

Verantwoordelijkheden voor gedegen overgangsrecht

Wetswijzigingen in de tenuitvoerlegging van ontnemingsmaatregelen

Wouter de Zanger¹

1 Inleiding

Bij wijzigingen van strafrecht heeft de wetgever de verantwoordelijkheid om te voorzien in gedegen overgangsrecht. Voor zover in die overgangsbepaling werd bepaald welke strafrechtelijke sanctie moet worden toegepast, kon de wetgever daarin voorheen naar hartenlust afwijken van het *lex mitior*-beginsel. Dat bepaalt (voor wat betreft sancties) dat *die* sancties moeten worden toegepast die voor de verdachte het gunstigst werken.² Artikel 1 lid 2 van het Wetboek van Strafrecht (Sr), waarin dat beginsel is verwoord, heeft immers geen andere status dan een door de wetgever opgestelde overgangsbepaling; beide zijn een wet in formele zin. De rechter diende de overgangsbepaling van de wetgever in dat geval blindelings te volgen: hem kwam geen oordeel toe over het overgangsregime in het licht van de *lex mitior*-regel.

Maar wat nu als de wetgever nalaat een adequate overgangsbepaling op te stellen? In dat geval komt de verantwoordelijkheid voor het overgangsrecht bij de rechter te liggen. Als de rechter dan nalaat om in een vroeg stadium ambts-halve duidelijkheid te scheppen, kan de burger de dupe worden van deze invulling van de verantwoordelijkheden van de wetgever en de rechter voor gedegen overgangsrecht. In deze bijdrage wordt, aan de hand van een *case study*, geïllustreerd welke gevolgen dat voor de betrokken burger kan hebben. Dat gebeurt door te kijken naar de invoering van de strafvorderlijke lijfswang in de tenuitvoerleggingsfase van maatregelen ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel.

Bij een wetswijziging in 2003 is de vervangende hechtenis bij de tenuitvoerlegging van de ontnemingsmaatregel afgeschaft, en is in plaats daarvan de

1 Dit artikel is een bewerking van een onderzoekspaper voor de Legal Research Master, geschreven onder de begeleiding van prof. mr. P.T.C. van Kampen. De auteur bedankt haar voor de begeleiding bij het schrijven van dit artikel.

2 Zie Noyon-Langemeijer-Remmelink, *Het Wetboek van Strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbl.), aantekening 13 op artikel 1. Het gaat hier om het geval waarin er, na het plegen van de feiten, een gunstigere bepaling in het leven is geroepen. Eventuele zwaardere sancties die na de strafbare feiten zijn ingevoerd, konden (en kunnen) niet met terugwerkende kracht worden toegepast.

strafvorderlijke lijfswang ingevoerd.³ Sindsdien kan in de tenuitvoerleggingsfase verlof tot tenuitvoerlegging van lijfswang voor maximaal drie jaar worden verleend door de rechter.⁴ Bij die wetwijziging heeft de wetgever een overgangsbepaling opgesteld om aan te geven welke vorm van vrijheidsbeneming moet worden toegepast: de vervangende hechtenis zoals die gold tussen 1 maart 1993 en 1 september 2003, die zes jaar kon duren, of de lijfswang, die voor drie jaar kan worden toegepast. Aangezien deze bepaling aan duidelijkheid te wensen overliet, heeft de Hoge Raad al snel de mogelijkheid benut om een arrest te wijzen waarin hij de overgangsbepaling interpreteert.⁵ Daarmee was duidelijk dat voor ontnemingsuitspraken die na 1 september 2003 onherroepelijk werden er geen vervangende hechtenis meer kon worden toegepast, maar alleen lijfswang kon worden gevorderd.

Daarmee waren echter nog niet alle onduidelijkheden weggewerkt. Vóór de aanpassing van de ontnemingswetgeving in 1993 gold voor de ontnemingsmaatregel namelijk een vervangende hechtenis van maximaal zes maanden. Dat doet de vraag rijzen hoe moet worden omgegaan met ontnemingszaken waarbij voordeel wordt ontnomen voor strafbare feiten die zijn gepleegd vóór de wetwijziging van 1993, maar waarin de ontnemingsbeslissing onherroepelijk wordt na 1 september 2003: mag de rechter in die zaken thans een vordering tot lijfswang toewijzen? En zo ja, voor hoelang: voor de zes maanden zoals die (voor de vervangende hechtenis) golden ten tijde van het plegen van de strafbare feiten, of voor de maximumtermijn van de lijfswang: drie jaar? De wetgever heeft voor deze situatie geen overgangsbepaling opgenomen. Op 20 december 2011, na een reeks arresten waarin deze vraag niet werd beantwoord en naar aanleiding van een vordering tot cassatie in het belang der wet, beantwoordde de Hoge Raad deze vraag. De weg naar deze uitspraak zegt iets over de vraag hoe de Hoge Raad omgaat met het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel en, meer specifiek, de deelregel die terugwerkende kracht van zwaardere sancties verbiedt. De te bespreken rechtspraak laat ook zien wat de gevolgen voor de burger kunnen zijn van de invulling die de wetgever en de rechter geven aan hun verantwoordelijkheden in geval van wijziging van strafrecht. Als de wetgever geen eenduidige overgangsbepaling in het leven roept en de rechter terugdeinst om actief duidelijkheid te scheppen kan, zo zal het te bespreken onderwerp laten zien, de burger worden geconfronteerd met langdurige rechtsonzekerheid. Deze rechtsonzekerheid heeft in het besproken geval zelfs kunnen leiden tot onrechtmatig lange vrijheidsbeneming.

3 Wet van 8 mei 2003 tot wijziging en aanvulling van een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (aanpassing ontnemingswetgeving), *Stb.* 2003, 202.

4 Zoals in paragraaf 3 zal worden besproken vordert de officier van justitie of de advocaat-generaal verlof tot tenuitvoerlegging van lijfswang van de rechtbank of het hof. Als de rechter dat verlof verleent, kan het Openbaar Ministerie lijfswang toepassen. Waar in dit artikel wordt vermeld dat de rechter lijfswang 'beveelt' of 'oplegt' wordt daarmee bedoeld op de verlening van lijfswang-verlof.

5 HR 7 oktober 2003, *NJ* 2004, 573, m.nt. Schalken.

Na de bespreking van de rechtspraak over de vervangende hechtenis en de lijfswang, wordt de aandacht verplaatst naar de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), meer specifiek het Scoppola-arrest. Deze rechtspraak heeft een verschuiving teweeggebracht in de verantwoordelijkheden van de wetgever en de rechter bij wijzigingen van strafrecht voor zover die betrekking hebben op strafrechtelijke sancties. Sinds dat arrest hebben, zo zal blijken, de wetgever en de rechter namelijk de verdragsrechtelijke verplichting om ervoor te zorgen dat de burger altijd aanspraak kan maken op de voor hem gunstigste sanctie, ook als die is ingevoerd na het plegen van de strafbare feiten. Dat heeft gevolgen voor op te stellen overgangsbepalingen en de interpretatie daarvan door de rechter.

Om de opgeworpen vragen te beantwoorden zal eerst de *lex mitior*-regel en de verandering van de status van die regel worden besproken, om zo een toetsingskader voor de overgang van vervangende hechtenis naar lijfswang te formuleren (paragraaf 2). In paragraaf 3 volgt een korte introductie van de wettelijke stelsels van vervangende hechtenis en strafvorderlijke lijfswang in de tenuitvoerlegging van ontnemingsmaatregelen. Vervolgens komt de overgang naar het systeem van de lijfswang aan de orde, waarbij aandacht wordt besteed aan de door de wetgever geformuleerde overgangsbepaling en het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 2003,⁶ waarin die overgangsbepaling werd geïnterpreteerd (paragraaf 4). In paragraaf 5 komt een aantal arresten aan bod waarin de relatie tussen beide vormen van vrijheidsbeneming centraal staat, culminerend in de uitspraak van de Hoge Raad op 20 december 2011.⁷ Vervolgens plaats ik enkele kritische kanttekeningen bij deze rechtspraak (paragraaf 6). Tot slot wordt geanalyseerd hoe de wetgever en de rechter in de besproken *case study* invulling hebben gegeven aan hun verantwoordelijkheid voor gedegen overgangsrecht (paragraaf 7) en hoe het EHRM verandering heeft gebracht in de verdeling van verantwoordelijkheid op dit gebied (paragraaf 8).

2 De *lex mitior*-regel en de gewijzigde status ervan

Het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel is een hoeksteen van ons strafrecht dat meerdere grondslagen kent.⁸ Hierbij moet worden onderscheiden tussen het materieelrechtelijke en het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel, die beide dienen ter verzekering van de democratische grondslag van de strafrechtspleging.⁹

Het materieelrechtelijke legaliteitsbeginsel omvat vier deelnormen,¹⁰ waarvan hier vooral relevant is het verbod van terugwerkende kracht van sancties: voor het plegen van een strafbaar feit mag geen andere of zwaardere straf

6 HR 7 oktober 2003, *NJ* 2004, 573, m.nt. Schalken.

7 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237.

8 F.G.H. Kristen, Het legaliteitsbeginsel in het strafrecht, *Ars Aequi* 2010, p. 641-645.

9 C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 81 en G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers, Deventer: Kluwer 2011, p. 13.

