

# OVER VERMEENDE WETSHISTORISCHE RECHTSVINDING EN SELECTIEVE INTERPRETATIE

Michelle Bruijn, Joep Koornstra, Berend Roorda, Jon Schilder & Jan Brouwer\*

De rechter moet volgens de wet rechtspreken. Aan de wet liggen immers democratisch tot stand gekomen keuzes ten grondslag. Is de wet onduidelijk, dan kan de bedoeling van de wetgever worden achterhaald in de totstandkomingsgeschiedenis. Met behulp van een selectief gebruik van de parlementaire geschiedenis legitimeert de rechter evenwel ook regelmatig door hemzelf gewenste maatschappelijke uitkomsten. Die praktijk is niet zonder bedenkingen, zeker niet wanneer daardoor individuele vrijheidsrechten in de verdrinking komen.

## Inleiding

'Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.'<sup>1</sup> Het is een fameuze frase die bij ons tot uitdrukking is gebracht in artikel 11 Wet houdende Algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk (Wet AB): 'De rechter moet volgens de wet recht spreken; hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.'

De bepaling poogt te waarborgen dat de rechter democratisch gelegitimeerde rechtsregels niet kan 'amenderen' dan wel terzijde stellen op grond van eigen opvattingen.<sup>2</sup> De rechter moet steeds op zoek naar de wil van de wetgever, bij voorkeur blijkend uit de woorden van de wet.

**Biedt de grammaticale uitleg van de wet geen of onvoldoende richtsnoer, dan dient de rechter anderszins de wil van de wetgever te achterhalen, met name door te rade te gaan bij de wetshistorie**

Biedt de grammaticale uitleg geen of onvoldoende richtsnoer – de Nederlandse wetgever beperkt zich anders dan de Engelse of Amerikaanse tot korte en summier teksten – dan dient de rechter anderszins de wil van de wetgever te achterhalen, met name door te rade te gaan bij de wetshistorie. Hieruit kan de bedoeling van de wetgever meestijds worden afgeleid.

Mede vanwege het legaliteitsbeginsel is de rechter gedwongen om dit uitgangspunt in het straf- en bestuursrecht strikt te hanteren. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) doet dat bijvoorbeeld in een uitspraak van 2009. Ondanks sterke maatschappelijke druk om de woning van een overlastgevend Roma-gezin te sluiten, conformeert de Afdeling zich bij de uitleg van artikel 174a Gemeentewet – de burgemeester kan besluiten een woning te sluiten, indien door gedragingen in de woning de openbare orde rond de woning wordt verstoord – geheel en al aan de totstandkomingsgeschiedenis van die bepaling. Daarin is gezegd dat een verstoring van de openbare orde in de zin van artikel 174a Gemeentewet alleen aanwezig is bij overlast waardoor de veiligheid en gezondheid van mensen in de omgeving van de woning in ernstige mate wordt bedreigd.<sup>3</sup> De rechtbank had de mate van hinder eerder teruggebracht tot maatschappelijk onaanvaardbare overlast.

\* Prof. mr. A.E. Schilder is hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de VU. Mr. L.M. Bruijn, mr. J. Koornstra en mr. dr. B. Roorda zijn verbonden aan het Centrum voor Openbare Orde en Veiligheid aan RuG, waarvan prof. mr. dr. J.G. Brouwer hoogleraar-directeur is.

1 Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, XI, 6 (1748).

2 C. Bouteligier, *Dialog in recht en literatuur: kritiek van de narratieve rede*, 's-Hertogenbosch: Gompel&Svacina 2018, p. 44.

3 ABRvS 1 december 2010, ECLI: NL:RVS:2010:BO5718, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder (*Woning-sluiting Tilburg*).

Zelfs in het privaatrecht is in beginsel voor autonome rechtsvinding door de rechter geen ruimte, ook niet indien de wet achterhaald is door maatschappelijke ontwikkelingen. Dat strenge standpunt valt duidelijk te herkennen in een standaardarrest van 1972. De Hoge Raad overweegt in dit *Maring/Assuradeuren*-arrest, dat de bepalingen in het Wetboek van Koophandel op basis waarvan een onroerende zaak niet tegen herbouwwaarde kon worden verzekerd, hun kracht hebben verloren en hierop voor de rechter geen beroep meer kan worden gedaan. Doorslaggevend voor de cassatierechter om het in de wet gehanteerde indemniteitsbeginsel – een verzekerde mag niet beter worden van schade – terzijde te schuiven, is echter niet de maatschappelijk in onbruik geraakte verzekeringspraktijk, maar het gewijzigde standpunt van de wetgever tot uitdrukking gebracht in artikel 29 Pachtwet van 1958. De wetgever verplicht de verpachter hierin tot herbouw als de verpachte boerderij door brand teniet is gegaan.<sup>4</sup>

**We menen te zien, dat de rechter onder het mom van wethistorische interpretatie regelmatig 'eigen' opvattingen aan zijn beslissing ten grondslag legt. Soms gaat hij verder en negeert hij in zijn 'eigen' oordeel zelfs volledig de wetsgeschiedenis**

Van het uitgangspunt dat een rechterlijke uitspraak steeds teruggevoerd dient te kunnen worden op de wil van de wetgever, is de rechter nog altijd doordrongen. Niettemin menen we te zien, dat hij onder het mom van wethistorische interpretatie regelmatig 'eigen' opvattingen aan zijn beslissing ten grondslag legt. Soms gaat hij verder en negeert hij in zijn 'eigen' oordeel zelfs volledig de wetsgeschiedenis.<sup>5</sup>

Zodanige autonome rechtsvinding staat op zeer gespannen voet met artikel 11 Wet AB, alsmede de hieraan ten grondslag liggende verdeling van macht binnen ons staatsbestel. Vroeg of laat zal deze praktijk het gezag van de rechter aantasten, aldus ook De Werd in zijn recent gehouden oratie:

'Zijn onafhankelijke positie is slechts dan gewaarborgd als hij het recht uitlegt, niet vormt, althans niet in overwegende mate [...] het gebrek aan democratische legitimatie van rechters bij de rechtsontwikkeling knaagt aan het gezag en de autoriteit die rechters nodig hebben om effectief als staatsmacht te kunnen functioneren.'<sup>6</sup>

Een dergelijke attitude is met name problematisch wanneer fundamentele rechten van burgers worden beperkt zonder dat daarvoor een duidelijke legitimatie is te vinden in de wet of de wetsgeschiedenis. Van deze laatste praktijk zullen wij voorbeelden uitwerken in de vijf hiernavolgende paragrafen. Het gaat om uitspraken die uiteenlo-

pende grondrechten betreffen: het eigendomsrecht, het huisrecht, het verenigingsrecht, de betogingsvrijheid en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging. We beginnen met de actuele problematiek van verhuur van woningen aan toeristen.

