

ECLI:NL:HR:2011:BQ9880

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	28-10-2011
Datum publicatie	28-10-2011
Zaaknummer	10/05147
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2011:BQ9880 In cassatie op : ECLI:NL:GHSGR:2010:BO3682 , Bekrachtiging/bevestiging
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	<p>Kort geding tegen de Staat. Wet Kraken en Leegstand; art. 138a Sr, art. 551a Sv. Legitimiteit strafrechtelijke ontruiming. Geen overschrijding “margin of appreciation” art. 8 lid 2 EVRM met art. 551a Sv. Geen strijd met art. 7 EVRM indien na inwerkingtreding art. 138a Sr voortgezet verblijf strafbaar wordt. Gelet op ernst inbreuk (huisrecht) en onomkeerbaarheid gevolgen, voorafgaande rechterlijke toetsing rechtmatigheid (dreigende) ontruiming vereist. Wederrechtelijkheid verblijf betekent niet dat kraker geen “arguable claim” kan hebben. Ontruiming in beginsel slechts na uitkomst kort geding in eerste aanleg. Kort geding in één instantie voldoende effectief (art. 13 EVRM). Noodzaak van tijdige aankondiging ontruiming en van deugdelijk gepubliceerde beleidsregels. Beleidsbrief College van procureurs-generaal (Stert. 2010, nr. 19500).</p>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RvdW 2011/1315 RAV 2012/11 NJB 2011/2013 Module Vastgoed en wonen 2011/1025 AB 2012/350 NJ 2013/153

Uitspraak

28 oktober 2011

Eerste Kamer

nr. 10/05147

RM/IF

Hoge Raad der Nederlanden

Arrest

in de zaak van:

DE STAAT DER NEDERLANDEN (Ministerie van Veiligheid en Justitie),
zetelende te 's-Gravenhage,
EISER tot cassatie, verweerder in het incidenteel cassatieberoep,
advocaten: aanvankelijk mr. G. Sniijders, thans mr. M.W. Scheltema en mr. K. Teuben,

t e g e n

1. [Verweerster 1],
wonende te [woonplaats],
2. [Verweerder 2],
wonende te [woonplaats],
3. [Verweerder 3],
wonende te [woonplaats],
4. [Verweerder 4],
wonende te [woonplaats],
5. [Verweerder 5],
wonende te [woonplaats],
6. [Verweerder 6],
wonende te [woonplaats],
7. [Verweerder 7],
wonende te [woonplaats],
8. [Verweerder 8],
wonende te [woonplaats],
VERWEERDERS in cassatie, eisers in het incidentele cassatieberoep,
advocaten: mr. M.A.R. Schuckink Kool, mr. M.F. van Hulst, mr. C.J.M. van den Brûle en mr. J.M.G. Hulsman.

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als de Staat en [verweerder] c.s.

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaken 376808/KG ZA 10-1204 en 376905/KG ZA 10-1211 van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 29 oktober 2010;
- b. het arrest in de zaak 200.076.673/01 van het gerechtshof te 's-Gravenhage van 8 november 2010. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de Staat beroep in cassatie ingesteld. [Verweerder] c.s. hebben incidenteel cassatieberoep ingesteld. De cassatiedagvaarding en de conclusie van antwoord tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit.

Partijen hebben over en weer geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt in het principale beroep tot vernietiging en verwijzing en tot verwerping van het incidentele beroep.

De advocaat van de Staat heeft bij brief van 22 juli 2011 op die conclusie gereageerd en de advocaten van [verweerder] c.s. hebben bij brief van 21 juli 2011 op de conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel in het principale beroep en van het middel in het incidentele beroep

Algemeen

3.1.1 Het gaat in dit geding om het volgende. [Verweerder] c.s. zijn krakers die zich metterwoon in panden in Amsterdam, Den Haag, Utrecht en Leeuwarden hebben gevestigd. Zij stellen het vermoeden te hebben door het Openbaar Ministerie (OM) als verdachte van overtreding van art. 138a Sr te worden aangemerkt en mogelijk met ontruiming op grond van art. 551a Sv te worden geconfronteerd. De Staat heeft dit vermoeden niet weersproken.

3.1.2 Aan [verweerder] c.s. komt het huisrecht toe en zij kunnen uit hoofde van hun, ook door art. 12 Gw gewaarborgde, huisrecht aanspraak maken op bescherming van art. 8 EVRM. Art. 8 EVRM bepaalt in het eerste lid dat eenieder recht heeft op eerbiediging van zijn woning en in het tweede lid dat geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan met betrekking tot de uitoefening van dit recht, dan voor zover bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving nodig is in het belang van (onder meer) de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen.

