke procedure.

Praktische doelstelling

18. Deze opvatting over de reikwijdte van de ontruimingsbevoegdheid vloeit niet enkel voort uit taalkundige en wetsystematische gezichtspunten, maar heeft ook een belangrijke praktische doelstelling welke de essentie van onze rechtsstaat raakt, namelijk de vrijwaring van burgers tegen onrechtmatige overheidsinmenging. Een opvatting over de reikwijdte van deze bevoegdheid waarbij de enkele verdenking van wederrechtelijk verblijf voldoende zou zijn voor toepassing van die bevoegdheid, zet de deur wagenwijd open voor een vergaande vorm van misbruik van deze bevoegdheid, bijvoorbeeld ten gevolge van onterechte aangiften van het delict van art. 138 a Sr met het enkele oogmerk het O.M. tot gebruikmaking van deze bevoegdheid te bewegen en daarmee de facto een niet door de wetgever beoogde wijze van ontruiming zonder enige grond van rechtsbescherming te bewerkstelligen, welke uitdrukkelijk door de wetgever als ongewenst wordt beschouwd doch waartoe de wetgever onvoldoende in het werk heeft gesteld om deze te voorkomen. Zo heeft de fractie van D '66 in de Eerste Kamer uitdrukkelijk op dit risico gewezen. De initiatiefnemers hebben dit op volstrekt ontoereikende argumentatie afgewimpeld (EK, vergaderjaar 2009-2010, 31560, C, p. 23(Productie 4)).

Intreden bevoegdheid

19. Indien reeds aangenomen mag worden dat uit artikel 551a Sv enige bevoegdheid voortvloeit, dient te worden bekeken onder welke omstandigheden, met welk doel, deze bevoegdheden mogen worden aangewend. In dit kader is gewezen op punt 4 van eerder aangehaald de annotatie van mr. Mevis (Productie 10):

“(…) Wie de term ‘strafrechtelijke ontruiming’ van een met overtreding van de strafwet gekraakt pand met kennis van zaken tot zich laat doordringen, begrijpt vrij snel dat in feite sprake is van een contradictio in terminis. De inzet van het strafvorderlijke bevoegdheden is doelgebonden en wel aan de chronologie van de elkaar opvolgende fasen van opsporing,

vervolgving en berechting en — in geval van veroordeling — de executie van de opgelegde sanctie. Die doelgebondenheid is niet een toevallig en incidenteel opduikend onderdeel van een bevoegdheid, maar een wezenskenmerk op grondslagniveau van het hele strafvorderlijke systeem. Ook de inzet van elk strafvorderlijk middel is — in zijn grondslag — aan dit doel gebonden en in de fase voor de berechting op die mogelijke berechting gericht. (...)”

20. *“Strafvorderlijke doelgebondenheid alom dus, en tot die doelgebondenheid als grondslag voor het strafrechtelijke optreden en de binding daaraan bij elke beslissing tot inzet van concrete strafvorderlijke dwangmiddelen behoort niet de bescherming van de burger in diens civielrechtelijke of anderszins persoonlijke belangen tegenover andere burgers. Niet dat die belangen niet van betekenis zijn, maar we gaan er — wat mij betreft nog steeds en terecht — vanuit dat de verregaande dwangbevoegdheden van de Staat alleen ter opsporing c.q. strafvordering — als een algemeen belang — mogen worden ingezet, in de veronderstelling dat voor de handhaving van privé-belangen het privaatrecht in materiële en formele zin toereikend zal zijn. Ontruiming van een strafbare vorm van kraken van enig pand is zo’n civielrechtelijk, ten behoeve van de rechthebbende uitgevoerd, buiten de doelgebonden grondslag van strafvorderlijk optreden vallende activiteit.”*
21. Helderder kan ik het niet stellen. Enige strafvorderlijke bevoegdheid dient alleen dan ingezet te worden in dienst van een strafrechtelijk onderzoek. Het onder het mom van strafvordering ontruimen van vermeende kraakpanden, met het enkele doel een bij uitstek civiel conflict tussen eigenaar en bewoner te beslechten, is niet alleen strijdig met dit wezenskenmerk van het strafrechtelijk systeem, het raakt aan de grondbeginselen van onze rechtsstaat.
22. Indien een opsporingsambtenaar, in het kader van een strafrechtelijk (voor) onderzoek naar de wederrechtelijkheid van het verblijf (ex art. 138a Sr) het noodzakelijk acht de bevoegdheid tot binnentreden (ex art. 551a Sv) in te roepen, dan geeft dit nog altijd geen strafvorderlijke aanleiding om te ontruimen.. Ontruiming dient immers onder geen enkele omstandigheid het onderzoek. Sterker nog, het hindert het onderzoek. De vermeende strafbare situatie wordt immers opgeheven.