10 Zie Kristen 2010, p. 642-643 en J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 83-106.

worden opgelegd dan die waarin was voorzien ten tijde van het plegen van dat feit.¹¹ Dat brengt met zich dat als ten tijde van het plegen van een strafbaar feit een minder zware straf gold dan ten tijde van de berechting, de rechter die zwaardere straf niet mag toepassen. Deze regel is in het Wetboek van Strafrecht neergelegd in artikel 1 lid 2, dat bepaalt: ‘Bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop het feit begaan is, worden de voor de verdachte gunstigste bepalingen toegepast.’ In dat geval is het aan de rechter om te oordelen welk van de bepalingen voor de verdachte het gunstigst werkt. In de rechtspraak is hieraan de eis verbonden dat sprake moet zijn van een gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van het betreffende feit.¹² De regels aangaande de tenuitvoerlegging van straffen vallen niet onder het hierboven geschetste verbod van terugwerkende kracht: zij mogen direct worden toegepast, eventueel met terugwerkende kracht en ook als zij niet ‘ten gunste’ van de verdachte werken.¹³ Bij het strafvorderlijke legaliteitsbeginsel ontbreekt een dergelijk verbod van terugwerkende kracht of een gebod van terugwerkende kracht in geval van een gunstiger bepaling. Als hoofdregel geldt dat de regels van het strafprocesrecht moeten worden toegepast die gelden op het moment van het justitiële optreden dat door dat recht wordt genormeerd.¹⁴

Het *nulla poena*-beginsel is ook neergelegd in artikel 7 lid 1 EVRM. Dat artikel verbiedt, voor zover hier relevant, de oplegging van een ‘heavier penalty [...] than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed.’ Voor de toepassing van dit artikel is het dus vereist dat er sprake is van een ‘penalty’; een begrip dat het EHRM autonoom uitlegt. In de zaken *Welch v. Verenigd Koninkrijk* en *Jamil v. Frankrijk* heeft het EHRM de volgende criteria verbonden aan dat begrip:

‘The wording of Article 7 § 1, second sentence, indicates that the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a “criminal offence”. Other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the characterization of the measure under national law; its nature and purpose; the procedures involved in the making and implementation of the measure; and its severity [...].’¹⁵

11 Kristen 2010, p. 642. Dit wordt ook de *nulla poena sine lege*-regel genoemd. Oorspronkelijk werd hieronder alleen de terugwerkende werking van *straffen* verstaan, maar deze regel geldt ook voor maatregelen, zoals zal blijken uit het arrest van de Hoge Raad van 20 december 2011, *NJ* 2012, 237 (zie paragraaf 5.3).

12 Zie HR 1 april 1997, *NJ* 1997, 442. Zoals we hierna zullen zien is deze eis voor wat betreft het sanctierecht onlangs komen te vervallen.

13 G. Knigge, *Verandering van wetgeving* (diss. Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 228 e.v. en p. 338-339 en De Hullu 2012, p. 85. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken I* 2007/08, 30 513, E over de wijziging van de vervroegde invrijheidstelling in een voorwaardelijke invrijheidstelling.

14 Ch.J. Enschedé, *Beginselen van strafrecht*, bewerkt door M. Bosch, Deventer: Kluwer 2008, p. 26.

15 EHRM 9 februari 1995, *Welch v. Verenigd Koninkrijk*, appl. nr. 17440/90, *NJ* 1995, 606, m.nt. Kn, r.o. 28 en EHRM 8 juni 1995, *Jamil v. Frankrijk*, appl. nr. 15917/89, *NJ* 1996, 1, m.nt. Kn, r.o. 31. In de *Welch*-zaak werd de Engelse ‘confiscation order’, die sterk vergelijkbaar is met de Nederlandse ontnemingsmaatregel, aangemerkt als een ‘penalty’. In de *Jamil*-zaak werd de Franse ‘contrainte par corps’, een gijzeling in de tenuitvoerlegging van een strafboete, aangemerkt als een ‘penalty’.

De Welch- en Jamil-arresten leggen uit wat onder een ‘penalty’ moet worden begrepen. Het toepassingsbereik van artikel 7 EVRM (welke regels in het geval van een ‘penalty’ van toepassing zijn) is uitgebreid door het Scoppola-arrest van het EHRM.¹⁶ Het Europese Hof overwoog daarin voor het eerst dat ook het zogenoemde *lex mitior*-principe onder artikel 7 EVRM valt.¹⁷ Dit beginsel, in ons nationale recht neergelegd in artikel 1 lid 2 Sr, schrijft de geprioriteerde toepassing voor van strafrechtelijke wetgeving die voor de burger ‘more lenient penalty’ is. Deze regel is dus het ‘positieve’ evenbeeld van het verbod van terugwerkende kracht van minder gunstige wetgeving (het *nulla poena*-beginsel). Het Europese Hof constateert dat er brede consensus over bestaat dat het hier een fundamenteel strafrechtelijk beginsel betreft. Het EHRM constateert daartoe:

‘In the light of the foregoing considerations, the Court takes the view that it is necessary to [...] affirm that Article 7 § 1 of the Convention guarantees not only the principle of non-retrospectiveness of more stringent criminal laws but also, and implicitly, the principle of retrospectiveness of the more lenient criminal law. That principle is embodied in the rule that where there are differences between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and subsequent criminal laws enacted before a final judgment is rendered, the courts must apply the law whose provisions are most favourable to the defendant.’¹⁸

Dit arrest heeft op nationaal niveau navolging gekregen. De Hoge Raad heeft, na cassatie in het belang der wet door advocaat-generaal Knigge, een arrest gewezen waarin hij het Scoppola-arrest interpreteert.¹⁹ Knigge legde in zijn vordering de vraag voor of de staande jurisprudentie, waarbij de retrospectieve toepassing van ‘the more lenient law’ afhankelijk is gemaakt van het gewijzigd inzicht van de nationale wetgever, nog wel houdbaar is. Hij meende dat dit vereiste voor wat betreft het sanctierecht geen stand kon houden en daarom zou moeten komen te vervallen. De Hoge Raad gaat op dit punt inderdaad ‘om’:

‘Voor die regels, die zowel het specifieke strafmaximum als meer algemene regels met betrekking tot de sanctieoplegging kunnen betreffen, heeft voortaan te gelden dat een sedert het plegen van het delict opgetreden verandering door de rechter met onmiddellijke ingang – en dus zonder toetsing aan de maatstaf van het gewijzigd inzicht van de strafwetgever omtrent de strafwaardigheid van de vóór de wetswijziging begane strafbare feiten – moet worden toegepast, indien en voor zover die verandering in de voorliggende zaak ten gunste van de verdachte werkt.’²⁰

16 EHRM 17 september 2009, Scoppola v. Italië, appl. nr. 10249/03, *EHRC* 2009, 123 m.nt. Spronken en Peristeridou.

17 Zie rechtsoverwegingen 99 tot en met 109 van het Scoppola-arrest.

18 Rechtsoverweging 109 van het Scoppola-arrest.

19 HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78, m.nt. Keijzer.

20 HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78, m.nt. Keijzer, r.o. 3.6.1.

Daarbij merkt de Hoge Raad nog op dat ook eventueel door de wetgever geformuleerde overgangsbepalingen zullen moeten passen in de internationale ontwikkelingen die de *lex mitior*-regel voor wat betreft sancties tot algemeen geldend rechtsbeginsel hebben verheven. Is dat niet het geval, dan zal de rechter de betreffende bepalingen buiten toepassing moeten laten. Daarmee is het dus niet meer zo dat de wetgever bijzondere overgangsbepalingen kan opstellen die afwijken van artikel 1 lid 2 Sr. Dit komt doordat de *lex mitior*-regel nu niet meer alleen is neergelegd in een wet in formele zin (artikel 1 lid 2 Sr) maar ook dient te gelden als een mensenrecht dat door Nederland moet worden gegarandeerd en gerespecteerd. Zie hierover nader paragraaf 8.

De in de passage van de Hoge Raad verwoorde verandering heeft invloed gehad op de beoordeling door de Hoge Raad van de latere zaak waarin hij moest oordelen over lijfswang voor een ontnemingsmaatregel gebaseerd op strafbare feiten die waren gepleegd voor 1 maart 1993. Voordat het oordeel van de Hoge Raad in die zaak kan worden behandeld, moet eerst het verschil tussen de rechtsfiguren van de vervangende hechtenis en de lijfswang worden besproken.

3 Vervangende hechtenis en strafvorderlijke lijfswang

Voordat in 2003 de regeling van de strafvorderlijke lijfswang werd ingevoerd, kon in de tenuitvoerlegging van ontnemingsmaatregelen vervangende hechtenis worden toegepast. In 1983 werd de ontnemingsmaatregel, door middel van de Wet vermogenssancties, ingevoerd in het Wetboek van Strafrecht.²¹ Daarbij werd de mogelijkheid geïntroduceerd om in geval van niet-betaling vervangende hechtenis ten uitvoer te leggen. Deze vervangende hechtenis betrof dezelfde vervangende hechtenis als welke gold voor de geldboete en de verbeurdverklaring van voorwerpen, en kon maximaal zes maanden duren.²² De tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis tastte de betalingsverplichting aan: nadat de door de rechter bevolen hechtenis was uitgezeten door de veroordeelde kwam de betalingsverplichting te vervallen.

Toen in 1993 de ontnemingswetgeving werd verruimd werd daarbij ook de vervangende hechtenis-regeling aangepast. De ontnemingsmaatregel kreeg een afzonderlijke vervangende hechtenis, die maximaal zes jaar kon duren.²³ Deze vrijheidsbeneming was geregeld in artikel 24d (oud) Sr. Het eerste lid van dat artikel bepaalde dat bij de uitspraak waarbij een ontnemingsmaatregel werd

21 Wet van 31 maart 1983, houdende herziening van bepalingen van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering, de Wet op de economische delicten en enkele andere wetten in verband met de oplegging van vermogenssancties (Wet vermogenssancties), *Stb.* 1983, 153 (in werking getreden op 1 mei 1983). De mogelijkheid van de vervangende hechtenis was neergelegd in artikel 36e lid 4 (oud) Sr.

22 M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel. Een onderzoek naar het karakter en de voorwaarden tot oplegging van de maatregel ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (artikel 36e Wetboek van Strafrecht)* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2001, p. 436-437.

23 Wet van 10 maart 1992 ter verruiming van de mogelijkheden van ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en andere vermogenssancties (in werking getreden op 1 maart 1993), *Stb.* 1993, 11.

opgelegd aan een natuurlijk persoon, de rechter, voor het geval dat noch volledige betaling noch volledig verhaal van het verschuldigde bedrag zou volgen, beval dat vervangende hechtenis werd toegepast. Het tweede lid schreef voor dat de duur van de vervangende hechtenis niet werd verminderd door het voldoen van slechts een gedeelte van het verschuldigde bedrag. Alleen volledige betaling kon de reeds aangevangen vervangende hechtenis beëindigen. Het volledig ondergaan van de vervangende hechtenis deed de vordering uit de ontnemingsmaatregel vervallen. Zodra in de tenuitvoerleggingsfase bleek dat betaling en eventueel verhaal op de eigendommen van de veroordeelde niet leidden tot (volledige) voldoening van het ontnemingsbedrag, kon het Openbaar Ministerie automatisch overgaan tot toepassing van de vervangende hechtenis; enige tussenkomst van de rechter was daar niet voor nodig.