## 1 Wethistorische uitleg artikel 2 Huisvestingswet?

Het kan niemand zijn ontgaan dat het Amsterdamse straatbeeld in de loop der jaren ingrijpend is veranderd. Drommen toeristen zorgen tegenwoordig voor overvolle straten. Een deel van de inwoners profiteert van deze ontwikkeling door met de verhuur van hun eigen pand extra inkomsten te genereren. Een ander deel daarentegen ziet met lede ogen aan hoe het sociale karakter van hun woonwijk door een groeiend aantal bezoekers ingrijpend wijzigt. Het gemeentebestuur van Amsterdam ziet zich daarom geroepen om een halt toe te roepen aan de aantasting van de leefbaarheid van buurten door vakantieverhuur aan banden te leggen. Het instrument dat voor dit doel wordt ingezet, is de Huisvestingsverordening. Per 1 januari 2019 verbiedt zij het om langer dan 30 dagen in het jaar een woning aan toeristen te verhuren. Eigenaren die zich niet houden aan dit voorschrift, riskeren boetes van duizenden euro's.<sup>7</sup> Dat deze wijziging is bedoeld als instrument voor de bevordering van leefbaarheid van de stad, wordt expliciet vermeld in de toelichting.<sup>8</sup>

Het gaat om een medebewindsverordening die is gebaseerd op artikel 2 van de Huisvestingswet 2014 (Hv). Uit de wethistorie blijkt de wet als doel te hebben de problematiek van woningnood aan te pakken zoals ook haar voorgangers hadden: het Algemeen Vorderingsbesluit van 1940, de Woonruimtetwet 1947 en de (oude) Huisvestingswet. Dat doel staat expliciet in de considerans; nadrukkelijk bepaalt artikel 2 Hv dat de wet niet voor andere doeleinden mag worden gebruikt.<sup>9</sup> Voor bijvoorbeeld het aanpakken van overlast als gevolg van verhuur van woonruimte aan toeristen is de Wet aanpak woonoverlast (art. 151d Gemeentewet) gecreëerd.<sup>10</sup>

De leefbaarheid van een gemeente kan bij de toepassing van de regelgeving wel een rol spelen, maar uitsluitend en alleen in concrete gevallen, zoals een verzoek dat betrekking heeft op wijziging van de woonruimtevoorraad als bedoeld in artikel 21 Hv. Te denken valt aan het omzetten van een eengezinswoning in een studentenhuis. In dat geval mag het college van burgemeester en wethouders bij de besluitvorming ook effecten daarvan voor de omgeving betrekken.<sup>11</sup>

Op welke wijze meent het Amsterdamse gemeentebestuur dan op een abstract niveau in te kunnen grijpen in de vrijheid van eigenaren om hun huis te verhuren met als belangrijkste doel de bescherming van de leefbaarheid van de stad en dus niet de regulering van schaarste? De redenering is als volgt: de Huisvestingswet 2014 bevat een verbod op het onttrekken van woonruimte zonder vergunning van het college. Iemand die zijn woning verhuurt aan een toerist, onttrekt daarmee woonruimte en heeft daarvoor dus een vergunning nodig. Klopt deze redenering? Dat hangt ervan af.

4 HR 3 maart 1972, ECLI:NL:HR:1972:AB3597, NJ 1972/339, m.nt. L.J. Hymans van den Berg.

5 Dat deze praktijk zich niet beperkt tot wat nationale rechters doen, bewijst een uitspraak van het EHRM 22 oktober 2018, 35553/12, 36678/12, 36711/12, AB 2019/509, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder. Hierin corrigeert de Grote Kamer eerdere uitspraken van dit hof over art. 5 EVRM in verband met de mogelijkheid van preventieve hechtenis, zich hierbij beroepende op de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM.

6 M. de Werd, *De derde staatsmacht: over kracht en kwetsbaarheid van rechtspraak* (oratie UvA), te vinden op [www.europeancourts.blogspot.com](http://www.europeancourts.blogspot.com) (laatst geraadpleegd op 7 augustus 2019).

7 Hierover: A.E. Schilder, 'Aanpak van toeristische verhuur. Over leefbaarheid en legaliteit', in: P.J. Huisman, A.R. Neerhof & F.J. van Ommeren (red.), *Verwant met verband: Ruimte, Recht en Wetenschap. Vriendenbundel voor prof. mr. J. Struiksma*, Den Haag: Stichting Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 229 e.v.

8 'De beperking van 60 dagen per kalenderjaar is gesteld omdat een langere termijn de leefbaarheid in de buurt van de verhuurde woning te zeer onder druk zet, doordat het bedrijfsmatige karakter van de woningexploitatie te veel de overhand krijgt.' (*Gemeentebled Amsterdam* 2017, nr. 145188 van 18 augustus 2017).

9 'De gemeenteraad maakt van zijn bevoegdheden op grond van deze wet slechts gebruik indien dat noodzakelijk en geschikt is voor het bestrijden van onevenwichtige en onrechtvaardige effecten van schaarste aan goedkope woonruimte.'