3.1.3 In het onderhavige kort geding hebben [verweerder] c.s. gevorderd, kort samengevat, dat de ontruiming wordt verboden, althans dat deze wordt verboden totdat zij deze zaak tot in hoogste instantie aan de rechter hebben kunnen voorleggen en/of de strafrechter in hoogste instantie bewezen heeft verklaard dat hun verblijf in de bewuste panden wederrechtelijk is.

De voorzieningenrechter heeft de vordering afgewezen. In hoger beroep heeft het hof het vonnis van de voorzieningenrechter vernietigd en de Staat verboden over te gaan tot ontruiming van de door [verweerder] c.s. bewoonde panden.

3.1.4 [Verweerder] c.s. hebben aan hun vordering de volgende stellingen ten grondslag gelegd:

(i) de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv treedt eerst in als de strafrechter bewezen heeft verklaard dat het verblijf wederrechtelijk is; de enkele verdenking van wederrechtelijk verblijf is onvoldoende;

(ii) de Staat heeft zijn "margin of appreciation" overschreden omdat art. 551a Sv zo is geformuleerd dat de burger daarop niet met voldoende zekerheid zijn gedrag kan afstemmen;

(iii) de inbreuk die door ontruiming op het door art. 8 EVRM beschermde huisrecht van [verweerder] c.s. wordt gemaakt is niet gerechtvaardigd, omdat het gebruik dat van deze bevoegdheid wordt gemaakt niet wordt voorafgegaan door een toetsing door de onafhankelijke rechter; de rechtsbescherming die [verweerder] c.s. zouden kunnen ontleenen aan een door hen aan te spannen kort geding is onvoldoende, aangezien (a) het maar de vraag is of zij in de gelegenheid zullen worden gesteld het kort geding tijdig in te stellen, (b) het kort geding slechts een beperkte bescherming biedt omdat daarin alleen een voorlopig oordeel kan worden gegeven en (c) de eis dat [verweerder] c.s. een kort geding aanspannen op gespannen voet staat met het non-incriminatiebeginsel en de onschuldpresumptie;

(iv) aangezien het verblijf van [verweerder] c.s. in de panden is aangevangen vóór 1 oktober 2010, de datum waarop de Wet kraken en leegstand in werking is getreden, is sprake van verboden strafbaarstelling met terugwerkende kracht, die niet tot ontruiming kan leiden.

In zijn bestreden arrest heeft het hof, kort gezegd, de hiervoor onder (iii) sub (a) vermelde grondslag

gegrond geoordeeld, waartoe het hof heeft verwezen naar de bescherming van het huisrecht van de krakers in art. 8 EVRM en naar de relevante rechtspraak van het EHRM (rov. 4.1 tot en met 4.8). Alle andere hiervoor vermelde grondslagen van de vordering heeft het hof verworpen (rov. 2 tot en met 3.2 en 4.9 tot en met 5.2).

3.1.5 Bij Wet van 24 juli 2010 tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Leegstandswet en enige andere wetten in verband met het verder terugdringen van kraken en leegstand (Wet kraken en leegstand), Stb. 320, in werking getreden op 1 oktober 2010, is een nieuw art. 138a Sr ingevoerd, dat een algehele strafbaarstelling van kraken bevat. Voordien was alleen strafbaar huisvredebreuk - kort gezegd: het kraken van in gebruik zijnde woningen en gebouwen - en (ingevolge het bij de Wet kraken en leegstand vervallen art. 429sexies Sr) het kraken van woningen die korter dan een jaar leegstaan.

Het nieuwe art. 138a Sr luidt:

"Hij die in een woning of gebouw, waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd, wederrechtelijk binnendringt of wederrechtelijk aldaar vertoeft, wordt, als schuldig aan kraken, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de derde categorie."

3.1.6 In zijn arrest van 9 oktober 2009, LJN BJ1254, NJ 2010/213, heeft de Hoge Raad beslist dat voor strafrechtelijke ontruiming van kraakpanden door de politie op last van het OM geen basis kan worden gevonden in art. 429sexies Sr of art. 2 Politiewet 1993 in verband met art. 124 RO, zodat zonder nadere formele wetgeving geen rechtsgrondslag bestaat voor zulke ontruiming die inbreuk maken op het grondwettelijk en verdragsrechtelijk beschermde huisrecht van de kraker. Nadien is bij de Wet kraken en leegstand art. 551a Sv ingevoerd, dat 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 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."

