

# GIJZELING IN HET KADER VAN DE SCHADEVERGOEDINGSMAATREGEL

## Nieuwe kansen voor een weloverwogen toepassing van vrijheidsbeneming als dwangmiddel

Joep Lindeman\*

De strafrechtelijk veroordeelde die een opgelegde schadevergoedingsmaatregel niet betaalt, wordt uiteindelijk gegijzeld (art. 6:4:20 Sv). De rechtspositie van de veroordeelde is in deze procedure zwak. Net als in het civiele executierecht zou in het strafrecht het ultimum-remedium-karakter van de gijzeling benadrukt moeten worden.

### 1 Inleiding: de schadevergoedingsmaatregel en vrijheidsbeneming

Iemand die als gevolg van een strafbaar feit schade heeft geleden (doorgaans het slachtoffer) hoeft daarvoor meestal niet apart de civiele rechter in te schakelen. Hij of zij kan zich als benadeelde partij voegen in het strafproces (art. 51f Sv) en schadevergoeding vorderen van de verdachte. Indien bewezen, is het strafbare feit dat de verdachte heeft begaan een onrechtmatige daad waarvoor schadevergoeding moet worden betaald. De rechter kan de vordering van de benadeelde partij dan toewijzen (art. 361 Sv), waarna de laatste een executoriale titel heeft. De strafrechter kan – als extra stok achter de deur – ook nog een schadevergoedingsmaatregel opleggen (art. 36f Sr). Die maatregel verplicht de veroordeelde tot het betalen van een som geld ten behoeve van de benadeelde partij. De veroordeelde kan in dat geval kiezen: de vordering van de benadeelde partij rechtstreeks betalen, óf het betalen van de maatregel aan de staat, die op zijn beurt het geld dan aan de benadeelde partij doet toekomen.<sup>1</sup> Het grote voordeel van die schadevergoedingsmaatregel is dat het een strafrechtelijke beslissing is, waarvan de tenuitvoerlegging de verantwoordelijkheid van de overheid is. De strafrechtelijke wetgeving voorziet in ruime mogelijkheden en dwangmiddelen ter executie van straffen of maatregelen die strekken tot het betalen van een som gelds.<sup>2</sup> Zo is het op grond van artikel 36f lid 5 Sr jo artikel 6:4:20 Sv mogelijk om de veroordeelde zijn vrijheid te benemen ten einde hem te bewegen te betalen. Dit wordt sinds kort 'gijzeling' genoemd.

**De vrijheidsbeneming is bedoeld als stok achter de deur. Daarna is de betalingsverplichting echter niet opgeheven, dus de 'vervangende' hechtenis verving niets. De term 'gijzeling' drukt beter uit dat het hier enkel een dwangmiddel betreft**

Op 1 januari 2020 is namelijk de Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (verder: Wet USB) in werking getreden.<sup>3</sup> Deze wet behelst een grootschalige wijziging van de regelgeving met betrekking tot de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke uitspraken.<sup>4</sup> Een van de wijzigingen betreft de vervanging van de 'vervangende hechtenis' in het kader van de schadevergoedingsmaatregel (art. 36f lid 8 Sr (oud) jo. art. 24c Sr (oud)) door de hiervoor genoemde gijzeling (art. 36f lid 5 Sr jo. art. 6:4:20 Sv). Dat is een gunstige ontwikkeling, alleen al vanwege de terminologie. De vrijheidsbeneming is bedoeld als stok achter de deur: indien de veroordeelde de schadevergoedingsmaatregel niet betaalt, kan gedurende maximaal een jaar vrijheidsbeneming volgen. Daarna is de betalingsverplichting echter helemaal niet opgeheven, dus de 'vervangende' hechtenis verving feitelijk niets.<sup>5</sup> De term 'gijzeling' drukt beter uit dat het hier enkel een dwangmiddel betreft. Voorts is in de Wet USB een

\* Mr.dr. J.M.W. Lindeman is als universitair hoofddocent straf(proces)recht aan de Universiteit Utrecht verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging en het Willem Pompe Instituut voor Strafrechtswetenschappen.

1 J.M.W. Lindeman, 'Sancties', in: F.G.H. Kristen e.a. (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom juridisch 2019, p. 523-566, op p. 550 e.v.

2 Zie Boek 6, Hoofdstuk 4 van het Wetboek van Strafvordering.

3 *Stb.* 2017, 82, i.w.tr. *Stb.* 2019, 507.