10 Om die reden werd door een amendement de reikwijdte van de zorgplicht uitgebreid van degene die een woning gebruikt tot ook degene die een woning 'tegen betaling in gebruik geeft aan een persoon die niet als ingezetene met een adres in de gemeente in de basisregistratie personen is ingeschreven.'

11 Zie *Kamerstukken I* 2013/14, 32271, nr. C, p. 3.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

Degene die zijn woning een lang weekend verhuurt en daarna zelf weer in de woning terugkeert, verandert uiteraard niets aan het woningenbestand. De wachtlijst voor woningzoekenden wordt er niet langer of korter van.

Ook deze categorie huiseigenaren wordt evenwel getroffen door de verordening. Het was daarom niet zo vreemd om te veronderstellen dat de rechter de in het leven geroepen verordening onverbindend zou verklaren, dan wel in elk geval de opgelegde boetebeschikkingen zou vernietigen. Voor het opleggen van maatregelen die de vrijheden van burgers beperken, moet immers een solide wettelijke basis zijn. Door de wetgever toegekende bevoegdheden mogen niet worden aangewend voor andere doeleinden en daarvan is in dit geval wel sprake.

De Afdeling heeft echter geen moeite met de gekozen aanpak. Op 29 augustus 2018 overweegt zij dat ook het eenmalig voor een korte periode verhuren van een woning aangemerkt kan worden als woningonttrekking. Door het gebruik van de woning door toeristen is deze niet beschikbaar voor duurzame bewoning en wordt deze derhalve aan de woonruimtevoorraad onttrokken.<sup>12</sup>

Die wetsuitleg heeft zeer ingrijpende gevolgen waarvoor de tekst van de wet geen aanknopingspunten bevat. Uit de parlementaire geschiedenis volgt evenmin dat de wetgever kortdurende verhuur als onttrekking ziet. We lezen wel in een ook door de Afdeling aangehaalde passage in de memorie van toelichting: 'Op basis van artikel

22 kunnen gemeenten bijvoorbeeld sturen op het onttrekken van woningen als tweede woning of vakantiehuis door toeristen.<sup>13</sup> Hiermee werd bedoeld dat gemeentebesturen het onttrekken van woningen mogen tegengaan als dat gebeurt door een woning als tweede woning of vakantiehuis voor toeristen te bestemmen, maar niet dat (kortstondige) vakantiehuur per definitie ook als onttrekking geldt.

Kortom, de gekozen fictie is een vondst van de rechter zelf die niet volgt uit de wet, noch de wetsgeschiedenis.<sup>14</sup> Dat overigens ook de regering een specifieke wettelijke regeling van belang acht, blijkt uit de onlangs in consultatie gebrachte 'Wijziging van de Huisvestingswet 2014 in verband met de aanpak van ongewenste neveneffecten van toeristische verhuur van woonruimte'.<sup>15</sup>

## 2 Wetshistorische uitleg artikel 13b Opiumwet?

Met als doel illegale verkooppunten van drugs te bestrijden, krijgt de burgemeester in 1999 de bevoegdheid om een last onder bestuursdwang op te leggen indien in of bij lokalen softdrugs (Lijst II) of harddrugs (Lijst I) worden verkocht, afgeleverd of verstrekt dan wel daartoe aanwezig zijn.<sup>16</sup> In de praktijk gebruikt de burgemeester deze bevoegdheid voornamelijk om illegale drugspanden (tijdelijk) fysiek te sluiten: ramen en deuren worden dichtgetimmerd en deuren verzegeld. Dankzij deze bevoegdheid, neergelegd in artikel 13b Opiumwet, hoeft de burgemeester zijn toelucht niet meer te

<sup>12</sup> ABRvS 29 augustus 2018, ECLI: NL:RVS:2018:2833.

<sup>13</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32271, nr. 3, p. 52.

<sup>14</sup> In die zin ook: P. Goes, 'Tijdelijke woningverhuur door bewoners aan toeristen naar huidig en toekomstig recht', *NJB* 2019, 1658.

<sup>15</sup> Zie [www.internetconsultatie.nl](http://www.internetconsultatie.nl) (laatst geraadpleegd op 7 augustus 2019).

nemen tot bepalingen uit de Algemene Plaatselijke Verordening (APV) of de Gemeentewet,<sup>17</sup> maar kan hij een lokaal sluiten op grond van de simpele overtreding van de Opiumwet.

Deze bestuursdwangbevoegdheid gold aanvankelijk alleen voor lokalen die voor het publiek toegankelijk zijn. Voor woningen moet de burgemeester zich voorlopig nog behelpen met een onwerkbaar sluitingsbevoegdheid in artikel 174a Gemeentewet.<sup>18</sup> Pas als hij erin slaagt aan te tonen dat de drugshandel een verstoring van de openbare orde rond de woning veroorzaakt die een gevaar voor de veiligheid en de gezondheid inhoudt, kan de burgemeester overgaan tot het (tijdelijk) dichtspijkeren van een woning.<sup>19</sup>

Het duurde dan ook niet lang voordat er plannen werden opgevat om het toepassingsbereik van artikel 13b Opiumwet uit te breiden tot woningen. Het parlement sputterde aanvankelijk tegen, maar werd in 2007 over de streep getrokken met de toezegging dat van onmiddellijke sluiting van een woning geen sprake zou zijn. Bij een eerste overtreding zou eerst worden gewaarschuwd: sluiting van een woning is het *ultimum remedium*.<sup>20</sup> Inmiddels sluiten burgemeesters jaarlijks honderden woningen op grond van artikel 13b Opiumwet en heeft de rechter zich in meer dan duizend zaken uitgesproken over de rechtmatigheid van deze en andere sluitingen.<sup>21</sup> Een sluiting verschaft de verhuurder een titel om de huurovereenkomst zonder rechterlijke tussenkomst te ontbinden, met als gevolg dat een tijdelijke sluiting bijna altijd definitieve gevolgen voor een huurder heeft. Van de waarschuwingsplicht is niets meer over. Elke overschrijding van de eigen gebruikshoeveelheid wordt in de rechtspraak van de Afdeling geduid als een 'ernstig geval' dat onmiddellijke sluiting rechtvaardigt.<sup>22</sup>

