

Gedwongen toezicht pedofiel?

Prof.mr. R.J.B. Schutgens

Vzr. Rb. Midden-Nederland 6 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5494 (*Gemeente Veenendaal/X*)

Als staatsrechtelijke annotatie ditmaal een eenvoudig vonnis in kort geding. De burgemeester van Veenendaal probeert tevergeefs om een pedofiel die na het uitzitten van een straf voor het bezit van kinderporno terugkeert in zijn woning, aan een vergaande vorm van toezicht te onderwerpen. De betrokkene heeft het onvoorwaardelijke gedeelte van zijn gevangenisstraf er al op zitten, maar de driejarige proeftijd voor het voorwaardelijke gedeelte loopt nog. Eén van de proeftijdvoorwaarden is dat hij zich intensief laat begeleiden door de reclassering. De man houdt zich hier vooralsnog netjes aan. Zijn terugkeer zorgt echter voor grote onrust in de buurt. De burgemeester vraagt hem daarom een overeenkomst te tekenen waarin hij zich (naast het traject bij de reclassering) onderwerpt aan een reeks gemeentelijke toezichtsmaatregelen en beperkingen van zijn bewegingsvrijheid. De man weigert. Hij meent dat hij zich door het naleven van de voorwaarden van de strafrechter voldoende coöperatief opstelt. Hij voelt zich niet gebonden aan de verdergaande voorwaarden van de burgemeester. Daarop spant de gemeente dit kort geding aan.

Deze uitspraak is interessant omdat zij de grenzen verkent van de mogelijkheden die bestuursorganen hebben om via de burgerlijke rechter algemene belangen te behartigen. Daarbij komen de *Windmill*-doctrine, het klassieke legaliteitsbeginsel en de grondrechtenbescherming aan de orde. Bovendien houdt de terugkeer van veroordeelde pedoseksuelen in de maatschappij de publieke opinie voortdurend bezig.

Tijdens het schrijven verscheen in dit tijdschrift een bijdrage van Huls & Brouwer die onder andere deze zaak bespreken (AA 2014, p. 185, AA20140185). Deze annotatie komt tot een heel andere conclusie. De student die dit blad leest, beschouwe dat vooral als een uitnodiging om van beide bijdragen kennis te nemen en zich een eigen oordeel over de kwestie te vormen.

Toepasselijkheid artikel 3:305b BW

In deze zaak baseert de Gemeente Veenendaal haar vorderingsrecht op artikel 3:305b BW. Deze bepaling verleent overheden de bevoegdheid om een civiele procedure aan te spannen tegen iemand die – kort gezegd – door zijn onrechtmatige gedraging een algemeen belang schendt. Deze in 1994 ingevoerde bepaling vormt een wezenlijke breuk met het 'klassieke' burgerlijk proces. Van origine verschaft dat proces aan particulieren een instrument om tegen aantastingen van hun *eigen* rechten op te komen. Als de door mijn overbuurman aangeschafte Steinway na aflevering onherstelbaar vals blijkt, is het zijn keuze of hij daar iets tegen onderneemt. Laat hij het erbij, dan kan ik niet tegen de verkoper gaan procederen, hoe onrechtvaardig ik het ook vind dat die met zijn wanprestatie zou weggelopen (vgl. Nieuwenhuis, AA 1996, p. 638, AA19960638). Een burger kan dus geen civiele procedure aanspannen ter bescherming van de rechten van een *ander*, laat staan dat hij algemene belangen bij de rechter zou kunnen behartigen. Krachtens artikel 3:305b BW kunnen overheden dat wél, althans voor zover het gaat om algemene belangen waarvan de behartiging aan de betreffende overheid is toevertrouwd.

In casu oordeelt de kortgedingrechter, mijns inziens terecht, dat de gemeente voldoet aan de voorwaarden van artikel 3:305b BW:

4.4. (...) De taakstelling van de gemeente kan worden afgeleid uit artikel 108 lid 1 van de Gemeentewet dat de bevoegdheden van het gemeentebestuur regelt. In dit artikel is bepaald dat de bevoegdheid tot regeling en bestuur inzake 'de huishouding' van de gemeente aan het gemeentebestuur wordt overgelaten. Uit de jurisprudentie betreffende de in acht te nemen grenzen bij het vaststellen van verordeningen en bij het verlenen van vergunningen (...), blijkt dat het bestuur van de gemeente het belang van een goed woon- en leefklimaat bij de uitoefening van haar taken kan betrekken. Het voorkomen van de aantasting van het woon- en leefklimaat kan dan ook worden gere-

ken tot 'de huishouding' van de gemeente als bedoeld in artikel 108 lid 1 van de Gemeente.