Als gevolg van het tweede lid van artikel 24d (oud) Sr moest in dat geval de *volledige* bevolen vervangende hechtenis worden toegepast, nu gedeeltelijke voldoening de duur van de vervangende hechtenis niet verminderde.²⁴ Dit was een belangrijk systeemkenmerk van de vervangende hechtenis: al bij de oplegging van de ontnemingsmaatregel werd deze bevolen en zodra in de tenuitvoerleggingsfase bleek dat niet volledig werd betaald of kon worden verhaald kon automatisch, zonder nadere toetsing, de volledige bevolen vervangende hechtenis worden toegepast door het Openbaar Ministerie. Zelfs als de betalingsverplichting voor het overgrote deel was voldaan, moest op basis van de wettelijke regel nog steeds de volledige vervangende hechtenis worden toegepast.

Toen de ontnemingswetgeving werd geëvalueerd bleken er in de praktijk grote bezwaren te bestaan tegen het systeem van de vervangende hechtenis. Uit een onderzoek van het WODC bleek dat veel rechters meenden dat er een sterk punitief element was verbonden aan de vervangende hechtenis, waardoor zij vaak terughoudend waren met het bevelen ervan.²⁵ Ook het Openbaar Ministerie ging voorzichtig om met het inzetten van vervangende hechtenis: in het beleid van het Openbaar Ministerie was vastgelegd dat deze alleen ten uitvoer werd gelegd indien bleek dat de veroordeelde wel kon, maar niet wilde betalen.²⁶ Maar ook in die gevallen werd er nog regelmatig afgezien van de (door de rechter bevolen) vervangende hechtenis. Veel leden van het Openbaar Ministerie zagen de vervangende hechtenis namelijk als een laatste redmiddel. Anderen daartegen meenden juist dat er wel erg voorzichtig werd omgegaan met het toepassen van vervangende hechtenis.²⁷

Het belangrijkste bezwaar dat de betrokkenen volgens het WODC-onderzoek hadden tegen de vervangende hechtenis betrof het wettelijke uitgangspunt dat gedeeltelijke betaling de duur van de vervangende hechtenis niet aantastte. Het werd als oneerlijk ervaren dat als iemand een grote ontnemingsmaatregel kreeg

24 De veroordeelde kon (en kan) wel op grond van artikel 577b lid 2 Sv aan de rechter een verzoek doen om de duur van de vervangende hechtenis te verminderen.

25 J.M. Nelen en V. Sabee, *Het vermogen te ontnemen. Evaluatie van de ontnemingswetgeving: eindrapport*, Den Haag: WODC 1998, p. 211.

26 Zie Borgers 2001, p. 456-459.

27 Nelen & Sabee 1998, p. 210-211.

opgelegd en hij daar het grootste gedeelte van betaalde, hij op basis van de wettelijke regeling alsnog de gehele bevolen vervangende hechtenis moest ondergaan. Tot slot wezen de WODC-onderzoekers op mogelijke problemen met detentiefasering. Normaal gesproken worden gedetineerden in de loop van hun detentieperiode fasegewijs voorbereid op de terugkeer in de samenleving. Door de vervangende hechtenis was het mogelijk dat iemand al in een van de laatste fasen van zijn detentie was (bijvoorbeeld in een open inrichting of dagdetentie), terwijl hem vervangende hechtenis boven het hoofd hing.²⁸

Op basis van deze kritiekpunten besloot de minister de wettelijke regeling aan te passen. De belangrijkste geconstateerde problemen vinden we terug in de memorie van toelichting waarbij de lijfswang werd geïntroduceerd. Daarin wordt de wenselijkheid van de invoering van lijfswang als volgt gemotiveerd:

‘De vooraf opgelegde vervangende hechtenis beantwoordt niet aan haar doel van drukmiddel ten behoeve van de executie. Het roept bij de zittende magistratuur het beeld op van dubbele bestraffing (zie WODC-rapport, p. 103). Bij het Openbaar Ministerie kan men minder goed uit de voeten met dit artikel door het alles-of-nietskarakter ervan. Bovendien ervaart het Openbaar Ministerie het als een handicap dat het dikwijls in het stadium van de executie gebrekkig geïnformeerd is over de financiële mogelijkheden en onmogelijkheden van de veroordeelde. De praktijk blijkt behoefte te hebben aan een flexibeler regeling.’²⁹

Oorspronkelijk stelde de minister voor om de civielrechtelijke lijfswang in te voeren voor de tenuitvoerlegging van ontnemingsmaatregelen. Dit stuitte echter op grote bezwaren bij de verschillende beroepsgroepen, waardoor hij terugkwam op zijn voorstel en het systeem van de vervangende hechtenis in stand wilde houden.³⁰ Dit stuitte echter op kritiek bij de Raad van State; de voorgestelde handhaving van de vervangende hechtenis zou in strijd zijn met artikel 5 EVRM nu zij volgens het wettelijk systeem ook kon worden toegepast op veroordeelden die niet konden betalen. De Raad stelde daarom voor om een eigensoortig, strafvorderlijk pressiemiddel in het leven te roepen.³¹ Dit pressiemiddel zou alleen mogen worden ingezet in geval van gebleken betalingsonwil.

De minister volgde het advies van de Raad van State en formuleerde daarop het huidige artikel 577c Sv. Dat artikel bepaalt dat als de veroordeelde niet voldoet aan de hem opgelegde ontnemingsmaatregel en volledig verhaal op zijn vermogen niet mogelijk is gebleken, het Openbaar Ministerie verlof tot tenuitvoerlegging van lijfswang kan vorderen bij de raadkamer van het gerecht waar

28 Nelen & Sabee 1998, p. 212.

29 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 3, p. 9.

30 Om de regeling aan flexibiliteit te laten winnen stelde de minister wel voor om de bevoegdheid tot rechterlijke kwijtschelding of vermindering van de ontnemingsmaatregel uit te breiden (artikel 577b lid 2 Sv). Daartoe wilde hij de zogenoemde ‘novumeis’ uit artikel 577b Sv schrappen. Die eis bepaalde dat kwijtschelding of vermindering slechts op zijn plaats was in geval van omstandigheden die zich na de ontnemingsuitspraak hadden voorgedaan of die de rechter ten tijde van oplegging van de ontnemingsmaatregel niet (geheel) bekend waren.

31 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 3, p. 11 en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, A, p. 4.

de zaak in laatste feitelijke aanleg is behandeld. Deze lijfswang kan voor maximaal drie jaar worden verleend. Het ondergaan van de lijfswang laat de betalingsverplichting intact (artikel 577c lid 6, derde volzin, Sv). Anders dan bij de vervangende hechtenis raken deelbetalingen wel aan de duur van de toe te passen lijfswang: op grond van artikel 577c lid 5 Sv moet de rechter rekening houden met reeds gedane betalingen en genomen verhaal. Bij de bepaling van het aantal af te geven dagen lijfswang gaan de rechtbanken en gerechtshoven in beginsel uit van een door het LOVS opgestelde richtlijn, die de nog resterende betalingsverplichting als uitgangspunt neemt.³²

De lijfswang heeft, in tegenstelling tot de vervangende hechtenis,³³ duidelijk het karakter van een pressiemiddel.³⁴ Dit heeft zijn weerslag gevonden in lid 4 van artikel 577c, dat bepaalt dat lijfswangverlof niet wordt verleend indien de veroordeelde aannemelijk maakt dat hij buiten staat is aan de betalingsverplichting te voldoen. Iemand kan immers niet tot handelingen worden gedwongen waartoe hij feitelijk niet meer in staat is. Als belangrijkste verschil noemt de minister dat de lijfswang niet wordt bevolen op het moment van oplegging van de ontnemingsmaatregel, maar dat verlof tot tenuitvoerlegging van lijfswang kan worden verleend na een aparte procedure in de tenuitvoerlegging. Daardoor hoeven de ontnemende rechters niet meer te anticiperen op mogelijke wanbetaling, maar is er pas rechterlijke bemoeienis op het moment dat het erop aankomt, namelijk in de tenuitvoerleggingsfase. Zo kan in die fase maatwerk worden geleverd.³⁵

Het wetsvoorstel is zonder nadere beraadslaging en zonder stemming door de Tweede en Eerste Kamer aangenomen.³⁶ De definitieve wet is op 8 mei 2003 vastgesteld³⁷ en is in werking getreden op 1 september 2003.³⁸ Daarmee was de invoering van de strafvorderlijke lijfswang een feit.

32 Zie *Oriëntatiepunten voor strafoemeting en LOVS-afspraken*, benaderbaar op <www.rechtspraak.nl>. De tabel die wordt gehanteerd voor de strafvorderlijke lijfswang is op 1 januari 2009 vastgesteld.

33 Zie Borgers 2001, p. 446-456 en M.J. Borgers, Vervangende hechtenis en lijfswang bij ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel, *Sancties* 2002, p. 230-243. Zie ander L.F. Keyser-Ringnalda, Vervangende hechtenis bij ontnemingsmaatregelen: verkapte vrijheidsstraf of dwangmiddel?, *Sancties* 1996, p. 7-18.

34 Zie Borgers 2002, p. 240 e.v. en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, A, p. 6, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 3, p. 9, 29 en *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 6, p. 11.

35 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 3, p. 11. Volgens de minister kwam het namelijk voor dat rechters het voordeel lager vaststelden, de betalingsverplichting matigden of de duur van de op te leggen vervangende hechtenis reduceerden vanwege het beperkte rechterlijke toezicht in de tenuitvoerleggingsfase.

36 *Handelingen II* 2002/03, p. 3537; *Handelingen I* 2002/03, vergadering d.d. 6 mei 2003, p. 721-722.

37 Wet van 8 mei 2003 tot wijziging en aanvulling van een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (aanpassing ontnemingswetgeving), *Stb.* 2003, 202.

38 Besluit van 11 augustus 2003 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de wet van 8 mei 2003 tot wijziging en aanvulling van een aantal bepalingen in het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten met betrekking tot de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (aanpassing ontnemingswetgeving) (*Stb.* 202), *Stb.* 2003, 321.

