

Geen huisvredebreuk zonder huisvredebreuk

Ook art. 138 WvSr beschermt krakers

De Hoge Raad heeft op 9 oktober 2009 geoordeeld dat nadere formele regelgeving nodig is voor het strafrechtelijk ontruimen van in de zin van art. 429sexies WvSr gekraakte woningen. Toch ziet het Openbaar Ministerie in art. 138 WvSr (huisvredebreuk) nog ruimte om krakers blijvend uit panden te drijven. Dat aan art. 138 WvSr een ontruimingsbevoegdheid kan worden ontleend, is echter gelet op het arrest van de Hoge Raad twijfelachtig geworden. Daar komt bij dat de vraag wie door art. 138 WvSr wordt beschermd, al snel in het voordeel van de kraker en ten nadele van de huiseigenaar uitvalt. Als men tenminste vindt dat voor huisvredebreuk huisvredebreuk is vereist. Dit uitgangspunt is blijkens de rechtspraak minder logisch dan het lijkt.

W.H. JEBBINK

Kraken is weer actueel. Er is een wet aanhangig die kraken onder alle omstandigheden strafbaar wil stellen en de Hoge Raad heeft op 9 oktober 2009 in een principieel arrest geoordeeld dat de politie een formele wettelijke grondslag ontbeert om kraakpanden strafrechtelijk te ontruimen.¹ De kraker, die doorgaans als verdachte wordt aangemerkt wegens overtreding van art. 138 WvSr (huisvredebreuk) of art. 429sexies WvSr (het huidige kraakverbod: het wederrechtelijk in gebruik nemen van een woning die nog geen twaalf maanden leegstaat), kan weliswaar door de politie worden aangehouden en verwijderd uit de gekraakte woning, maar dat tast het door hem gevestigde huisrecht niet aan. Inbreuken op dit klassieke grondrecht moeten volgens art. 12 Gw (en tevens art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR) bij de wet zijn voorzien. De Hoge Raad constateert dat de wetgever zich dat al sinds de jaren zeventig heeft gerealiseerd, maar nimmer zo'n specifieke bevoegdheid heeft geschapen. Omdat art. 429sexies WvSr geen ontruimingsbevoegdheid geeft en art. 2 Politiewet (de algemene taakstelling van de politie) niet specifiek genoeg is, is de eigenaar van een gekraakt pand voor een ontruiming aangewezen op de civiele rechter.²

Strafrechtelijk ontruimen gaat door

Het Openbaar Ministerie (OM) lijkt krakers echter (voorlopig) niet met rust te laten. De Amsterdamse driehoek verkondigde in

november 2009 dat het 'strafrechtelijk ontruimen' wordt voortgezet ten aanzien van kraakpanden die op het moment van de kraak door de eigenaar in gebruik waren. Daarvoor biedt, aldus de driehoek, art. 138 WvSr voldoende gronden.³ Geheel in de lijn met het standpunt van de driehoek betoogde de Amsterdamse kraak- en ontruimingsofficier onlangs dat de Hoge Raad zich in zijn arrest louter op art. 429sexies WvSr heeft geconcentreerd, waardoor het geen uitgemaakte zaak zou zijn of de benodigde rechtsbasis door art. 138 WvSr wordt verschaft.⁴ Hij wijst er ook op dat de wetgever met strafbaarstelling van huisvredebreuk de grondwettelijke onschendbaarheid van de woning een behoorlijke sanctie wilde geven. Dat zijn krampachtige en ontoereikende argumenten, nu de Hoge Raad op 9 oktober 2009 klip-en-klaar heeft uitgemaakt dat de politie een formele wettelijke grondslag ontbeert om kraakpanden strafrechtelijk te ontruimen – zonder onderscheid des artikels. Deze uitspraak ligt in de lijn van striktere eisen die de Hoge Raad sinds enkele jaren aan de wettelijke legitimering van politiebevoegdheden stelt.⁵

