
van: adviescommissie strafrecht
 datum: 24 november 2015
 betreft: **de wijziging van het Wetboek van Strafvordering in verband met enige wijzigingen van de regeling van voorlopige hechtenis**

Samenvatting

De adviescommissie strafrecht (ACS) adviseert tot intrekking van het eerste onderdeel van het wetsvoorstel (toevoegen extra grond aan artikel 67a Wetboek van Strafvordering (Sv)) vanwege, samengevat, de volgende redenen:

- Het wetsvoorstel lost het kennelijk achterliggende probleem van de openstaande straffen en de onvindbare personen niet op;
- Het achterliggende probleem van openstaande straffen en onvindbare personen kan slechts worden opgelost door een betere interne organisatie en uitvoering van de reeds bestaande mogelijkheden van executie;
- De noodzaak van de wetswijziging is niet aangetoond noch (concludent) onderbouwd. Daar staat tegenover dat het voorstel zeer ingrijpend is voor de positie van de verdachte;
- Het voorstel is in strijd met het EVRM, in het bijzonder de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM;
- Vrijheid van personen is een te groot goed om lichtzinnig mee om te gaan. Ten onrechte ondergane hechtenis kan nooit meer gecompenseerd worden, ook niet door financiële tegemoetkomingen achteraf;
- Het voorstel voldoet niet aan het vereiste dat een inbreuk op het recht van artikel 8 EVRM slechts gerechtvaardigd is als dit daadwerkelijk "noodzakelijk" is voor een democratische samenleving;
- Het huidige wettelijke systeem kent al een mogelijkheid om vrije voeters op grond van een veroordelend vonnis alsnog in voorlopige hechtenis te nemen (artikel 75 lid 1 en 2 Sv). Daarmee vervalt de noodzakelijkheid voor een nieuw instrument zoals voorgesteld;
- Voor zover de ACS bekend maakt het Openbaar Ministerie (OM) nooit of zelden gebruik van het reeds bestaande instrument;
- Kennelijk is vanuit de praktijk dus geen behoefte aan een dergelijk instrument, en daarmee dus ook niet aan een nieuw, aanvullend instrument in de vorm van een extra grond in artikel 67a Sv;
- Het voorstel zou het systeem van voorlopige hechtenis van vrije voeters na een veroordeling veranderen van "nee, tenzij" naar een "ja, tenzij";
- Dit komt nadrukkelijk in strijd met de oorspronkelijke doelstellingen van de voorlopige hechtenis, waarbij nadrukkelijk het uitgangspunt is dat verdachten hun veroordeling zoveel mogelijk in vrijheid dienen af te wachten én dat de tenuitvoerlegging niet mag plaatsvinden zo lang een rechtsmiddel openstaat;
- Nederland heeft internationaal gezien al veel kritiek ontvangen wegens haar koppositie als het gaat om het toepassen van voorlopige hechtenis. Dit voorstel komt hier niet aan tegemoet, sterker nog, het verruimt de toepassing van voorlopige hechtenis;
- De voorgestelde motiveringsplicht moet hoe dan ook worden geschrapt, omdat het de rechter de vrijheid ontnemt om maatwerk toe te passen;
- Het voorstel doorkruist het bestaan van twee volwaardige feitelijke instanties en getuigt van disrespect voor de appelrechter en daarmee voor de rechtspraak;

- Als het voorstel dan toch doorgevoerd zou worden, adviseert de ACS in ieder geval dringend om een ruimhartiger financiële compensatie toe te gaan passen, zoals overigens ook door het EHRM wordt vereist. De ACS stelt daartoe aanpassing van artikel 89 Sv voor.

1. Inleiding

De titel van de voorgestelde wetswijziging doet vermoeden dat er slechts “enige” wijzigingen worden voorgesteld met betrekking tot de huidige regeling van de voorlopige hechtenis. Ook de relatief beperkte omvang van de concept Memorie van Toelichting (concept MvT) wekt de indruk dat de voorgestelde wijzigingen niet veel omvatten.

Maar niets is minder waar. In het onderhavige wetsvoorstel wordt namelijk een zeer vergaand en ingrijpend voorstel gedaan: er wordt een extra grond voor de toepassing van voorlopige hechtenis aan artikel 67a Sv toegevoegd. Artikel 67a lid 2 onder 6° Sv zou volgens het wetsvoorstel als volgt moeten gaan luiden: *“Indien sprake is van een veroordeling waarbij een vrijheidsstraf van ten minste een jaar of een vrijheidsbenemende maatregel onvoorwaardelijk is opgelegd.”* Deze nieuwe grond wordt nog extra kracht bijgezet, omdat de rechter volgens de Minister moet motiveren waarom hij deze grond *niet* toepast. Daartoe stelt de Minister voor om artikel 359 Sv aan te passen.

Het nieuwe wetsvoorstel geldt als vervanging voor het in 2013 ter consultatie ingediende wetsvoorstel in verband met de “dadelijke tenuitvoerlegging van gevangenisstraffen”. Naar aanleiding van de “adviezen” (meervoud) over het eerdere wetsvoorstel, heeft de (nieuwe) Minister besloten het eerdere wetsvoorstel te laten vervallen en in dit nieuwe wetsvoorstel tegemoet te komen aan de kritiek in de adviezen (weer: meervoud).¹

In de concept MvT wordt door de Minister evenwel alleen (de kritiek uit) het advies van het OM aangehaald en als blauwdruk gebruikt voor het nieuwe wetsvoorstel. Op geen enkele wijze wordt door de Minister kenbaar gemaakt op welke wijze hij dan tegemoet is gekomen aan de kritiek in de andere adviezen, zoals bijvoorbeeld het advies van de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) d.d. 22 november 2013, het advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) d.d. 18 februari 2013, en het advies van de adviescommissie strafrecht (ACS) van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) van 11 november 2013.