4 De overgang van vervangende hechtenis naar strafvorderlijke lijfswang

De vraag die vervolgens rees was hoe moest worden omgegaan met de overgang van het systeem van de vervangende hechtenis naar dat van de strafvorderlijke lijfswang. Oorspronkelijk had de minister geen overgangsbepaling opgenomen in zijn wetsvoorstel. Op reactie van een vraag van de GroenLinks-fractie in de Tweede Kamer³⁹ besloot hij bij nota van wijziging alsnog een overgangsbepaling op te nemen. De minister meende daarbij dat onderscheid moest worden gemaakt tussen de afschaffing van de vervangende hechtenis enerzijds, en de invoering van de strafvorderlijke lijfswang anderzijds.⁴⁰

De eerste moest volgens hem worden geduid als een aanpassing van het materiële recht dat wordt beheerst door artikel 1 Sr. De invoering van de lijfswang zag hij echter als een aanpassing van strafprocesrecht dat ‘wordt geregeerd door artikel 1 Sv en de onmiddellijke werking’. Dat brengt volgens hem mee dat voor lopende zaken, waarin de vervolging nog niet is aangevangen of voltooid, de nieuwe lijfswangregeling aanstonds kan worden toegepast. Dat is echter anders voor zaken waarin ‘reeds een onherroepelijke veroordeling is gevolgd, doch niet geheel ten uitvoer is gelegd’, aldus de minister. Voor dergelijke zaken:

‘kan de wijziging van artikel 24d Sr [in dit artikel was de vervangende hechtenis neergelegd, zie paragraaf 3, WdZ] van belang zijn. Met gedeeltelijk ontvangen betalingen kan beter rekening worden gehouden, omdat de nieuwe regeling voor de veroordeelde een gunstiger werking heeft. Het is de vraag of door de invoering van lijfswang in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat door toepassing van deze bepaling de veroordeelde in een gunstiger positie komt te verkeren. De maximale subsidiaire vrijheidsbeneming wordt weliswaar verminderd, maar daar staat tegenover dat de betalingsverplichting in stand blijft en daarmee ook langer opeisbaar is. In theorie is mogelijk dat indien betrokkene na ommekomst van 5 of 10 jaar plotseling vermogen toevloeit (b.v. door middel van een erfenis of een loterij) en weigerachtig is te betalen, een vordering tot lijfswang zou worden ingediend.’⁴¹

Omdat het onduidelijk is welk van de twee regelingen in het individuele geval het gunstigst is voor de veroordeelde, acht de minister het wenselijk om een regeling te treffen voor deze gevallen. De overgangsregeling bepaalde dat de afschaffing van de vervangende hechtenis en de invoering van de strafvorderlijke lijfswang niet van toepassing zijn op ‘veroordelingen die voor de inwerking-treding van deze wet onherroepelijk zijn geworden doch niet geheel ten uitvoer zijn gelegd.’⁴² Daarmee beoogde de minister duidelijk te maken dat de regeling

39 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 5, p. 6-7.

40 *Zie Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 6, p. 11.

41 *Zie Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 6, p. 11.

42 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 7. Ik wijs er hier op dat de minister geen onderscheid maakt naar het moment waarop de strafbare feiten die aanleiding gaven tot de ontnemingsmaatregel zijn gepleegd. Zoals in paragraaf 5 zal blijken heeft dit geleid tot onduidelijkheid over de vraag hoe moet worden omgegaan met ontnemingszaken waarin de strafbare feiten voor 1 maart 1993 zijn gepleegd, maar waarin de ontnemingsuitspraak onherroepelijk werd na 1 september 2003.

van de vervangende hechtenis van toepassing blijft voor ‘veroordelingen’ die reeds onherroepelijk waren.

Deze overgangsbepaling was echter niet geheel duidelijk, aangezien verschillend kon worden gedacht over wat de minister bedoelde met ‘veroordelingen’. Deze term zou immers kunnen duiden op de veroordeling in de onderliggende strafzaak of op de ontnemingsuitspraak waarbij de vervangende hechtenis werd bevolen. De laatstgenoemde interpretatie was de meest voor de hand liggende.⁴³ Dat zou betekenen dat in alle ontnemingsuitspraken van na 1 september 2003 geen vervangende hechtenis mocht worden bevolen. In de zaken waarin voor 1 september 2003 (onherroepelijk) was beslist zou de vervangende hechtenis moeten zijn bevolen en kon deze ook nog ten uitvoer worden gelegd, conform de door de minister geformuleerde overgangsbepaling.

De Hoge Raad gaf al snel duidelijkheid over hoe de overgangsbepaling moest worden geïnterpreteerd. In zijn arrest van 7 oktober 2003, 37 dagen na inwerkingtreding van de wet, formuleert de Hoge Raad vier regels op basis van de overgangsbepaling.⁴⁴ De Hoge Raad bepaalde dat:

- (i) in alle uitspraken in ontnemingszaken die worden gewezen na 1 september 2003 geen vervangende hechtenis meer mag worden bevolen. In het geval het een zaak bij een gerechtshof of de Hoge Raad betreft, moet de uitspraak van de lagere rechter ambtshalve worden vernietigd voor zover daarbij vervangende hechtenis is bevolen;
- (ii) als de ontnemingsuitspraak voor 1 september 2003 onherroepelijk is geworden, de regeling van de vervangende hechtenis van toepassing blijft: er kan voor deze zaken geen lijfswang worden verleend en de bevolen vervangende hechtenis moet ten uitvoer worden gelegd;
- (iii) in ontnemingsuitspraken die voor 1 september 2003 zijn gewezen maar daarna onherroepelijk (zijn ge)worden, de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis achterwege blijft. Het Openbaar Ministerie kan dan verlof tot tenuitvoerlegging van strafvorderlijke lijfswang vorderen op grond van artikel 577c Sv;
- (iv) als in een ontnemingsuitspraak die wordt gewezen op of na 1 september 2003 (ten onrechte, zie regel i) vervangende hechtenis wordt bevolen of een dergelijk bevel in stand is gehouden, deze desondanks niet ten uitvoer wordt gelegd. Ook in dit geval kan het Openbaar Ministerie een lijfswangvordering indienen.

Hiermee is duidelijk gekozen voor een ‘harde knip’: bij alle ontnemingsuitspraken die vóór 1 september 2003 onherroepelijk zijn geworden mag vervangende hechtenis worden bevolen en (eventueel) worden toegepast. In alle uitspraken die na die datum onherroepelijk worden mag geen vervangende hechtenis meer worden bevolen. Ook als dat ten onrechte toch gebeurt, mag die hechtenis niet ten uitvoer worden gelegd. De Hoge Raad heeft deze jurisprudentie in latere

43 M.J. Borgers, Over strafvorderlijke lijfswang, de rechter als wetgever-plaatsvervanger en overruling van onherroepelijke uitspraken, *NJB* 2004, p. 120.

44 HR 7 oktober 2003, *NJ* 2004, 573, m.nt. Schalken, r.o. 5.5. Zie ook Borgers 2004, p. 120-121.

uitspraken bevestigd en toegepast, door ambtshalve te casseren indien toch vervangende hechtenis was bevolen.⁴⁵

Borgers heeft kritiek geuit op het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 2003.⁴⁶ Hij constateert dat de Hoge Raad eigenlijk geen motivering geeft voor de kordate introductie van de vier genoemde regels. Daarom heeft de Hoge Raad eigenlijk een ‘decreet-achtig’ arrest gewezen. Bovendien hebben de derde en vierde regel geen betrekking op een beslissing die rechters nog moeten nemen in een nog te wijzen ontnemingszaak, maar behelzen zij een verbod om al bevolen vervangende hechtenis ten uitvoer te leggen. Daarmee worden uitspraken waarbij ten onrechte vervangende hechtenis wordt toegepast bij voorbaat met terugwerkende kracht gecorrigeerd. Borgers meent dat de Hoge Raad daardoor vooral als ‘wetgever-plaatsvervanger’ heeft opgetreden. Die vergaande opvatting van de rechtsvormende taak had naar de mening van Borgers mogen worden geëxpliciteerd en gemotiveerd.

5 Vrijheidsbeneming in geval van ontnemingszaken gebaseerd op feiten van voor 1 maart 1993

Met de hierboven besproken uitspraak van de Hoge Raad was een duidelijk stelsel geformuleerd om te bepalen of de wetgeving van vóór of na 1 september 2003 moest worden toegepast. Maar daarmee waren nog niet alle vragen beantwoord. Met de genoemde overgangsbepaling uit 2003 en de interpretatie daarvan door de Hoge Raad was de vraag opengebleven hoe de rechter zou moeten omgaan met zaken waarin strafbare feiten van voor 1 maart 1993 aanleiding hadden gegeven tot oplegging van de ontnemingsmaatregel, maar waarin die ontnemingsmaatregel na 1 september 2003 onherroepelijk werd. Noch de overgangsbepaling, noch het arrest van de Hoge Raad bevat voor die zaken een regeling. Voor 1 maart 1993 kon de rechter bij oplegging van de ontnemingsmaatregel ook vervangende hechtenis bevelen, maar kon deze maximaal zes maanden duren. In meerdere zaken waarin werd ontnomen naar aanleiding van feiten die voor 1 maart 1993 waren gepleegd, werd daarom een beroep gedaan op het verbod van retrospectieve strafoplegging, waarbij werd betoogd dat de lijfswang een zwaardere ‘straf’ is dan zijn voorganger. De lijfswang kan immers voor drie jaar worden opgelegd. Daarbij werd primair aangevoerd dat dit betekent dat het lijfswangverlof niet mocht worden verleend

45 Zie bijvoorbeeld HR 14 oktober 2003, *LJN* AF8048, HR 14 oktober 2003, *NJ* 2004, 588, HR 11 november 2003, *LJN* AL6190. Toch gaat het ook wel eens mis. Zo betreft de uitspraak van het Hof Amsterdam van 21 februari 2008 een veroordeelde die ten onrechte een tijd in vervangende hechtenis had doorgebracht, terwijl de ontnemingszaak na 1 september 2003 onherroepelijk was geworden. Het Openbaar Ministerie meende in die zaak (ten onrechte) dat de zaak reeds voor die datum onherroepelijk was geworden. In hoger beroep op een kort geding-zaak heeft het hof in die zaak bepaald dat het hier ging om een fout van het Openbaar Ministerie en dat de ondergane vervangende hechtenis moet worden verrekend met of moeten worden beschouwd als ten uitvoer gelegd als lijfswang, zie Hof Amsterdam 21 februari 2008, *JOW* 2009, 13.

46 Borgers 2004, m.n. p. 121-123.

en subsidiair dat dit met zich bracht dat de lijfswang voor maximaal zes maanden kon worden toegekend.

