

# ECLI:NL:HR:2013:1737

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	10-12-2013
Datum publicatie	10-12-2013
Zaaknummer	11/04397
Formele relaties	Conclusie: ECLI:NL:PHR:2013:1043, Gevolgd
Rechtsgebieden	Strafrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	<p>Kraken en strafrechtelijke ontruiming, art. 138a.1 Sr en art. 551a Sv. Beleidsbrief College P-Gs d.d. 30 november 2010 betreffende het voorlopig te volgen beleid bij voorgenomen strafrechtelijke ontruiming (Stcrt. 2010, nr. 19500) en ECLI:NL:HR:2011:BQ9880. 1. Verweren m.b.t. onrechtmatigheid van een ontruiming mogelijk in de strafzaak? 2. Wederrechtelijkheid ex art. 138a Sr. Ad 1. s Hofs oordeel dat niet ter beoordeling van de strafrechter staat of een op de voet van art. 551a Sv verrichte ontruiming al of niet rechtmatig is geschied en dat verweren die ertoe strekken dat zodanige ontruiming jegens de verdachte onrechtmatig was in de strafprocedure niet aan de orde kunnen komen, is niet juist. De (on)rechtmatigheid van de uitoefening van de strafvorderlijke bevoegdheid van art. 551a Sv moet in beginsel met het oog op het zwaarwegend belang van aan een kraker toekomend huisrecht bij de onafhankelijke rechter ten toets kunnen komen. Indien, zoals i.c., voorafgaande toetsing door de burgerlijke rechter ontbreekt, moet in deze bijz. gevallen worden aanvaard dat de vraag of de ontruiming onrechtmatig was aan de strafrechter kan worden voorgelegd i.h.k.v. de strafzaak tegen de verdachte van kraken. Aantekening verdient dat indien de strafrechter bevindt dat de verdachte niet de gelegenheid heeft gehad tegen een voorgenomen ontruiming een kort geding aan te spannen (welk verweer veelal zal zijn gebaseerd op de in voornoemde beleidsbrief van het OM gestelde regels), dit verzuim niet kan gelden als een vormverzuim dat is begaan i.h.k.v. het voorbereidend onderzoek a.b.i. art. 359a Sv naar de in de strafzaak aan de verdachte tenlastegelegde overtreding van art. 138a Sr. Bij vaststelling van een dergelijk verzuim door de strafrechter kan de vereiste belangenafweging voor de proportionaliteitstoets alleen plaatsvinden als de kraker f&amp;o aanvoert en aannemelijk maakt die in het concrete geval tot een ander 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. Indien de strafrechter tot het oordeel komt dat de rechter in kort geding de ontruiming eerst tegen een later tijdstip of in het geheel niet zou hebben toegestaan, kan de strafrechter een schending van art. 8 EVRM constateren en evt., indien de ernst van de schending dit rechtvaardigt, daaraan het rechtsgevolg van strafvermindering verbinden. Ad 2. s Hofs oordeel dat verdachte wederrechtelijk in het pand heeft vertoefd, geeft niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip wederrechtelijk a.b.i. art. 138a Sr. Gelet op de bewijsvoering is dat oordeel niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd.</p>
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RvdW 2014/55

## Uitspraak

10 december 2013

Strafkamer

nr. S 11/04397

DAZ/ABG

Hoge Raad der Nederlanden

## **Arrest**

op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof te Amsterdam, zitting houdende te Arnhem, van 4 mei 2011, nummer 21/004404-10, in de strafzaak tegen:

[verdachte], geboren te [geboorteplaats] op [geboortedatum] 1988.