De Minister stelt in de inleiding van de concept MvT dat er *“op zich steun is voor het idee van het direct effectueren van gevangenisstraffen”*. De Minister laat hierbij onvermeld uit welke hoek(en) deze kennelijke steun komt en laat in zijn geheel onvermeld dat er ook duidelijke tegengeluiden hebben geklonken en nog steeds klinken, zoals bijvoorbeeld in de voornoemde adviezen van de Rvdr, NVvR en de ACS over het wetsvoorstel dadelijke tenuitvoerlegging. In dit nieuwe advies zullen wij, waar nodig, naar het eerdere advies van de ACS verwijzen.

Het nieuwe wetsvoorstel beoogt de regeling van de voorlopige hechtenis op drie onderdelen te herzien:

1. De verruiming van de mogelijkheden gevangenneming;
2. De verruiming van de beroepsmogelijkheden tegen beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis; en
3. De toepassing van de voorwaardelijke invrijheidstelling bij beëindiging van de voorlopige hechtenis.

¹ Concept Memorie van Toelichting (concept MvT), p. 2.

De ACS zal het wetsvoorstel in dezelfde volgorde van commentaar voorzien.

2. Verruiming mogelijkheden gevangenneming bij veroordeling tot gevangenisstraf of vrijheidsbenemende maatregel (oftewel: een extra grond die gemotiveerd verworpen moet worden)

De oorzaak van het probleem ligt in de organisatie van de tenuitvoerlegging

De concept MvT verwijst ter onderbouwing van de verruiming van de mogelijkheden gevangenneming (net als het oude wetsvoorstel dadelijke tenuitvoerlegging) naar een brief van de staatsecretaris aan de Tweede Kamer van 25 februari 2013.² In deze brief is door de staatssecretaris de omvang van de openstaande vrijheidsstraffen toegelicht. In deze brief wordt gesteld dat een deel van de personen die nog een vrijheidsstraf heeft openstaan, zich onvindbaar maakt voor politie en Justitie. Ook nu wordt in de concept MvT aangegeven dat men deze “uitval” wil terugdringen.

Kennelijk is de achterliggende idee bij (ook) dit nieuwe wetsvoorstel, dat er minder “openstaande straffen” moeten komen en dat voorkomen moet worden dat personen zich onvindbaar maken voor politie en Justitie.

Het ontgaat de ACS hoe de voorgestelde aanpassing van artikel 67a Sv aan dit laatste een bijdrage kan leveren. Het gaat bij de invoering van de nieuwe grond om verdachten die zich *niet* in voorlopige hechtenis bevinden, maar door de rechter in eerste aanleg veroordeeld worden tot een gevangenisstraf van één jaar of meer of een vrijheidsbenemende maatregel. Indien deze personen zich onvindbaar willen maken, zullen zij dat na invoering van de voorgestelde wijziging naar verwachting alleen maar eerder doen, namelijk vóór de uitspraak in eerste aanleg.

Blijkens de brief van de staatssecretaris gaat het slechts in 4 % van de openstaande zaken om een openstaande vrijheidstraf van één jaar of meer.³ Zoals ook in het eerdere advies van de ACS aangegeven, bevat dit percentage ook de zaken die pas zeer kort onherroepelijk zijn geworden en waar nog geen noemenswaardige moeite is gedaan om de straf te executeren. In de brief, noch in de concept MvT wordt onderbouwd hoe groot precies het deel is dat een straf heeft openstaan van een vrijheidsstraf van één jaar of meer en zich voor politie en Justitie onvindbaar maakt. Gelet op de wel genoemde cijfers kan dat slechts een zeer geringe groep zijn. Het is in de ogen van de ACS dan ook disproportioneel om voor deze zeer geringe groep een wetswijziging door te voeren die de positie van de verdachte opnieuw verzwakt en strijdig is met ons strafrechtstelsel. Op dit laatste komen wij straks nog uitgebreid terug.

De werkelijke en belangrijkste oorzaak van het feit dat tenuitvoerlegging van een gevangenisstraf na het onherroepelijk worden van een uitspraak lang op zich laat wachten, is vooral gelegen in de organisatie en uitvoering van de executie, zo laat ook de staatssecretaris blijken in zijn brief. De staatssecretaris voerde derhalve ook een aantal maatregelen door om de organisatie en effectiviteit van tenuitvoerlegging te verbeteren. De ACS stelt voor om de verwachte positieve uitkomsten van deze maatregelen af te wachten alvorens een zo ingrijpend wetswijziging door te voeren.

² TK 33 400 VI, nr. 90.

³ TK 33 400 VI, nr. 90, p. 2.

De noodzaak van het invoeren van een dergelijk zeer ingrijpend wetsvoorstel is niet aangetoond noch onderbouwd met concludente argumenten. Onduidelijk is wat precies het probleem is, en het probleem dat wordt aangehaald, wordt met het voorstel niet opgelost c.q. voorkomen. Reeds daarom staat de ACS afwijzend tegenover dit zeer ingrijpende onderdeel van het wetsvoorstel.