Risico's binnentredende ambtenaren

Omdat de reikwijdte van art. 138 WvSr de grens van de bemoeienis van het OM bepaalt,⁶ zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld of krakers wel wegens huisvredebreuk als verdachte kunnen worden aangemerkt. Het antwoord op die vraag blijkt niet steeds

1 Wet kraken en leegstand, *Kamerstukken II*, 31 560; HR 9 oktober 2009, LJN BJ1254.

2 Bij openbare-ordeverstoring kan de burgemeester de politie opdracht geven een pand te ontruimen.

3 Zie de website van de Gemeente Amsterdam onder www.amsterdam.nl/gemeente/college/burgemeester_cohen/persberichten/amsterdam_gaat_door.

4 O.J.M. van der Bijl, 'Strafrechtelijke ontruiming: einde verhaal?', *NJB* 2010, p. 151-155.

5 Bijv. HR 29 januari 2008, *NJ* 2008, 206.

6 Vgl. noot Van Veen onder HR 17 november 1989, *NJ* 1990, 288.



eenvoudig te vinden en is relevant, met name in het licht van art. 370 WvSr. Dit artikel stelt strafbaar de ambtenaar die met overschrijding van zijn bevoegdheid of zonder inachtneming van wettelijke vormen een woning binnentreedt (in wezen gaat het hier om een geprivilegieerde vorm van huisvredebreuk). Zou beleid als dat van de Amsterdamse driehoek klakkeloos worden uitgevoerd, dan lopen onder bepaalde omstandigheden de betrokken opsporingsambtenaren het risico zélf strafrechtelijk aansprakelijk te worden gesteld. Reden om de reikwijdte van art. 138 WvSr in kaart te brengen.

Ratio art. 138 WvSr: bescherming huisvrede

Art. 138 WvSr stelt, voor zover hier van belang, strafbaar degene die "in de woning of het besloten lokaal (...), bij een ander in gebruik, wederrechtelijk binnendringt of, wederrechtelijk aldaar vertoevende, zich niet op de vordering van of vanwege de rechthebbende aanstonds verwijdert". Daarmee beoogde de wetgever te voorzien in de bescherming van hem die op het moment van de storing de woning of het besloten lokaal gebruikt. Voor zover het de woning betreft, is de ratio dus de bescherming tegen inbreuken op het huisrecht c.q. de huisvrede,⁷ ofschoon die term in de wettekst niet wordt genoemd.⁸ Volgens de memorie van toelichting (MvT) wordt hier met woning niet slechts bedoeld een bewoond verblijf. Het gaat

ook om "tot bewoning bestemde maar niet werkelijk bewoonde localiteiten, bijv. gemeubileerde woningen die des zomers door de bewoners verlaten worden (...)".⁹ Kennelijk omdat de tekst van art. 138 WvSr woning en het gebruik daarvan apart noemt, merkt de Hoge Raad een voor bewoning te huur staande ruimte aan als leegstaande woning, en niet als leegstaand lokaal. Zodoende 'repareerde' hij in 1971 de opvatting van woning als onbewoond verblijf door 'bij een ander in gebruik' uit te leggen als 'feitelijk als woning in gebruik'. De Hoge Raad overwoog hierbij expliciet dat art. 138 WvSr, "voor zover op woningen betrekking hebbend, in het bijzonder beoogt het huisrecht te beschermen (...)".¹⁰ Het huisrecht bleef dus het object van de door art. 138 WvSr beoogde bescherming van woningen.

Oprekken 'in gebruik': koppeling huisvrede losgelaten

Sluipenderwijs is echter 'in gebruik bij een ander' door de Hoge Raad zo ver opgerekt dat de koppeling met de uitoefening van een huisrecht is losgelaten. Zo werden ook verbouwingswerkzaamheden door de (nog) niet in de woning wonende eigenaar onder 'feitelijk gebruik' geschaard, en zelfs beoogd toekomstig gebruik door een ander: bijvoorbeeld een lege wisselwoning, bestemd voor bepaalde huurders die daar over enkele maanden zullen gaan wonen.¹¹ In deze gevallen wordt de eigenaar beschermd.