Legitimiteit van de strafrechtelijke ontruiming

3.2.1 Onderdeel 1 van het middel in het incidentele beroep richt zich met diverse klachten tegen rov. 2, waarin het hof heeft geoordeeld dat uit de totstandkominggeschiedenis van de Wet kraken en leegstand voldoende duidelijk blijkt dat de bedoeling van de wetgever is geweest om door invoering van art. 551a Sv een strafrechtelijke ontruimingsbevoegdheid te creëren op grond van de enkele verdenking van wederrechtelijk binnendringen of vertoeven, alsmede tegen rov. 3.2, voor zover het hof daarin heeft geoordeeld dat deze ontruimingsbevoegdheid reeds bestaat bij een verdenking (in de zin van art. 27 Sv) van het misdrijf van art. 138a Sr.

3.2.2 De klachten falen. Het oordeel van het hof en zijn daartoe gebezigde motivering zijn juist. De tekst van art. 551a Sv ("in geval van verdenking van een misdrijf"), mede gelezen in het licht van de totstandkominggeschiedenis (zie: Kamerstukken II, 2008-2009, 31 560 nr. 9, p. 2; Kamerstukken I, 2009-2010, 31 560, C, p. 21 en 24), maakt duidelijk dat de wetgever heeft beoogd de voorheen bestaande, door het hiervoor in 3.1.6vermelde arrest onwettig geoordeelde, praktijk van strafrechtelijke ontruiming op grond van verdenking van overtreding van art. 138 Sr of art. 429sexies Sr te kunnen continueren door ontruiming op strafvorderlijke titel van een wettelijke basis te voorzien. Voor de uitoefening van de aan politie en OM verleende ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv is een (al dan niet onherroepelijke) veroordeling door de strafrechter niet noodzakelijk.

3.3.1 Onderdeel 2 van het middel in het incidentele beroep bestrijdt met verschillende klachten rov.

3.2, waarin het hof heeft geoordeeld dat art. 551a Sv met voldoende precisie aangeeft onder welke omstandigheden een burger rekening ermee moet houden dat hij met een strafrechtelijke ontruiming wordt geconfronteerd. Daartoe wordt aangevoerd, kort gezegd, dat de Staat de "margin of appreciation" die hem bij de beoordeling op de voet van art. 8 lid 2 EVRM toekomt, heeft overschreden, aangezien art. 551a Sv zo is geformuleerd dat de burger daarop niet met voldoende zekerheid zijn gedrag kan afstemmen.

3.3.2 Voor zover de klachten inhouden dat het hof ook andere aspecten bij zijn beoordeling had dienen te betrekken dan het ontbreken van voldoende voorzienbaarheid waarover het in rov. 3.2 heeft geoordeeld, kunnen zij niet tot cassatie leiden. Het hof, aan wie de uitleg van de gedingstukken is voorbehouden, heeft klaarblijkelijk en niet onbegrijpelijk de desbetreffende stellingen van [verweerder] c.s. in het door hun grief 2 omlinjnde geschil in hoger beroep opgevat als beperkt tot de vraag of art. 551a Sv voldoet aan de eisen van voldoende kenbaarheid, voorzienbaarheid en nauwkeurigheid.

Deze vraag heeft het hof bevestigend beantwoord. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, in het bijzonder ook niet van de eis in het tweede lid van art. 8 EVRM dat een inbreuk op het huisrecht "bij de wet voorzien" moet zijn, en is toereikend gemotiveerd. Voor zover de klachten dat oordeel bestrijden, falen zij. De wettelijke bevoegdheid tot ontruiming van art. 551a Sv bestaat onmiskenbaar slechts bij verdenking van 'kraken' en kan slechts in zodanig geval worden uitgeoefend, zodat voor eenieder duidelijk is wanneer met ontruiming rekening moet worden gehouden. Anders dan [verweerder] c.s. lijken te veronderstellen, is die bepaling niet onduidelijk omdat OM en politie van deze bevoegdheid feitelijk een onjuist gebruik zouden kunnen maken, maar gaat het erom of die bepaling duidelijk maakt onder welke voorwaarden deze bevoegdheid bestaat, zodat de rechtsgenoten hun gedrag daadwerkelijk op de gestelde normen kunnen afstemmen.

3.3.3 Opmerking verdient nog het volgende. Niet in geschil is dat de wetgever heeft kunnen besluiten om in art. 138a Sr het wederrechtelijk binnendringen en vertoeven in woningen en gebouwen algemeen strafbaar te stellen. Bij de belangen die de legitimiteit van de ontruimingsbevoegdheid van art. 551a Sv mede bepalen heeft de wetgever rekening gehouden met de bescherming van het recht van de eigenaar van de woning of het gebouw en het belang van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten. Aldus heeft de wetgever, binnen de grenzen van de hem toekomende "margin of appreciation", in overeenstemming met art. 8 lid 2 EVRM kunnen oordelen dat deze ontruimingsbevoegdheid een legitiem doel dient en in een democratische samenleving noodzakelijk is.