Bescherming civiel belang

23. Vanzelfsprekend kan en mag de wetgever in een democratische samenleving van mening zijn dat kraken ongewenst is, en bestreden dient te worden. Een vraag die in het wetgevingsproces rond de onderhavige nieuwe voorziening echter nooit naar voren is gekomen, is of de gekozen weg, via strafrecht en strafvordering, wel de juiste is. Hierbij haal ik wederom mr. Mevis aan, in punt 10 bij eerder genoemde annotatie:

“(...) De vraag die bij deze nieuwe voorziening gemakkelijk wordt overgeslagen is in hoeverre we een publiekrechtelijke bevoegdheid tot ontruiming wel zouden moeten willen. De civiele weg is voor de eigenaar die met het kraken van zijn bezit wordt geconfronteerd de eerst aangewezen weg. Publiekrechtelijke bevoegdheden dienen niet geschapen te worden om tekortkomingen in het systeem van civielrechtelijke rechtshandhaving op te vangen. Is de openbare orde in het geding (zonder dat het kraken zelf meteen als verstoring van de openbare orde wordt gezien), dan is ontruiming in het kader van de handhaving van die openbare orde voorstelbaar en dan ligt een (uitdrukkelijke) wettelijke bevoegdheid voor de burgemeester voor de hand. (...)”

24. Tijdens de behandeling van eerder voorstellen voor strafbaarstelling van kraken, is de wetgever zeer helder geweest op dit onderwerp. Tijdens de behandeling van de leegstandswet (wetsontwerp 15442) in de Tweede Kamer stelt toenmalig minister van justitie De Ruiter op 22 januari 1981 (Handelingen II 1980 - 1981 p. 2477)

“Mevrouw Salomons zou nog eens in het geheel van strafvorderlijke bevoegdheden moeten kijken. (...) Daarin komt echter niets voor van ontruiming van kraakpanden.(...) Op die basis zou zonder vorm van proces bijvoorbeeld een puur civiele aangelegenheid door de politie kunnen worden opgelost en dat is natuurlijk niet de bedoeling.”

Verder op p. 2530, Minister De Ruiter:

“Wij zeggen wel eens: Strafrecht is ultimum remedium. Laten wij niet de fout begaan, het strafrecht te laten dienen voor de oplossing van in feite civielrechtelijke kwesties.”

25. Maar als de wetgever al een publiekrechtelijke bevoegdheid wenst te creëren om tot ontruiming over te gaan, dan is het bestuursrecht met zijn eigen instrumentarium inzake de zorgvuldigheid van te nemen beslissingen en daarin voorziene rechtsbescherming voor de burger het meest aangewezen.
26. De Staat heeft in de zaak van afgelopen donderdag gesteld dat de bevoegdheid van art. 551a Sv aangemerkt dient te worden als een bevoegdheid tot parate executie. Nog daargelaten dat ons rechtssysteem, en in ieder geval het strafrecht, geen als dusdanig herkenbare bevoegdheid erkent, moet toch op z'n minst verondersteld worden dat daar waar een dergelijke bevoegdheid verondersteld wordt, zeker als die gekoppeld is aan de (verdenking van) het plegen van een strafbaar feit en des te meer indien door het toepassen van een dergelijke bevoegdheid het risico op (onterechte) inbreuk of zelfs verlies van grondwettelijk of verdragrechtelijk erkende rechten dreigt, de strafprocessuele waarborgen die voortvloeien uit grondwet en verdragsrechten onverkort van toepassing zijn. De veronderstelling van mr. Ten Broeke dat het strafrecht de rechtsfiguur van parate executie reeds kent, en wel in de door hem genoemde vorm van de bevoegdheid tot overdracht van gestolen voorwerpen aan de vermeende rechtmatige eigenaar, miskent dat juist deze bevoegdheid, en wel door middel van de regeling van de inbeslagname van voorwerpen, met alle waarborgen omkleed is.

Huisrecht

Cliënten genieten een huisrecht

27. Onze cliënten hebben allen huisrecht in de zin van artikel 12 Grondwet, artikel 8 EVRM en artikel 17 IVBPR. Dat is het uitgangspunt van hun eis. Wij beginnen er mee dit verder toe te lichten.

In haar arrest van 9 oktober 2009 (LJN: BJ1254) stelt de Hoge Raad in rov. 3.1. onder (iv) het huisrecht van eiser/kraker in materieelrechtelijke bewoordingen als vanzelfsprekend uitgangspunt waar in cassatie van kan worden uitgegaan (Productie 5). Over de bescherming die het huisrecht geniet schrijft Advocaat Generaal mr. F.F. Langemeijer onder punt 2.2 van zijn conclusie bij dit arrest:

“Het huisrecht is beschermd in art. 12 lid 1 van de Grondwet. Dit artikel bepaalt dat het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner alleen geoorloofd is in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen. Het huisrecht wordt bovendien beschermd in art. 8, eerste lid, EVRM. Het tweede lid van dat artikel staat voor bepaalde doeleinden het maken van een inbreuk op dit grondrecht toe, mits aan bepaalde vereisten wordt voldaan. Daartoe behoort onder meer de eis dat de inbreuk is voorzien bij de wet.”