Uit de wettekst en de parlementaire geschiedenis bij de invoering van artikel 13b Opiumwet in 1999, blijkt dat de sluitingsbevoegdheid niet kan worden ingezet indien drugs enkel aanwezig zijn.<sup>23</sup> De drugs moeten aanwezig zijn met de bestemming om te worden verhandeld.<sup>24</sup> In 2005 oordeelt de Afdeling dat de burgemeester niettemin bevoegd is om een lokaal te sluiten na aantreffen van 1,4 gram cocaïne (9 bolletjes). De aangetroffen cocaïne overschreed de maximum hoeveelheid harddrugs voor eigen gebruik (0,5 gram) en daarom mocht de burgemeester aannemen dat de drugs aanwezig waren voor de handel.<sup>25</sup>

Na de wetsuitbreiding in 2007 past de Afdeling deze redenering ook toe op woningen. Volgens de Afdeling is het voor de toepassing van bestuursdwang 'niet vereist dat daadwerkelijk harddrugs dan wel softdrugs zijn verhandeld'.<sup>26</sup> Eind 2012 oordeelt de rechtbank Haarlem echter dat deze jurisprudentielijn niet strookt met de bedoeling van de wetgever en zij verwijst hierbij naar de parlementaire geschiedenis.<sup>27</sup> Hieruit blijkt: 'het enkele aantreffen van drugs in een pand zonder dat er sprake is van enige indicatie dat er in of vanuit het desbetreffende pand drugs verkocht, afgeleverd, of verstrekt werden, is niet voldoende voor het toepassen van artikel 13b Opiumwet'.<sup>28</sup> De memorie van toelichting spreekt duidelijk over 'illegale verkooppunten die niet onder het coffeeshopbeleid vallen'.<sup>29</sup> De Afdeling blijft niettemin bij haar eigen

standpunt en vernietigt de uitspraak van de rechtbank.<sup>30</sup> Ondanks het feit dat de wettekst noch de parlementaire geschiedenis aanleiding geeft tot deze wetsuitleg, is de Afdeling van oordeel dat de aanwezigheid van een handelshoeveelheid (lees: meer dan een gebruikershoeveelheid) drugs aanvankelijk maakt dat er sprake is van drugshandel.

Nog verder gaat de rechtspraak over het toepassingsbereik van de bestuursdwangbevoegdheid in verband met hennepsteelt.<sup>31</sup> De Kamer verwierp uitdrukkelijk het amendement van Kamerlid Teeven dat hennepsteelt onder de bestuursdwangbevoegdheid van artikel 13b Opiumwet wilde scharen.<sup>32</sup> Toch overwoog de Afdeling in 2013 dat een woning kan worden gesloten vanwege het aantreffen van een handelshoeveelheid oogstrijpe hennepplanten (lees: meer dan vijf planten).<sup>33</sup> Daarmee valt telen ook onder artikel 13b Opiumwet. Van oogstrijpe planten hoeft inmiddels in de rechtspraak al lang geen sprake meer te zijn. Sterker nog, in 2018 oordeelde de Afdeling de sluiting van een cannabiskwekerij met enkel hennepplantresten op basis van artikel 13b Opiumwet rechtmatig.<sup>34</sup>

De creatieve interpretatie van de rechter heeft de bevoegdheid in artikel 13b Opiumwet omgevormd tot een belangrijk wapen in de strijd tegen drugs, waar de wetgever een bevoegdheid voor ogen had om illegale verkooppunten aan te pakken als sluitstuk van het coffeeshopbeleid.

## De creatieve interpretatie van de rechter heeft de bevoegdheid in artikel 13b Opiumwet omgevormd tot een belangrijk wapen in de strijd tegen drugs, waar de wetgever een bevoegdheid voor ogen had om illegale verkooppunten aan te pakken

### 3 Wethistorische uitleg artikel 2:20 lid 1 Burgerlijk Wetboek?

Op grond van artikel 2:20 lid 1 BW komt de rechter de bevoegdheid toe om een rechtspersoon waarvan de werkzaamheid 'in strijd is met de openbare orde' te verbieden en te ontbinden op verzoek van het Openbaar Ministerie (OM). De wetgever nam het openbare-ordecriterium welbewust over uit artikel 8 Grondwet (Gw). In dit artikel wordt het openbare-ordebegrip als algemeen doelcriterium gehanteerd voor de beperking van het recht van vereniging.<sup>35</sup> Gevreesd werd dat een concrete uitwerking van het verbodscriterium in de wet tot verstarring van de regeling zou leiden, terwijl het verbodsregime toekomstbestendig en breed inzetbaar diende te zijn.<sup>36</sup> Dit criterium biedt evenwel alle ruimte aan de rechter om er zelf inhoud aan te geven. Vanuit constitutioneel perspectief is dit toegestaan. De woorden 'bij de wet' van artikel 8 Gw houden

16 *Kamerstukken II* 1996/97, 25324, nr. 3, p. 4-5.

17 Op grond van art. 149 Gemeentewet kan 'in het belang van de gemeente' een algemene sluitingsbevoegdheid worden opgenomen in de APV.

18 *Kamerstukken II* 2005/06, 30515, nr. 3, p. 2-6.

19 *Kamerstukken II* 2005/06, 30515, nr. 3, p. 5-6.

20 *Kamerstukken II* 2005/06, 30515, nr. 3, p. 8.

21 L.M. Bruijn, 'De ontwikkeling van de Wet Damocles: burgemeesters trekken zwaard in de strijd tegen drugs', *Tijdschrift voor Bijzonder Strafrecht & Handhaving* 2018/4, afl. 3; *Recht spraak.nl* (zoek op *13b Opiumwet*).

22 ABRvS 8 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:294, AB 2017/214, m.nt. J.G. Brouwer & L.M. Bruijn.

23 *Kamerstukken II* 1996/97, 25324, nr. 3; *Kamerstukken II* 1997/98, 25324, nr. 5.