Enkele aspecten van het huisrecht

Bij dergelijke 'eigenaarsbescherming' kan niet meer worden ge-

7 Die termen verschillen blijkens de rechtspraak van de Hoge Raad niet van betekenis. Anders: A.Q.C. Tak, *Het huisrecht* (diss. Utrecht), Hoenderloo: Hoenderloo's Uitgeverij en Drukkerij 1973, p. 23.

8 De desbetreffende kop in de MvT luidt: 'Schending van den huisvrede[...]; E.A. Smidt, *Wetboek van Strafvordering met de geschiedenis der wijzigingen daarin gebracht bij de invoering van het nieuwe Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van ontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagen enz. Deel II*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1886, p. 80 e.v.

9 Smidt, a.w., p. 85.

10 HR 2 februari 1971, NJ 1971, 385.

11 HR 24 juni 1980, NJ 1980, 625; HR 17 november 1989, NJ 1990, 288, m. n.t. ThWvV.

sproken van een inbreuk op het huisrecht. Een aantal aspecten van het huisrecht laat dat zien. Op de eerste plaats wordt dit recht ontleend aan feitelijke bewoning: het strekt niet tot bescherming van de eigendom.¹² Daardoor is de vraag of bewoning geschiedt krachtens enig recht, niet van belang, aldus de Hoge Raad (reeds sinds 1915).¹³ Een soortgelijk standpunt huldigt het EHRM: het begrip 'home' en de daarmee gepaard gaande privacybescherming van art. 8 EVRM, is "not limited to those premises which are lawfully occupied or which have been lawfully established".¹⁴ Op de tweede plaats kan het huisrecht snel worden gevestigd. Als de woning 's nachts wordt betrokken door 'antikrakers' door plaatsing van meubilair, en zij de avond daarop hun intrek nemen, wordt – als zij enkele uren later door krakers worden gestoord – inbreuk gemaakt op hun huisrecht.¹⁵ Wie echter van meet af aan in zijn verblijf door de politie wordt gehinderd, vestigt nog geen huisvrede.¹⁶ Op de derde plaats heeft het huisrecht een exclusief karakter. Dat blijkt uit de MvT bij de Algemene wet op het binnentreden: het gaat (onder meer) om ongestoord verblijf in een ruimte die tot exclusief verblijf is ingericht en bestemd.¹⁷ Of er in de woning wel voldoende faciliteiten aanwezig zijn (bijv. aansluiting van gas, water en licht), is ondertussen niet van belang: "Het privacy-karakter van het huisrecht (...) laat (...) niet toe dat een toetsing plaatsvindt van de motieven die een persoon ertoe bewegen om een bepaalde ruimte als woning te gebruiken."¹⁸

Problematiek van huisvredebreuk zonder huisvredebreuk

Met de bizarre consequentie dat voor huisvredebreuk geen huisvredebreuk wordt vereist, hebben reeds diverse juristen geworsteld. Leijten, die het verstoren van huisvrede "wel heel iets anders" vindt dan het beletten dat iemand straks zich op storing van zijn huisvrede kan beroepen, heeft in zijn conclusie voor HR 13 december 1985, NJ 1986, 229 ogenschijnlijk weinig moeite met het ontbreken van een daadwerkelijke inbreuk op de huisvrede: "De huisvrede is het grote beginsel, van waaruit alles moet worden bekeken. Maar de werkelijkheid eist gewoon, dat wij de term "in gebruik bij een ander" – en die staat in de wet – zo uitleggen dat mensen niet behoeven te ondervinden, dat het huis waarin de overledene woonde, tijdens haar begrafenis wordt gekraakt (...)." Tegelijkertijd laat Leijten de 'buitengewettelijke' eis van een inbreuk op de huisvrede niet geheel los: zijns inzien wordt door langdurige leegstand "de toch al moeilijke verbinding tussen huisvrede en gebruik in ruime zin onherstelbaar verbroken". Elders in zijn conclusie slaat hij in ieder geval de spijker op zijn kop door erop te wijzen dat de uitbreiding van 'feitelijk in gebruik' niet betekent strafbaarheid wegens mildere modaliteit van huisvrede.¹⁹ Dat sluit aan bij het al genoemde exclusieve karakter van het huisrecht. Rammelink kwam al in 1971 met wat het ei van Columbus leek: een onbewoonde maar wel tot bewoning bestemde woning zou volgens hem kunnen worden aangemerkt als lokaal in de zin