28. Het materieelrechtelijke uitgangspunt beschrijft de Hoge Raad eerder uitvoeriger op in HR 22 september 1987, 1988, 286, als ook in HR 4 september 2007, 2007, 491 en trouwens ook al in HR 14 december 1914, NJ 1915, p. 368: het grondrecht inzake het huisrecht beschermt (de bewoner in) de feitelijke woning ongeacht de titel van dat wonen. Dat oordeel sluit — het zal menigeen allicht verbazen — aan bij de uitdrukkelijke opvatting van de wetgever ter zake zoals valt te lezen in de Memorie van Antwoord bij de Algemene wet op het binnentreden. (TK 1988/89, 19 073, nr. 5, p. 12-13) Hetzelfde standpunt huldigt het EHRM in haar arresten van 25 september 1996 (nr. 20348/92 [Buckly/UK]) en 13 mei 2008 (nr. 19009/04 [McCann/UK](Productie 13)). Volgens dit hof is het begrip ‘home’ en de daarmee gepaard gaande privacybescherming van art. 8 EVRM, niet beperkt tot die gebouwen welke rechtmatig zijn bewoond of rechtmatig zijn ingericht: *“not limited to those premises which are lawfully occupied or which have been lawfully established.”*
29. Uit het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad op 22 september 1987 vloeit ook voort dat het huisrecht al na enkele uren kan zijn gevestigd en dat er, omwille van de privacy, geen verdere eisen gesteld kunnen worden aan aard en inrichting van de woning, dan dat de bewoner er feitelijk woont: *“het privacy-karakter van het huisrecht (...) staat niet toe dat een toetsing plaatsvindt van de motieven die een persoon ertoe bewegen om een bepaalde ruimte als woning te gebruiken.”* Tegen deze achtergrond is het evident dat onze eisers een huisrecht uitoefenen. Ze bewonen hun panden en hebben deze als hun woning ingericht, zij houden daar - ieder voor zich - een exclusief verblijf en doen dat geruime tijd.
30. Ten overvloede wil ik benadrukken dat het in dit geding niet gaat over de keuze tussen het huisrecht van eisers, of de mogelijke wederrechtelijkheid van hun woonsituatie. Het is mogelijk dat er sprake is van een wederrechtelijke woonsituatie waar desalniettemin sprake is van een huisrecht van bewoners.

Artikel 8 EVRM

31. Het huisrecht is geen absoluut recht en kan derhalve beperkt worden op de wijze die voldoet aan de eisen zoals beschreven in het 2e lid van artikel 8 EVRM. De verdragsrechtelijke bescherming van het huisrecht brengt met zich mee dat elke beperking die niet aan de gestelde voorwaarden voldoet absoluut ontoelaatbaar is.
32. Belangrijke eisen uit de beperkingsclausule in het 2e lid van artikel 8 zijn de eisen dat de beperking bij wet voorzien is en noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Centrale rol huisrecht

33. Het huisrecht is een zeer zwaarwegend recht. Volgens het Europees Hof is het huisrecht een grondrecht dat te midden van andere grondrechten een centrale rol aanneemt.

“Article 8 which concerns rights of central importance to the individual’s identity, self-determination, physical and moral integrity, maintenance of relationships with others and a settled and secure place in the community.”

Connors v. The United Kingdom ECHR 27 mei 2004 (Productie 8)

34. Het verlies van de woning is de meest verregaande vorm van 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.

“The loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home. Any person at risk of an interference of this magnitude should in principle be able to have the proportionality of the measure determined by an independent tribunal in the light of the relevant principles under Article 8 of the Convention, notwithstanding that, under domestic law, his right of occupation has come to an end.”

McCann v. The United Kingdom ECHR 13 mei 2008 (Productie13)

35. Het zeer zwaarwegende belang van het huisrecht is in de Wet kraken en leegstand alsmede bij de totstandkoming daarvan onterecht genegeerd.

Bij wet voorzien

36. Zoals reeds gezegd moeten beperkingen van het huisrecht bij wet voorzien zijn. Hierbij is het niet alleen van belang dat de wet formeel correct is, maar ook dat de wet materieel van voldoende kwaliteit is. Er dienen effectieve waarborgen tegen misbruik te zijn en de te verwachten uitvoering moet voldoende voorzienbaar zijn. Deze wet schiet op deze beide punten tekort.

“The convention not only requires that the impugned measure should have some basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question”

Sanoma Uitgevers BV v. The Netherlands ECHR 14 september 2010 (Productie 2)

37. Strafrechtelijke ontruiming heeft door de introductie van artikel 551a in het Wetboek van Strafvordering een formele basis in de nationale wetgeving. Een formele basis alleen is echter niet voldoende. De basis voor de inbreuk op het huisrecht dient van voldoende kwaliteit te zijn. Er dienen waarborgen te zijn tegen willekeurige toepassing van deze bevoegdheden.

38. Al bij dreigend verlies van het huisrecht dient er een voorafgaande toets plaats te vinden.

“Because it was not possible at that time to challenge the decision of a local authority to seek a possession order ... it follows that there has been a violation of article 8 of the Convention in the instant case” Kay v. UK ECHR 21 september 2010, 37341/06 (Productie 9)

39. De voorafgaande toets bij dreigend verlies van het huisrecht zal gezien het belang van het huisrecht zwaar moeten zijn. Een toets door een officier van justitie is hierbij niet toereikend, aangezien deze de opsporingsbelangen vertegenwoordigt. De voorafgaande toets zal minstens vergelijkbaar moeten zijn met de toets die noodzakelijk is bij inbreuken op de persvrijheid.

“a party defending interests potentially incompatible with journalistic source protection can hardly be seen as objective and impartial so as to make the necessary assessment of the various competing interests.”