5.1 HR 24 april 2007, NJ 2007, 265

De eerste zaak waarin de Hoge Raad werd geconfronteerd met een verweer dat onverkorte toepassing van lijfswang op ontnemingszaken op basis van feiten gepleegd vóór 1 maart 1993 in strijd zou zijn met het verbod van retrospectieve strafoplegging, was de ontnemingszaak tegen drugshandelaar Charles Z. In deze zaak hanteert de Hoge Raad een strikte scheiding tussen de afschaffing van de vervangende hechtenis enerzijds en de invoering van de lijfswang anderzijds. De invoering van lijfswang is, zoals al bleek uit de genoemde overgangsbepaling, een verandering van formeel recht, die daarom wordt beheerst door artikel 1 Sv en de onmiddellijke werking. De invoering van artikel 577c Sv kan daarom direct worden toegepast, ook in geval van ontneming naar aanleiding van feiten gepleegd vóór 1 maart 1993.⁴⁷ Het vervallen van de vervangende hechtenis wordt, zo overweegt ook de Hoge Raad, geregeerd door artikel 1 lid 2 Sr. Hiervoor moet dus de voor betrokkene gunstigste bepaling worden toegepast. De Hoge Raad overweegt dat dit de regeling is van na 1 september 2003. Immers, na die datum kon geen vervangende hechtenis meer worden bevolen. In het oordeel of er sprake is van een ‘gunstiger’ regeling neemt de Hoge Raad de invoering van de lijfswang dus niet mee, aangezien artikel 1 lid 2 Sr niet van toepassing is op die invoering. De Hoge Raad oordeelt daarom dat een veroordeelde aan artikel 1 Sr niet de verwachting kan ontleen dat voor feiten die gepleegd zijn voor 1 september 2003, de regeling van de vervangende hechtenis dient te gelden.⁴⁸

Omdat in die zaak (nog) geen lijfswang was gevorderd, kwam de Hoge Raad niet toe aan de vraag of lijfswang kan worden aangemerkt als een ‘penalty’, laat staan als een ‘heavier penalty’.⁴⁹ Daarmee negeerde de Hoge Raad de aansporing van advocaat-generaal Knigge om op dit punt duidelijkheid te scheppen. Knigge pleitte voor deze verduidelijking omdat voor de veroordeelde geen beroep openstaat tegen een beslissing op een vordering tot verlof tot tenuitvoerlegging van lijfswang.⁵⁰ Een veroordeelde zal dus nooit in cassatie kunnen klagen over een mogelijk in strijd met artikel 7 EVRM verleend lijfswangverlof. Knigge toetst in zijn conclusie de Nederlandse lijfswang wel aan het ‘penalty’-begrip van artikel 7 EVRM, zoals dat door het EHRM is uitgewerkt in de Welch- en Jamil-zaken.⁵¹ Hij vergelijkt de Nederlandse lijfswang met de Franse ‘contrainte par corps’, die door het EHRM werd aangemerkt als

47 HR 24 april 2007, NJ 2007, 265, r.o. 4.3 en de conclusie van advocaat-generaal Knigge, punt 65-66.

48 HR 24 april 2007, NJ 2007, 265, r.o. 4.4, conform de conclusie van Knigge, punt 65-66, die daarbij anders dan de Hoge Raad expliciet stelt dat dit volgt uit de in paragraaf 4 genoemde passage uit de wetsgeschiedenis.

49 HR 24 april 2007, NJ 2007, 265, r.o. 4.5.

50 Dit volgt uit artikel 445 Sv.

51 Conclusie advocaat-generaal Knigge voor HR 24 april 2007, NJ 2007, 265, punt 67-72.

een ‘penalty’. Hij komt tot de conclusie dat de Nederlandse regeling van de strafvorderlijke lijfswang op grond van deze jurisprudentie onder het ‘penalty’-begrip van artikel 7 EVRM valt. Hij concludeert daarom dat onverkorte toepassing van artikel 577c Sv op ontneming voor feiten gepleegd voor 1 maart 1993 in strijd zou zijn met artikel 7 EVRM, omdat de maximumduur van de lijfswang de maximumduur van de toen geldende vervangende hechtenis ver overschrijdt. Hij stelt dat een verdragsconforme interpretatie meebrengt dat de lijfswang wel wordt toegepast, zij het voor de maximale duur van zes maanden: de maximale termijn van de vervangende hechtenis voor 1 maart 1993.

5.2 HR 9 november 2010, NJ 2010, 614

In een latere, vergelijkbare zaak heeft het Gerechtshof Den Bosch de door Knigge aangedragen oplossing toegepast.⁵² In deze zaak was op grond van de wetgeving zoals die gold voor 1 maart 1993 een ontnemingsmaatregel opgelegd waarbij vervangende hechtenis van 180 dagen was bevolen. Het ontnemingsarrest werd, na verwerping van een cassatieberoep, op 2 september 2003 onherroepelijk. Daarom kon de vervangende hechtenis conform de uitspraak van de Hoge Raad van 7 oktober 2003 niet worden toegepast, maar diende de advocaat-generaal een lijfswangvordering in bij het gerechtshof. Het hof overwoog op grond van de EHRM-jurisprudentie, met name de Jamil-zaak, dat lijfswang moet worden beschouwd als een ‘penalty’ in de zin van artikel 7 EVRM. Anders dan de verdediging primair had aangevoerd, betekent dit volgens het hof evenwel niet dat geen lijfswang kon worden opgelegd. Het hof motiveert daartoe:

‘Zowel bij vervangende hechtenis als bij lijfswang gaat het om vrijheidsbeneming. Het al dan niet blijven voortbestaan van een betalingsverplichting doet aan de zwaarte van deze vrijheidsbeneming niet af.’

Het hof ging vervolgens wel mee met het subsidiaire betoog van de verdediging: de vaststelling dat de lijfswang een ‘penalty’ is brengt, gelet op artikel 1 lid 2 Sr, met zich dat de duur van de lijfswang niet langer kan zijn dan de maximumduur van de vrijheidsbeneming zoals die gold ten tijde van het strafbare feit: zes maanden.

Het Openbaar Ministerie tekende beroep in cassatie aan tegen deze beslissing. Het was het niet eens met het aantal afgegeven lijfswangdagen. In cassatie klaagde het Openbaar Ministerie over het feit dat het hof had geoordeeld dat de lijfswang moet worden beschouwd als een ‘penalty’ in de zin van artikel 7 EVRM, en dat het de duur van de lijfswang had vastgesteld met toepassing van artikel 1 lid 2 Sr. Advocaat-generaal Hofstee wijdde, net als Knigge eerder deed, een uitgebreide conclusie aan deze twee onderwerpen. Hij

52 Hof Den Bosch 14 april 2008, *NJFS* 2008, 134. Zie ook Hof Den Bosch 14 april 2008, *LJN* BD0932.

onderzocht ten eerste of de strafvorderlijke lijfswang (conform het oordeel van het hof) moet worden aangemerkt als een ‘penalty’ in de zin van artikel 7 EVRM.⁵³ Hofstee legde, net als Knigge, de strafvorderlijke lijfswang langs de meetlat van de eisen die het EHRM aan het ‘penalty’-begrip stelt. Hofstee concludeerde dat de lijfswang als een ‘penalty’ moet worden aangemerkt. Ook hij meende dat dit met zich brengt dat de lijfswang is onderworpen aan het regime van artikel 1 lid 2 Sr, zodat de duur van de vrijheidsbeneming niet langer kan zijn dan die welke gold ten tijde van het plegen van de feiten.⁵⁴

De Hoge Raad beantwoordde de opgeworpen vragen in eerste instantie niet. Hij oordeelde dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk was, aangezien het in cassatie alleen kan klagen over niet toegewezen vorderingen tot verlof tot tenuitvoerlegging van lijfswang, niet over het aantal afgegeven dagen.⁵⁵ De Hoge Raad kwam dus opnieuw niet toe aan een inhoudelijke toets van het verbod van retrospectieve strafoplegging.

5.3 HR 20 december 2011, NJ 2012, 237

Omdat hij meent dat de beantwoording van de opgeworpen vragen (of de lijfswang als een ‘penalty’ dient te gelden en, zo ja, wat daarvan het gevolg zou zijn voor zaken waarin feiten van vóór 1 maart 1993 aanleiding gaven tot ontneming, maar waarin de ontnemingsuitspraak onherroepelijk is geworden na 1 september 2003) in het belang van de rechtseenheid en/of de rechtsontwikkeling is, stelt advocaat-generaal Hofstee cassatie in het belang der wet in, om zo de Hoge Raad te dwingen tot een inhoudelijk oordeel. In zijn vordering neemt hij daartoe de tegengestelde positie in ten opzichte van zijn eerdere conclusie. Hij betoogt dat er ook argumenten zijn die pleiten tegen het oordeel van het gerechtshof dat de lijfswang als een ‘penalty’ moet worden aangemerkt. Hij sluit daartoe aan bij het cassatiemiddel van de plaatsvervangend advocaat-generaal bij het gerechtshof.⁵⁶ Enkele kenmerken van de strafvorderlijke lijfswang zouden moeten leiden tot de conclusie dat deze niet moet worden aangemerkt als een ‘penalty’. Zo is de lijfswang destijds ingevoerd als een executiemaatregel met een civielrechtelijk karakter,⁵⁷ naar de bedoeling van de wetgever te verstaan als een maatregel en niet als een straf, en vormt het geen onderdeel van een veroordelend strafvonnis of een ontnemingsbeslissing. Bovendien vervult de lijfswang primair een dwingende en geen afschrikwek-

53 Conclusie advocaat-generaal Hofstee voor HR 9 november 2010, *LJN* BL1706, *NJ* 2010, 614, punt 20-43 (in de *NJ*-versie van het arrest is de conclusie niet opgenomen).

54 Conclusie advocaat-generaal Hofstee voor HR 9 november 2010, *LJN* BL1706, *NJ* 2010, 614, punt 44-57.

55 HR 9 november 2010, *NJ* 2010, 614, r.o. 3.3 en 3.4.

56 Vordering tot cassatie in het belang der wet van advocaat-generaal Hofstee voor HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, punt 7-12.