4.5. Nu de Gemeente Veenendaal het belang van de bescherming van het woon- en leefklimaat aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd is, gelet op hetgeen hiervoor in 4.4 is overwogen, voldaan aan het vereiste van artikel 3:305b BW dat de te beschermen belangen ter behartiging aan haar zijn toevertrouwd.

Vordering

Volgens de gemeente pleegt de pedofiel een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) door terug te keren in zijn woning zonder de door de burgemeester opgestelde voorwaarden te aanvaarden. Zij vraagt de kortgedingrechter om de man alsnog te bevelen zich binnen de gemeente aan deze voorwaarden te houden. De burgerlijke rechter zou de man op straffe van een dwangsom van € 1.000 per overtreding onder andere moeten opleggen dat hij:

1. geen minderjarige(n) in zijn woning zal ontvangen (...);
2. tussen 07.00 en 22.00 uur de gemeenschappelijke binnentuin van het flatgebouw niet zal betreden;
3. tussen 07.00 en 22.00 uur de galerij en het trappenhuis van het flatgebouw slechts zal betreden om te komen en te gaan van of naar zijn woning;
4. zich niet zal ophouden in, op, of in de nabijheid van (het terrein behorend bij) scholen, speelplaatsen c.q. speeltuintjes, kinderdagverblijven, zwembaden en/of overige openbare c.q. publieke (aan)gelegenheden waar logischerwijs kinderen kunnen verblijven;
5. geen minderjarige(n) zal aanspreken in het openbaar of op welke wijze dan ook met minderjarigen in contact zal treden;
6. afstand zal nemen c.q. zal weglopen van elke situatie waarin een minderjarige op welke wijze dan ook met hem in contact treedt, c.q. probeert te treden; (...)
8. zich tot het uiterste zal inspannen om binnen een redelijke termijn, te weten binnen drie maanden na betekening van dit vonnis, te komen tot een nuttige dagbesteding, waarbij de Reclassering behulpzaam zal zijn, dit om de kans op vereenzaming, isolement en recidive te verkleinen; (...)
10. twee keer per jaar op uitnodiging van de Gemeente Veenendaal in een bespreking met de burgemeester de stand van zijn re-integratie zal bespreken op het stadhuis van de Gemeente Veenendaal;
11. zal instemmen met de informatie-uitwisseling tussen de verschillende instanties (Gemeente, Reclassering, Politie, Forensische zorginstelling en Woonstichting) ten behoeve van een goede uitvoering van deze voorwaarden.

Overwegingen

Het oordeel over de toelaatbaarheid van de gevraagde voorziening valt in twee delen uiteen. De rechter motiveert eerst uitgebreid dat toewijzing van de civiele vordering volgens hem een 'onaanvaardbare doorkruising' van het publiekrecht zou opleveren. Daarom verklaart hij de vordering niet-ontvankelijk. Vervolgens motiveert hij – ten overvloede – dat een inhoudelijke beoordeling tot afwijzing van de vordering zou leiden.

4.6. Het feit dat de Gemeente Veenendaal beschikt over een bevoegdheid om het door haar nagestreefde doel door middel van het privaatrecht (...) te bereiken [i.e. art. 3:305b BW, RS], wil niet zeggen dat zij onder alle omstandigheden van dit privaatrechtelijke instrument gebruik kan maken. De privaatrechtelijke weg mag in beginsel slechts worden gevolgd als daarmee het publiekrecht niet op onaanvaardbare wijze wordt doorkruist. Uit de verwijzing in de

memorie van toelichting bij artikel 3:305b BW naar het 'Windmill'-arrest (HR 26 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC0965) blijkt dat deze vraag ook aan de orde dient te komen in het geval een publiekrechtelijke rechtspersoon het middel van collectieve actie aanwendt ter bescherming van een aan hem toevertrouwd belang. Op grond van de hierna volgende overwegingen is de voorzieningenrechter van oordeel dat het gebruik van de privaatrechtelijke weg door de Gemeente Veenendaal in dit geval een onaanvaardbare doorkruising van het publiekrecht betekent.