### **1 Geding in cassatie**

Het beroep is ingesteld door de verdachte. Namens deze heeft mr. J.M.G. Hulsman, advocaat te Delft, bij schriftuur middelen van cassatie voorgesteld. De schriftuur is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Advocaat-Generaal D.J.C. Aben heeft geconcludeerd tot vernietiging van het bestreden arrest en tot verwijzing van de zaak naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden teneinde op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

### **2 Bewezenverklaring, bewijsvoering en het wettelijk en beleidsmatig kader**

2.1. Overeenkomstig hetgeen primair is tenlastegelegd is ten laste van de verdachte bewezen verklaard dat:

"hij in de periode van 31 oktober 2010 tot en met 1 november 2010 te Utrecht tezamen en in vereniging met anderen in een gebouw gelegen aan de Koningin Wilhelminalaan 7, waarvan het gebruik door de rechthebbende is beëindigd, wederrechtelijk heeft vertoefd."

2.2. Blijkens de daartoe gebezigde bewijsmiddelen heeft het Hof ten aanzien van het bewezenverklarde feit het volgende, samengevat, vastgesteld.

Op 31 oktober 2010 is een kantoorpand (het voormalige KPN-gebouw) gevestigd aan de Koningin Wilhelminalaan 7 in Utrecht door ongeveer vijftig krakers - onder wie de verdachte - gekraakt. Dit pand is een jaar daarvoor ontruimd en stond op dat moment leeg. Het pand, dat eigendom was van woningbouwvereniging Mitros, was nog niet verhuurd en stond op de nominatie om gesloopt te worden. Voorts heeft Mitros aan niemand het recht of de toestemming gegeven om het pand te kraken. Op het moment dat twee politieagenten bij het pand gingen kijken, zijn zij aangesproken door medeverdachte

[medeverdachte 1]. [medeverdachte 1] heeft zich voorgedaan als woordvoerder van de krakers en hij heeft aan de verbalisanten verklaard dat een vijftigtal personen in het pand aanwezig was die in geval van een ontruiming niet vrijwillig zouden weggaan en dat het pand zou worden betrokken voor huisvesting. Vervolgens heeft [medeverdachte 1] aan een andere verbalisant een aantal documenten overgedragen betreffende de bedoeling van de kraakactie. Een van deze documenten betrof een brief van [medeverdachte 1] aan Mitros, inhoudende dat het pand is bezet en dat hij deze brief mede namens de medebewoners heeft geschreven als bewoner van dit pand. Op 1 november 2010 heeft de ontruiming van het pand plaatsgevonden, waarbij [medeverdachte 1] in de centrale hal van het gebouw is aangetroffen, terwijl hij samen met een ander met zijn armen in gestort beton zat. Voorts is de verdachte in een afgesloten ruimte op de eerste etage van het gebouw aangehouden op verdenking van overtreding van art. 138a Sr.

2.3.1. 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), in werking getreden met ingang van 1 oktober 2010, zijn de navolgende wettelijke bepalingen ingevoerd:

Art. 138a, eerste lid, Sr, luidende:

"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."

Art. 551a Sv, luidende:

"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."