57 Dit argument wordt door Hofstee weersproken in zijn conclusie voor HR 9 november 2010, *LJN* BL1706, *NJ* 2010, 614, waarbij hij er – mijns inziens terecht – op wijst dat dit slechts het oorspronkelijke voorstel was. Op advies van de Raad van State is de lijfswang uiteindelijk vormgegeven als een strafvorderlijk dwangmiddel.

kende functie. Tot slot betoogt Hofstee dat de lijfswang vooral reparatoir en niet retributief van aard is. Gezien deze twijfel over het punitieve karakter van de lijfswang en ook over de toepasselijkheid van artikel 1 lid 2 Sr, acht Hofstee het in het belang van de rechtseenheid en/of de rechtsontwikkeling dat de Hoge Raad hierover duidelijkheid verschaft.

De Hoge Raad doet uitspraak op 20 december 2011.⁵⁸ Hij begint met een uiteenzetting van het wettelijk en verdragsrechtelijk kader, waarin de relevante wetsartikelen en de memorie van toelichting worden genoemd, en waarin de relevante passages uit de Welch- en Jamil-zaken worden geciteerd. Vervolgens bespreekt de Hoge Raad de eerste klacht: dat de lijfswang onterecht als een 'penalty' is aangemerkt.⁵⁹ Hij zoekt daarvoor aansluiting bij de gezichtspunten die blijken uit de jurisprudentie van het EHRM bij artikel 7 EVRM: de nationale benaming (die niet doorslaggevend is gezien de autonome betekenis van het verdragsrechtelijk 'penalty'-begrip), of de oplegging volgt op een veroordeling ter zake van een strafbaar feit, de punitieve aspecten zoals die blijken uit de aard en de strekking van de maatregel, de procedure van oplegging en tenuitvoerlegging en de zwaarte van de maatregel. De Hoge Raad legt de strafvorderlijke lijfswang langs de lat van deze toetspunten.

Wat betreft de nationale benaming wijst de Raad erop dat in de wet is bepaald dat de lijfswang geldt als een maatregel (artikel 36e lid 10 Sr). Uit de wetgeschiedenis blijkt dat is gekozen voor een 'eigensoortig strafvorderlijk dwangmiddel'. De noodzaak van deze maatregel is gebaseerd op de grond dat er een mogelijkheid moet zijn van 'vrijheidsbeneming als aanvullend pressiemiddel.' Vervolgens komen enkele kenmerken van de lijfswang en de procedure voor oplegging daarvan aan bod die kunnen wijzen op een mogelijke classificatie als 'penalty'. Zo geldt de lijfswang als een maatregel van strafrechtelijke aard, is deze in de plaats gekomen van de als straf geldende vervangende hechtenis, en kan de lijfswang alleen worden opgelegd na een veroordeling van een strafbaar feit en een ontnemingsprocedure. Bovendien geldt de ontnemingsmaatregel zelf ook als een 'penalty' in de zin van artikel 7 EVRM. De lijfswang en de lijfswangprocedure zijn voorts geïncorporeerd in de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering en het verlot tot toepassing van lijfswang wordt verleend door de strafrechter in raadkamerzitting op vordering van het Openbaar Ministerie, dat ook belast is met de tenuitvoerlegging van de maatregel. Tot slot wijst de Hoge Raad op de maximale duur van de lijfswang, die een 'aanzienlijke periode' belooft.⁶⁰

Aan de andere kant heeft de lijfswang ook aspecten die steun kunnen bieden aan de opvatting dat de lijfswang niet een zodanig punitief karakter heeft dat die als een 'penalty' heeft te gelden. De wetgever heeft de lijfswang immers bedoeld als een pressiemiddel voor de nakoming van de uit de ontnemingsmaatregel voortvloeiende betalingsverplichting. De maatregel is volgens de Hoge

58 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, m.nt. PMe.

59 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, r.o. 5.2-5.5.

60 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, r.o. 5.3.1 en 5.3.2.

Raad ‘dus niet, althans niet primair als afschrikwekkend bedoeld’. Bovendien maakt de lijfswang geen deel uit van de in de ontnemingsprocedure genomen beslissing, maar komt zij pas aan de orde in de executiefase. Tot slot wordt de lijfswang in artikel 36e Sr expliciet aangeduid als ‘maatregel’, en dus niet als een straf.⁶¹

De Hoge Raad komt, ‘alles overwegende’ tot de conclusie dat de lijfswang toch dient te gelden als een ‘penalty’ in de zin van artikel 7 lid 1 EVRM.⁶² Hij overweegt dat de geschetste inkadering in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering, met als vertrekpunt een veroordeling ter zake van een strafbaar feit, en de langdurige periode waarvoor de lijfswang kan worden opgelegd, de maatregel een zodanig punitief karakter geven dat zij als een ‘penalty’ moet worden aangemerkt. Daaraan doet volgens de Hoge Raad niet af dat lijfswang in de wet is aangemerkt als een maatregel. Het ‘penalty’-begrip moet immers autonoom worden uitgelegd.

De inkadering in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering, het vertrekpunt van de veroordeling en de maximumduur zijn voor de Hoge Raad dus doorslaggevend. De Hoge Raad zoekt met de genoemde argumenten aansluiting bij het door het EHRM genoemde ‘starting-point’ van een veroordeling voor een strafbaar feit, en voor wat betreft de genoemde inkadering bij de ‘characterization of the measure under national law’ en de ‘procedures involved in the implementation of the measure’. De maximumduur van de lijfswang kan worden ondergebracht bij het EHRM-criterium van ‘severity’. De factoren ‘nature and purpose’ worden daarmee niet van doorslaggevende aard geacht.

Na de vaststelling dat de lijfswang als een ‘penalty’ dient te gelden, onderzoekt de Hoge Raad of die vaststelling met zich brengt dat de vrijheidsbeperking *in casu* inderdaad niet langer kan duren dan zes maanden.⁶³ De Raad begint met vast te stellen dat in deze zaak terecht lijfswang is gevorderd, aangezien de ontnemingsuitspraak onherroepelijk is geworden na 1 september 2003. Vervolgens wordt de relevante overweging uit het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2011 herhaald.⁶⁴ De Hoge Raad had in dat arrest, zoals opgemerkt in paragraaf 2, vastgesteld dat regels met betrekking tot sanctieoplegging ten gunste van de verdachte altijd directe werking hebben. Daarvoor is, sinds dat arrest, niet meer vereist dat er sprake is van een gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid. De omslag die de Raad in dat arrest maakte brengt, in combinatie met de vaststelling dat lijfswang een ‘penalty’ in de zin van artikel 7 EVRM is, voor het onderhavige geval met zich ‘dat het toepasselijke overgangsrecht in die zin moet worden uitgelegd dat de duur van de lijfswang waarvoor verlov wordt verleend niet meer dan zes maanden kon

61 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, r.o. 5.3.3.

62 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, r.o. 5.4.

63 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, r.o. 5.6-5.9.

64 HR 12 juli 2011, *NJ* 2012, 78, m.nt. Keijzer.

bedragen.’ Het oordeel van het hof is daarom, naar het oordeel van de Hoge Raad, juist.⁶⁵

Hiermee heeft de Hoge Raad de, ook door Knigge (voor HR 24 april 2007, *NJ*2007, 265) aangedragen, verdragsconforme oplossing voor het probleem van het hof geaccepteerd. Aangezien de regeling van de vervangende hechtenis van vóór 1 maart 1993 gunstiger voor de betrokkene was dan de regeling van de lijfswang, kon die laatste regeling niet voluit worden toegepast indien de strafbare feiten voor 1 maart 1993 waren gepleegd. Maar gezien het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 2003 kon de vervangende hechtenis niet meer worden bevolen. De enige weg uit dat probleem zonder tegen zijn eerdere arrest in te gaan, was om te oordelen dat de lijfswang wel moest worden toegepast, maar met inachtneming van de maximumtermijn van de vervangende hechtenis van voor 1 maart 1993.

6 Kritiek op de rechtspraak van de Hoge Raad

De bovengenoemde jurisprudentie vormt aanleiding voor enkele kritische kanttekeningen. Zo kan de argumentkeuze van de Hoge Raad worden bekritiseerd (paragraaf 6.1) en kan worden betwijfeld of de strikte scheiding tussen de als wijziging van formeel recht bestempelde invoering van lijfswang enerzijds en de materieelrechtelijke afschaffing van vervangende hechtenis anderzijds wel stand kan houden (paragraaf 6.2). Ook valt het op dat in de rechtspraak van de Hoge Raad alleen wordt gekeken naar de duur van de mogelijke vrijheidsbeperking en niet naar andere, mogelijk verzwarende eigenschappen van de lijfswang (paragraaf 6.3).

6.1 Lijfswang niet afschrikwekkend

Zoals gezien oordeelde de Hoge Raad dat de lijfswang ‘niet, althans niet primair’ afschrikwekkend is bedoeld, omdat de wetgever die als een pressiemid-

⁶⁵ De verwijzing die de Hoge Raad maakt naar zijn oordeel van 12 juli 2011 wekt op het eerste gezicht enige verbazing. De overweging van de Hoge Raad in die zaak betrof namelijk een omgekeerde situatie, waarin eerst een zwaardere sanctie gold die later werd vervangen door een gunstigere sanctie, de situatie waar het *lex mitior*-beginsel op van toepassing is. In dat geval moet de betrokkene, zo overwoog het EHRM in de Scoppola-zaak en de Hoge Raad op 12 juli 2011, kunnen profiteren van die wijziging ten gunste. In de voorliggende zaak in *NJ* 2012, 237 ging het echter om een wetswijziging die juist ongunstiger is voor de veroordeelde. De lijfswang van maximaal drie jaar is qua maximumduur immers minder gunstig dan de vervangende hechtenis van zes maanden. Het gaat hier dus om een geval dat ook vóór het Scoppola-arrest en het oordeel van de Hoge Raad op 12 juli 2011 onder artikel 7 EVRM zou zijn gevallen: het betreft hier het verbod van terugwerkende kracht van zwaardere sancties. De verwijzing van de Hoge Raad is waarschijnlijk hierdoor ingegeven dat de Hoge Raad in zijn arrest van 12 juli 2011 (*NJ* 2012, 78) heeft bepaald dat wijzigingen moeten worden toegepast ‘indien en voor zover die verandering in de voorliggende zaak ten gunste van de verdachte werkt’. Dat betekent, zo benadrukt ook Mevis in zijn annotatie onder *NJ* 2012, 237 (punt 7), dat de rechter ook het nieuwe recht kan toepassen voor zover hij daarin maar gevolg geeft aan de voor de burger gunstigere sanctie. In dit geval betekende dit dat de lijfswang kon worden toegepast met inachtneming van de maximumduur zoals die gold voor de vervangende hechtenis tot 1 maart 1993.

del ter nakoming van de betalingsverplichting zag.⁶⁶ Naar mijn mening kan dat oordeel in twijfel worden getrokken.⁶⁷ De lijfswang is inderdaad niet direct afschrikwekkend bedoeld in de zin dat ermee wordt gepoogd mensen af te houden van het plegen van strafbare feiten, maar hij is wel afschrikwekkend bedoeld ter voorkoming van mogelijke wanbetaling. De ratio van een pressiemiddel is dat door met iets ingrijpends te dreigen wordt beoogd iemand iets (niet) te laten doen. In de tenuitvoerleggingsfase van de ontnemingsmaatregel wordt bovendien regelmatig gedreigd met lijfswang, zodat deze in die tenuitvoerlegging een afschrikwekkende rol speelt voor potentiële wanbetalers.