4.7. Vaststaat dat de Gemeente Veenendaal het door haar gewenste doel niet kan bereiken langs publiekrechtelijke weg, nu haar bestuursorganen niet beschikken over de bevoegdheid om aan een burger maatregelen op te leggen, die vergelijkbaar zijn met hetgeen de Gemeente Veenendaal thans vordert. Artikel 172 lid 3 Gemeentewet en de artikelen 172a en 172b Gemeentewet verlenen de burgemeester weliswaar de bevoegdheid om een gebiedsverbod op te leggen, maar in dit geval is niet voldaan aan de voor de toepassing van deze artikelen vereiste voorwaarden dat er sprake is van een actuele en concrete verstoring van de openbare orde of van concrete aanwijzingen dat daarvoor ernstig moet worden gevreesd. Voorts is het gebruik van deze bevoegdheden beperkt in tijd, terwijl de vordering van de Gemeente Veenendaal er op is gericht de maatregelen voor onbeperkte tijd op te leggen en daarmee voor een veel langere duur dan op grond van de bestuursrechtelijke bevoegdheid is toegestaan. Het ontbreken van een bestuursrechtelijk instrument betekent echter niet zonder meer dat het de gemeente is toegestaan gebruik te maken van de haar ter beschikking staande privaatrechtelijke mogelijkheden. Het niet toekennen van een bevoegdheid kan immers juist een aanwijzing zijn dat het gebruik van het privaatrecht in een bepaalde situatie door de wetgever niet wenselijk wordt geacht. Een dergelijke aanwijzing ziet de voorzieningenrechter in dit geval in de wijze waarop bevoegdheden zijn toegekend in het bestuursrechtelijk- en het strafrechtelijk systeem. In de overwegingen 4.8 tot en met 4.10 wordt dit toegelicht.

4.8. De voorzieningenrechter neemt in aanmerking dat de door de Gemeente Veenendaal gevorderde maatregelen een ernstige inbreuk inhouden op de grondrechten van [gedaagde]. Anders dan de Gemeente Veenendaal stelt, gaat het hier niet om 'milde maatregelen'. Weliswaar wenst de Gemeente Veenendaal [gedaagde] niet het recht te ontzeggen om in zijn woning terug te keren, maar de door de Gemeente Veenendaal geformuleerde voorwaarden houden een verregaande beperking van zijn bewegingsvrijheid in. De voorwaarden betreffende het gebruik van de gemeenschappelijke binnentuin en het trappenhuis van het flatgebouw beperken [gedaagde] in de mogelijkheid zich te bewegen in zijn directe woonomgeving en het verbod zich op te houden op de in de dagvaarding opgesomde plaatsen en de plaatsen waar 'logischerwijs kinderen kunnen verblijven' beperkt hem in zijn bewegingsvrijheid op het grondgebied van de gehele gemeente Veenendaal. Verder maakt de voorwaarde dat [gedaagde] geen minderjarigen in zijn woning mag ontvangen een inbreuk op zijn recht op privacy. Dit geldt eveneens voor de maatregel dat hij zich moet inspannen tot het verkrijgen van een nuttige dagbesteding en de maatregelen waarmee de Gemeente Veenendaal het doen en laten van [gedaagde] aan haar controle wil onderwerpen, zoals de bespreking van zijn gedrag en de voortgang van zijn re-integratie. Daar komt bij dat de duur van de maatregelen kennelijk afhankelijk is van een beoordeling door (het bestuur van) de Gemeente Veenendaal, zodat het voor [gedaagde] niet duidelijk is voor hoe lang de inbreuk makende maatregel wordt opgelegd.

4.9. Inbreuk op grondrechten door de overheid vereist een wettelijke basis. Voorbeelden van een dergelijke wettelijke basis zijn de bevoegdheden van de burgemeester in het kader van de handhaving van de openbare orde op grond van de Gemeentewet, zoals hiervoor in 4.7 genoemd en de bevoegdheid op grond van artikel 40 van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Bopz). Op grond van laatstgenoemd artikel kan de gedwongen opgenomen patiënt worden beperkt in zijn bewegingsvrijheid en in zijn recht bezoek te ontvangen

en kan inbreuk worden gemaakt op zijn briefgeheim en telefoonverkeer. Voorts is in het strafrecht bij wet voorzien in de mogelijkheid om in aanvulling op het strafvonnis maatregelen op te leggen, zoals een gebiedsverbod, de verplichting tot het ondergaan van een psychiatrische behandeling en het zich onderwerpen aan reclasseringstoezicht. De aard van laatstgenoemde maatregelen in het strafrecht en het doel waarmee deze worden opgelegd, is vergelijkbaar met hetgeen de Gemeente Veenendaal door middel van haar vordering in kort geding wenst te bereiken, te weten bescherming van belangen van derden en voorkomen van recidive. De omstandigheid dat de in het strafrecht geboden mogelijkheid voor een gebiedsverbod is beperkt tot de duur van de proeftijd kan daar niet aan afdoen. Deze wettelijke beperking is ingegeven door de verre gaande inbreuk die een gebiedsverbod met zich brengt. Juist nu het bij een gebiedsverbod gaat om een zo verre gaande inbreuk op een grondrecht, is deze wettelijke beperking een noodzakelijke waarborg.