3.4.1 Onderdeel 4 van het middel in het incidentele beroep richt zich tegen rov. 5.2 van het bestreden arrest, en klaagt dat het hof daarin ten onrechte de stelling van [verweerder] c.s. heeft verworpen dat toepassing van art. 138a Sr op gevallen van "kraken" vóór de inwerkingtreding van de Wet kraken en leegstand (en toepassing van art. 551a Sv op die gevallen) strijdig is met het, mede in art. 7 EVRM neergelegde, verbod op terugwerkende kracht van strafbepalingen.

3.4.2 Het hof heeft terecht geoordeeld dat het de wetgever vrijstond het wederrechtelijk vertoeven afzonderlijk, los van het wederrechtelijk binnendringen, strafbaar te stellen en dat geen strijd met art. 7 EVRM optreedt in een geval waarin het verblijf dat voor de inwerkingtreding is aangevangen, en nadien wordt voortgezet, strafbaar wordt. Daarop stuit het onderdeel af.

Wijze van bescherming van het huisrecht van de krakers

3.5.1 Het principale beroep richt zich in de onderdelen 1 tot en met 4 met rechts- en motiveringsklachten tegen rov. 4.3-4.8 van het bestreden arrest. Het middel in het incidentele beroep komt in onderdeel 3 met diverse klachten op tegen rov. 4.5-4.10. In de bedoelde overwegingen heeft het hof, samengevat, het volgende geoordeeld.

Uit rechtspraak van het EHRM moet worden afgeleid dat het gedwongen verlies van iemands huis

("home") de meest vergaande vorm van inmenging in de uitoefening van het huisrecht is en dat eenieder die het risico loopt op een dergelijke ernstige inmenging in beginsel de mogelijkheid moet hebben de proportionaliteit van de maatregel te laten toetsen door de rechter, voordat de ontruiming wordt geëffectueerd (rov. 4.3). Dit is in overeenstemming met art. 13 EVRM, dat een effectief rechtsmiddel vereist waarmee een niet-omkeerbare inbreuk op bepaalde mensenrechten kan worden voorkomen.

Bij ontruiming gaat het om een ernstige inbreuk en aannemelijk is te achten dat als eenmaal ontruiming van [verweerder] c.s. heeft plaatsgevonden, zij niet meer in hun woning zullen kunnen terugkeren, zelfs al zouden zij achteraf in het gelijk worden gesteld. (rov. 4.4).

Ontruiming kan slechts plaatsvinden nadat de voorzieningenrechter over de rechtmatigheid van de ontruiming een uitspraak heeft kunnen doen. Aangezien het recht op "effective remedy" niet vereist dat tegen de uitspraak in eerste instantie ook een rechtsmiddel openstaat, is noodzakelijk, maar ook voldoende dat [verweerder] c.s. de gelegenheid krijgen het oordeel van de voorzieningenrechter in te roepen. Het OM behoeft evenwel niet de uitkomst van een eventueel tegen die uitspraak ingesteld hoger beroep af te wachten. (rov. 4.5). Er zijn bij de huidige stand van zaken onvoldoende waarborgen dat de mogelijkheid van een kort geding voor degenen die dreigen ontruimd te worden een effectief rechtsmiddel is. Daarvoor zou op zijn minst vereist zijn dat de ontruiming op een zodanige termijn wordt aangekondigd dat er voldoende gelegenheid is om een kort geding aanhangig te maken en voorts dat, indien van die gelegenheid gebruik wordt gemaakt, niet tot ontruiming wordt overgegaan voordat de voorzieningenrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan. In de Wet kraken en leegstand is daarover niets geregeld. In beginsel zou toereikend te achten zijn als nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het OM zodanige waarborg zouden bieden. (rov. 4.6).

Niet relevant is dat [verweerder] c.s., zoals de Staat heeft aangevoerd, in de onderhavige zaak in ieder geval toch een kort geding hebben aangespannen en de uitkomst daarvan hebben kunnen afwachten. Nu op dit punt een bindende regeling ontbreekt, hebben voor [verweerder] c.s. niet de aan de eisen van art. 8 en 13 EVRM beantwoordende waarborgen bestaan en is een ontruiming in strijd met het EVRM. Het onderhavige kort geding gaat niet over de vraag of ten aanzien van [verweerder] c.s. een verdenking als bedoeld in art. 551a Sv bestaat, maar heeft naar de bedoeling van partijen vooral een principiële karakter. (rov. 4.7).