6.2 Invoering van lijfswang als wijziging van formeel recht

De geldigheid van de kwalificatie van de invoering van de lijfswang als een wijziging van formeel recht kan worden betwijfeld. De minister poneert die kwalificatie in de nota naar aanleiding van het verslag, maar onderbouwt die niet. De Hoge Raad volgt de minister in zijn arresten, zie zijn uitspraak van 24 april 2007.⁶⁸ Dit onderscheid tussen de invoering van de lijfswang enerzijds en de afschaffing van de vervangende hechtenis anderzijds heeft ertoe geleid dat de Hoge Raad pas na kwalificatie van de lijfswang als een ‘penalty’ in de zin van artikel 7 EVRM kon oordelen dat die in het relevante geval niet langer dan zes maanden mocht duren.

Naar mijn mening kan het echter sterk worden betwijfeld of de kwalificatie van de invoering van de lijfswang als een wijziging van formeel recht wel een juiste is. Hoewel de regeling van de lijfswang in het Wetboek van Strafvordering is neergelegd, bepaalt artikel 36e lid 10 Sr dat deze als een maatregel dient te gelden. Ook het feit dat de lijfswang ten uitvoer wordt gelegd in de tenuitvoerleggingsfase van de ontnemingsmaatregel kan die kwalificatie als een wijziging van formeel recht niet rechtvaardigen. Datzelfde gold immers voor de vervangende hechtenis. De omstandigheid dat lijfswangverlof pas in die fase door de rechter wordt verleend doet daaraan niet af; dat verandert het karakter van de vrijheidsbeneming immers niet. De vormen van vrijheidsbeneming zijn qua karakter grotendeels dezelfde, alleen de voorwaarden voor toepassing, de maximumduur en de invloed op de betalingsverplichting verschillen.⁶⁹

66 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, r.o. 5.3.3.

67 Zie Knigge in zijn conclusie voor HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 265, punt 69. Knigge meent dat de lijfswang ‘is intended to be deterrent’, waarbij hij wijst op het feit dat in de Jamil-zaak van het EHRM zo goed als beslissend voor de kwalificatie als ‘intended to be deterrent’ lijkt te zijn geweest dat de sanctie ‘following conviction’ werd opgelegd en dat de sanctie een grote ‘severity’ had. Beide punten gelden ook voor de Nederlandse lijfswang. Ook wordt de Nederlandse lijfswang evenals de Franse ‘contrainte par corps’ opgelegd ‘in a criminal context’ en door een ‘criminal court’. Knigge wijst ten slotte op de nadruk die in de parlementaire geschiedenis bij de invoering van de lijfswang werd gelegd op het feit dat de nieuwe lijfswang lang niet altijd gunstiger voor de veroordeelde werkt (zie paragraaf 6.3).

68 HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 265.

69 Zie ook Hof Amsterdam 21 februari 2008, *JOW* 2009, 13 en Voorzieningenrechter Den Haag 5 juli 2011, *NJFS* 2011, 224. In deze twee kort geding-zaken zagen het hof en de voorzieningenrechter geen wezenlijk verschil tussen beide vormen van vrijheidsbeneming.

Door artikel 1 lid 2 Sr niet van toepassing te verklaren op de invoering van de lijfswang kon alleen door middel van artikel 7 EVRM het verbod van terugwerkende kracht in stelling worden gebracht. Het ‘penalty’-begrip van artikel 7 EVRM wordt immers autonoom uitgelegd en kan, zoals hier is gebeurd, door dergelijke onderscheiden ‘heen breken’. Dat had, gezien de mogelijke kritiek op de kwalificatie van de invoering van de lijfswang als een wijziging van formeel recht, niet hoeven. Als de Hoge Raad die invoering onder het materieelrechtelijk legaliteitsbeginsel had geschaard, had ook het nationale, materieelrechtelijke overgangsrecht oplossing kunnen bieden. Ook annotator Mevis heeft zich verbaasd over het feit dat de Hoge Raad de lijfswang alleen door middel van het EVRM bij het verbod van terugwerkende kracht kon onderbrengen. Hij vroeg zich af: ‘Is die lijfswang dan niet, ook zonder het EVRM, voldoende evident materieel-strafrechtelijk genoeg om het (nationaal) materieel-strafrechtelijk overgangsrecht van toepassing te achten, iets waar de A-G in zijn onderbouwing van de vordering CAW ook al op aan koerst?’⁷⁰

De Hoge Raad heeft de kwalificatie van de invoering van de lijfswang als een wijziging van formeel recht vermoedelijk in stand gehouden omdat hij niet expliciet tegen de mening van de minister, die deze kwalificatie immers had geïntroduceerd in de parlementaire geschiedenis, in wilde gaan. Daarmee accepteerde de Hoge Raad wel dat niet het nationale recht, maar alleen het EVRM-recht daadwerkelijke rechtsbescherming kon bieden met betrekking tot de overgangsregeling. Had de Hoge Raad, los van het oordeel van de minister, zelf een ander oordeel gevormd over de kwalificatie van de invoering van de lijfswang, dan had het nationaalrechtelijke overgangsrecht zelfstandig van betekenis kunnen zijn. Om met Mevis te spreken: alle zegen blijkt uit Straatsburg te moeten komen.⁷¹

6.3 Alleen gekeken naar de duur van de vrijheidsbeperking

Bovendien valt op dat het Gerechtshof Den Bosch⁷² en de Hoge Raad⁷³ bij de beoordeling van welk van de regelingen voor de betrokkene het gunstigst is, alleen aandacht besteden aan de maximumduur van de vrijheidsbeneming. Die bewoording ‘het gunstigst werkt’ lijkt echter een ruimere vergelijking te impliceren dan alleen een vergelijking van de maximale duur. Dat erkent ook de minister, voor wie het ook niet eenduidig was of de lijfswang voor de veroordeelde nu gunstiger was of juist niet:

‘Het is de vraag of door de invoering van lijfswang in zijn algemeenheid kan worden gezegd dat door toepassing van deze bepaling de veroordeelde in een gunstiger positie komt te verkeren. De maximale subsidiaire vrijheidsbeneming wordt weliswaar verminderd, *maar daar staat tegenover dat de betalingsverplichting in*

70 Annotatie P.A.M. Mevis onder HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, punt 9.

71 Idem.

72 Hof Den Bosch 14 april 2008, *NJFS* 2008, 134 en Hof Den Bosch 14 april 2008, *LJN* BD0932.

73 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237.

stand blijft en daarmee ook langer opeisbaar is. In theorie is mogelijk dat indien betrokkene na ommekomst van 5 of 10 jaar plotseling vermogen toevloeit (b.v. door middel van een erfenis of een loterij) en weigerachtig is te betalen, een vordering tot lijfswang zou worden ingediend.⁷⁴

De door mij gecursiveerde factor wordt door de wetgever juist expliciet gebruikt om aan te geven dat de lijfswang een soort verzwaring met zich brengt ten opzichte van de vervangende hechtenis. Het valt dan op dat deze factor door de rechter niet wordt meegewogen. Dat had in deze zaak overigens niet tot een andere uitkomst geleid. Deze factor wijst er namelijk op dat de lijfswang minder gunstig is voor de veroordeelde, maar de Hoge Raad kon al tot die conclusie komen door alleen naar de maximumduur te kijken. De lijfswang werd immers vergeleken met de vervangende hechtenis zoals die van toepassing was vóór 1 maart 1993.

7 De invulling van de verantwoordelijkheden bij de wijziging van strafrecht

Door een overgangsbepaling op te stellen die zowel onduidelijk (voor wat betreft feiten tussen 1 maart 1993 en 1 september 2003) als onvolledig (er werd immers niets gezegd over zaken waarin de feiten voor 1 maart 1993 waren gepleegd) was, heeft de wetgever de verantwoordelijkheid voor gedegen overgangsrecht doorgeschoven naar de rechter. Dat doorschuiven kan in dit geval grote gevolgen hebben gehad. De invulling die de Hoge Raad vervolgens gaf aan zijn rechtsvormende taak (lees: de weigering om gevolg te geven aan de aansporing van de advocaat-generaal om ambtshalve duidelijkheid te scheppen) in combinatie met de beperkte beroepsmogelijkheden voor veroordeelden hebben ertoe geleid dat er gedurende zeven jaar rechtsonzekerheid heeft bestaan, die op zijn beurt weer onrechtmatig lange vrijheidsberoving tot gevolg kan hebben gehad.

Dit laat zich illustreren aan de hand van de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 24 april 2007.⁷⁵ In die zaak had, nadat de ontnemingsuitspraak onherroepelijk was geworden, namelijk lijfswang kunnen worden verleend voor een duur van meer dan zes maanden, aangezien de vervangende hechtenis niet meer ten uitvoer kon worden gelegd. De veroordeelde had tegen een dergelijke lijfswangbeschikking niet in beroep kunnen gaan en ook het Openbaar Ministerie had dat niet gekund, gezien de uitspraak van de Hoge Raad op 9 november 2010.⁷⁶ Later was dan gebleken dat die lijfswang volgens de Hoge Raad op grond van artikel 7 EVRM onrechtmatig lang was geweest. De strafbare feiten waren immers gepleegd vóór 1 maart 1993.

Op die manier heeft er tussen 1 september 2003 en 20 december 2011 rechtsonzekerheid bestaan: onduidelijk was of de strafvorderlijke lijfswang als

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 079, nr. 6, p. 11, mijn cursivering.