Sanoma Uitgevers BV v. The Netherlands ECHR 14 september 2010 (Productie 2)

40. Artikel 551a Sv ontbeert elke waarborg. In dit licht dient de vraag zich aan wat dan wel een toereikende waarborg is. Op dit punt zal worden teruggekomen bij de bespreking van het recht op een eerlijk proces. Hier zal ik later op terugkomen onder het kopje effective remedies.
41. Inbreuken op het huisrecht dienen voorzienbaar te zijn. Zeker inzake artikel 551a Sv. ontbreekt deze voorzienbaarheid in het geheel. Een nogal vreemd resultaat nu de aanleiding tot het opstellen van het artikel gelegen is in de uitspraak van de Hoge Raad van 9 oktober 2009 (Productie 5). Hierin stelde de Hoge Raad dat door het ontbreken van kenbaarheid en voorzienbaarheid een ontruimingsbevoegdheid niet bestaat. De voorzienbaarheid waar de Hoge Raad destijds op doelde was niet alleen de formele voorzienbaarheid maar ook de materiële invulling die de voorzienbaarheid tot een concreet vereiste waarborg maakt. Niet alleen voor mijn eisers waar deze bevoegdheid mogelijk tegen zal worden uitgeoefend, maar voor alle betrokken partijen is invulling van artikel 551a niet voorzienbaar.
42. Sinds de inwerkingtreding van artikel 551a is het beleid op dit punt dermate vaak veranderd dat het niet mogelijk is om vandaag te vertellen wat het beleid op dit punt morgen is. Eerlijk gezegd ben ik inmiddels de tel kwijt geraakt. In Amsterdam ben ik zeker van ten minste drie ingrijpende beleidswijzigingen op dit punt, de uitspraken van mr. Ten Broeke in de rechtszaal afgelopen donderdag nog niet eens meegerekend (Productie 14). In Utrecht is het beleid de afgelopen week tweemaal volledig omgekeerd en voor een groot deel van Nederland is er in het geheel nog geen zicht op beleid. Het is zelfs onduidelijk of het beleid op gemeentelijk, arrondissements-, of landelijk niveau bepaald wordt.
43. Ook indien er duidelijk beleid zal zijn inzake de toepassing van artikel 551a Sv, dan nog is het voor burgers niet voorzienbaar of zij al dan niet voldoen aan de eisen voor toepassing van artikel 551a Sv. Dit gebrek aan voorzienbaarheid komt voort uit het feit dat de informatie dan wel bewijsmiddelen waarop een eventuele verdenking terzake art. 138, 138a en 139 Sv. gebaseerd zal zijn, doorgaans niet op voorhand bekend zijn bij de verdachte.

Noodzakelijk in een democratische samenleving

44. Bij de bepaling of een inbreuk op een verdragsrecht noodzakelijk is in een democratische samenleving heeft de nationale wetgever een zekere discretionaire bevoegdheid, de zogenaamde “margin of appreciation”. Afhankelijk van het specifieke grondrecht kan deze marge groter of kleiner zijn
45. De wetgever heeft een ruime discretionaire bevoegdheid als het aankomt op het stellen van regels die het eigendomsrecht op woningen beperken teneinde tot een goed huisvestingsbeleid te komen.

“The second paragraph reserves to States the right to enact such laws as they deem necessary to control the use of property in accordance with the general interest. Such laws are especially

called for and usual in the field of housing, which in our modern societies is a central concern of social and economic policies. In order to implement such policies, the legislature must have a wide margin of appreciation both with regard to the existence of a problem of public concern warranting measures of control and as to the choice of the detailed rules for the implementation of such measures. The Court will respect the legislature's judgment as to what is in the general interest unless that judgment be manifestly without reasonable foundation"

Mellacher and others v. Oostenrijk EHRM 19 december 1989

46. De margin of appreciation is ruim bij inbreuken op grondrechten die van minder gewichtig belang zijn voor het individu en nauw wanneer het belang gewichtiger is. Huisrecht is een zeer gewichtig belang hierin, waar aan het eigendomsrecht minder belang wordt toegekend.

"The Serious interference with the applicant's rights under Article 8 requires, in the Court's opinion, particularly weighty reasons of public interest by way of justification and the margin of appreciation to be afforded to the national authorities must be regarded as correspondingly narrowed"

Connors v. The United Kingdom no. 66746/01 EHRM 27 mei 2004 nr 80 (Productie 8)

47. De vraag naar de noodzaak in een democratische samenleving voor wetgeving behelst ook de vraag of deze wetgeving voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit.
48. Zelfs indien de wetgever kraken volledig wil uitbannen dient zij hiertoe de minst ingrijpende middelen in te zetten die zich bovendien verhouden tot de ernst van het veronderstelde probleem kraken.
49. Kraken is lange tijd niet als op zich staand probleem ervaren aangezien er reeds lange tijd voldoende civiele middelen zijn die door vastgoedeigenaren eenvoudig kunnen worden ingezet om hun vastgoed ontruimd te krijgen teneinde hier weer zelf volledig over te kunnen beschikken.
50. Vastgoedeigenaren konden en kunnen middels een civiel kort geding ontruiming eisen. Indien de eigenaar een belang heeft bij ontruiming, wordt deze doorgaans toegewezen. De krakers hebben na een veroordeling in een dergelijk proces in de regel enige tijd om te verhuizen. Dit is een bestaand middel dat beter voldoet aan de eisen van de subsidiariteit dan de bevoegdheid ex artikel 551a Sv.
51. Hoewel het civielrecht reeds een effectief middel kan zijn ter beëindiging van kraak-situaties is het voorstelbaar dat de overheid de wens heeft een actievere rol te spelen bij de beëindiging van kraak-situaties. In dat geval is er behoefte aan een rechtsmiddel om dit te verwezenlijken. Deze middelen zouden in de eerste plaats moeten worden gezocht in het bestuursrecht aangezien dat voldoende effectief is en minder ingrijpend is dan gebruik van het strafrecht. Het voldoet derhalve beter aan de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.