2.3.2. Aan de geschiedenis van de totstandkoming van art. 551a Sv kan het volgende worden ontleend:

"Deze nota van wijziging heeft tot doel zeker te stellen dat woningen en gebouwen die zijn gekraakt op strafvorderlijke titel kunnen worden ontruimd. Deze bevoegdheid is thans niet uitdrukkelijk in de wet geregeld. Met deze nota van wijziging wordt daarin voorzien. De reden is dat verschillende gerechtshoven recentelijk verschillend oordeelden over de vraag of de wet thans voldoende basis biedt om het grondwettelijk en verdragsrechtelijk gewaarborgde huisrecht - dat ook toekomt aan personen die een niet in gebruik zijnde woning of gebouw hebben gekraakt - op strafvorderlijke titel te beperken. (...) De voorgestelde bevoegdheid heeft tot doel zeker te stellen dat de jarenlange praktijk van ontruiming op strafvorderlijke titel onverkort kan worden gecontinueerd. Het betreft daarmee een technische wijziging waarmee staand beleid wordt voortgezet. Indien het pand met inzet van de bij deze nota van wijziging voorziene bevoegdheid is ontruimd, is daarmee het feitelijk gebruik van de woning beëindigd, en daarmee ook het huisrecht van de krakers. (...) Het voorgestelde artikel 551a Sv is naar artikel 55, tweede lid, Sv gemodelleerd en expliciteert dat opsporingsambtenaren die op strafvorderlijke titel optreden ook daadwerkelijk de bevoegdheid hebben om te komen tot een feitelijke verwijdering van de krakers uit het pand. De reden om deze bevoegdheid in de Achtste Titel van het Vierde Boek van het Wetboek van Strafvordering op te nemen, is dat deze titel bevoegdheden betreft die alleen van betekenis zijn voor een aantal specifieke strafbare feiten. (...) De eisen van proportionaliteit en subsidiariteit, die bij de uitoefening van elke strafvorderlijke bevoegdheid in acht behoren te worden genomen, brengen mee dat de krakers in de regel eerst in de gelegenheid worden gesteld vrijwillig het pand te verlaten."

(Kamerstukken II, 2008-2009, 31 560, nr. 9 (tweede nota van wijziging), p. 1-2)

"Ons uitgangspunt is dat de jarenlange praktijk waarin kraakpanden op strafvorderlijke titel werden ontruimd, voorzien van een adequate wettelijke grondslag, kan worden gecontinueerd. Dit uitgangspunt is uitgewerkt in het voorgestelde artikel 551a Sv waarin aan opsporingsambtenaren de bevoegdheid wordt verleend bij verdenking van kraken tot ontruiming over te gaan. Voor ontruiming van kraakpanden behoeven zij - op grond van de Algemene wet op het binnentreden - een machtiging van de (hulp)officier van justitie. In de voorgestelde bepaling is, conform de tot nu toe geldende praktijk, niet voorzien in een vereiste van voorafgaand verlov van een rechter. Dat betekent niet dat de rechter geen rol toekomt. De strafrechter kan bij de berechting van de krakers beoordelen of de ontruiming rechtmatig was. Indien de strafrechter oordeelt dat de bevoegdheid onrechtmatig is uitgeoefend, kan hij daaraan rechtsgevolgen verbinden, zoals bijvoorbeeld strafvermindering. Daarnaast kunnen krakers zich tot de civiele rechter 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 de rechter plaatsvinden. Uit de «trias politica» vloeit niet voort dat dwangmiddelen die een beperking opleveren van een grondrecht alleen met voorafgaand verlov van een rechter mogen worden ingezet. Zo kan een verdachte op grond van artikel 55, tweede lid, Sv door opsporingsambtenaren (met machtiging van de (hulp)officier van justitie) worden aangehouden in diens woning, waarbij zowel het huisrecht als het recht op vrijheid in het geding zijn. Ook daarvoor is geen voorafgaand verlov door een rechter vereist."

2.3.3. De beleidsbrief van het College van procureurs-generaal van 30 november 2010 betreffende het voorlopig te volgen beleid bij voorgenomen strafrechtelijke ontruiming (Stcrt. 2010, nr. 19500) houdt, voor zover hier van belang, het volgende in:

"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, ten gevolge 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."

2.3.4. Omtrent de in voormelde brief vervatte beleidsregels heeft de civiele kamer van de Hoge Raad in zijn arrest van 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ9880, NJ 2013/153 reeds overwogen (rov. 3.5.10) dat zij voldoen aan de vereisten die moeten worden gesteld aan een ontruiming op

de voet van art. 551a Sv.

2.3.5. Voormeld arrest houdt voorts onder meer het volgende in:

"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. (...)

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.

(...)

3.5.7. 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 Beoordeling van het eerste middel**

3.1. Het middel klaagt onder meer dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat door de verdediging gevoerde verweren met betrekking tot de onrechtmatigheid van de ontruiming op de voet van art. 551a Sv in de strafzaak tegen de verdachte niet aan de orde kunnen komen.