⁷⁵ HR 24 april 2007, *NJ* 2007, 265.

⁷⁶ HR 9 november 2010, *NJ* 2010, 614.

‘penalty’ in de zin artikel 7 EVRM diende te gelden en of die eventuele kwalificatie met zich bracht dat de duur van die lijfswang moet worden beperkt als het gaat om feiten van voor 1 maart 1993. Het is moeilijk te controleren, maar niet valt uit te sluiten dat er voor 20 december 2011 vergelijkbare zaken⁷⁷ zijn geweest waarin inderdaad lijfswangverlof is verleend voor meer dan zes maanden. Dat is des te wranger nu die lijfswang geen invloed heeft gehad op de betalingsverplichting. Waar deze (fictieve) veroordeelden ten tijde van het plegen van de strafbare feiten met zes maanden vervangende hechtenis van hun betalingsverplichting af waren geweest, hebben zij nu een onrechtmatig langere lijfswang uitgezeten terwijl dat geen enkele invloed op hun betalingsverplichting heeft gehad.

Een duidelijker en doortastender optredende wetgever had dergelijke onduidelijkheid en daarmee eventuele onrechtmatig lange lijfswang kunnen voorkomen. Maar ook de Hoge Raad had dit kunnen voorkomen door blijk te geven van een actievere opvatting van zijn rechtsvormende taak. De Hoge Raad had Knigges aansporing kunnen volgen en ambtshalve duidelijkheid kunnen scheppen. In plaats daarvan werd er pas na cassatie in het belang der wet, zeven jaar na de invoering van de lijfswang, duidelijkheid geschapen over de toepasbaarheid van lijfswang in deze zaken.

Hier zien we een groot verschil met hoe de Hoge Raad in 2003 met zijn rechtsvormende taak omging. De Raad nam toen een vergaande beslissing waarin werd geoordeeld over kwesties die in de concreet voorliggende zaak niet van toepassing waren. Drie van de vier geformuleerde regels in het arrest van 7 oktober 2003 waren in de destijds voorliggende zaak niet aan de orde.⁷⁸ De Raad ging zelfs zo ver dat hij onherroepelijke uitspraken aantastte. Hij besliste immers dat rechterlijke uitspraken die al onherroepelijk waren geworden niet ten uitvoer mochten worden gelegd voor zover het de vervangende hechtenis betrof.⁷⁹

In plaats van opnieuw zo rechtsvormend te werk te gaan, besloot de Hoge Raad zich in zijn arrest van 24 april 2007 te beperken tot de voorliggende zaak. Door die formele, ‘ontwijkende’⁸⁰ opstelling werd pas na een vordering tot cassatie in het belang der wet rechtszekerheid gecreëerd. Juist in zaken waarin een uitspraak van de Hoge Raad zulke directe gevolgen kan hebben voor de rechtspositie van burgers en er voor hen geen beroepsmogelijkheden zijn, zou de Hoge Raad niet terughoudend moeten zijn in de uitoefening van zijn rechtsvormende taak. Het is daarom te hopen dat de Hoge Raad zich in de toekomst juist in dergelijke zaken voortvarender zal opstellen en niet zal terugdeinzen om al in een vroeg stadium ambtshalve duidelijkheid te scheppen.

77 Waarin het gaat om feiten van voor 1 maart 1993 en een ontnemingsuitspraak die onherroepelijk is geworden na 1 maart 2003.

78 HR 7 oktober 2003, *NJ* 2004, 573, m.nt. Schalken.

79 Zie Borgers 2004, p. 122-123.

80 De term ‘ontwijkend’ ontleen ik aan De Hullu 2009, p. 88.

8 Verschuivende verantwoordelijkheden

Het besproken Scoppola-arrest en de implementatie daarvan door de Hoge Raad in zijn arrest van 12 juli 2011 hebben bovendien een verschuiving van verantwoordelijkheden voor gedegen overgang van strafwetgeving teweeggebracht. Vóór die arresten had de *lex mitior*-regel, anders dan het verbod van terugwerkende kracht van zwaardere sancties, alleen een nationaalrechtelijke basis in artikel 1 lid 2 Sr. Daarom kon met een overgangsbepaling, ook een wet in formele zin, worden afgeweken van de *lex mitior*-regel: de wetgever kon bij een wetwijziging waarbij een lichtere sanctie werd ingevoerd bepalen dat (tot een bepaalde datum) desondanks de zwaardere sanctie, zoals die gold ten tijde van het plegen van de feiten, moest worden toegepast. Van strijd met artikel 7 EVRM was dan geen sprake: de *lex mitior*-regel was daar nog geen onderdeel van en er was geen sprake van een ‘heavier penalty’ dan die gold ten tijde van het plegen van de feiten.

Nu het EHRM in het Scoppola-arrest heeft bepaald dat de *lex mitior*-regel een onderdeel is van artikel 7 EVRM, heeft die regel een nieuwe status: hij is nu een verdragsrecht dat in Nederland moet worden nageleefd en die op grond van artikel 94 van de Grondwet voorrang heeft boven nationaalrechtelijke bepalingen. Wijzigingen ten gunste van de veroordeelde moeten, voor zover zij sancties betreffen, altijd direct werken voor de veroordeelde. Daaraan mag niet meer de eis van een gewijzigd inzicht van de wetgever worden gesteld. Als de wetgever een bijzondere overgangsbepaling opstelt, zal hij moeten afwegen welk van de twee wettelijke stelsels het gunstigst werkt voor de veroordeelde, en die van toepassing verklaren.

Ook de rechter heeft nu een andere, sterkere verantwoordelijkheid bij de wijziging van sanctierecht. Hij zal, ook in geval van een overgangsbepaling van de wetgever, moeten toetsen welke sanctie ‘more lenient’ is en die moeten toepassen. Voor zover een overgangsbepaling toestaat dat ‘the more lenient law’ niet wordt toegepast, zal de rechter die bepaling buiten beschouwing moeten laten.⁸¹ De wetgever kan dus niet meer onverkort rechtszekerheid creëren bij wetwijzigingen aangaande de oplegging van sancties door een overgangsbepaling op te nemen waarin staat welk recht van toepassing is op welke situatie. Ook de kwalificatie van een wetwijziging als een wijziging van strafprocesrecht zal niet kunnen voorkomen dat de wijziging(en) word(t)(en) getoetst aan de *lex mitior*-regel: een dergelijk onderscheid kent het EHRM, met zijn autonome toets aan het ‘penalty’-begrip, niet.

Voor de besproken problematiek omtrent de invoering van de lijfswang heeft deze wijziging van de status van de *lex mitior*-regel overigens geen gevolgen. Voor zover het lijfswang in geval van feiten van voor 1 maart 1993 betreft, is het niet de *lex mitior*-regel die geldt, maar het verbod van retrospectieve toepassing van zwaardere sancties dat toepassing heeft gevonden in het arrest

81 HR 12 juli 2011, NJ 2012, 78, m.nt. Keijzer, r.o. 3.6.1.

van de Hoge Raad van 20 december 2011.⁸² Op de wetwijziging van 2003 is wel het gebod van terugwerkende kracht van gunstigere bepalingen van toepassing: de lijfswang kent een kortere maximumduur dan de vervangende hechtenis van zes jaar, zoals die gold tussen 1 maart 1993 en 1 september 2003. De zaken die op grond van die overgangsbepaling alsnog met vervangende hechtenis van zes jaar moesten worden afgedaan, waren alle al onherroepelijk berecht op het moment dat de gunstigere sanctie (de lijfswang van drie jaar) in het leven werd geroepen (1 september 2003). Daarom is het toepassen van een vervangende hechtenis van meer dan drie jaar voor die zaken, zoals toegestaan door de overgangsbepaling en het arrest van de Hoge Raad van 7 oktober 2003, niet in strijd met de in het Scoppola-arrest neergelegde *lex mitior*-regel.⁸³

Het Scoppola-arrest en het arrest van de Hoge Raad op 12 juli 2011 hebben de verantwoordelijkheden van de wetgever en de rechter op scherp gezet. In dit nieuwe systeem kan de rechter de wetgever immers beter controleren voor zover het het gebod van terugwerkende kracht van voor de burger gunstigere sancties betreft. Hierdoor kunnen zich vaker 'botsingen' voordoen tussen de wetgever en de rechter over de vraag welke regeling het gunstigst werkt voor de burger. Een overgangsbepaling smooit de discussie niet meer in de kiem: het is niet meer zo dat de wetgever bepaalt welke bepaling moet worden toegepast, en de rechter dat oordeel moet volgen. Ook een aanmerking door de wetgever van een sanctie als 'more lenient' is niet heilig. Als de wetgever zich er te snel van afmaakt, door bijvoorbeeld met een gebrekkige argumentatie de ene wettelijke regeling als 'more lenient' aan te merken, kan de rechter daar tegen ingaan met een eigen, uitgebreide toetsing aan de *lex mitior*-regel. Daarmee zal de *lex mitior*-regel sterker kunnen worden gewaarborgd bij de overgang van strafbepalingen.

Dat vereist wel een krachtige opstelling van de rechter: ook al heeft de wetgever geoordeeld welk van de twee regelingen het gunstigst werkt voor de betrokkene, de rechter zal dat zelf ook moeten toetsen. Indien hij een ander oordeel is toegedaan dan de wetgever, zal hij de overgangsbepaling buiten toepassing moeten laten. Behalve een beter afwegende wetgever vraagt de nieuwe status van de *lex mitior*-regel dus ook om een rechter die sterk in zijn schoenen staat en die niet bang is de wetgever de les te lezen.

82 HR 20 december 2011, *NJ* 2012, 237, m.nt. PMe.

83 Zie anders Voorzieningenrechter Den Haag 5 juli 2011, *NJFS* 2011, 224, waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat een vervangende hechtenis van meer dan drie jaar in strijd zou zijn met het beginsel van rechtsgelijkheid. Zoals gezien in paragraaf 6.3 bestaat er overigens ook een argument om te betogen dat de lijfswang minder gunstig is dan de vervangende hechtenis van maximaal zes jaar. Een veroordeelde zal dat kunnen aanvoeren bij de behandeling van een lijfswangvordering tegen hem. De kans dat de vraag aan de Hoge Raad wordt voorgelegd is, vanwege de genoemde beperkte mogelijkheden tot hoger beroep en cassatie, gering.