24 *Kamerstukken II* 1997/98, 25324, nr. 5, p. 7.

25 ABRvS 5 januari 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AR8730.

26 ABRvS 21 maart 2012, ECLI:NL:RVS:2012:EV9512.

27 Rb. Haarlem 4 december 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BY5942.

28 *Kamerstukken II* 2006/07, 30515, nr. 6, p. 2.

29 *Kamerstukken II* 2006/07, 30515, nr. 3, p. 10.

30 ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2365.

31 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30515, nr. 14; *Kamerstukken I* 2006/07, 30515, nr. B; *Handelingen II* 29 maart 2007, p. 55-3127, 55-3133, 55-3137, 55-3319, 55-3144; *Handelingen II* 3 april 2007, p. 56-3164; *Kamerstukken II* 2006/07, 30515, nr. 6, p. 2.

32 Zie *Kamerstukken II* 2006/07, 30515, nr. 14; *Kamerstukken I* 2006/07, 30515, nr. B; *Handelingen II* 29 maart 2007, p. 55-3127, 55-3133, 55-3137, 55-3319, 55-3144; *Handelingen II* 3 april 2007, p. 56-3164.

33 ABRvS 11 december 2013, ECLI:NL:RVS:2013:2362. Zie ook Bruijn 2018.

34 ABRvS 10 januari 2018, ECLI:NL:RVS:2018:55.

35 Art. 8 Gw luidt: Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde.

36 *Kamerstukken II* 1984/85, 17476, nr. 5-7, p. 4; *Kamerstukken I* 1986/87, 17476, nr. 57b, p. 5.

37 *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 22-23. Zie ook Aanwijzing 2.20 van de circulaire 'Aanwijzingen voor de regelgeving'.

38 *Kamerstukken II* 1984/1985, 17476, nr. 5-7, p. 2-3.

39 Zie hierover J. Koornstra, B. Roorda & J.G. Brouwer, 'Antidemocratische rechtspersonen op ondernemingsrechtelijke wijze verbieden', *NJB* 2019/1430 (afl. 25).



- 40 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948, AB 2014/348, m.nt. J.G. Brouwer & G. Molier, NJ 2014/507, m.nt. E.A. Alkema, *Ondernemingsrecht* 2015/17, m.nt. M. Verbrugh, AA20140834, m.nt. R.J.B. Schutgens, JB 2014/104 en JIN 2014/142, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, JBPR 2014/31, m.nt. L.M.H.A.A. Hennekens, JOR 2014/227, m.nt. C.D.J. Bulten (*Vereniging Martijn*), r.o. 3.10: '[...] Dit gezichtspunt brengt echter niet mee dat een noodzakelijke voorwaarde om te kunnen oordelen dat de werkzaamheid van de vereniging in strijd is met de openbare orde, is dat de samenleving daardoor daadwerkelijk is ontwricht. Het hof had [...] moeten onderzoeken of het verbod en de ontbinding van de vereniging in een democratische samenleving noodzakelijk zijn [...]']
- 41 Hof Leeuwarden-Arnhem 2 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6041 (*Martijn*), r.o. 4.14.
- 42 Rb. Assen 27 juni 2012, ECLI:NL:RBASS:2012:BW9477 (*Martijn*).
- 43 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:948 (*Martijn*), r.o. 3.10-3.11.
- 44 Hof Leeuwarden-Arnhem 2 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6041 (*Martijn*), r.o. 4.20-4.22.
- 45 Daags na haar oprichting in 1982 kon Vereniging Martijn zich nog relatief vrij van zorgen wanen in een klimaat waarin 'alles kon', als gevolg van de seksuele revolutie van de jaren 60. Enkele jaren na de millenniumwisseling kon dit echter niet meer. De publieke opinie omtrent seksuele hervorming ten aanzien van pedofilie veranderde vooral in aversie daartegen, mede als gevolg van meerdere onderzoeken naar de positie van het kind in seksuele relaties met volwassenen, de seksuele misstanden onder meer binnen de Rooms-Katholieke Kerk en de zeer aangrijpende Amsterdamse zedenzaak in 2010. Zie hierover onder meer W. Pekelder, 'Hoe Den Haag de pedo's vertroetelde', *De Groene Amsterdammer* 20 oktober 2006 en L. Nicolassen & J. de Vries, 'Sympathie voor pedo duurde kort', *de Volkskrant* 20 juni 2011.
- 46 Het hof had als laatste feitenrechter immers reeds vastgesteld dat het wetshistorische ontwrichtingscriterium niet tot (dreigende) ontwrichting heeft geleid van onze samenleving en een verbod aldus niet was gerechtvaardigd.
- 47 Zie hierover ook punt 14 van de annotatie van J.G. Brouwer & J. Koornstra onder rechtbank Den Haag 18 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7183, AB 2019/267.
- 48 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 1985/86, 19427, nr. 3, p. 20 (ten aanzien van het huidige art. 5 Wom), p. 21 (ten aanzien van het huidige art. 7 Wom), p. 23 (ten aanzien van geheel paragraaf II Wom). Zie verder ook *Kamerstukken II* 1986/87, 19427, nr. 5, p. 2; *Kamerstukken I* 1987/88, 19427, nr. 135b, p. 6.

een delegatieverbod in. De formele wetgever moet aangeven in welke gevallen het recht van vereniging beperkt mag worden. Hij mag de omvang van de grondrechtenbeperking niet overlaten aan een ander orgaan door gebruik te maken van vage formuleringen.<sup>37</sup>