3.2. Het Hof heeft omtrent de in het middel bedoelde verweren het volgende overwogen en beslist:

"Inleiding: gevoerde verweren met betrekking tot de rechtmatigheid van de ontruiming van het pand en het door het hof gehanteerde toetsingskader

De verdediging heeft, primair onder de noemer van niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, en deels met verwijzing naar artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering een groot aantal verweren gevoerd waarin de rechtmatigheid van het overheidsoptreden ten aanzien van de ontruiming van (een deel van) het onderhavige gebouw ter discussie wordt gesteld. Het betreft het voormalige kantoorgebouw Wilhelminastaete, gelegen aan de Koningin Wilhelminalaan 7-9 te Utrecht, dat ten tijde van de onderhavige tenlastegelegde gedragingen in eigendom toebehoorde aan woningbouwcorporatie Mitros. Op 31 oktober 2010 werd (een deel van) dit complex door circa 50 personen gekraakt. Op maandagmiddag 1 november 2010 is door de politie het pand binnengetreden en is een aantal personen, waaronder verdachte, aangehouden en in verzekering gesteld. Het pand is diezelfde middag op basis van artikel 551a van het Wetboek van Strafvordering ontruimd. In de onderhavige strafzaak wordt aan verdachte kort samengevat verweten dat hij zich primair schuldig heeft gemaakt aan het wederrechtelijk binnendringen en/of vertoeven in het gebouw, hetgeen met ingang van 1 oktober 2010 onder de benaming 'kraken' strafbaar is gesteld in artikel 138a van het Wetboek van Strafrecht.

De meeste van de door de verdediging in de onderhavige strafzaak geformuleerde verweren hebben betrekking op de ontruiming van het pand, alsmede de wijze waarop dit is geschied. Onder meer zou de betreffende ontruiming in strijd zijn met artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens, waarin het huisrecht bescherming vindt. Een belangrijk aspect van deze verweren is de vervolgens betrokken stelling dat de bepaling van artikel 551a van het Wetboek van Strafvordering onvoldoende bescherming van het huisrecht biedt doordat die bepaling geen voorziening bevat om, voorafgaand aan een ontruiming, de rechtmatigheid daarvan te laten toetsen dooreen rechter. Het hof onderkent het belang van de door de verdediging hieromtrent opgeworpen vragen, maar het is niettemin van mening dat deze in de onderhavige procedure niet aan de orde kunnen komen. De hantering van de ontruimingsbevoegdheid moet los worden gezien van de vraag naar het optreden in het kader van de opsporing en vervolging van strafbare feiten, ook al is - in de tijd gezien - sprake van een zekere overlap tussen beide. In het onderhavige geval is ter aanhouding van verdachten binnengetreten in het gebouw en vervolgens kan thans aan het hof uitsluitend de vraag worden voorgelegd of de hantering van strafprocessuele bevoegdheden daartoe rechtmatig is geweest. De hantering van de bevoegdheid tot ontruiming kan niet als een strafvorderlijke bevoegdheid worden aangemerkt, aangezien deze niet, zoals gedefinieerd in artikel 132a van het Wetboek van Strafvordering ten doel heeft het nemen van strafvorderlijke beslissingen. Verwezen kan voorts worden naar de tekst van artikel 551a van het Wetboek van Strafvordering, dat in de tweede volzin een afzonderlijk geformuleerde bevoegdheid tot ontruiming toekent aan opsporingsambtenaren. Deze bevoegdheid is als accessoir of bijkomend aan te merken en de hantering ervan staat naar het