Op basis van de subsidiariteit ligt het voor de hand om in beginsel te zoeken naar oplossingen in het privaatrecht. Indien deze oplossingen niet toereikend zijn kan er gekeken naar het bestuursrecht. Slechts in de onwaarschijnlijke gevallen waarin ook dit geen oplossing biedt, kan het noodzakelijk zijn het strafrecht als ultimum remedium toe te passen.

52. Zoals later uitvoeriger betoogd zal worden is artikel 551a onderdeel van Titel VIII van het 4e

boek van het wetboek van Strafvordering. Deze is genaamd: “Bijzondere bepalingen omtrent opsporing van feiten, strafbaar gesteld bij het Wetboek van Strafrecht” Hieruit volgt dat er sprake is van een opsporingsbevoegdheid. Ten dienste van de opsporing kan binnentreden aan de eisen van proportionaliteit voldoen, maar het permanent ontnemen van het huisrecht zal nooit het minst ingrijpende middel zijn om de opsporing te faciliteren.. Proportionaliteit en subsidiariteit ligt hem ook in de wijze van ingreep. Dat wil zeggen in dit geval in de bereidheid om daaraan ook de belangen van mogelijk ten onrechte verdachte burgers op te offeren.

53. Ontruiming op basis van artikel 551a Sv. doorstaat de toetsen van proportionaliteit en subsidiariteit dan ook niet

Processuele waarborgen en Artkel 13 en 6 EVRM

54. Ontruiming van een pand op strafvorderlijke titel is geen burgerlijke rechtsbetrekking. Art. 551a Sv. is opgenomen in het Vierde Boek van Enige rechtsplegingen van bijzondere aard. Onder Titel VIII. Bijzondere bepalingen omtrent opsporing van feiten, strafbaar gesteld bij het Wetboek van Strafrecht.
55. De initiatiefnemers stellen dat krakers zich tot de civiele rechter kunnen wenden, indien zij menen dat een strafvorderlijke ontruiming van hun pand onrechtmatig is. Bij aangekondigde ontruiming kan op initiatief van de krakers in kort geding voorafgaande toetsing door een rechter plaatsvinden. Vgl. MvA (Eerste Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 560, C (Productie 4)). Deze zienswijze is in strijd met processuele eisen van het EVRM.

Effective remedy

56. De waarborg van effective remedy neergelegd in artikel 13 EVRM is ten gevolge hiervan niet aanwezig. Het gaat hier om het fundamentele grondrecht van de onschendbaarheid van de woning. De ontruiming van een woning is de grootst mogelijke inbreuk op dit recht, bevestigd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak McCann, zoals eerder al is aangehaald in punt 34 (Productie 13). Bij dusdanige inbreuken kan een kort geding geen wezenlijk onderdeel van de rechtsbescherming zijn nu een dergelijke procedure niet aan de waarborgen van artikel 13 EVRM voldoet.
57. Zij die er van verdacht worden van overtreding van artikel 138a moeten zelf de weg vinden naar een onafhankelijk en onpartijdige rechter om een inbreuk te voorkomen. Ter vergelijking: voorlopig gehechten worden ook niet met een dergelijke rechtsgang geconfronteerd en hebben een met waarborgen omklede wettelijke procedure die doorlopen wordt met uitgebreide toetsingsmomenten door een onafhankelijke rechter. Verdragsrechtelijk kan een toetsing door middel van een kort geding niet gezien worden als een effective remedy in de zin van artikel 13 EVRM tegen inbreuken op een grondrecht. Het Hof stelt in de zaak X v. United Kingdom (Productie 7) en Moura Carreira en Lourenço Carreira v. Portugal:

“The Court notes that the convention institutions have consistently taken the view that article 6 § 2 does not apply for proceedings for interim relief. The purpose of such proceedings is to deal with a temporary state of affairs pending the outcome of the main proceedings; consequently they do not result in a determination of civil rights and obligations (...).”