Strijdig met (onschuldpresumptie van het) EVRM

Maar er is meer op tegen.

In de Memorie van Toelichting met betrekking tot het vervallen wetsvoorstel dadelijke tenuitvoerlegging zijn tenminste nog enige woorden gewijd aan de vraag of het wetsvoorstel niet in strijd zou komen met het EVRM, meer in het bijzonder de onschuldpresumptie van artikel 6 lid 2 EVRM. In de onderhavige concept MvT wordt het woord “onschuldpresumptie” niet éénmaal genoemd. Alsof het evident zou zijn dat het wetsvoorstel daar niet mee strijdig zou zijn.

Zo evident is dat volgens de ACS niet. De ACS realiseert zich daarbij dat sinds het *Wemhoff*-arrest uit 1968⁴ een “*veroordeling*” in de zin van artikel 5 lid 1 onder a EVRM niet alleen onherroepelijke uitspraken worden begrepen, waardoor de voorlopige hechtenis na een niet-onherroepelijke veroordeling niet onder de werking van artikel 5 lid 3 EVRM valt. Maar dit levert op zichzelf nog geen argument op dat de onschuldpresumptie ex artikel 6 lid 2 EVRM op de voorlopige hechtenis na een veroordeling in eerste aanleg in zijn geheel niet meer van toepassing zou zijn.

De onschuldpresumptie eindigt (natuurlijk) niet na een veroordeling in eerste aanleg. Dit geldt met name in stelsels waarbij sprake is van twee volwaardige feitelijke instanties, zoals in Nederland en in Duitsland. Zie in dit verband prof. Van Sliedregt in haar artikel “*Dadelijke tenuitvoerlegging van straffen en onschuldpresumptie*”.⁵ Van Sliedregt geeft aan dat de betekenis van artikel 6 lid 2 EVRM illusoir zou worden als de toepassing beperkt zou blijven tot berechting in eerste aanleg. Zij verwijst daarbij naar de volgende overweging uit het EHRM arrest *Kostas vs. Griekenland*:⁶

“Accordingly, and in the light of the foregoing, it considers that the presumption of innocence cannot cease to apply in appeal proceedings simply because the accused was convicted at first instance. To conclude otherwise would contradict the role of appeal proceedings, where the appellate court is required to re-examine the earlier decision submitted to it as to the facts and the law. It would mean that the presumption of innocence would not be applicable in proceedings brought in order to obtain a review of the case and have the earlier conviction set aside.”

Voor zover de Minister meent dat de onschuldpresumptie in het nieuwe voorstel geen problemen meer oplevert omdat het nu in de sleutel van de voorlopige hechtenis wordt geplaatst, is dit een onjuiste conclusie. Uit het *Wemhoff*-arrest kan weliswaar worden afgeleid dat na veroordeling artikel 5 lid 3 EVRM niet meer van toepassing is, maar kan niet worden afgeleid dat de veroordeling alleen, dus als enige grond, voldoende zou zijn voor het toepassen van voorlopige hechtenis. In feite hebben we het dus gewoon over dadelijke tenuitvoerlegging van straffen of maatregelen, ook al wordt het nu systematisch in de sleutel van de voorlopige hechtenis geplaatst. Er is dus ook niet zoveel verschil met het eerdere wetsvoorstel over dadelijke tenuitvoerlegging. De eerder opgeworpen bezwaren tegen dat wetsvoorstel blijven dan ook ten opzichte van dit nieuwe voorstel bestaan.

⁴ EHRM 27 juni 1968, nr. 2122/64 (*Wemhoff vs. Duitsland*).

⁵ RMThemis, 2015-1, paragraaf 3.2 (onschuldpresumptie en hoger beroep), p. 19 e.v.

⁶ EHRM 28 november 2011, nr. 5366/07 (*Kostas vs. Griekenland*).

Er zijn diverse arresten van het EHRM waaruit volgt dat de dadelijke tenuitvoerlegging van straffen of maatregelen op grond van het EVRM niet onbegrensd is. Er dient – met name in het licht van de onschuldpresumptie - een belangenafweging plaats te vinden tussen enerzijds de noodzaak van de dadelijke uitvoerbaarheid en anderzijds de belangen van de verdachte. In het arrest *Falk*⁷ overwoog het EHRM: *“Thus, in employing presumptions in criminal law, the Contracting States are required to strike a balance between the importance of what is in stake and the rights of the defence; in other words, the means employed have to be reasonably proportionate to the legitimate aim pursued.”*

S. Meijer noemt in haar artikel *“De dadelijke uitvoerbaarheid van rechterlijke beslissingen”* op grond van jurisprudentie van het EHRM drie belangrijke aanknopingspunten die van belang zijn voor de belangenafweging:⁸

1. De gevolgen van de dadelijke uitvoerbaarheid op de veroordeelde, en “wat er op het spel staat” voor de veroordeelde en het ongunstige effect op de verdediging;⁹
2. Er moet sprake zijn van een “fair balance” tussen de in het geding zijnde belangen, waarbij Meijer betwijfelt of de snelheid van afdoening van strafzaken op zichzelf genomen een reden kan vormen om een rechterlijke beslissing dadelijk uitvoerbaar te verklaren. Datzelfde geldt voor de argumenten van geloofwaardigheid en effectiviteit van straffen;
3. De vraag of de gevolgen van de strafrechtelijke sanctie ongedaan gemaakt kunnen worden en of de originele rechtspositie van de veroordeelde kan worden hersteld in geval van succesvol hoger beroep.