4 Zie over de nieuwe wet onder meer P. Boer, 'Wet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen', *Sancties* 2017/19, p. 153-161; S. Meijer, 'De veranderende rol van het Openbaar Ministerie bij de sanctie-uitvoering', *Strafblad* 2018, afl. 2, p. 51-62; C. Vernooij, 'De tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen herzien', *AA* 2020, afl. 4, p. 406-411 (AA20200406). Een belangrijk aspect van de wet is de formele verschuiving van de verantwoordelijkheid voor die tenuitvoerlegging: op papier was het Openbaar Ministerie verantwoordelijk, maar in de praktijk was het Ministerie van Justitie & Veiligheid (hierna: het ministerie) er al lang mee belast. Het wetgevingstraject is verder aangegrepen om veel klein en groot onderhoud uit te voeren aan de over de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering verstrooide bepalingen over de tenuitvoerlegging.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

- 5 Dit bijvoorbeeld in tegenstelling tot de geldboete, waar 'zitten' daadwerkelijk het te betalen bedrag vervangt (art. 24c Sr).
- 6 Uitgebreid hierover: W.H. Jebbink, 'Betalingsonmacht verdient geen vervangende hechtenis', *NJB* 2019/1928, p. 2291-2296; De Nationale ombudsman, *Gegijzeld door het systeem. Onderzoek over het gijzelen van mensen die boetes wel willen, maar niet kunnen betalen* (rapportnummer 2015/160), 12 november 2015.
- 7 *Kamerstukken II* 2014/15, 34086, nr. 7, p. 55-56.
- 8 Art. XLIVA lid 1 Invoeringswet herziening tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen (*Stb.* 2019, 504, i.w.tr. *Stb.* 2019, 507).
- 9 HR 26 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:914, *NJ* 2020/409, m.nt. J.M. ten Voorde. Daarmee ontstaat de op het eerste gezicht wellicht wat merkwaardige situatie waarin zaken die toevallig na 1 januari 2020 door de Hoge Raad of gerechtshoven worden behandeld wél kunnen 'profiteren' van de nieuwe hardheidsclausule, terwijl in oudere, reeds onherroepelijke, zaken deze hardheidsclausule niet kan worden toegepast. Bij nader inzien strookt deze situatie met

nieuwe waarborg geïntroduceerd in artikel 6:4:20 lid 3 Sv: het Openbaar Ministerie (verder: OM) kan beslissen dat gijzeling niet wordt toegepast 'indien de veroordeelde aannemelijk maakt dat hij buiten staat is te voldoen aan de verplichting tot betaling'. Een vergelijkbare hardheidsclausule ontbrak in de oude regelgeving, waardoor het dwangmiddel zelfs in schrijnende gevallen tamelijk rücksichtslos werd toegepast en daadwerkelijke betalingsonmacht niet werd herkend en/of erkend. Deze praktijk leidde tot discussie en een kritisch rapport van de Nationale ombudsman.<sup>6</sup> Het is dus een goede zaak dat de wetgever er nu voor heeft gekozen om vast te leggen dat het OM van de toepassing van gijzeling kan afzien als de veroordeelde niet bij machte is de schadevergoedingsmaatregel te betalen. Het belang van deze nieuwe voorziening kan moeilijk overschat worden: in de wetsgeschiedenis komt namelijk specifiek naar voren dat – anders dan bij bijvoorbeeld geldboetes – de draagkracht van de verdachte/veroordeelde géén rol kan spelen bij het vaststellen van de omvang van te betalen schadevergoeding. De veroordeelde kan daardoor met torenhoge betalingsverplichtingen worden geconfronteerd. Als hij niet bij machte is te betalen, is gijzeling een volkomen zinloos dwangmiddel dat bovendien veel zogenoemde detentieschade kan veroorzaken waardoor eventuele betalingsonmacht alleen maar zou worden versterkt. Het is dus goed dat er nu een *escape* is. De Minister van Justitie en Veiligheid benadrukt wel dat de bewijslast van de betalingsonmacht bij de veroordeelde ligt én dat het belang van slachtoffers en/of hun

nabestaanden zwaar weegt in de executiefase: 'De overheid [moet] ferm optreden om geldbedragen die veroordeelden verschuldigd zijn (aan het slachtoffer of diens nabestaanden) daadwerkelijk te innen.'<sup>7</sup> Het is dus niet de bedoeling om iemand al te gemakkelijk als kale kip te bestempelen en de betalingsonmacht moet niet het gevolg van kwade trouw zijn.

De Wet USB leidde al snel tot belangrijke jurisprudentie. Het overgangsrecht bepaalde dat de nieuwe wetgeving niet zou moeten worden toegepast op vervangende hechtenis in het kader van schadevergoedingsmaatregelen die zijn opgelegd vóór inwerkingtreding van de wet.<sup>8</sup> De Hoge Raad maakte – ambtshalve – uit dat dit overgangsrecht niet overeenkomstig kon blijven met betrekking tot uitspraken die nog niet onherroepelijk waren: uit artikel 7 EVRM, artikel 49 EU-handvest en artikel 15 IVBPR volgt immers dat

'voor regels van sanctierecht, die zowel het specifieke strafmaximum als meer algemene regels met betrekking tot de sanctieoplegging kunnen betreffen, geldt dat een sinds het plegen van het delict opgetreden verandering door de rechter met onmiddellijke ingang [...] moet worden toegepast, indien en voor zover die verandering in de voorliggende zaak ten gunste van de verdachte werkt.'