58. Dit is klare taal en het is dan ook volstrekt onduidelijk waarom de initiatiefnemers een kort geding procedure als de methode van rechtsbescherming voor ogen hebben.
59. Ook indien de ontruiming, zoals donderdag door de landsadvocaat betoogd, een middel van parate executie, en dus direct herstel van de rechtsorde is, zullen de bewoners zonder dat hun schuld in rechte vast is te komen staan voor schuldig aan verstoring van de rechtsorde gehouden worden. Hierdoor wordt de onschuldspresumptie geschonden.
60. De beginselen van hoor en wederhoor zijn niet gewaarborgd in de door de initiatiefnemers bedoelde uitleg van artikel 551a. Er is geen enkel moment in het onderzoek naar de vaststelling van de wederrechtelijkheid van het verblijf voorafgaand aan ontruiming, waarin de verdachten worden gehoord, alvorens de bevoegdheid uit te oefenen. Het recht van een verdachte om zich te verdedigen, maakt deel uit van een eerlijk proces, gewaarborgd in artikel 6 lid 3 onder c van het EVRM. In het Nederlands strafrecht is dit beginsel in artikel 200 e.v. Sv. gewaarborgd. Nu de enige toetsing die de initiatiefnemers voor ogen hebben een eventueel kort geding is, waarin de beginselen van hoor en wederhoor ten gevolge van de wijze van procesvoering, waarbij de bewoners pas bij de conclusie van antwoord volledig op de hoogte worden gesteld van de verdenking die jegens hen bestaat, slechts marginaal in gerealiseerd kan worden, ontbreken deze strafrechtelijke processuele waarborgen.
61. In het civiele kort geding is het aan partijen om het bewijs in te brengen ter onderbouwing van hun eigen stellingen. Ten gevolge daarvan is in kort geding de in de strafprocedure ter bescherming van het belang van verdachten gestelde regel, dat het O.M. verplicht is alle stukken in te brengen, dus ook die waar de onschuld van de verdachte uit afgeleid kan worden, buiten werking gesteld. Mede gelet op dit verschil, kan een kort geding in redelijkheid niet als een effectieve remedy in de zin van artikel 13 EVRM worden aangemerkt.

Marginale toets

62. Een andere reden waarom het kort geding in redelijkheid niet als effectieve remedy kan worden aangemerkt, is omdat de kort geding rechter in dit soort zaken pleegt te volstaan met marginale toetsing van het overheidshandelen. Het mag duidelijk zijn dat een dergelijke marginale toetsing volstrekt onvoldoende rechtsbescherming biedt tegen onrechtmatige toepassing van de bevoegdheid van art. 551a Sv, omdat ten gevolge daarvan de mogelijkheid om deze te voorkomen navenant wordt ingeperkt. Uit de stellingen van mr. Ten Broeke in het geding van afgelopen donderdag blijkt duidelijk dat door het O.M. op een dergelijke marginale toetsing uitdrukkelijk geanticipeerd wordt.

Wie stelt moet bewijzen

63. Op deze wijze zal het initiatief tot de weg naar een onafhankelijke onpartijdige rechter bij de personen die zich willen wapenen tegen de grondrechtelijke inbreuk liggen. De rechtssystematiek laat niet toe dat het enkele feit dat het O.M. stelt dat er sprake is van een wederrechtelijke situatie en derhalve mag worden overgaan tot ontruiming, zonder daartoe aan een onafhankelijk orgaan verantwoording over af te leggen, de bewoners in een civiele zaak moeten stellen dat dit niet het geval is.

Reparatie

64. Het recht op een eerlijk proces vastgelegd in artikel 6 EVRM, is voorts niet gewaarborgd omdat er geen enkele garantie is dat degene die op grond van artikel 551a Sv. uit zijn woning ontruimd wordt, ook daadwerkelijk vervolgd zal worden wegens overtreding van artikel 138, 138a of artikel 139 Sr. Onder de werking van de artikelen 138 en 429 sexies Sr. is vervolging zelden doorgezet. Het Openbaar Ministerie zal de vervolging enkel doorzetten indien zij overtuigd is van de schuld van de verdachte. Indien het verblijf niet wederrechtelijk was en dit met bijvoorbeeld een overeenkomst tussen partijen aangetoond kan worden vervalt de aanklacht. Door het toetsingsmoment van de rechtmatigheid van de ontruiming pas na die ontruiming plaats te laten vinden zijn de rechtsmiddelen van de bewoners tegen ongeoorloofd overheidsoptreden onvoldoende gewaarborgd of geheel afwezig.
65. De ontruiming is slechts rechtmatig indien in rechte vast komt te staan dat het verblijf van de bewoners wederrechtelijk was in de zin van artikel 138, 138a en 139 Sr. Indien de ontruiming reeds voor toetsing heeft plaatsvonden en de ernstige grondrechtelijke inbreuk dus al is geschied, ontbreken afdoende middelen om de mogelijke onschuld vast te stellen en de eventuele schade te herstellen.
66. De door mr. Ten Broeke in het proces van afgelopen donderdag genoemde mogelijkheid van reparatie middels strafvermindering is een paradox, nu er in de regel ofwel niet vervolgd zal worden óf er vrijspraak volgt omdat het verblijf niet wederrechtelijk is. Andere bij wet voorziene schadeprocedures zullen in deze situatie evenmin effectief soelaas bieden.
67. De kosten om zich te wapenen tegen onrechtmatig overheidshandelen worden door deze handelswijze door de bewoners gedragen. Een strafrechtelijke procedure moet met waarborgen worden omkleed en niet afhankelijk zijn van de financiële mogelijkheden tot een civiele rechtsgang van de verdachte.