Meijer merkt nog op dat uit het gegeven dat er nog geen zaken bekend zijn waarbij een dadelijke uitvoerbaar verklaarde sanctie strijd heeft opgeleverd met enige bepaling uit het EVRM, “uiteraard” niet wil zeggen dat dit dus zonder meer is toegestaan.

Aanknopingspunten 1 en 3 toegepast op het onderhavige wetsvoorstel: het staat buiten kijf dat de op het spel staande belangen van de veroordeelde zeer groot zijn. Het gaat immers om iemands vrijheid. Het behoeft geen nader betoog dat vrijheid een zeer kostbaar en onvervangbaar goed is. Een vrijheidsbeneming die, na een succesvol beroep, achteraf onterecht blijkt te zijn ondergaan valt niet te compenseren. Een schadevergoeding voor onterecht ondergane vrijheidsbeneming brengt de betrokkene immers niet terug in zijn oorspronkelijke positie. Vrijheid leent zich er niet voor om op voorhand calculerend te worden vervangen door een financiële compensatie. Die grootheden verschillen te veel. Het uitgangspunt van het EVRM is (dan ook) dat vrijheid niet alleen ontnomen mag worden als daartoe door een onafhankelijke rechter is besloten, maar ook de uitspraak van een rechter bij een hogere rechter in principe dient te worden afgewacht. Dit uitgangspunt kan alleen anders zijn als dit nodig voor de waarborging van andere, specifieke belangen, zoals recidive of gevaar, veroorzaakt door de betrokkene. Een snellere doorlooptijd lijkt niet tot zo’n belang te behoren. Het enkele feit dat dadelijke tenuitvoerlegging leidt tot een snellere bestraffing is geen (voldoende) belang om de uitkomst van het hoger beroep niet af te wachten.

Aanknopingspunt 2 toegepast op het onderhavige wetsvoorstel: in een eerdere paragraaf is al uiteen gezet dat de noodzaak van het doorvoeren van het onderhavige wetsvoorstel ontbreekt. In de eerste plaats ziet het geschetste probleem slechts op een zeer geringe groep personen en weegt dat niet op tegen de ingrijpendheid van de voorgestelde maatregel. En in de tweede plaats kan de voorgestelde wijziging van artikel 67a Sv het werkelijke probleem van de onttrekking van personen

⁷ EHRM 19 oktober 2004, *NJB* 2004/51.

⁸ Delikt & Delinkwent 2013/8, met name § 5.

⁹ EHRM 23 juli 2002, nr. 36985/97 (*Västberga Taxi Aktiebolag* en *Vulic vs. Zweden*).

aan strafexecutie niet oplossen. Dat probleem moet in de organisatie van de executie worden opgelost.

Daarmee komt het voorstel in strijd met de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM.

De ACS meent dat ook artikel 8 EVRM in beeld komt. Zelfs gesteld dat het voorstel van de extra grond juridisch door de beugel zou kunnen, vereist artikel 8 EVRM dat een inbreuk op het recht op eerbiediging van privé-, familie en gezinsleven daadwerkelijk “noodzakelijk” is in een democratische samenleving. Die noodzaak is door de Minister nergens onderbouwd. Dat kan ook niet, want de noodzaak is er niet. Het huidige wettelijke systeem kent immers al een mogelijkheid om vrije voeters op grond van een veroordelend vonnis alsnog gevangen te nemen. Het hof kan op grond van het huidige artikel 75 lid 1 Sv de gevangenneming bevelen en het veroordelend vonnis geldt daarbij als *zelfstandige* grond, dus zonder dat er andere gronden (zoals vluchtgevaar e.d.) nodig zijn. Verder geldt op grond van artikel 75 lid 2 Sv dat het blote feit van het veroordelend vonnis mag gelden als (alsnog gerezen) ernstige bezwaren. Dit is dus een al bestaand instrument waarbij het veroordelend vonnis alsnog kan leiden tot de gevangenneming van de veroordeelde vrije voeter. Het OM hoeft het gebruik daarvan slechts te vorderen. Het is de advocaten die deel uitmaken van de ACS vanuit hun eigen praktijken niet bekend dat het OM deze bevoegdheid ooit heeft gebruikt. Dat kan twee dingen betekenen: of het OM slaapt (en dan moet dáár iets aan gebeuren) of het OM heeft helemaal geen behoefte aan dit soort instrumenten. Wij gaan van dit laatste uit. Het voorstel voegt niets tot weinig toe aan wat al mogelijk is, maar kennelijk nooit wordt gebruikt. Hét bewijs dat dit voorstel niet is ingegeven vanuit een leemte in de praktijk. Hét bewijs dat het voorstel ook niet noodzakelijk is voor onze democratische samenleving, zoals artikel 8 EVRM vereist.

Op grond van dit alles is de ACS van oordeel dat het toevoegen van een nieuwe grond in artikel 67a Sv in meerdere opzichten strijd oplevert met het EVRM. De ACS adviseert dan ook om van dit onderdeel van het wetsvoorstel af te zien.