Gelet op de ernst van de inbreuk op het huisrecht die ontruiming impliceert, is slechts bij hoge uitzondering denkbaar dat ontruimd wordt voordat de rechter uitspraak heeft gedaan, zoals wanneer de openbare veiligheid zodanig onverwilde ontruiming eist dat zelfs de uitspraak van de voorzieningenrechter niet kan worden afgewacht. Ook hiervoor geldt dat mogelijke uitzonderingen op de regel nauwkeurig moeten zijn omschreven, hetzij in een wettelijke regeling, hetzij in gepubliceerde beleidsregels. (rov. 4.8).

Een kort geding is, anders dan [verweerder] c.s. stellen, een effectief rechtsmiddel in de zin van art. 13 EVRM, waarbij de voorzieningenrechter, als het gaat om inmenging in een door art. 8 EVRM gewaarborgd recht, grondig dient te onderzoeken of de redenen die de Staat voor de inmenging geeft deze kunnen dragen (rov. 4.9). Een dergelijk kort geding staat niet op gespannen voet met de onschuldpresumptie en komt niet in strijd met het non-incriminatiebeginsel (rov. 4.10).

3.5.2 Uitgangspunt bij de beoordeling van de bedoelde onderdelen is dat aan [verweerder] c.s., ook als krakers, het huisrecht toekomt. Dat berust erop dat het begrip 'woning' ('home' in de Engelse tekst) in art. 8 lid 1 EVRM een feitelijke inhoud heeft en "does not depend on the lawfulness of the occupation under domestic law", zoals vaste rechtspraak is van het EHRM (bijvoorbeeld McCann tegen het Verenigd Koninkrijk, no. 19009/04, EHRM 13 mei 2008, punt 46) en ook aan de hiervoor in 3.1.6 vermelde uitspraak van de Hoge Raad ten grondslag ligt.

3.5.3 Uitgangspunt is eveneens dat ontruiming een zeer ernstige aantasting vormt van het huisrecht en dat eenieder die het risico loopt op een dergelijke zeer vergaande inmenging in de uitoefening van zijn huisrecht in beginsel de mogelijkheid moet hebben de proportionaliteit van de maatregel te laten toetsen door een onafhankelijke rechter met het oog op beantwoording van de vraag of deze inbreuk

in concreto voldoet aan de eisen van art. 8 EVRM (vgl. onder meer de hiervoor genoemde uitspraak McCann tegen het Verenigd Koninkrijk, punt 50). Daarbij gaat het erom dat toereikende procedurele waarborgen dienen te bestaan dat degene op wiens huisrecht een inbreuk wordt gemaakt of dreigt te worden gemaakt, de proportionaliteit van de maatregel aan de rechter kan voorleggen.

3.5.4 Met het voorgaande is niet de vraag beantwoord die in deze zaak de kern van het geschil uitmaakt, te weten of de kraker die met ontruiming op de voet van art. 551a Sv wordt bedreigd (steeds) in de gelegenheid moet zijn deze maatregel aan de rechter voor te leggen voordat de ontruiming wordt geëffectueerd. [Verweerder] c.s. hebben een bevestigend antwoord bepleit en het hof heeft dat standpunt aanvaard, maar door de Staat wordt dit bestreden.

Beoordeeld moet worden of zonder een dergelijke voorafgaande rechterlijke toetsing van de rechtmatigheid van de (dreigende) schending van art. 8 EVRM wordt voldaan aan het vereiste dat de betrokkene in een dergelijk geval een "daadwerkelijk rechtsmiddel" ("effective remedy", "recours effectif") als bedoeld in art. 13 EVRM ten dienste moet staan.

3.5.5 Naar vaste rechtspraak van het EHRM volstaat voor de aanspraak op een "effective remedy" in het kader van art. 13 EVRM niet dat een persoon stelt dat zijn door het EVRM gewaarborgd recht dreigt te worden geschonden, maar dient het te gaan om een verdedigbare klacht ("arguable claim" of "arguable complaint"; vgl. onder meer A. tegen Nederland, no. 4900/06, EHRM 20 juli 2010, punt 155, en Conka tegen België, no. 51564/99, EHRM 5 februari 2002, punt 76). Dat betekent hier dat de betrokkene moet kunnen aantonen dat een ongerechtvaardigde inbreuk dreigt te worden gemaakt op zijn door art. 8 EVRM gewaarborgde huisrecht. Of een zodanige verdedigbare klacht bestaat, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder de aard en het belang van het ingeroepen recht, de ernst van de inbreuk, de mate waarin door de voorgenomen maatregel de legitieme belangen van derden worden beschermd, de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de vestiging in de "woning" ("home") (vgl. voor dit laatste: Chapman tegen het Verenigd Koninkrijk, no. 27238/95, EHRM 18 januari 2001, punt 102), en de mate waarin redres mogelijk is.