oordeel van het hof los van een daaraan voorafgaande verdenking van overtreding van de in het artikel genoemde misdrijven van de artikelen 138, 138a en 139 van het Wetboek van Strafrecht. Het hof onderkent - met de verdediging - dat bij de hantering van deze vergaande bevoegdheid ruimte is voor verdere ontwikkeling op het gebied van rechtsbescherming, maar is van oordeel dat de daarmee verband houdende vragen thans niet aan de orde zijn. Uitgaande van deze beperking zal het hof uitsluitend de verweren behandelen die betrekking hebben op de vraag naar de rechtmatigheid van het handelen ter opsporing en vervolging alsmede de vragen die verband houden met de uitleg van hetgeen aan verdachte thans is tenlastegelegd. De verweren die zien op niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie die buiten het door het hof gehanteerde toetsingskader vallen worden verworpen. Het voorafgaande brengt tevens met zich mee dat het hof zich niet kan verenigen met het oordeel van de politierechter, voor zover deze heeft overwogen dat de eigenlijke ontruiming onrechtmatig is geweest en hij daaraan als consequentie heeft verbonden dat de opgelegde straf diende te worden verlaagd. Het hof zal daarom de eerdere beslissing van de rechter vernietigen."

3.3. Het middel is terecht voorgesteld. Het oordeel van het Hof, dat niet aan de strafrechter ter beoordeling staat of een op de voet van art. 551a Sv verrichte ontruiming al of niet rechtmatig is geschied en dat verweren die ertoe strekken dat zodanige ontruiming jegens de verdachte onrechtmatig was in de strafprocedure niet aan de orde kunnen komen, is niet juist. In art. 551a Sv, geplaatst in Titel VIII van Boek IV van het Wetboek van Strafvordering ("Bijzondere bepalingen omtrent opsporing van feiten, strafbaar gesteld bij het wetboek van Strafrecht") en gemodelleerd naar art. 55, tweede lid, Sv, wordt iedere opsporingsambtenaar de bevoegdheid toegekend tot het betreden van plaatsen en tot het (doen) verwijderen van aldaar vertoevende personen onder de in die bepaling genoemde voorwaarden. De (on)rechtmatigheid van de uitoefening van deze strafvorderlijke bevoegdheid moet in beginsel met het oog op het zwaarwegend belang van aan een kraker toekomstend huisrecht bij de onafhankelijke rechter ten toets kunnen komen. Indien, zoals hier, voorafgaande toetsing door de burgerlijke rechter ontbreekt, moet in deze bijzondere gevallen worden aanvaard dat de vraag of de ontruiming onrechtmatig was aan de strafrechter kan worden voorgelegd in het kader van de strafzaak tegen de verdachte van kraken, zoals blijktens de geschiedenis van de totstandkoming van art. 551a Sv de wetgever uitdrukkelijk voor ogen had.

3.4. Aantekening verdient daarbij het volgende.

Verweren die ertoe strekken dat een ontruiming op de voet van art. 551a Sv onrechtmatig is, zullen doorgaans erop zijn gebaseerd dat de ontruiming, in strijd met de in de (hiervoor in 2.3.3 weergegeven) beleidsbrief van het openbaar ministerie gestelde regels, heeft plaatsgevonden zonder dat de verdachte de gelegenheid heeft gehad tegen een voorgenomen ontruiming een kort geding aan te spannen.

Indien de strafrechter bevindt dat zulk een verzuim heeft plaatsgevonden, kan dit verzuim niet gelden als een vormverzuim dat is begaan in het kader van het voorbereidend onderzoek als bedoeld in art. 359a Sv naar de in de strafzaak aan de verdachte tenlastegelegde overtreding van art. 138a Sr.

Indien in een dergelijk bijzonder geval de strafrechter heeft vastgesteld dat door of namens het openbaar ministerie ten onrechte geen (voldoende) gelegenheid is gegeven een kort geding aanhangig te maken, zal bij de beoordeling door de strafrechter hoe in het bijzonder de door de rechter in kort geding te verrichten proportionaliteitstoets zou zijn uitgevallen, zoals is overwogen in rov. 3.5.7 van het hiervoor in 2.3.5 vermelde arrest van de Hoge Raad, de daarvoor vereiste belangenafweging alleen kunnen 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.