Van serieuze strijd met de Grondwet is in verreweg de meeste verbodsprocedures tot nu toe geen sprake. De rechter leunt bij de toepassing van artikel 2:20 lid 1 BW doorgaans op de wetshistorische, waarin is gezegd dat een verbod enkel is gerechtvaardigd in het geval van gedragingen die 'een aantasting inhouden van de als wezenlijk ervaren beginselen van ons rechtstelsel die, indien op grote schaal toegepast, ontwrichtend zou blijken voor de samenleving'.<sup>38</sup> Tot nu toe heeft de rechter op een uitzondering na dit ontwrichtingscriterium gehanteerd. Een verbod werd slechts uitgesproken indien de werkzaamheid van de rechtspersoon bestond uit een structureel patroon van misdrijven dan wel het faciliteren hiervan. Een verbod is dan steeds terug te voeren op de beperkingsclausule 'bij de wet' van artikel 8 Gw, aangezien misdrijven steeds een formeel wettelijke basis hebben.<sup>39</sup>

In de zaak van de pedofielenvereniging Martijn kiest ons hoogste rechtcollege echter zonder verdere toelichting voor een andere route. In deze zaak laat de Hoge Raad het wetshistorische ontwrichtingscriterium volledig links liggen. Hij past in de plaats daarvan het laagdrempelige EVRM-criterium 'noodzakelijk in een democratische samenleving' toe, zonder dat de wettekof of de parlementaire geschiedenis hiervoor aanknopingspunten geven.<sup>40</sup> Om tot een verbod te komen was deze noodgreep noodzakelijk: de Vereniging Martijn zelf kon niet op strafbare feiten worden betrapt.<sup>41</sup> De vereniging streefde naar een verlaging van de wettelijke leeftijdsgrens waarop seksueel contact tussen volwassenen en kinderen is toegestaan. Hiertoe verspreidde zij onder meer pamfletten, gaf zij bladen uit en droeg zij haar standpunt omtrent pedofilie – na de opkomst van internet – eveneens uit op haar eigen website. Pedofielen konden daar met elkaar in contact komen en (foto)materiaal alsmede ervaringen uitwisselen.<sup>42</sup>

De Hoge Raad overweegt 'dat seksueel contact van volwassenen met jonge kinderen naar de in Nederland levende maatschappelijke opvattingen een daadwerkelijke en ernstige aantasting is van de lichamelijke en seksuele integriteit van het kind, waardoor het kind grote en blijvende psychische schade kan oplopen'. De vereniging praat dergelijke contacten niet alleen goed, maar verheerlijkt ze zelfs, waardoor eventuele drempels worden weggenomen om seksueel contact met kinderen te hebben, aldus de Hoge Raad. Derhalve is het 'in een democratische samenleving noodzakelijk dat de vereniging wordt verboden en ontbonden in het belang van de bescherming van de gezondheid en van de rechten en vrijheden van kinderen'.<sup>43</sup>

Het hof oordeelde eerder nog – met een vrij zuivere toepassing van het wetshistorische ontwrichtingscriterium – dat de werkzaamheid van de vereniging weliswaar een daadwerkelijke en ernstige aantasting inhoudt van het als wezenlijk ervaren beginsel dat het kind dient te worden beschermd, maar dat die werkzaamheid niet tot

(dreigende) ontwrichting van onze samenleving heeft geleid, nu de samenleving inmiddels weerbaar is gebleken tegen de vereniging sinds haar oprichting in 1982.<sup>44</sup>

Wellicht onder druk van een gewijzigde publieke opinie<sup>45</sup> schuift de Hoge Raad het wetshistorische ontwrichtingscriterium volledig terzijde.<sup>46</sup> Dat doen de feitenrechters in verbodsprocedures tegen Outlaw Motorcycle Gangs in de afgelopen twee jaren niet. Zij voeren een dubbele toets uit. Zij hanteren zowel het wetshistorische ontwrichtingscriterium als de lichtere noodzakelijkheidsmaatstaf.<sup>47</sup> Dat wekt de indruk dat 'lagere' rechters in verbodszaken meer ontzag en respect hebben voor de wetshistorische dan ons hoogste rechtcollege.

## Feitenrechters hanteren zowel het wetshistorische ontwrichtingscriterium als de lichtere noodzakelijkheidsmaatstaf. Dat wekt de indruk dat 'lagere' rechters in verbodszaken meer ontzag en respect hebben voor de wetshistorische dan ons hoogste rechtcollege

### 4 Wetshistorische uitleg artikel 5 en artikel 7 Wet openbare manifestaties?

De burgemeester heeft in artikel 5 en artikel 7 Wet openbare manifestaties (Wom) bevoegdheden toegekend gekregen om demonstraties te reguleren. Vanwege het fundamentele belang van het recht tot betoging heeft de grondwetgever in artikel 9 lid 2 Grondwet deze bevoegdheden strikt begrensd: een demonstratie mag uitsluitend en alleen worden beperkt, verboden of beëindigd in het kader van drie doelcriteria: ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. Dat uitgangspunt herhaalt de wetgever in artikel 2 Wom.

Steeds moet er aan een van de drie doelcriteria worden voldaan. De letterlijke tekst van artikel 5 aanhef en lid 2 sub a en b en artikel 7 aanhef en sub a en b Wom doet echter vermoeden dat een burgemeester een demonstratie kan verbieden dan wel beëindigen om de enkele reden dat een demonstratie niet, niet tijdig of niet juist bij hem is aangemeld. Alsook dat hij een betoging kan beëindigen om de enkele reden dat de demonstranten een door de burgemeester opgelegde beperking niet naleven.