Breuk met bestaande systeem en doel van voorlopige hechtenis

Met de in artikel 67a Sv opgesomde bestaande gronden streeft de wetgever verschillende doelen na:¹⁰

1. Verzekeren van de aanwezigheid van de verdachte bij diens berechting;
2. Verzekeren van de executie van de door de rechter eventueel op te leggen straf;
3. Het mogelijk maken van bepaalde onderzoekshandeling (bijv. confrontaties);
4. Voorkomen van collusie;
5. Temperen van door het delict ontstane beroering in de samenleving;
6. Voorkomen van nieuwe delicten.

Het vluchtgevaar ziet op de eerste vier doelen, het recidivegevaar ziet met name op het zesde doel, de 12 jaars grond met geschokte rechtsorde ziet met name op het vijfde doel, en het collusiegevaar ziet op het derde en met name het vierde doel. De voorgestelde wijziging van artikel 67a Sv dient, volgens de uitleg die wordt gegeven in de concept MvT, met name het tweede doel.¹¹

Het is vaste jurisprudentie dat voor het aannemen van de bestaande gronden sprake moet zijn van concrete feiten en omstandigheden waaruit het vluchtgevaar, de recidive, het collusiegevaar en/of de maatschappelijke onrust kan worden afgeleid. Bijzonder aan de voorgestelde nieuwe grond is

¹⁰ Uit: WvSv, A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., artikel 67a Sv, aant. 12.

¹¹ Concept MvT, p. 4.

dat – anders dan ter zake van de andere in artikel 67a Sv genoemde gronden - er geen sprake hoeft te zijn van dergelijke concrete zaaks- of persoonsgerelateerde omstandigheden – de enkele veroordeling in eerste aanleg is voldoende. In zoverre is het dus een breuk met het bestaande systeem en doel van de gronden van artikel 67a Sv. De rechter hoeft immers niet meer naar de specifieke zaak dan wel de persoon van de verdachte te kijken, maar kan gewoon blind afgaan op de opgelegde straf of maatregel en alleen op basis daarvan de gevangenneming bevelen.

De ACS wil in dit verband de volgende vraag opwerpen: waarom zou iemand, waarvan op grond van specifieke zaaks- en/of persoonsgerelateerde feiten en omstandigheden in de voorfase kennelijk is besloten om géén voorlopige hechtenis toe te passen, opeens na veroordeling in eerste aanleg wel in voorlopige hechtenis moeten verblijven? Wij verwijzen op deze plaats naar een recente overweging van het Hof Amsterdam met verwijzing naar de zogenoemde Klimop-zaak over het opheffen van de schorsing bij einduitspraak:¹²

"Zoals het hof heeft overwogen in ECLI:NL:GHAMS:2015:635 (Klimop-zaak) volstaat, anders dan de rechtbank in de kern heeft overwogen, de enkele veroordeling van de verdachte niet voor het opheffen van de schorsing van de voorlopige hechtenis.

De vraag die voorligt is of sprake is van enig redelijk doel bij het opnieuw in voorlopige hechtenis nemen van de verdachte.

Gesteld noch gebleken is dat de verdachte in de periode dat haar voorlopige hechtenis geschorst was zich niet heeft gehouden aan de gestelde schorsingsvoorwaarden. Hieruit leidt het hof af dat het recidivegevaar kennelijk in de afgelopen periode voldoende kon worden ingeperkt door de aan haar gestelde schorsingsvoorwaarden. Het hof ziet niet in dat dit na het veroordelend vonnis anders zal zijn. Ook overigens is niet gebleken van (andere) omstandigheden op grond waarvan hernieuwde schorsing van de verdachte onwenselijk zou moeten worden geacht."

De ACS is ook om andere redenen van oordeel dat de invoering van een zesde gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid niet strookt met de door de wetgever oorspronkelijk nagestreefde doelen van voorlopige hechtenis. In de MvT bij de invoering van het huidige (gewijzigde) artikel 67a Sv verwijst de Minister van Justitie voor wat betreft de grondgedachten van de wijziging naar het interim-rapport van de Commissie-Feber.¹³ De kern van het advies van de Commissie-Feber komt erop neer dat het toepassen van strafprocessuele dwangmiddelen tot een minimum moet worden beperkt, *"juist omdat het dwangmiddelen zijn, en omdat zij worden toegepast worden wegens verdenkingen, en niet krachtens een bij rechterlijk gewijsde uitgesproken veroordeling"* (onderstreping ACS).¹⁴ Dit geldt volgens de Commissie-Feber in de hoogste mate voor het meest ingrijpende, het fundamentele menselijke recht van de vrijheid van beweging aantastende, dwangmiddel: de voorlopige hechtenis. Daarbij wijst de Commissie-Feber op enkele bezwaren die verbonden zijn aan de voorlopige hechtenis, zoals de feitelijke beperking van de vrijheid van de rechter bij de straftoemeting en het strafverzwarende effect van de voorlopige hechtenis. Op basis van deze bezwaren zal men volgens de Commissie-Feber steeds moeten streven naar een zo laag mogelijke frequentie en een zo kort mogelijke duur. De gronden waarop en de gevallen waarin, voorlopige hechtenis kan worden toegepast, zijn in het bestaande wetboek reeds nauw begrensd; de desbetreffende bepalingen zijn dus niet vatbaar voor wijzigingen van groot materieel belang. De Commissie-Feber ondersteunt dan ook een op beperkte toepassing van voorlopige hechtenis gericht beleid.