3.5.6 Het hof heeft in rov. 4.4 geoordeeld dat de gevolgen van een ontruiming van [verweerder] c.s. op de voet van art. 551a Sv onomkeerbaar zijn, in die zin dat zij na ontruiming niet meer in de woning zullen kunnen terugkeren. Dit oordeel wordt door onderdeel 1c van het middel in het principale beroep bestreden, doch tevergeefs. Het oordeel van het hof geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is, als berustende op een waardering van de omstandigheden van het geval, van feitelijke aard. Het oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is voldoende gemotiveerd. Daarbij heeft het hof in aanmerking kunnen nemen dat bij een strafrechtelijke ontruiming een civielrechtelijke titel voor het verblijf zal ontbreken, waardoor terugkeer in de woning niet voor de hand ligt.

3.5.7 Volgens de Staat zal ontruiming op de voet van art. 551a Sv slechts plaatsvinden ingeval buiten redelijke twijfel staat dat het verblijf in het pand wederrechtelijk is. Dat betekent dat in het algemeen ervan kan worden uitgegaan dat de met ontruiming bedreigde kraker zich onrechtmatig, dat wil zeggen zonder recht of titel, in het pand bevindt. Volgens de Staat betekent dit dat een nadere afweging van belangen in het kader van de krachtens art. 8 lid 2 EVRM voorgeschreven concrete proportionaliteitstoets overbodig is, aangezien in art. 551a Sv die afweging reeds is gemaakt doordat de wetgever het belang van de eigenaar van het pand heeft laten prevaleren. Als sprake is van wederrechtelijk verblijf is ontruiming steeds proportioneel te achten, aldus de Staat.

Die opvatting van de Staat kan in haar algemeenheid niet worden aanvaard. Weliswaar zal het doorgaans zo zijn dat in het concrete geval het belang van de eigenaar het zwaarst zal wegen, maar niet kan worden uitgesloten dat gelet op de zeer ernstige inbreuk op het huisrecht en de onomkeerbare gevolgen van een ontruiming, het belang van de kraker in het concrete geval, bijvoorbeeld voor beperkte tijd, toch zwaarder weegt. Aan de omstandigheid dat het verblijf

wederrechtelijk is, kan dus niet de gevolgtrekking worden verbonden dat een kraker geen verdedigbare klacht kan hebben over (dreigende) schending van zijn huisrecht.

De gestelde omstandigheid dat het OM alvorens tot ontruiming te besluiten zal hebben nagegaan of de wederrechtelijkheid van het verblijf buiten redelijke twijfel staat, vormt dus nog niet een toereikende waarborg van de desbetreffende belangen van de kraker. Het is de onafhankelijke rechter die zal dienen te onderzoeken of de in abstracto door de wetgever gegeven voorrang aan het belang van de openbare orde, het beëindigen van strafbare feiten en de bescherming van de rechten van derden boven het huisrecht van de kraker, in het concrete geval de proportionaliteitstoets kan doorstaan. Die belangenafweging kan alleen plaatsvinden als de kraker feiten of omstandigheden aanvoert en aannemelijk maakt die in het concrete geval tot een andere dan de door de wetgever gemaakte afweging nopen, waarbij als uitgangspunt zal hebben te gelden dat een eigenaar het recht heeft om over zijn pand te beschikken zoals hij wil.

3.5.8 Het voorgaande brengt mee dat het oordeel van het hof dat, gelet op de bedoelde ernst van de inbreuk en de onomkeerbaarheid van de gevolgen, de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing vooraf dient te bestaan, tevergeefs wordt bestreden door de onderdelen 1a, 1b en 1d van het middel in het principale beroep, waarin naar de kern wordt betoogd dat als gevolg van de wederrechtelijkheid van het verblijf de ontruiming van een kraakpand op de voet van art. 551a Sv altijd en zonder meer de toets van art. 8 EVRM kan doorstaan.