4.10. Het voorgaande leidt de voorzieningenrechter tot de conclusie dat het kennelijk de keuze van de wetgever is om (het bestuur van) de gemeente niet de bevoegdheid te verlenen om aan een veroordeelde die zijn straf heeft ondergaan - in aanvulling op een strafrechtelijk vonnis - nadere maatregelen op te leggen. Een dergelijke maatregel behoort tot het domein van de strafrechter, waarbij de mogelijkheid tot het opleggen van de aanvullende maatregelen in tijd wordt beperkt door de wet. (...)

4.11. Gelet op het voorgaande is het in strijd met de wettelijke bevoegdheidsverdeling indien de Gemeente Veenendaal via de weg van het privaatrecht het door haar gewenste resultaat zou kunnen afdwingen, terwijl het publiekrecht haar bestuursorganen de bevoegdheid daartoe heeft onthouden.

4.12. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de Gemeente Veenendaal niet-ontvankelijk is in haar vordering. (...)

Overwegingen ten overvloede

4.13. Vanwege de maatschappelijke onrust in deze zaak en ter voorlichting van partijen ziet de voorzieningenrechter aanleiding te overwegen dat een inhoudelijke beoordeling van de zaak niet zou hebben geleid tot toewijzing van de vordering. In dit verband merkt de voorzieningenrechter het volgende op.

4.14. Vaststaat dat [gedaagde] zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstig misdrijf, als gevolg waarvan een onbekend aantal kinderen schade heeft geleden. Aangenomen mag worden dat het gaat om een groot aantal kinderen, gelet op de hoeveelheid afbeeldingen die op zijn computer zijn aangetroffen. Voorts vermeldt het vonnis van de strafrechter de bevindingen van het psychiatrisch onderzoek dat 'de verdachte in verminderde mate in staat (is) om een halt toe te roepen aan zijn seksuele driften en impulsen'. Het is dan ook invoelbaar dat de bewoners vrezen voor recidive en dat daarom de terugkeer van [gedaagde] in zijn woning bij hen gevoelens van angst en onrust oproept. Nu het strafvonnis vermeldt dat [gedaagde] in het verleden is veroordeeld voor ontucht met een minderjarige, is het ook begrijpelijk dat ouders zich zorgen maken over zijn aanwezigheid in de directe nabijheid van hun (kleine) kinderen. Voorts is het alleszins redelijk dat de Gemeente Veenendaal zich inspant om onrust in de wijk te voorkomen en zoekt naar wegen om de terugkeer van [gedaagde] in goede banen te leiden. De door de Gemeente Veenendaal gekozen actie uit onrechtmatige daad is daarvoor echter - ook afgezien van de hiervoor geschetste ontvankelijkheidsproblematiek - in de gegeven omstandigheden niet de geëigende weg. (...)

4.15. Het feit dat [gedaagde] (...) niet bereid is geweest de door de Gemeente Veenendaal in de vaststellingsovereenkomst geformuleerde voorwaarden te ondertekenen leidt, anders dan de Gemeente Veenendaal betoogt, niet tot onrechtmatigheid. Er is geen rechtsregel die ertoe verplicht dergelijke zo zeer vrijheidsinperkende overeenkomsten te aanvaarden. Als uitgangspunt heeft te gelden dat [gedaagde], nadat

hij het onvoorwaardelijke gedeelte van zijn straf heeft ondergaan, in beginsel vrij is om zijn maatschappelijk leven weer op te pakken, met dien verstande dat hij verplicht is de in het strafvonnis geformuleerde voorwaarden na te leven.

(...)

4.18. Voorts overweegt de voorzieningenrechter dat de omstandigheid dat de aanwezigheid van [gedaagde] bij een aantal omwonenden gevoelens van angst en bezorgdheid oproept, nog niet maakt dat [gedaagde] onrechtmatig jegens hen handelt, hoe begrijpelijk deze gevoelens van deze omwonenden ook kunnen zijn. (...) Niet uit het oog verloren mag worden dat het 'pedofiel-zijn' als zodanig niet onrechtmatig is, maar de daarmee samenhangende gedragingen, die een aantasting van de integriteit van anderen tot gevolg hebben. Dat [gedaagde] sinds zijn vrijlating dergelijk onrechtmatig gedrag heeft vertoond jegens de omwonenden is niet gebleken en er zijn evenmin aanknopingspunten om te concluderen dat [gedaagde] zich in die zin onrechtmatig jegens hen zal gaan gedragen. Zoals hiervoor reeds is overwogen is de door bezorgdheid voor hun kinderen ingegeven angst van de bewoners begrijpelijk, maar concrete feiten en omstandigheden waaruit blijkt dat deze angst objectief gerechtvaardigd is, zijn niet voorhanden.