¹² Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 26 mei 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:2848.

¹³ *Kamerstukken II*, 1968/69, 9994, 3, p. 5-9 (MvT).

¹⁴ *Kamerstukken II*, 1968/69, 9994, 4, p. 11 (Bijlage A van de MvT).

Bovenstaande geeft goed weer dat het huidige artikel 67a Sv – gezien het karakter van de voorlopige hechtenis en de daaraan verbonden nadelen – naar de mening van de wetgever beperkt moet worden toegepast om op die manier maatwerk te kunnen leveren en niet onnodig over te gaan op het regime van de voorlopige hechtenis.

De voorgestelde wijziging van artikel 67a lid 2 Sv strookt niet met deze gedachte, gezien het (te) algemene karakter van de voorgestelde wijziging. Door de toevoeging van een algemene gewichtige reden van maatschappelijke veiligheid verandert het systeem van “nee, tenzij...” naar “ja, tenzij...”, zeker ook gezien de voorgestelde motiveringsplicht van de rechter als hij afziet van het bevelen van de vangenneming van de verdachte (zie hierover hierna meer). Hierdoor zal het uitgangspunt worden dat de veroordeelde voorlopig gehecht wordt puur op basis van het feit dat hem een vrijheidsstraf van ten minste een jaar of een vrijheidsbenemende maatregel onvoorwaardelijk is opgelegd en niet op basis van (een van) de door de wetgever voorgestane doelen die zijn toegesneden op concrete zaaks- en/of persoonsgerelateerde feiten en omstandigheden. Het wetsvoorstel brengt een systeembreuk in artikel 67a Sv teweeg, dat, mede gelet op het ontbreken van noodzaak te vergaand is om te kunnen worden gerechtvaardigd.

Overigens is in het huidige wetboek van strafvordering in artikel 557 lid 1 Sv een fundamentele keuze gemaakt voor het uitgangspunt dat tenuitvoerlegging niet mag plaatsvinden zo lang een rechtsmiddel bestaat. Ook de Hoge Raad¹⁵ heeft recent – bij herhaling – benadrukt dat tenuitvoerlegging zoveel mogelijk gereserveerd dient te blijven voor de fase van onherroepelijkheid van een vonnis of arrest.

Tot slot van deze (sub)paragraaf wijst de ACS er nog op dat Nederland internationaal al behoorlijke kritiek ontvangt vanwege onze positie als koploper bij de toepassing van voorlopige hechtenis. In dat verband zou men juist eerder verwachten dat de wetgever maatregelen treft om die toepassing van voorlopige hechtenis terug te dringen, zeker als het gevallen betreft waarin het delict verder in het verleden ligt en aan voorlopige hechtenis destijds kennelijk ook al geen behoefte bestond (zoals bij die gevallen waarop dit wetsvoorstel betrekking heeft). De toenmalig Minister heeft overigens ook toegezegd dat hij serieus naar deze kritiek zou kijken bij het bezien van de nieuwe regeling omtrent de voorlopige hechtenis.¹⁶ En dan is het resultaat: meer voorlopige hechtenis....?

Motiveringsplicht rechter bij niet toepassen nieuwe grond

Zoals aangegeven, heeft de Minister voorgesteld de nieuwe grond voor voorlopige hechtenis te combineren met een aanvullende motiveringsplicht in artikel 359 Sv. In de voorgestelde wettekst van artikel 359 Sv staat dat het vonnis moet vermelden of de opgelegde straf of maatregel aanleiding geeft tot toepassing van artikel 67a, lid 2 onder 6° Sv. In de concept MvT staat het nog iets dwingender, te weten: “*ik (de Minister, toevoeging ACS) [ben] van oordeel dat de rechter in zijn vonnis (ook) dient te motiveren waarom hij, ondanks het opleggen van een vrijheidsbenemende sanctie, in voorkomend geval afziet van het bevelen van de vangenneming van de verdachte.*”¹⁷

Dit gaat wel heel ver. Het suggereert een systeem van “automatische toepassing, tenzij”. Daarmee wordt de vrijheid van de rechter danig ingeperkt. De ACS is van oordeel dat de rechter in de gelegenheid moet zijn om alle in aanmerking komende belangen tegen elkaar af te wegen. Alleen dan kan hij maatwerk leveren. In dit verband zij herhaald dat de groep mensen waarover het gaat zeer gering is. Het gaat om personen die op vrije voeten zijn en in eerste aanleg worden veroordeeld

¹⁵ HR 10 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:531, HR 10 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:537 en HR 6 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2981.

¹⁶ zie o.a. https://www.eerstekamer.nl/toezegging/geuite_kritiek_op_toepassing

¹⁷ Concept MvT, p. 6.

tot een gevangenisstraf van één jaar of meer of een vrijheidsbenemende maatregel. Ten aanzien van deze beperkte groep mensen zag het OM dan wel de rechtbank tijdens het proces in eerste aanleg kennelijk geen aanleiding om deze in voorlopige hechtenis te houden c.q. te nemen. Vaak, zo niet altijd, liggen daar specifieke op maat afgewogen redenen aan ten grondslag. De systematiek van “automatisch alsnog in voorlopige hechtenis, tenzij” doorkruist dit maatwerk. Als de nieuwe grond al doorgevoerd zou worden, zou wat de ACS betreft dus in ieder geval de voorgestelde motiveringsplicht geschrapt moeten worden.