DE KRAKER KAN WELISWAAR DOOR DE POLITIE WORDEN AANGEHOUDEN EN VERWIJDERD UIT DE GEKRAAKTE WONING, MAAR DAT TAST HET DOOR HEM GEVESTIGDE HUISRECHT NIET AAN.

van art. 138 WvSr, zodat de kraker wegens lokaalvredebreuk zou kunnen worden aangepakt. Maar de Hoge Raad volgde hem daarin niet, mogelijk omdat hij geen al te ruime bescherming wilde verlenen aan de eigenaren van leegstaande, niet als woning in gebruik zijnde woonhuizen.²⁰ Met lokaalvredebreuk beoogde de wetgever strafbaar te stellen schending van het recht van anderen op ongestoord bezit. 'Bij een ander in gebruik' heeft hier volgens de MvT de betekenis van "waarover een ander de beschikking heeft".²¹ Dat lijkt verband te houden met eigenaarsbescherming en lijkt sneller te kunnen worden aangenomen dan bij woningen, bijvoorbeeld als de eigenaar het in een voor direct gebruik beschikbare staat houdt en met zekere regelmaat stappen onderneemt om het overeenkomstig de gewenste bestemming te (doen) gebruiken. Het aanvragen en verkrijgen van een bouw- en monumentenvergunning, het doen vervaardigen van brochures om het appartementencomplex onder de aandacht van het publiek te brengen en het voeren van onderhandelingen over de verkoop lijken daarvoor al voldoende te zijn.²²

Bescherming art. 138 WvSr: kraker of huiseigenaar?

Door voor overtreding van art. 138 WvSr geen inbreuk op het huisrecht te eisen, is de Hoge Raad te ver afgedreven van de ratio van deze bepaling, die nota bene de grondslag vormde van zijn eigen uitleg van 'in gebruik': de bescherming van het huisrecht. Problematisch is daardoor de situatie geworden waarin de eigenaar een woning in gebruik heeft in ruime zin, terwijl deze in bezit wordt genomen door krakers, die bij ongestoord bezit na enige tijd een exclusief huisrecht zullen vestigen. Wie heeft dan recht op bescherming van art. 138 WvSr? De ruime uitleg van de Hoge Raad wil in zo'n geval de eigenaar bij (frictie)leegstand beschermen, doch daarbij is *diens huisvrede* niet in het geding. Met betrekking tot woningen zou dan in wezen bescherming worden verleend aan het recht op ongestoord bezit, welke bescherming hooguit voor lokalen is gereserveerd. De conclusie lijkt onontkoombaar dat de kraker hier het uitsluitende recht toekomt op bescherming van art. 138 WvSr, gebaseerd op het door hem (zij het onrechtmatig) gevestigde huisrecht, op grond van art. 370 WvSr ook tegen de 'namens'

12 Kamerstukken II 1984/85, 19 073, nr. 3, p. 20.

13 HR 21 december 1914, NJ 1915, p. 368-370 en (o.m.) HR 4 september 2007, LJN BA4943.

14 EHRM 25 september 1996, nr. 20348/92 (Buckley/Verenigd Koninkrijk); EHRM 13 mei 2008, nr. 19009/04 (McCann/Verenigd Koninkrijk).