Noot

1 Inleiding

De strekking van het vonnis is duidelijk: de gemeente kan een pedofiel die zijn straf heeft uitgezeten, niet via een onrechtmatige-daadsactie aan een vorm van zelfverzonnen, buitenwettelijk toezicht onderwerpen. Er is ook geen rechtsregel die de betrokkene ertoe verplicht om aan een dergelijk regime zijn medewerking te verlenen. Deze uitkomst lijkt (mij) juridisch gezien vrijwel onvermijdelijk. De rechter bereikt dit resultaat door toepassing van de *Windmill*-doctrine (punt 2 en 3). Dezelfde uitkomst had ook (en eenvoudiger) bereikt kunnen worden aan de hand van het klassieke legaliteitsbeginsel (punt 5). Zie verder punt 4 en 6 voor enkele opmerkingen over de verordenende bevoegdheid van de gemeenteraad en over het nut van wetgeving.

2 Toepassing van de *Windmill*-doctrine

De *Windmill*-doctrine behoeft enige uitleg. Overheden beschikken over talloze publiekrechtelijke bevoegdheden. De uitoefening daarvan is gebonden aan uiteenlopende publiekrechtelijke regels en beginselen, zoals het specialiteitsbeginsel, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de grondrechten. In het publiekrecht staat bovendien voorop, dat de overheid slechts mag optreden voor zover een specifieke wet haar een welomschreven bevoegdheid verleent: het legaliteitsbeginsel.

De overheid beschikt daarnaast ook over de privaatrechtelijke rechten die het BW aan ieder rechtssubject toekent, zoals het eigendomsrecht, de bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten en de actie uit onrechtmatige daad. Deze privaatrechtelijke bevoegdheden berusten, anders dan hun publiekrechtelijke tegenhangers, niet op specifieke bevoegdheidsverlenende wetten, maar op een

'algemene', nauwelijks geclausuleerde toekenning in het BW. De uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden is dan ook veel minder strikt begrensd dan de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. De relatieve 'openheid' en 'ongebondenheid' van de privaatrechtelijke bevoegdheden kan het voor de overheid verleidelijk maken om voor een bepaald beleidsdoel niet het publiek- maar het privaatrecht in te zetten.

Ik geef een voorbeeld. Op grond van artikel 226 Gemw mag de gemeente het bezit van honden belasten. Krachtens het legaliteitsbeginsel (art. 104 Gw) mag zij *dus* geen belasting heffen over – bijvoorbeeld – het bezit van paarden. Nu is de gemeente naar burgerlijk recht eigenaar van het overgrote deel van de openbare wegen, pleinen, parken en plantsoenen binnen haar territorium. Mag zij haar inkomsten aanvullen door alle paardenbezitters in de gemeente te verplichten om, als zij met hun paard de gemeentelijke gronden willen betreden, een met de hondenbelasting vergelijkbare gebruiksvergoeding te betalen? Het is duidelijk dat een *particulier* aan derden naar believen een vergoeding mag vragen voor het betreden van bijvoorbeeld een hem toebehorende weide. Als het om een gemeente gaat, dringt zich echter de vraag op of dit gebruik van het eigendomsrecht niet de in de Gemeentewet gemaakte keuzes ondergraaft, en daarmee het legaliteitsbeginsel. Vergelijkbare voorbeelden laten zich geven voor het gebruik van de bevoegdheid om overeenkomsten te sluiten en de actie uit onrechtmatige daad: al deze bevoegdheden kunnen door de overheid worden ge- of misbruikt om de veelal strikte eisen te omzeilen die zijn verbonden aan haar publiekrechtelijke instrumenten.

In het *Windmill*-arrest geeft de Hoge Raad daarom een criterium voor de aanvaardbaarheid van de inzet van privaatrechtelijke bevoegdheden door de overheid, zie HR 26 januari 1990, AB 1990/408. Naar Nederlands recht is het uitgangspunt dat (ook) de overheid haar privaatrechtelijke bevoegdheden in beginsel naar eigen inzicht mag gebruiken, dus tevens om algemene belangen te behartigen. Echter, als aan de overheid '*bij een publiekrechtelijke regeling ter behartiging van zekere belangen bepaalde bevoegdheden zijn toegekend*', en de overheid grijpt toch terug op het privaatrecht, dan moet de rechter toetsen of de overheid 'die belangen ook mag behartigen door gebruik te maken van haar in beginsel krachtens privaatrecht toekomstige bevoegdheden' [cursivering toegevoegd]. Als de betreffende publiekrechtelijke regeling die vraag niet beantwoordt, 'is voor de beantwoording van deze vraag beslissend of gebruik van de privaatrechtelijke bevoegdheden die regeling *op onaanvaardbare wijze doorkruist*' [cursivering toegevoegd]. Bij de beoordeling van de aanwezigheid van onaanvaardbare doorkruising moet volgens de Hoge Raad

worden gelet op de inhoud, strekking en totstandkomingsgeschiedenis van de publiekrechtelijke regeling, de wijze waarop die regeling de belangen van de burger beschermt en de vraag of de overheid door het gebruik van de publiekrechtelijke regeling een vergelijkbaar resultaat kan bereiken als met behulp van de privaatrechtelijke bevoegdheid.