Non-incriminatie beginsel

68. Zowel in de uitleg dat ontruimen een bijzondere opsporingsbevoegdheid is, alsmede in de uitleg van mr. Ten Broeke in het proces van donderdag, dat ontruimen een parate executie behelst, wordt voorbijgegaan aan het non-incriminatie beginsel voortvloeiende uit onder andere lid 2 art. 6 EVRM. De processuele waarborg wordt aan een al dan niet af te wachten kort geding gelaten waarin de bewoners hun identiteit en belang prijs moeten geven. Hierdoor zullen ook bewoners van panden waarvan het verblijf niet wederrechtelijk is, maar het bewijs daartoe lastig aan te dragen is zich, wegens het ontbreken van strafvorderlijke waarborgen, op een eerlijk proces ten onrechte moeten incrimineren.

Onschuldspresumptie

69. De kort geding procedure is in het onderhavige geval in strijd met de onschuldspresumptie. Het gemak waarmee de wetgever de ontruimingsbevoegdheid heeft willen optuigen, is verbazingwekkend te noemen. Hier valt immers een duidelijke spanning te signaleren met de onschuldspresumptie die is neergelegd in artikel 6 lid 2 EVRM. Volgens deze verdragsbepaling hoort een ieder tegen wie een vervolging is ingesteld, voor onschuldig te worden gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan. Voor inbreuken op dit recht biedt het verdrag geen ruimte.

70. Ondanks de onschuldspresumptie zal er in een samenleving soms hierop ingenomen moeten worden om het algemeen belang te dienen van de opsporing van strafbare feiten, maar de opsporing van strafbare feiten is niet gediend met het ontruimen van panden en inbreuk op de onschuldspresumptie is hierdoor ook niet geoorloofd.
71. De lijn die het O.M. middels de landsadvocaat hierin naar buiten brengt is er één van nog verdere inbreuken op het recht op een eerlijk proces nu de uitspraken van de kortgedingzaken niet per definitie afgewacht worden. De door de Staat bij het geding van afgelopen donderdag ingenomen stelling dat de wederrechtelijkheid van het verblijf eenvoudig vast te stellen is, geeft blijk van een naieve opstelling. Mede gelet op het feit dat het O.M. in dit soort zaken geheel op de informatie van de eigenaar pleegt af te gaan en voor de toepassing van hoor en wederhoor in de regel geen plaats is ingebouwd, is er alle mogelijkheid tot het maken van onjuiste beoordelingen hiervan. De eventuele onbetrouwbaarheid van de informatieverstrekking van de kant van de eigenaar is dan ook een voor de hand liggende bron voor het ontstaan van onjuiste beoordelingen op dit punt. Daarnaast kan gedacht worden aan situaties waarin, zelfs bij de aanwezigheid van volledige informatie, niet eenvoudig vastgesteld kan worden of er sprake is van wederrechtelijk verblijf, bijvoorbeeld in de situaties van onbevoegde verhuur, betwisting van gemaakte afspraken tussen eigenaar en bewoners, handelingen waaruit een bewust gedogen van de bewoning kan worden afgeleid, verjaring van de rechtsvordering. Deze bezwaren gelden des te meer nu er geen enkele garanties bestaan dat degene tegen wie de bevoegdheid wordt ingezet daarvan ooit voortijdig in kennis worden gesteld en aldus in de gelegenheid worden gesteld om hun feitelijke of juridische argumenten tegen de aanname van de wederrechtelijkheid op enig moment tijdig ter kennis van de opsporingsambtenaar te brengen.

Verbod terugwerkende kracht

72. Hebben de hiervoor genoemde argumenten betrekking op de bevoegdheden die voortvloeien uit art. 551a Sv in het algemeen, nu volgen enige argumenten die betrekking hebben op het recht om gebruik te maken van dergelijke (gepretendeerde) bevoegdheden tegen personen die kennelijk ervan verdacht worden reeds voorafgaand aan 1 oktober 2010 een pand te hebben gekraakt en dat niet per 1 oktober 2010 hebben verlaten.
73. De initiatiefnemers van de wet hebben bij de behandeling van de wet in het parlement uitdrukkelijk aangegeven van mening te zijn dat de wet op gelijke wijze als tegen bewoners van na de inwerkingtreding van de wet gekraakte panden dient te worden toegepast tegen bewoners van voordien reeds gekraakte panden en uit de berichtgeving door de Staat blijkt dat het O.M. ook voornemens is dienovereenkomstig te handelen. Het is de vraag of de Staat daarmee recht doet aan het uit het legaliteitsbeginsel voortvloeiende verbod op strafbaarstelling met terugwerkende kracht en aan art. 8 EVRM.
74. Bij de parlementaire behandeling van de wet is al door diverse partijen aandacht gevraagd voor dit punt. Met name mw. Böhrer heeft bij de behandeling in de Eerste Kamer daarvoor uitdrukkelijk de aandacht gevraagd (E.K., vergaderjaar 2009-2010, 31560, C, p. 21-22 (Productie 4); Handelingen Eerste Kamer 18-5-2010, 29-1203, 1266, 1268, 1269), waarbij zij naar dezelfde vraagstukken verwees. De initiatiefnemers hebben deze bijdrage, naar de mening van eisers ten onrechte, afgedaan met de stelling dat van verboden terugwerkende kracht in de zin van het legaliteitsbeginsel geen sprake zou zijn nu met de invoering van de nieuwe wet niet het kraken (voorafgaande aan de inwerkingtreding van de wet) zelf strafbaar wordt gesteld,

maar het zich (na invoering van die strafbaarstelling), niet daaruit verwijderen en dat het de wetgever zou zijn toegestaan om strafbepalingen in het leven te roepen waarin een bepaalde toestand wordt verboden die dan vanaf de inwerkingtreding van die bepaling strafbaar is.