15 HR 22 september 1987, NJ 1988, 286.

16 Hof Amsterdam 22 januari 1975, NJ 1975, 256.

17 Kamerstukken II 1984/85, 19 073, nr. 3, p. 20.

18 HR 22 september 1987, NJ 1988, 286.

19 Conclusie voor HR 13 december 1985, NJ 1986, 229.

20 Conclusie voor HR 16 november 1971, NJ 1972, 61. Eerder leek A-G Langemeijer dat "gezocht", conclusie voor HR 2 februari 1971, NJ 1971, 385. Zie ook de noot van Van Veen onder HR 13 december 1985 NJ 1986, 229.

21 Smidt, a.w., p. 82-83.

22 O.m. HR 13 december 1985, NJ 1986, 229; Rb. Zwolle 26 september 2006, LJN AZ9307; Rb. 's-Hertogenbosch 8 februari 2008, LJN BC4136.

de huiseigenaar binnenvallende politie. Nu de wet in zo'n geval niet expliciet voorziet in bescherming van de huiseigenaar, ontbreekt ook hier een door art. 12 Gw en art. 8 EVRM vereiste wettelijke voorziening voor een inbreuk op het huisrecht. Dat betekent dat onder de genoemde omstandigheden de kraker niet wegens huisvredebreuk kan worden aangehouden. Een andere opvatting zou het huisrecht gevaarlijk ondermijnen: ook de verhuurder zou dan te allen tijde 'zijn' woning mogen betreden (waarvan kan worden volgehouden dat ook hij die in gebruik heeft door deze conform de bestemming te doen gebruiken). Dat is in strijd met de opvatting van de wetgever, die expliciet wees op de uitsluitende bescherming van de huurder in zo'n situatie.²³ Omdat zoals reeds vermeld het huisrecht ook in geval van illegale ingebruikneming wordt beschermd, biedt het de eigenaar ook geen soelaas zijn eigendomsrecht daartegen te laten afwegen. Dit inzicht is de rechtbank Groningen kennelijk ontgaan, toen zij het huisrecht in vergelijking met het eigendomsrecht op dezelfde woning relatief zwak oordeelde.²⁴ Bovendien lijkt hier geen sprake te zijn van botsing van grondrechten, nu het eigendomsrecht niet in de Grondwet doch 'slechts' in art. 1 Eerste Protocol EVRM wordt genoemd.

Beperkte uitleg 'in gebruik' sluit aan bij bedoeling wetgever

Was er in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw teleologisch gezien reeds reden om 'in gebruik' beperkt te interpreteren, in 1992 kwam daar een systematisch argument bij. Toen werd het strafrechtelijke kraakverbod (art. 429sexies WvSr) ingevoerd, dat uitsluitend bedoelde het eigendomsrecht te beschermen. Deze bepaling ziet uitsluitend op leegstaande woningen: na beëindiging van het rechtmatig gebruik wordt de eigenaar tot maximaal twaalf maanden door deze bepaling beschermd.²⁵ Over de betekenis van 'gebruik' in de zin van art. 429sexies WvSr zijn in de totstandkomingsgeschiedenis amper woorden vuil gemaakt. Enkel is daarover te vinden de bijna terloopse opmerking van de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, luidend dat deze term in beginsel niet van andere betekenis is dan in art. 138 WvSr.²⁶ Tegen de achtergrond van de toen al bestaande ruime uitleg van dit begrip in de rechtspraak rekte de staatssecretaris met die uitspraak de strikt gestelde twaalfmaandetermin in één klap veel verder op. Die termijn gaat dan immers pas lopen op het moment dat er geen gebruik in ruime zin meer plaatsvindt, waardoor feitelijk de eigenaar dus veel langer dan twaalf maanden wordt beschermd. Dat laatste lijkt in strijd met de bedoeling van de wetgever: die achtte het slechts aanvaardbaar dat een pand hooguit één jaar leeg zou staan als gevolg van 'frictie-leegstand'. Bovendien is de wetgever nimmer teruggekomen op de opvatting dat art. 138 WvSr beschermt tegen een inbreuk op *daadwerkelijke* bewoning. Bijvoorbeeld bij de totstandkoming van art. 429sexies WvSr is nog expliciet opgemerkt dat het oogmerk van art. 138 WvSr de bescherming van de gebruiker tegen inbreuken op de *huisvrede* is.²⁷

Biedt verdenking wegens binnendringen soelaas?