3 Onaanvaardbare doorkruising in deze zaak?

In r.o. 4.6-4.12 van de hier geannoteerde zaak motiveert de rechter waarom toewijzing van deze vordering uit onrechtmatige daad het publiekrecht onaanvaardbaar zou doorkruisen. De redenering verloopt als volgt. De gemeente beschikt niet over publiekrechtelijke bevoegdheden om het gewenste doel te bereiken (r.o. 4.7).¹ De gevraagde maatregelen beperken de grondrechten van de betrokkene echter vérgaand, vooral diens recht op bewegingsvrijheid en privacy (r.o. 4.8). Deze beperking van grondrechten vereist een specifieke wettelijke basis, waarover de gemeente niet beschikt. Voor zover er wettelijk wél toezicht op pedofielen mogelijk is, is de strafrechter bevoegd om dat op te leggen (r.o. 4.9-4.10). Dat brengt de kortgedingrechter tot de conclusie dat het 'kennelijk de keuze van de wetgever is' om het gemeentebestuur 'niet de bevoegdheid te verlenen om aan een veroordeelde die zijn straf heeft ondergaan (...) nadere maatregelen op te leggen.' Deze redenering is goed te volgen en zij lijkt (mij) overtuigend.²

Wel is dit, als ik het goed zie, een wat exotische toepassing van de *Windmill*-leer. Dit leerstuk wordt doorgaans toegepast als één en dezelfde overheid krachtens publiekrecht reeds enkele bevoegdheden heeft op een specifiek terrein, en vervolgens tóch naar het privaatrecht grijpt om verdergaande eisen te stellen aan de burger. Zo had gipsfabriek *Windmill* alle benodigde publiekrechtelijke vergunningen (van de rijksoverheid) voor lozingen op de Nieuwe Waterweg, maar eiste de Staat als eigenaar van de Nieuwe Waterweg vervolgens dat *Windmill* daarnaast een kostbare 'privaatrechtelijke lozingsvergunning' zou aanvragen. De burgerlijke rechter toetste hier, of dit teruggrijpen op het privaatrecht het bestaande publiekrechtelijke arrangement niet doorkruiste. Zo ging het ook in AB 1990/547 (*De Pina / Helmond*), AB 1991/659 (*Kunst- en antiekstudio*) en AB 1991/1 (*Staat / Magnus*).

In de Veenendaalse zaak ligt het wat anders. De wetgever heeft aan de strafrechter, orgaan van de Staat, bevoegdheden toegekend om in de maatschappij terugkerende veroordeelden aan toezicht te onderwerpen. Krachtens artikel 14c Sr kan de strafrechter aan een voorwaardelijke gevangenisstraf gedurende drie – soms zelfs tien – jaar bijzondere voorwaarden verbinden als een meldingsplicht of een verplichte behandeling.³ Gemeentelijke organen

1 Overigens beschikt de burgemeester op grond van art. 172 en 172a Gemw wel over bevoegdheden jegens personen die de openbare orde verstoren, maar de Veenendaalse pedofiel gedroeg zich keurig. Zie verder Huls & Brouwer, AA 2014, p. 185 (AA20140185).

2 Een kleine opmerking: het lijkt mij twijfelachtig

of het – zoals de rechter zegt – de keuze van de wetgever is geweest, om de gemeentelijke organen niet deze bevoegdheid op te leggen. Mij lijkt eerder dat de wetgever (nog) niet heeft gekozen om dat wel te doen. Dat laatste is al genoeg voor het oordeel dat niet aan het legaliteitsbeginsel is voldaan.

3 Op grond van art. 38v Sr mag de strafrechter bovendien – los van een voorwaardelijke gevangenisstraf – een veroordeelde gedurende twee jaar onderwerpen aan een gebieds- of contactverbod of hem een meldingsplicht opleggen.

hebben daarentegen geen bevoegdheden jegens terugkerende veroordeelden. Het gaat hier dus, anders dan bij *Windmill*, om een lagere overheid die het Rijk 'beconcurrert' op hetzelfde beleidsterrein. Zoals de gemeente zelf ook betoogt, zou zij het door haar gewenste resultaat uitsluitend via deze privaatrechtelijke weg kunnen bereiken. Die omstandigheid vormt bij de '*Windmill*-afweging' (zie hierboven) een argument dat gewicht in de schaal legt om het gebruik van het privaatrecht wél toe te staan.