De Hoge Raad oordeelde vervolgens dat de nieuwe regeling omtrent de gijzeling, mét hardheidsclausule, gunstiger is dan de oude regeling en dat daardoor het overgangsrecht buiten toepassing moet worden gelaten.<sup>9</sup>

Ondanks de verbeterde rechtspositie van de veroordeelde ten aanzien van de gijzeling, is er nog steeds alle reden om kritisch te blijven kijken naar het instrument (en daarmee naar de schadevergoedingsmaatregel). In deze bijdrage doe ik dat.

## In de executiefase ziet de veroordeelde in veel gevallen de overheid tegenover zich in plaats van een particuliere schuldeiser. Dat is een opmerkelijk verschil met het burgerlijk procesrecht

### 2 De voordelen van schadevergoeding via het strafrecht en de lijfswang als *optimum remedium*

De positie van de benadeelde partij in het strafproces is steeds sterker geworden. Zoals in de inleiding al is aangegeven, kan zij zich voegen in het strafproces en schadevergoeding vorderen. De toewijzing van die vordering levert de benadeelde partij een executoriale titel op. Het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel is dus niet per se nodig, maar maakt het leven van de benadeelde partij wel een stuk makkelijker, zeker als de zogenoemde voorschotregeling van toepassing is. Deze is geregeld in artikel 6:4:2 lid 7 Sv (art. 36f lid 7 Sr (oud)) en bepaalt dat, als de veroordeelde voor een misdrijf niet binnen acht maanden aan zijn verplichting heeft voldaan, de staat het (resterende) bedrag voorschiet en het uitgekeerde bedrag zal verhalen op de veroordeelde. Uit artikel 4:14 Besluit tenuitvoerlegging strafrechtelijke beslissingen<sup>10</sup> volgt dat het voorschot zich beperkt tot € 5.000, afgezien van schadevergoedingsmaatregelen in verband met een aantal gewelds- of zedendelicten: in die zaken wordt het volledig toegekende bedrag voorgeschoten. Recent onderzoek wijst uit dat op deze wijze miljoenen euro's per jaar worden voorgeschoten, terwijl een relatief klein deel van dit bedrag uiteindelijk op de veroordeelden kan worden verhaald, zeker indien het gaat om grote bedragen.<sup>11</sup>

De voordelen van de benadeelde partij zijn dus legio. Zo kan zij het stellen en bewijzen overlaten aan het OM en de rechter. De schadevergoedingsmaatregel bewerkstelligt dat de overheid de executie regelt. Als de voorschotmaatregel geldt is het helemaal snel voor elkaar en het verhaalsrisico ligt bij de overheid. Het stelsel van gefinancierde rechtsbijstand is in bepaalde gevallen voor de benadeelde partij tenslotte royaler dan voor een eiser *in civilibus*.<sup>12</sup> Het verschil tussen de civiele en strafrechtelijke procedure is eigenlijk wel heel groot geworden: waar *in civilibus* voor de eiser het adagium 'procedeer je om een koe, dan leg je er één op toe' nog vaak van toepassing lijkt, wordt de benadeelde partij in het strafproces op vele fronten bediend, niet zelden zonder er een cent voor te hoeven betalen.<sup>13</sup> In zijn annotatie bij het overzichtsarrest vordering benadeelde partij stelt Vellinga hierover terecht dat van deze voordelen in een civiele procedure alleen maar te dromen is.<sup>14</sup>

De voordelen van de benadeelde partij brengen (onvermijdelijk) nadelen voor de schuldenaar met zich. De vorderingen leggen in sommige strafzaken een groot beslag op de procedure. Weliswaar schrijft artikel 361 lid 3 Sv voor dat de vordering het strafproces niet onevenredig mag belasten, maar in veel gevallen kan de daadwerkelijke strafzaak toch wel uit het zicht verdwijnen.<sup>15</sup> En in de executiefase ziet de veroordeelde, als gezegd, in veel gevallen de overheid, met haar onuitputtelijke middelen, tegenover zich in plaats van een particuliere schuldeiser. En die overheid lijkt eerder een assertieve dan een barmhartige schuldeiser, zoals onder meer blijkt uit het hiervoor al aangehaalde onderzoek van de Nationale ombudsman.<sup>16</sup>