Twee volwaardige feitelijke instanties

In ons eerdere preadvies zijn wij al ingegaan op het gegeven dat ons strafrechtstelsel niet voor niets twee feitelijke instanties kent en dat het dadelijk ten uitvoer leggen van een veroordeling in eerste aanleg aan dit stelsel afbreuk doet en aan de beroepsinstantie haar volwaardigheid. Ook hierboven gingen we daar in verband met de onschuldpresumptie al op in.

Als eenmaal een onvoorwaardelijke gevangenisstraf ten uitvoer is gelegd bestaat de kans dat de rechter in hoger beroep minder makkelijk een straf zal uitspreken die lager is dan hetgeen al ten uitvoer is gelegd. Van het voorstel zal op deze manier een strafverzwarend effect uit gaan, welke (zwaardere) straf dan echter niet gebaseerd is op een oordeel na twee instanties. Een vooruitlopen op een onherroepelijk oordeel zal beperkt moeten worden tot die gevallen waarin dat om concrete redenen noodzakelijk blijkt. Anders wordt de legitimiteit van de tweede instantie en daarmee dat van het strafstelsel te zeer aangetast.

Het wetsvoorstel maakt de procedure in hoger beroep tot mosterd na de maaltijd: het heeft niet veel zin om in beroep te gaan als tevoren al vast staat dat een in eerste aanleg opgelegde gevangenisstraf hoe dan ook wordt uitgevoerd. In dit opzicht getuigt het voorstel van disrespect voor de appelrechter en daarmee voor de rechtspraak.

Onderzoek naar verschil in vonnis en uitspraak in hoger beroep

In het verlengde van het voorgaande, is het natuurlijk ook zeer interessant om te weten of en zo ja in hoeverre uitspraken in hoger beroep verschillen van de uitspraken in eerste aanleg. In het wetsvoorstel wordt zonder enige onderbouwing klakkeloos uitgegaan van het definitieve karakter van het vonnis in eerste aanleg.

Het is de ACS bekend dat het WODC in 1993 een dergelijk onderzoek heeft gedaan.¹⁸ Uit dat onderzoek kwam naar voren dat in 1993 9 % van de vonnissen in eerste aanleg werden bevestigd en dat in 80 % van de gevallen de vonnissen werden vernietigd. Daarbij volgde in 7 % van de zaken een vrijspraak door het hof in afwijking van het vonnis van de rechtbank en andersom kwam het hof in 4 % van de zaken in appel tot een schuldigverklaring in plaats van de eerdere vrijspraak. Er is sinds 2014 een lopend WODC-onderzoek naar de actuele stand van zaken in het hoger beroep. De onderzoeksresultaten zijn nog niet gepubliceerd.¹⁹

Hoewel de onderzoeksresultaten uit 1993 dateren, laat het in ieder geval zien dat het niet vanzelfsprekend is om klakkeloos uit te gaan van het definitieve karakter van de veroordeling in eerste aanleg. Ook daarom wordt geadviseerd om van het wetsvoorstel af te zien.

¹⁸ WODC onderzoek nr. 143, Hoger beroep en de integratie (Gouda Quint 1995).

¹⁹ www.wodc.nl.

Vrijheidsbenemende maatregel

De nieuwe grond in artikel 67a Sv ziet ook op een veroordeling tot “*een vrijheidsbenemende maatregel*”. Aan de duur van de opgelegde maatregel is geen minimumtermijn gekoppeld. Het gaat kort gezegd om pre-TBS’ers en pre-ISK’ers. In de concept MvT wordt deze groep in zijn geheel niet besproken. Enige cijfermatige onderbouwing wordt evenmin geboden, terwijl het vrij algemeen bekend is dat pre-TBS’ers en pre-ISK’ers doorgaans in voorlopige hechtenis zitten vanwege de labeling als stelselmatige dader. In dat geval zijn de gronden vluchtgevaar, recidive, 12 jaars grond/geschokte rechtsorde doorgaans van toepassing. Ook hier draait de ACS de vraagstelling liever om: in het onwaarschijnlijke geval dat deze groep niet in voorlopige hechtenis zit, zijn de bestaande gronden kennelijk niet van toepassing. Kennelijk is dat dan ook juridisch de juiste vaststelling. En zo bezien valt niet in te zien waarom in dát bijzondere geval een veroordeling *sec* opeens dan een zelfstandige grond voor voorlopige hechtenis zou moeten opleveren.

Verder is het nog bezwaarlijk dat de behandeling van de gedetineerde niet zal kunnen aanvangen tijdens de tenuitvoerlegging van de voorlopige hechtenis. Een advocaat uit de ACS heeft weleens een cliënte gehad die werd verdacht van het vermoorden van haar (gewelddadige) man. Zij had zich vrijwillig laten opnemen in een gesloten private kliniek, om zich daar te laten behandelen. In de strafzaak speelde toen de vraag of zij voorlopig gehecht zou moeten worden. Uiteindelijk waren alle betrokken instanties het erover eens dat het voor haar en voor haar omgeving beter was als zij haar behandeling in die kliniek kon voortzetten. Als zij in voorlopige hechtenis zou zijn genomen, zou haar behandeling worden stopgezet en kon zij nog niet met een andere behandeling worden beginnen. Uiteindelijk is de opname in de private kliniek overigens opgenomen als schorsingsvoorwaarde van de voorlopige hechtenis. De ACS vreest dat door de invoering van de nieuwe grond, zeker in combinatie met de motiveringsplicht van de rechter, dit soort maatwerk niet meer mogelijk is, althans lastiger wordt. Ook daarom adviseert de ACS tot verwerping van dit onderdeel van het wetsvoorstel.