De kortgedingrechter echter vindt hier kennelijk het aspect van het niet doorkruisen van het Wetboek van Strafrecht zwaarder wegen. Een arrest dat steun zou kunnen geven aan deze toepassing van de doorkruisingsleer is HR 22 december 2002, *AB* 2003/344 (*SKV*). Het ging om het volgende. Het knoeien met hormonen en antibiotica bij vleeskalveren is een economisch delict. Volgens de Wet economische delicten is het opleggen van sancties voor delicten voorbehouden aan de economische strafrechter. Het productschap voor vee en vlees richtte echter een stichting op die toezicht hield op de kalverhouderij. Haast alle kalverhouders sloten zich om financiële redenen contractueel bij die stichting aan. In de betreffende overeenkomst moesten de betrokkenen ook het toezicht van die stichting aanvaarden, met de mogelijkheid van oplegging van (privaatrechtelijke) boetes. Deze constructie doorkruist volgens de Hoge Raad op onaanvaardbare wijze het stelsel van de Wet economische delicten. De Veenendaalse casus lijkt hier wel wat op: aan een decentrale overheid wordt het gebruik van het privaatrecht ontzegd omdat daarmee de bevoegdheden van de strafrechter doorkruist zouden worden.

4 Mogelijkheid tot aanvullende regelgeving van de gemeenteraad?

De student van het staatsrecht zou zich vervolgens dit kunnen afvragen. De gemeente mag hier haar privaatrechtelijke bevoegdheid niet gebruiken. Wat nu als de gemeenteraad in de APV een publiekrechtelijke toezichtsbevoegdheid schept?

Een deel van de maatregelen die de Gemeente Veenendaal in deze zaak wenste op te leggen, kan evident niet bij raadsverordening worden gecreëerd omdat zij grondwettelijke grondrechten beperken, bijvoorbeeld het verbod om een minderjarige thuis te ontvangen. Dat is een beperking van het recht op privacy van artikel 10 Gw en een dergelijke beperking moet 'bij of krachtens de wet' worden gesteld. Grondrechtbeperkende wetgeving moet bovendien altijd voldoende specifiek zijn. Artikel 147 Gemeentewet, de basis voor autonome verordeningen, voldoet niet aan die voorwaarde.

Enkele van de gevraagde maatregelen kunnen volgens mij echter wel bij raadsverordening in het leven worden geroepen zonder dat de Grondwet daaraan in de weg zou

staan, zoals een meldingsplicht bij de burgemeester of een verbod om zich in de openbare ruimte in de buurt van scholen te begeven.⁴ Desondanks vermoed ik dat de rechter ook deze maatregelen onverbindend zou verklaren als zij bij raadsverordening zouden worden ingevoerd. Zo'n raadsverordening zou strekken tot aanvulling van de toezichtsmaatregelen in het Wetboek van Strafrecht. Volgens vaste jurisprudentie is een gemeentelijke verordening onverbindend wegens strijd met de wet als zij het stelsel van die wet doorkruist (HR 23 december 1980, *NJ* 1981/171, (*APV Schiermonnikoog*)). Welnu, een klassiek uitgangspunt van ons strafrecht is dat een veroordeelde na het uitzitten van zijn straf weer volwaardig in de maatschappij moet kunnen integreren. De strafrechtelijke toezichtsmaatregelen van artikel 14c en 38v Sr vormen een aanzienlijke, maar door de wetgever zorgvuldig overwogen beperking van dat strafrechtelijke uitgangspunt. Het kán niet de bedoeling zijn, dat gemeenten de vrijheid van terugkerende veroordeelden buiten de strafwet om gaan beknotten. Ook een in de APV opgenomen toezichtsbevoegdheid zou daarom de strafwet onaanvaardbaar doorkruisen.

5 Inhoudelijk oordeel

In de 'overwegingen ten overvloede' motiveert de rechter dat een inhoudelijke beoordeling tot afwijzing van de vordering zou leiden. De kern van het argument is eenvoudig: er is geen rechtsregel die een veroordeelde die zijn straf heeft uitgezeten, verplicht om zich aan zulke vergaande maatregelen te onderwerpen (r.o. 4.15). Met het oog op het legaliteitsbeginsel lijkt mij dit juist. Het staatsrecht leert, dat de overheid pas bevoegd is om burgers belastende maatregelen te nemen, als de wet haar daartoe uitdrukkelijk een specifieke bevoegdheid verleent. De gemeentewet, noch enige andere wet verleent de burgemeester een dergelijke bevoegdheid.