3.5.9 Het hof heeft geoordeeld dat uit een oogpunt van effectieve rechtsbescherming van het huisrecht de ontruiming van [verweerder] c.s. in beginsel slechts kan plaatsvinden nadat de krakers het oordeel van de voorzieningenrechter in eerste aanleg over de rechtmatigheid van de ontruiming hebben kunnen inroepen, dat het OM wel de uitkomst daarvan moet afwachten, maar niet de uitkomst van een eventueel daartegen door de kraker(s) ingesteld hoger beroep behoeft af te wachten, dat voor de effectiviteit van het rechtsmiddel is vereist dat, behoudens bijzondere omstandigheden, de ontruiming op een zodanig tijdstip wordt aangekondigd dat er voldoende gelegenheid is om een kort geding aanhangig te maken en dat, bij gebreke van een regeling terzake in de Wet kraken en leegstand, slechts nauwkeurig omschreven en deugdelijk gepubliceerde beleidsregels van het OM een voldoende waarborg dienaangaande bieden.

Die oordelen zijn juist; in het bijzonder miskennen zij niet het voorschrift van art. 13 EVRM. Zoals ook de Staat in cassatie heeft opgemerkt (nota van repliek onder 6), is met art. 551a Sv beoogd de destijds bestaande strafvorderlijke ontruimingspraktijk te bestendigen, waarbij om redenen van proportionaliteit niet zelden een ontruiming werd aangezegd, de uitkomst van een kort geding werd afgewacht en een redelijke ontruimingstermijn werd gelaten, maar waarbij een vast en algemeen beleid van het OM ontbrak. Daarbij geldt dat, naar ook het hof heeft overwogen in rov. 4.8, onder bijzondere omstandigheden, zoals indien de openbare veiligheid tot onverwijlde ontruiming noopt, niet aan (elk van) de gestelde vereisten behoeft te worden voldaan.

3.5.10 In verband met de betekenis van de beslissingen in de onderhavige zaak voor andere gevallen van strafrechtelijke ontruiming op de voet van art. 551a Sv wordt nog het volgende opgemerkt.

Naar aanleiding van de bestreden uitspraak heeft het College van procureurs-generaal een beleidsbrief opgesteld over het voorlopig te volgen beleid bij voorgenomen strafrechtelijke ontruiming. Deze is op 2 december 2010 in de Staatscourant gepubliceerd (Stcrt. 2010, nr. 19500). Die beleidsbrief houdt onder meer het volgende in:

"Het in deze brief omschreven beleid geldt tot nader bericht van het College. Het College zal het beleid herbezien nadat de Hoge Raad uitspraak heeft gedaan.

Uitgangspunt

Het kraakverbod, dat vanaf 1 oktober 2010 van kracht is, zal door politie en Openbaar Ministerie onverkort worden gehandhaafd. Krakers weten dat zij zich schuldig maken aan een strafbaar feit

(overtreding van art. 138, 138a of 139 Sr) en dat zij derhalve rekening dienen te houden met ontruiming van het door hen gekraakte pand. Krakers hebben de mogelijkheid om tegen een voorgenomen ontruiming een kort geding aan te spannen. Rekening houdend met het arrest van het Gerechtshof te Den Haag, is besloten dat ontruiming op basis van art. 551a Sv in beginsel aan de bewoners van een kraakpand worden aangekondigd en dat in beginsel zal worden gewacht met ontruimen totdat de voorzieningenrechter zich over een voorgenomen ontruiming heeft uitgelaten, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden, die hierna nader worden omschreven.

Aankondiging en kort geding

Een ontruiming wordt door of namens het Openbaar Ministerie schriftelijk bij de bewoners van het te ontruimen pand aangekondigd, tenzij sprake is van de hieronder genoemde uitzonderingsgevallen.

In de aankondiging wordt vermeld dat de ontruiming zal plaatsvinden binnen acht weken na de aankondiging (eventueel, maar niet noodzakelijk, met vermelding van de precieze voorgenomen ontruimingsdatum), doch niet binnen de eerste zeven dagen van die termijn, teneinde de krakers in de gelegenheid te stellen binnen die zeven dagen een kort geding aanhangig te maken door middel van het uitbrengen van een dagvaarding tegen de Staat met daarin een datum en tijd van behandeling. Bij de berekening van deze termijn wordt de Algemene termijnenwet aangehouden.

Indien (tijdig) van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, zal het vonnis van de voorzieningenrechter worden afgewacht.

Indien (en zodra) zich een of meer bijzondere omstandigheden voordoen, zoals hieronder omschreven, kan het wederrechtelijk bewoonde pand terstond - en dus zonder dat een eventueel kort geding wordt afgewacht - worden ontruimd.