Bij de totstandkoming van de Wom onderkende de regering het risico van verkeerde lezing nadrukkelijk. Zij vraagt hiervoor meermalen de aandacht.<sup>48</sup> In de memorie van toelichting bij artikel 7 Wom (in het voorstel nog art. 6) schrijft zij:

'Uit het feit dat onderdeel c uitdrukkelijk verwijst naar de in art. 2 genoemde belangen, zulks in tegenstelling tot de onderdelen a en b, mag men niet afleiden dat in de onder

a en b bedoelde gevallen toetsing van een voorgenomen opdracht tot beëindiging aan artikel 2 geheel achterwege zou kunnen blijven. Voor alle in Paragraaf II gegeven bevoegdheden geldt immers, dat zij slechts mogen worden aangewend met het oog op de in artikel 2 genoemde belangen.<sup>149</sup>

De waarschuwingen van de regering ten spijt, interpreteren zowel de Hoge Raad als de Afdeling artikel 7 Wom toch autonoom, de wet en de wetsgeschiedenis hierbij negerende. In 2006 oordeelt de Hoge Raad dat de burgemeester een demonstratie op grond van artikel 7 aanhef en sub a Wom kan beëindigen, om de enkele reden dat de vereiste kennisgeving niet is gedaan.<sup>50</sup> Onder verwijzing naar nota bene de zojuist geciteerde wetsgeschiedenispassage overweegt de cassatierechter dat de burgemeester van het toepassen van de beëindigingsbevoegdheid kan afzien, indien de genoemde belangen zich daartegen niet verzetten.<sup>51</sup> De doelcriteria worden gezien als voorwaarden voor het *niet* beëindigen van een demonstratie. Dat is echter een uitleg die op geen enkele wijze steun vindt in de wetsgeschiedenis.

In 2015 oordeelt de Afdeling dat de burgemeester een demonstratie op grond van artikel 7 aanhef en sub b Wom kan beëindigen, om de enkele reden dat in strijd wordt gehandeld met een door de burgemeester opgelegde aanwijzing de tenten, de informatiekeet en soortgelijke objecten te verwijderen.<sup>52</sup> Ook die uitleg staat – zoals gezegd – haaks op de wetsgeschiedenis.

In een reactie op een evaluatieonderzoek naar de Wom neemt de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in 2017 impliciet afstand van deze uitspraken. Hij benadrukt het ongewenst te vinden als een burgemeester tegen een demonstratie optreedt, indien er geen sprake is van gegronde vrees voor wanordelijkheden, belemmeringen voor het verkeer of voor aantasting van de gezondheid. Om die reden kondigt de minister aan de redactie van artikel 5 en artikel 7 Wom aan te zullen passen.<sup>53</sup>

## 5 Wetshistorische uitleg artikel 2 Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding?

Op 30 mei 2018 besliste de Afdeling bestuursrechtspraak een zaak waarin het onderwerp van het geschil was een door de minister van Justitie en Veiligheid aan imam Jneid opgelegde gebiedsontzegging voor de Schilderswijk en de Transvaalwijk in Den Haag.<sup>54</sup> Onomwonden maakte de minister duidelijk dat het primaire doel van deze maatregel was het voorkomen van de verspreiding van een radicaliserende boodschap onder jongeren in deze wijken. De wettelijke grondslag wordt gevonden in artikel 2 Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen (Twbmt):

‘Onze Minister kan, indien dat noodzakelijk is met het oog op de bescherming van de nationale veiligheid, aan een persoon die op grond van zijn gedragingen in verband kan worden gebracht met terroristische activiteiten of de ondersteuning daarvan, een maatregel opleggen, strekkende tot beperking van de vrijheid van beweging.’

De Afdeling oordeelt dat de minister bevoegd is om de imam te beperken in zijn uitingsvrijheid op grond van deze bepaling. De grammaticale uitleg leidt echter tot een geheel andere lezing. Desalniettemin overweegt de Afdeling:

‘De tekst van artikel 2 van de Twbmt verzet zich niet tegen het opleggen van een gebiedsverbod in een geval als dit waarin de relevante gedragingen mede bestaan uit het verspreiden van gedachtegoed en het belijden van godsdienst, zolang het gebiedsverbod primair is gericht op het belemmeren van de fysieke aanwezigheid van de desbetreffende persoon in een bepaald gebied en aan de in de Twbmt neergelegde vereisten voor het opleggen van een gebiedsverbod wordt voldaan.’<sup>55</sup>

Kennelijk niet helemaal zeker van haar zaak gaat de Afdeling nog op zoek naar ondersteuning in de wetsgeschiedenis:

‘Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Twbmt blijkt voorts dat de wetgever heeft beoogd artikel 2 van de Twbmt ook van toepassing te laten zijn in een geval als dit en dat hij heeft aanvaard dat in een voorkomend geval de oplegging van een maatregel die gericht is op de beperking van de bewegingsvrijheid tevens beperkingen met zich kan brengen ten aanzien van het vrij verspreiden van gedachtegoed en het vrij belijden van godsdienst.’<sup>56</sup>

De uitingsvrijheid van de imam wordt echter niet ‘en passant’ getroffen, maar is het direct beoogde doel van het gebiedsverbod. De beperking van de bewegingsvrijheid is slechts neveneffect in plaats van andersom. Uit de door de Afdeling geciteerde passages uit de memorie van toelichting blijkt allesbehalve dat de wetgever een dergelijke doelbewuste beperkingsbevoegdheid op het oog had. Als die daadwerkelijk een breuk had gewenst met het eeuwenoude en absolute grondwettelijke censuurverbod, dan zou dit op z'n minst veel uitvoeriger aan de orde zijn gekomen bij de totstandkoming van de wet.<sup>57</sup> In commentaren wordt gesproken van ‘een spitsvondige, maar uiteindelijk niet overtuigende kunstgreep’,<sup>58</sup> alsook van ‘staatsrechtelijke ontoelaatbare bochten’ om de opgelegde maatregel overeind te houden.<sup>59</sup>

## 6 Slotopmerkingen

Vanzelfsprekend kunnen we op basis van een slechts beperkt aantal uitspraken geen algemene conclusies trekken ter zake van de attitude van de rechter bij de uitleg van de wet. Dat is ook niet onze pretentie: daarvoor zou een veel meer omvattend jurisprudentieonderzoek noodzakelijk zijn. Niettemin hebben de besproken voorbeelden een duidelijk indicatieve waarde: het gaat steeds om uitspraken van hoogste rechters gedaan in bodemzaken waarin belangrijke individuele rechten van burgers op het spel staan. Zij laten zien dat rechters in grote mate zelf het recht vormen, ook als daardoor vrijheidsrechten worden beperkt: huiseigenaren krijgen hoge boetes, zelfs bij kortstondige verhuur van hun woning, mensen worden hun woning uitgezet bij de aanwezigheid van een geringe hoeveelheid drugs, een vereniging wordt ontbonden en ver-

49 *Kamerstukken II* 1985/86, 19427, nr. 3, p.21.