Nu verleent artikel 3:305b BW de gemeente wel de bevoegdheid om de rechter te vragen burgers uiteenlopende bevelen of verboden op te leggen als die burgers een onrechtmatige daad (dreigen) te plegen. Mijns inziens dwingt het legaliteitsbeginsel de burgerlijke rechter echter om bij het opleggen van (ingrijpende) maatregelen aan burgers, nauw aan te sluiten bij de verplichtingen die de wet kent. Artikel 3:305b BW maakt het weliswaar mogelijk om de *handhaving* van het recht aan de burgerlijke rechter uit te besteden, maar dat hoeft nog niet te betekenen dat de burgerlijke rechter ook de inhoudelijke verplichtingen die via deze weg aan de burger worden opgelegd, volledig naar eigen inzicht mag vaststellen. Juist bij acties op grond van artikel 3:305b BW moet de burgerlijke rechter nauw bij de wet aansluiten en niet, zoals hij in klassieke privaatrechtelijke zaken doet, de ongeschreven maatschappelijke zorgvuldigheidnorm van artikel 6: 162 lid 2 BW gebruiken om naar believen nieuwe – het

⁴ Overigens zou het grondrecht op bewegingsvrijheid (art. 2, Vierde Protocol EVRM) wel in de weg kunnen staan aan het verbod om zich in de buurt

van kinderen te begeven. EVRM-grondrechten mogen wél bij gemeentelijke verordening worden beperkt, maar het door Veenendaal gevraagde

verbod gaat zo ver, dat het de toets aan het proportionaliteitsvereiste waarschijnlijk niet doorstaat.

algemeen belang in plaats van concrete belangen dieneinde – rechtsplichten voor de burger te scheppen. Dit is precies de lijn die de kortgedingrechter in deze zaak volgt, en ik zou deze van harte willen onderschrijven.

6 Het nut van een wet

Hoewel ik de conclusie van de kortgedingrechter onderschrijf, merk ik toch het volgende op. Het zou best kunnen dat het wel degelijk zinvol is om, mogelijk levenslang, toezicht te houden op pedoseksuelen die een straf hebben uitgezeten. Eens een dief is *niet* altijd een dief, maar ik vrees dat eens een pedofiel wel altijd een pedofiel is. Serieuze wetenschappers onderschrijven tegenwoordig dat seksuele geaardheden diep zijn verankerd in het brein, dat zij als het ware zijn 'aangeboren' en dat je er (dus) niet met een pilletje of therapie vanaf komt. Er lijkt mij bovendien weinig reden om te veronderstellen dat de seksuele drang van pedofielen verschilt van die van andere mensen – een oerdrift dus. Het zal discipline, introspectie en wilskracht vergen om daar een leven lang weerstand aan te bieden, alsmede het gezonde verstand om situaties uit de weg te gaan waarin intensief met kinderen wordt samengewerkt (scouting, jeugdteam, basisschoolklas). Mogelijk hebben pedofielen met een minder sterk karakter (wellicht juist zij die al eens de fout in zijn gegaan) permanente begeleiding nodig om daarvoor de kracht te kunnen opbrengen. Het zou mij dan ook niet verbazen als ooit wordt aanvaard dat voor pedoseksuelen langdurig vormen van preventief toezicht gerechtvaardigd kunnen zijn – zoals ook de

gemeente Veenendaal die wil opleggen. Waarom dan zo gehamerd op de noodzaak om daarvoor een wet tot stand te brengen?

Op die vraag bestaat om te beginnen een staatsrechtelijk antwoord: een wet is democratisch gelegitimeerd, (formele) wetgeving is constitutioneel vereist om grondrechten te kunnen beperken en wetgeving bevordert de rechtszekerheid en de rechtsgelijkheid. Maar daar komt nog iets bij. Ook als je vermoedt dat langdurig toezicht op pedofielen zinvol kan zijn, dan nog lijkt het niet verstandig om de burgerlijke rechter dat toezicht ad hoc te laten opleggen. Voor effectief toezicht lijkt mij grote kennis van zaken nodig; de oplegging ervan kan het beste gebeuren binnen een systeem van rationele maatregelen die op basis van specifieke deskundigheid zijn ontworpen. Dat ontwerp vereist zorgvuldig wetenschappelijk onderzoek naar de vraag of toezicht op pedofielen écht helpt, wannéer het helpt, hoe intensief het dan moet zijn, door wie en hoe het tussentijds geëvalueerd moet worden, op basis van welke criteria tot verlenging moet worden besloten, enzovoorts. Ik ben het dan ook niet eens met Huls en Brouwer dat de burgerlijke rechter 'in al zijn wijsheid' wel op basis van de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW kan beslissen welke maatregelen nodig en gepast zijn. Misschien zijn civiele rechters inderdaad wijs, maar dat is hier niet genoeg: als zulke uiterst ingrijpende maatregelen worden opgelegd, moet dat gebeuren op basis algemene regels die de wetenschappelijke *state of the art* weerspiegelen. De daarvoor benodigde kennis kan alleen in het wetgevingsproces worden vergaard. ■