

### Zelf in het beleid voorzien?

1. De zaak betreft beroep tegen de weigering tot afgifte van een 'verklaring omtrent het gedrag' (ex art. 28 Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens; hierna 'vog'), gevraagd ten behoeve van de functie van 'kinderwerker'. Voor uitoefening van de bevoegdheid tot (weigering van) afgifte van een 'vog' geldt een beleidsregeling (Stcrt. 2010/14312). Deze regeling schrijft (in par. 3.2) voor dat de aanvraag eerst wordt getoetst aan een 'objectief criterium', dat ziet op voor het maatschappelijke risico relevante factoren. Als deze toetsing grond is tot afwijzing volgt (ingevolge par. 3.3) toetsing aan het 'subjectief criterium', dat ziet op omstandigheden van het geval die vanuit het belang van de aanvrager relevant zijn. Daartoe behoren in elk geval: de wijze van afdoening van de strafzaak, het tijdsverloop en de hoeveelheid antecedenten. Indien het (subjectieve) belang van de aanvrager 'zwaarder weegt' dan het (objectieve) belang van de samenleving, kan de 'vog' alsnog worden verstrekt.

Een verscherpt toetsingskader geldt voor misdrijven tegen de zeden indien in de functie, taak of bezigheid waarvoor de 'vog' is aangevraagd, sprake is van een gezags- of afhankelijkheidsrelatie. Alsdan kan de 'vog' (volgens par. 3.3.2) slechts worden afgegeven indien weigering, beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, 'evident disproportioneel' zou zijn (voor de aanvrager).

2. Gelet op aard en ernst van zedendelicten acht de Afdeling het verscherpte toetsingskader, als zodanig, niet onredelijk. Moeite heeft de Afdeling evenwel met het feit dat de staatssecretaris dit toetsingskader ongedifferentieerd toepast. Naar het oordeel van de Afdeling is ten onrechte geen rekening gehouden met de mogelijkheid dat de combinatie van minderjarigheid van de pleger en van een (blijkens de veroordeling) minder ernstig zedendelict, van invloed kan zijn op het maatschappelijk risico.

Bij toetsing aan het subjectieve criterium moet volgens de Afdeling, "... uitdrukkelijk (...) worden meegewogen of de gevolgen van een weigering niet evident disproportioneel zijn *wegens het feit* (cursivering MAH) dat het zedendelict is begaan tijdens minderjarigheid van de betrokkenen, de aard en de zwaarte van het delict, alsmede de omstandigheden waaronder dit delict is begaan, en de hoogte van de opgelegde straf." Ook de invloed van minderjarigheid op de verwijtbaarheid, op de gerechtvaardigdheid van consequenties voor aanvrager als gevolg van weigering, alsmede op het recidivegevaar moeten hierbij worden betrokken.

In een eerdere zaak (LJN: BT8577) nam de Afdeling nog aan dat in het algemeen een gedifferentieerde toetsing aan het subjectieve criterium werd uitgevoerd. Nu ter zitting door de staatssecretaris is bevestigd, dat in casu bij toetsing aan het subjectieve criterium in het geheel geen rekening is gehouden met minderjarigheid van de pleger/betrokkene, oordeelt de Afdeling dat "bij de toepassing van het beleid" de grenzen van redelijkheid zijn overschreden.

3. Een kloeke uitspraak die uitdaagt tot analyse aan de hand van de dogmatiek van beleidstoetsing. Daarin is sprake van twee fasen of twee soorten redelijkheid: 1. die van het beleid achter de beslissing (indien mogelijk vervat in beleidsregels) en, 2. die van de toepassing van dat (niet-onredelijke) beleid.

De redelijkheid van het beleid zelf is hier niet het probleem – in elk geval niet in 'marginale zin': dat voor het afgeven van een 'vog' bij zedendelicten in relatie tot bepaalde (toekomstige) functies een strenger criterium geldt, acht de Afdeling niet onredelijk.