Komt de strafrechter tot het oordeel dat de rechter in kort geding de ontruiming eerst tegen een later tijdstip of in het geheel niet zou hebben toegestaan, kan de strafrechter een schending van art. 8 EVRM constateren en eventueel, indien de ernst van de schending dit rechtvaardigt, daaraan het in de geschiedenis van de totstandkoming van art. 551a Sv genoemde rechtsgevolg van strafvermindering

verbinden.

#### **4 Beoordeling van het derde middel**

- 4.1. Het middel bevat onder meer de klacht dat het Hof ten onrechte, althans ontoereikend gemotiveerd het verweer heeft verworpen dat van 'wederrechtelijk' vertoeven geen sprake is geweest.
- 4.2. Het Hof heeft het in het middel bedoelde verweer als volgt samengevat en verworpen:

"Vervolgens heeft de verdediging aangevoerd dat (ook) het vertoeven van verdachte in het pand niet wederrechtelijk zou zijn, aangezien het pand in eerste instantie, nadat het was gekraakt op 31 oktober 2010, niet is ontruimd. Het hof is van oordeel dat dit verweer niet opgaat. Het bestanddeel wederrechtelijk in de zin van het tenlastegelegde artikel 138a van het Wetboek van Strafrecht zal dienen te worden uitgelegd als zonder toestemming van de rechthebbende. Niet is gebleken dat door of vanwege de rechthebbende toestemming is verleend aan verdachte voor het (voortgezet) verblijf in het pand nadat daarin door een of meer personen was binnen gedrongen. Waar vervolgens ook niet is gebleken van enige eigen, aan het objectieve recht te ontlenen bevoegdheid van verdachte om in het pand te verblijven was het aldaar vertoeven van verdachte wederrechtelijk. Die stand van zaken bleef voortduren, tot aan het moment waarop aan het vertoeven van verdachte in het pand door zijn aanhouding een einde werd gemaakt. (...)"
- 4.3. De tenlastelegging is wat het primaire feit betreft toegesneden op art. 138a, eerste lid, Sr, zodat het in de bewezenverklaring voorkomende begrip 'wederrechtelijk' geacht moet worden aldaar te zijn gebezigd in de betekenis die daaraan toekomt in deze bepaling.
- 4.4. Het oordeel van het Hof, dat erop neerkomt dat de verdachte wederrechtelijk in het pand heeft vertoefd, omdat hij daarin verbleef zonder toestemming van de rechthebbende, terwijl evenmin is gebleken van enig eigen, aan het objectieve recht te ontlenen bevoegdheid van de verdachte om in het pand te verblijven, geeft niet blijk van een onjuiste opvatting omtrent het begrip 'wederrechtelijk' als bedoeld in art. 138a Sr. Dat oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd, in aanmerking genomen hetgeen het Hof blijkens de inhoud van de gebezigde bewijsmiddelen (hiervoor in 2.2 samengevat) heeft vastgesteld.
- 4.5. Deze klacht van het middel faalt.

#### **5 Beoordeling van de middelen voor het overige**

De middelen kunnen ook voor het overige niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81, eerste lid, RO, geen nadere motivering nu de middelen in zoverre niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### **6 Slotsom**

Hetgeen hiervoor is overwogen brengt mee dat als volgt moet worden beslist.

#### **7 Beslissing**



De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak;

verwijst de zaak naar het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, opdat de zaak op het bestaande hoger beroep opnieuw wordt berecht en afgedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president W.A.M. van Schendel als voorzitter, en de raadsheren H.A.G. Splinter-van Kan en Y. Buruma, in bijzijn van de waarnemend griffier S.C. Rusche, en uitgesproken op 10 december 2013.