Bijzondere omstandigheden

In bepaalde omstandigheden kan worden afgeweken van de hoofdregel om ontruiming van te voren aan te kondigen en te wachten met ontruimen tot een voorzieningenrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan. Dit betreft de volgende situaties:

- de krakers worden verdacht van huisvredebreuk (138 Sr) waarbij het huisrecht van een ander wordt geschonden;
- de krakers worden verdacht van andere strafbare feiten, tengevolge waarvan de rechthebbende van het pand ernstig wordt getroffen (bijvoorbeeld: een bedrijf kan door de kraak niet meer functioneren of er worden ernstige vernielingen aangericht);
- door de wederrechtelijke bewoning ontstaat een gevaarlijke situatie of blijft deze in stand voor de krakers zelf, voor hun omgeving (bijvoorbeeld brandgevaar of instortingsgevaar) of voor bij ontruiming betrokken personen (bijvoorbeeld door het barricaderen van panden of het aanbrengen van boobytraps);
- er is sprake van (ernstige vrees voor) verstoring van de openbare orde en veiligheid door de krakers, in of in de omgeving van het wederrechtelijk bewoonde pand."

De in deze brief vervatte op art. 551a Sv gebaseerde beleidsregels voldoen aan de hiervoor geformuleerde vereisten, ook in dit opzicht dat men van die gepubliceerde regels, al zijn deze niet in een wet in formele zin vastgelegd, kan kennisnemen en met voldoende zekerheid zijn gedrag daarop kan afstemmen en zij aldus kunnen worden aangemerkt als "bij de wet voorzien" als bedoeld in art. 8 lid 2 EVRM. De enkele omstandigheid dat deze regels niets inhouden over de wijze waarop moet worden omgegaan met aan de kraker toebehorende zaken die zich in het te ontruimen pand bevinden, maakt dit niet anders. Bij een deugdelijk vooraf aangekondigde ontruiming op de voet van art. 551a Sv zal in het algemeen zijn voldaan aan de door art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM verlangde procedurele waarborgen ter bescherming van (het ongestoorde genot van) het eigendomsrecht; het zal dan aan de kraker zijn de hem toebehorende zaken zelf (tijdig) te (doen) verwijderen (vgl. Hof Amsterdam 1 maart 2011, LJN BP6209, rov. 3.5.3). Bij gebreke daarvan kan de ontruimde zich in beginsel niet erover beklagen dat zijn bezittingen door OM en politie worden verwijderd.

3.5.11 De onderdelen 2 en 3a-3c (voor zover de daarin verwoorde klachten niet voortbouwen op de reeds verworpen klachten van onderdeel 1) van het middel in het principale beroep stuiten op het vorenstaande af.

Datzelfde geldt voor de onderdelen 3.1-3.2 en 3.4-3.6 van het middel in het incidentele beroep.

Anders dan daarin wordt betoogd, heeft het hof zonder miskennis van art. 13 EVRM geoordeeld dat een kort geding in één instantie een voldoende effectief rechtsmiddel vormt ter bescherming van het huisrecht van de krakers en dat voor een verdergaande bescherming geen noodzaak bestaat. Ook onderdeel 3.3, dat opkomt tegen rov. 4.10, faalt. Het oordeel van het hof dat de mogelijkheid een kort geding te voeren voorafgaand aan een ontruiming op de voet van art. 551a Sv toereikend is en dat zulks niet in strijd is met de onschuldpresumptie of het non-incriminatiebeginsel is juist.

3.5.12 Ten slotte faalt ook onderdeel 4 van het middel in het principale beroep, dat zich keert tegen rov. 4.7. Het hof heeft de standpunten van partijen klaarblijkelijk aldus opgevat dat zij in deze proefprocedure de kernvraag beantwoord wensen te zien of een strafrechtelijke ontruiming op de voet van art. 551a Sv ontoelaatbaar is als niet vooraf de gelegenheid is geboden de rechtmatigheid daarvan aan de rechter voor te leggen en dat in het onderhavige geding niet aan de orde is of de ontruiming van [verweerder] c.s. om andere redenen niet zou zijn toegestaan. Die uitleg is aan het hof voorbehouden. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk.

4. Slotsom

Waar alle aangevoerde klachten in het principale en in het incidentele middel tevergeefs zijn voorgesteld, moeten de beroepen worden verworpen.

5. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt de Staat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [verweerder] c.s. begroot op € 361,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [verweerder] c.s. in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Staat begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren J.C. van Oven, W.A.M. van Schendel, C.A. Streefkerk en C.E. Drion, en in het openbaar uitgesproken door de raadshere J.C. van Oven op 28 oktober 2011.