75. Naar mening van eisers zijn de initiatiefnemers met deze stellingname voorbijgegaan aan het feit dat in deze strafbepaling weliswaar naar de letter (ook) het verdere verblijf in een wederrechtelijk in gebruik genomen pand strafbaar is gesteld, maar dat daarbij de beantwoording van de vraag of iemand zich aan dat delict schuldig maakt, en dus (in de zienswijze van initiatiefnemers) blootstellen aan handelingen op grond van art. 551a Sv, geheel afhankelijk is van de wederrechtelijke ingebruikname daarvan voorafgaande aan de inwerkingtreding en dus op een moment dat deze niet strafbaar was.
76. De kern van het delict vormt dus de wederrechtelijke ingebruikname, en niet het zich niet daaruit verwijderen, zodat materieel gezien gewoon sprake is van strafbaarstelling met terugwerkende kracht. De enige wijze waarop degene die voordien, zonder zich schuldig te maken aan enig strafbaar feit, gekraakt woonde, kan voorkomen zich aan strafbaarheid bloot te stellen is middels opgave van een grondwettelijk en verdragsrechtelijk erkend recht.
77. Een strafbaarstelling van continuering van een voordien niet strafbaar handelen welke slechts kan worden voorkomen door het opgeven van grondwettelijk en verdragsrechtelijk erkende rechten, komt in strijd met het legaliteitsbeginsel, alsmede met dit grondwettelijk of verdragsrechtelijk erkende recht zelf. Immers kan ook gesteld worden dat het juist het (grond- of) verdragsrecht, in casu art. 8 EVRM, zelf is die een dergelijke strafbaarstelling ‘achteraf’, ook al is die bij wet bepaald, uitsluit, en wel omdat een dergelijke disproportionele handelwijze, bestaande uit het zonder bijzondere noodzaak voorbijgaan aan gevestigde rechten, niet noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Slotson

78. De veronderstelde strafrechtelijke ontruimingsbevoegdheid wordt ontleend uit artikel 551a Sv. Het totstandkomingsproces van dit artikel werd gekenmerkt door grote onzorgvuldigheid. Een ongewoon kritisch advies van de Raad van State illustreert dit. De onzorgvuldigheid heeft tot een zeer onduidelijke wet geleid. Het O.M. veronderstelt aan deze wet een strafrechtelijke onruimingsbevoegdheid te kunnen ontleen. Dit volgt echter niet uit de tekst van de wet.
79. Een eventueel jegens het O.M. welwillende lezing van de wet staat op gespannen voet met het grondwettelijk en verdragsrechtelijk beschermde huisrecht, alsmede met het recht op een eerlijk proces en de uit artikel 13 EVRM aanspraak op effectieve rechtsbescherming. Een dergelijke uitleg gaat de margin of appreciation voor inbreuken op het huisrecht te buiten, veronachtzaamt de eis van voorzienbaarheid en ontbeert effectieve remedies.
80. Bovendien staan het legaliteitsbeginsel en het huisrecht aan toepassing van een dergelijke bevoegdheid ten opzichte van degene die verdacht worden voor 1 oktober een pand gekraakt te hebben in de weg.
81. Dit gehele betoog is er niet op gericht om de wetgever de mogelijkheid te ontnemen om op de door hem gewenste wijze op te treden tegen kraken, maar om de belangen van de burger en met name degenen die er ten onrechte van verdacht worden wederrechtelijk te verblijven in de zin van artikel 551a sv. te beschermen, ten einde de overheid te bewegen zich te houden aan de

beperkingen die zij zichzelf heeft opgelegd. Deze beperkingen zijn namelijk niet zomaar in het leven geroepen, zij strekken ertoe de burger haar fundamentele rechten te garanderen.

82. Replik:

Andere oplossing

Civielrechtelijk conflict dat prima in civielrecht opgelost kan worden. Indien handhaving openbare orde nodig is dan bestuursrechtelijk zoals ook rest openbare orde bevoegdheden. Zie ook noot Mevis punt 10 NOG UIT TE WERKEN

Wie is bevoegd? (Replik)

Wanneer de landsadvocaat gevolgd wordt in haar stelling dat art 551a Sv niet gezien moet worden als strafvordelijke bevoegdheid maar als bijzondere bevoegdheid ter handhaving van de rechtsorde om, zoals hij het zo mooi stelt, aansluiting te zoeken bij de maatschappelijk geaccepteerde praktijk, dan dient de vraag zich op of niet de burgemeester igv art. 12 PW het bevoegd gezag is onder wiens bevoegdheid de politie opereert.

Hoewel duidelijkheid omtrent het beleid in mijn ogen wenselijk is, is het voor mijn cliënten uiteraard voldoende als zij weten waar zij in hun specifieke situatie aan toe zijn en dat zij zich niet dagelijks hoeven te verdiepen in mogelijk nieuw beleid.