De officier van justitie zou de hiervoor genoemde problematiek echter kunnen omzeilen, nu art. 138 WvSr ook strafbaar stelt het wederrechtelijk binnendringen van de woning: het betreden van een in gebruik zijnde woning tegen de onmiskenbare wil van de rechthebbende.²⁸ Aan het construeren van een redelijk schuldvermoeden wegens dit onderdeel van huisvredebreuk kleven echter ook problemen. Als de krakers niet aanstonds – voorafgaand aan vestiging van een 'eigen' huisrecht – zijn aangehouden, kan niet zomaar kan worden vermoed dat iedere in de woning vertoevende persoon tevens bij het (initieel) binnendringen was betrokken. Wordt, zoals in de literatuur wel (voorzichtig) bepleit,²⁹ binnendringen als voortdurend delict aangemerkt, dan zal dat eindigen door vestiging van 'eigen' huisrecht. Opnieuw binnentreden kan dan niet langer als wederrechtelijk in de zin van art. 138 WvSr worden beschouwd. Dergelijke factoren vertroebelen het zicht op wie van de in een woning aanwezigen initieel is binnengedrongen en wie dus als verdachte zou kunnen worden aangemerkt. Bovendien snijdt een dergelijke onduidelijke situatie de pas af voor aanhouding, nu daartoe buiten heterdaad slechts mag worden overgegaan indien sprake is van verdenking van een strafbaar feit waarvoor voorlopige hechtenis is toegelaten (art. 54 WvSv; huisvredebreuk is niet zo'n feit). Of binnendringen wel een voortdurend delict is, zodat de mogelijkheid tot aanhouding op heterdaad langere tijd blijft bestaan, moet ondertussen worden betwijfeld. Er is geen rechtspraak die steun geeft aan die opvatting en art. 138 lid 2 WvSr verraadt eerder het tegendeel: onder meer degene die zich de toegang verschaft door middel van valse sleutels, wordt volgens die bepaling geacht te zijn *binnengedrongen*. Blijft men in de woning, dan is er volgens de wetgever kennelijk sprake van vertoeven, dat in lid 1 apart strafbaar is gesteld en zijn betekenis grotendeels zou verliezen door binnendringen ruim op te vatten.

Besluit

Kortom: de officier van justitie behoort een zorgvuldige afweging te maken alvorens hij besluit krakers op grond van art. 138 WvSr als verdachte aan te merken en opdracht geeft hen aan te houden. Ondoordachte toepassing van bijvoorbeeld de opvatting van de Amsterdamse driehoek kan via art. 370 WvSr voor een boemerang-effect zorgen: het zou dan wel eens de binnentredende ambtenaar zelf kunnen zijn die strafbaar is wegens inbreuk op het huisrecht – van de kraker welteverstaan.

Mr. W.H. Jebbink is advocaat te Amsterdam (www.jebbinksoeteman.nl).

23 Snidt, a.w., p. 81.

24 Rb. Groningen 7 november 2008, LJN BG4440.

25 Kamerstukken II 1991/92, 20 520, nr. 11, p. 28-29.

26 Handelingen II 1991/92, 20 februari 1992, p. 55-3565.

27 Kamerstukken II 1991/92, 20 520, nr. 11, p. 28-29.

28 O.m. HR 9 december 2003, LJN AN7304.

29 T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Rimmelink, *Het Wetboek van Strafrecht* (losbl.), zevende druk voortgezet door J.W. Fokkens en A.J. Machielse, Deventer: Kluwer, aant. 13, suppl. 123 (september 2003).