Adequate financiële compensatie

Zoals hierboven aangegeven, kan een ten onrechte ondergane vrijheidsstraf niet worden gecompenseerd, ook niet door een schadevergoeding. Vrijheid kan immers niet meer worden teruggegeven. Dit wetsvoorstel, althans het verruimen van artikel 67a Sv, maakt de groep verdachten die ten onrechte hebben gezeten omvangrijker.

De ACS blijft primair van oordeel dat dit onderdeel van het wetsvoorstel integraal moet worden afgewezen. Indien het wetsvoorstel toch wordt doorgevoerd, is het volgens de ACS bij wijze van subsidiair advies noodzakelijk om een ruimhartiger schadevergoedingsregeling toe te passen. Het EHRM vereist immers een “adequate” (financiële) compensatie. Artikel 89 Sv zou dan niet alleen van toepassing moeten zijn indien er geen straf, maatregel of artikel 9a Sr is opgelegd, maar ook als het hof een *lagere* straf oplegt. En er moet ook een schadevergoedingsregeling komen voor de dagen dat de gewezen verdachte zich, achteraf gezien ten onrechte, heeft moeten houden aan de VI-voorwaarden die volgens het voorstel zouden moeten gaan gelden als de voorlopige hechtenis langer gaat duren dan de gevangenisstraf na toepassen voorwaardelijke invrijheidstelling (VI) (zie bespreking van dit onderdeel van het voorstel later in dit preadvies).

3. Verruiming mogelijkheden hoger beroep tegen beslissingen over voorlopige hechtenis

Het tweede onderdeel van het wetsvoorstel ziet op een wijziging in de systematiek van het hoger beroep tegen beslissingen in het kader van de voorlopige hechtenis. Kort samengevat worden de beslissingen in het kader van de voorlopige hechtenis uitgesloten van de normale regeling van het hoger beroep ex artikel 404 en 406 Sv, en kan na invoering van het wetsvoorstel tegen beslissingen in het kader van de voorlopige hechtenis alleen nog maar direct na de beslissing (dus tussentijds) beroep worden ingesteld.

Het OM krijgt er een beroepsmogelijkheid bij: op grond van het voorgestelde artikel 71 lid 3 Sv kan ook het OM direct na afwijzing van de vordering gevangenneming in hoger beroep.

De verdachte krijgt er ook een beroepsmogelijkheid bij: op grond van het voorgestelde artikel 87 lid 2 Sv kan de verdachte straks niet alleen tegen de afwijzende beschikking op een verzoek tot schorsing tussentijds hoger beroep instellen, maar ook tegen de afwijzende beslissing die is gegeven ter terechtzitting. Deze uitbreiding komt overigens direct voort uit het arrest HR 9 april 2013.²⁰

De ACS kan zich in deze voorstellen vinden. Dat geldt evenwel niet voor de geldende termijnen waarbinnen hoger beroep tegen de (verlenging) gevangenhouding of –neming moet worden ingesteld. Het OM heeft veertien dagen de tijd om tegen de hem onwelgevallige beslissingen in het kader van de gevangenhouding of -neming hoger beroep in te stellen (artikel 71 lid 3 Sv). De verdachte heeft steeds maar drie dagen om hoger beroep in te stellen (artikel 71 lid 1 en 2 Sv). Nu voor de verdachte met de voorgestelde regeling het gelijktijdige beroep met de einduitspraak wegvalt, komt het meer dan voorheen aan op het tijdig instellen van beroep. Een (fatale) termijn van drie dagen is dan wel erg beperkt. Bovendien valt niet in te zien waarom het OM veertien dagen de tijd wordt gegund, terwijl de verdachte slechts drie dagen heeft. Dit is strijdig met de “equality of arms” ex artikel 6 EVRM. De ACS verzoekt dan ook om in het wetsvoorstel ook deze ongelijkheid recht te trekken.

4. Toepassing van de voorwaardelijke invrijheidstelling na het eindigen van de voorlopige hechtenis

Het derde onderdeel van het wetsvoorstel voorziet in een regeling voor de toepassing van de voorwaardelijke invrijheidstelling na het eindigen van de voorlopige hechtenis. Volgens de concept MvT wordt hiermee een einde gemaakt *“aan de onvolledige toepassing van de regeling van voorwaardelijke invrijheidstelling bij het beëindigen van voorlopige hechtenis”*.²¹ De concept MvT laat evenwel geheel onvermeld of er in verband hiermee in de praktijk überhaupt een probleem is en zo ja, in hoeverre dat met een wetsvoorstel zou moeten worden “gerepareerd”. De stelling dat deze wetswijziging nodig is vanwege kennelijk onvolledige toepassing, is op geen enkele wijze onderbouwd. Bij die stand van zaken ziet de ACS niet in waarom deze wetswijziging zou moeten worden doorgevoerd.

²⁰ HR 9 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ6526.

²¹ Concept MvT, p. 10.