50 HR 17 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6741, r.o. 4.7, zie hierover kritisch punt 5 van de annotatie van A.E. Schilder & J.G. Brouwer in *AB* 2007/23.

51 HR 17 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6741, r.o. 4.7.

52 ABRvS 25 maart 2015, ECLI:NL:ABRV:2015:923, r.o. 6, zie hierover kritisch punten 5-7 van de annotatie van J.G. Brouwer & B. Roorda in *AB* 2015/923.

53 ‘Reactie op de evaluatie van de Wet openbare manifestaties’ van de minister van BZK, 17 januari 2017, kenmerk 2016-0000804427, bijlage p. 1-3; de minister wijst hierbij op een reactie van de regering op een onderzoek van de Nationale ombudsman: *Kamerstukken II* 2009/10, 32123, nr. VII, nr. 57. In de evaluatie waarop de minister reageert wordt overigens ook aangebevolen om art. 5 en 7 Wom op dit punt aan te passen, zie B. Roorda, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Evaluatie Wet openbare manifestaties*, 3 juli 2015, te raadplegen via [www.rijksoverheid.nl](http://www.rijksoverheid.nl), p. 65-78.

54 ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, *AB* 2018/327, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Gst.* 2018/117, m.nt. F.A. Pommer, *Gst.* 2018/118, m.nt. S.A.J. Munneke.

55 ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, r.o. 7.2.

56 ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763, r.o. 7.2.

57 J.G. Brouwer & A.E. Schilder: ‘Het gebiedsverbod als wapen tegen jihadistisch gedachtegoed’, *Juridische Verkenningen* 2018, nr. 2.

58 Zie de annotatie van S.A.J. Munneke bij de genoemde uitspraak van de Afdeling in *Gst.* 2018/118.

59 J. Franssen, *Bestuurlijke terrorismebestrijding en individuele rechtsbescherming in equilibrium? De Tijdelijke Wet Bestuurlijke Maatregelen Terrorismebestrijding in wetshistorisch, wetsvergelijkend, jurisprudentieel, intern rechtsvergelijkend en internationaal rechtsvergelijkend perspectief* (masterthesis RU Nijmegen), november 2018, p. 86.

boden zonder dat er strafbare feiten plaatsvinden, demonstranten zien hun betogingsrecht beperkt en een imam krijgt een spreekverbod opgelegd. In alle gevallen ontbreekt een degelijke wettelijke grondslag.

**Het gaat in de besproken voorbeelden steeds om uitspraken van hoogste rechters gedaan in bodemzaken waarin belangrijke individuele rechten van burgers op het spel staan. Zij laten zien dat rechters in grote mate zelf het recht vormen, ook als daardoor vrijheidsrechten worden beperkt**

Vanzelfsprekend is het wenselijk dat de rechter zich bewust toont van de maatschappelijke belangen die in een zaak op het spel staan en deze verdisconteert in zijn uitspraak. Hij dient oog te hebben voor belangen als de leefbaarheid van een stad en de veiligheid van de samenleving en haar burgers. Door een al te legalistische opstelling kan recht immers al snel als onrecht worden ervaren. Met een voor de maatschappij betekenisvolle uitleg van de wet is de gemeenschap als geheel gediend. Wanneer hiermee echter individuele rechten van burgers in de verdrukking komen, is een solide formeel wettelijke basis vereist. Bij het ontbreken daarvan, kan het gewenste resultaat niet worden bereikt met een selectieve verwijzing naar de totstandkomingsgeschiedenis, dan wel een geheel eigen interpretatie van de wet. Van rechtspreken op basis van de wet is dan geen sprake. Niet alleen ontbreekt de vereiste democratische legitimatie voor de gekozen oplossingen, maar ook worden hiermee principiële en wel doordachte uitgangspunten in ons staatsbestel terzijde geschoven. Vroeg of laat zal dit het vertrouwen in de rechter en de rechtspraak schaden.

## RECHTSVERGELIJKING & RECHTSGESCHIEDENIS

CAHIER

### DE WET EN DE INTERPRETATIE VAN EEN OVEREENKOMST Overbodige regels?

De regels die gelden bij de interpretatie van een overeenkomst stonden tot voor kort in het (oude) Burgerlijk Wetboek. Bij de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek zijn zij uit de wet gemikt. Interpretatie-regels worden al gekend in het Romeinse recht. In dit boek worden, na een noodzakelijke inleiding omdat het historisch besef in juristenland afgenomen is, eerst een paar Romeinsrechtelijke regels voor uitleg behandeld, die ook in deze moderne tijden relevant zijn en, zeer uitzonderlijk, hun oude bewoordingen hebben behouden; denk alleen al aan de 'contra proferentem' regel en de 'claris verbis' regel. Is dit nu nog relevant? Jazeker, want wanneer men aan het einde van de achttiende eeuw en het begin van de negentiende eeuw in West-Europa overgaat tot codificatie van het recht, worden ook de regels voor interpretatie van overeenkomsten gecodificeerd. Die regels komen na uitgebreide discussies terecht in deze optekeningen van het recht, worden zelf weer geïnterpreteerd en krijgen op den duur aan het einde van de twintigste eeuw een eigen gestalte in de rechtspraak, in vorm van bijvoorbeeld het 'haviltexen' en het 'foxen'. En wanneer het nieuwe Burgerlijk Wetboek in werking treedt, worden de oude normen niet gemist. Maar, pas op, zij sluipen weer binnen via verdragen en pogingen tot codificatie op internationaal gebied.

ISBN: 978-94-9276-639-7  
Auteur: P.C. Kop  
Druk: 1e druk 2018  
Prijs: € 21,50

ARS AEQUI LIBRI