De redelijkheid van de beleidstoepassing, blijkt wel problematisch. In relatie tot beleidsregels zijn hierbij – in hoofdzaak – twee soorten problemen mogelijk, voortvloeiend uit art. 4:84 Awb: (2)a. indien in ‘normale gevallen’ niet overeenkomstig de beleidsregel wordt gehandeld; (2)b. indien in bijzondere gevallen, met dientengevolge onevenredig nadeel bij handelen overeenkomstig de beleidsregel, niet van de beleidsregel wordt afgeweken.

4. ‘Handelen overeenkomstig een beleidsregel’ verlangt toepassen door het bestuursorgaan van de beleidsregel op het individuele geval. Beleidsregels kunnen echter variëren in de mate van gedetailleerdheid en/of geslotenheid van relevante beleidscriteria: toepassing verlangt dan interpretatie, feitenvaststelling en soms toch ook nog een nadere belangenafweging. In casu schrijft de beleidsregel verschillende belangenafwegingen voor, maar duidt deze ‘slechts’ in vage termen, resp. ‘zwaarder wegen’ en ‘evidente disproportionaliteit’, en voegt een vage maatstaf toe, te weten ‘beoordeling aan de hand van de omstandigheden’ van het geval’. Vaagheid van termen wordt nog versterkt doordat de beleidsregel meer het karakter heeft van een toelichtende tekst dan van een regeling.

In dit soort gevallen moet het bestuursorgaan bij toepassing van de beleidsregel de gebezigde vage termen uitleggen (met name in het licht van de doelen van de achterliggende bevoegdheid en van de opzet van de beleidsregel en de beleidskeuzes waarvan deze getuigt) en vervolgens dat het een belangenafweging uitvoert die in overeenstemming is met art. 3:4 Awb (zowel wat betreft het oordeel over welke belangen afweging behoeven, als wat betreft de gebruikte proportionaliteitsmaatstaf).

5. De Afdeling vindt dat bij de verscherpte toetsing (van ‘evidente disproportionaliteit’) een gedifferentieerd oordeel moet worden geveld, waarbij minderjarigheid van aanvrager ten tijde van het delict uitdrukkelijk in overweging wordt genomen. Dat in de beleidsregels geen rekening wordt gehouden met minder- of meerderjarigheid, ‘noopt’ er volgens de Afdeling toe dat deze omstandigheid (alsnog) bij de toepassing wordt betrokken. Dat de Afdeling bij een eerdere uitspraak “ten algemene” heeft verondersteld dat minderjarigheid bij de beoordeling werd betrokken, is indicatief voor de (‘kennelijke’) opvatting dat het hier een ‘normaal’ bij deze beoordeling te betrekken omstandigheid betreft – als aspect van ‘handelen overeenkomstig de beleidsregel’. Niet dus een ‘bijzondere omstandigheid’ (als bedoeld in fine van art. 4:84 Awb – zie hierboven categorie 2a) waaraan slechts bij wege van afwijken van de beleidsregel gewicht kan worden toegekend – waarbij minderjarigheid als bijzondere omstandigheid oorzakelijk zou moeten zijn voor onevenredig nadeel bij onverkort toepassen van de beleidsregel.

6. Opvallend is natuurlijk dat de Afdeling nogal uitgebreid aangeeft op welke wijze de staatssecretaris ‘normaal’ toepassing zou moeten geven aan de beleidsregel op het punt van de belangenafweging bij toepassing van het verscherpte toetsingskader. De tekst leent zich er haast toe, mede gezien de structuur van de beleidsregeling, om als zodanig aan de beleidsregeling te worden toegevoegd; alsof de Afdeling zelf in het beleid voorziet! Mij dunkt echter dat het goed is dat de Afdeling op zo’n fundamenteel punt – waar het enerzijds de bescherming van de minderjarige plegers betreft en waar het anderzijds de kern van de bestuurlijke belangenafweging betreft – tamelijk omstandig aangeeft waarom en in welke zin het aspect van minder- versus meerderjarigheid bij deze afweging relevant is. Daarbij blijft het zo dat de Afdeling de beleidsregeling zelf niet diskwalificeert en dus ruimte laat voor het bevoegd gezag om zich op basis van de uitspraak te bezinnen op de vraag of en zo ja, hoe het de regeling eventueel wil aanpassen om de functie daarvan (primair toch die van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bieden) beter tot z’n recht te laten komen.

**MAH**