De overheid kan in het geval van de schadevergoedingsmaatregel die assertieve schuldeiser zijn omdat de wet in alle gevallen gijzeling mogelijk maakt. Dat is een opmerkelijk verschil met het burgerlijk procesrecht. Op grond van artikel 585 e.v. Rv kan lijfswang *in civilibus* in beginsel alleen worden toegepast in gevallen waarin de schuldenaar *iets anders* moet doen dan geld betalen.<sup>17</sup> Bovendien bevat de wet een nadrukkelijke proportionaliteits- en subsidiariteitstoets: de civiele rechter mag alleen tot uitvoerbaarheid bij lijfswang beslissen 'indien aannemelijk is dat toepassing van een ander dwangmiddel onvoldoende uitkomst zal bieden en het belang van de schuldeiser toepassing daarvan rechtvaardigt' (art. 587 Rv). De civiele rechter komt daarbij een grote discretionaire ruimte toe, die in beginsel in casuatie niet getoetst kan worden. Bovendien weegt de proportionaliteitseis zwaar: het belang van de schuldeiser dient toepassing van lijfswang te rechtvaardigen.<sup>18</sup> Zelfs als vaststaat dat ze niet zal worden nagekomen, dan is er voor lijfswang geen plaats in geval van een minder zwaarwegende verplichting.<sup>19</sup> De vrijheidsbeneming om betaling af te dwingen wordt, indien al mogelijk bij geldelijke betaling, dus echt gezien als *ultimum remedium*.<sup>20</sup> De lijfswang wordt in het civiele procesrecht dan ook nauwelijks toegepast.<sup>21</sup>

Hoe anders is het in het strafrecht, waarin de schadevergoedingsmaatregel, inclusief de mogelijkheid van gijzeling, vrijwel altijd als flankerende maatregel wordt opgelegd indien een vordering van de benadeelde partij wordt toegewezen. De strafrechter moet bij oplegging van de schadevergoedingsmaatregel een voorziening opnemen met betrekking tot gijzeling en de wet biedt dus geen ruimte om gijzeling op voorhand geheel buiten toepassing te laten. Uit de Oriëntatiepunten voor straftoemeting en afspraken van het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht (LOVS) volgt dat rechters in de regel voor iedere € 50 één dag gijzeling bepalen. Naarmate het totaal te betalen bedrag hoger wordt, stijgt ook het bedrag per dag. Bij een bedrag van € 74.000 is het wettelijke maximum van 365 dagen bereikt.<sup>22</sup> Is de schadevergoedingsmaatregel hoger, dan blijft het maximum dus 365 dagen.

De schuldenaar hangt dan dus steeds gijzeling boven het hoofd, en pas sinds heel kort kan hij trachten het OM tot clementie te bewegen door aannemelijk te maken dat hij niet bij machte is te betalen. Wat in het burgerlijk procesrecht als *ultimum remedium* geldt, lijkt in het strafprocesrecht eerder als *optimum remedium* te worden gezien.

de bedoeling van de wetgever: Art. 1 lid 2 Sr spreekt ter zake nu eenmaal van 'de verdachte' en niet van 'de veroordeelde' (Fokkens, in: J.W. Fokkens, E.J. Hofstee & A.J.M. Machielse (red.), *Wetboek van Strafrecht – Noyon, Langemeijer, Rimmelink*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 1 Sr, aant. 12 (bijgewerkt tot 1 oktober 2016)).

10 *Stb.* 2019, 505, i.w.tr. *Stb.* 2019, 507.

11 M.R. Hebly e.a., *Compensatie en verhaal van schade door strafbare feiten. Verkenning van bronnen, volumes en publieke kosten*, Rotterdam/Den Haag: EUR/WODC 2020.

12 Dit geldt met name voor slachtoffers van ernstige gewelds- en zedenmisdrijven.

13 De advocaat van de verdachte krijgt echter niets extra. En soms zelfs minder: de slachtofferadvocaat krijgt wel een vergoeding voor een *pro forma*, maar de advocaat van de verdachte niet (zie: [www.advocatenblad.nl/2018/06/26/verschil-in-vergoedingen-slachtofferadvocaat-en-advocaat-verdachten-opmerkelijk/](http://www.advocatenblad.nl/2018/06/26/verschil-in-vergoedingen-slachtofferadvocaat-en-advocaat-verdachten-opmerkelijk/)).

14 Zie het recente overzichtsarrest vordering benadeelde partij, HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, *NJ* 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga, r.o. 2.9.6.

15 Enerzijds denk ik hier aan strafzaken waarin het slachtoffer veel letselschade heeft geleden en bijvoorbeeld ook aan shock- en affectieschade of aan in de toekomst nog te derven inkomsten die de benadeelde partij op de verdachte wil verhalen. Anderzijds is te denken aan fraudezaken met complexe vorderingen of met heel veel slachtoffers die ieder hun eigen vordering willen voegen.

16 N.J.H. Huls, 'Hoe barmhartig is het burgerlijk recht voor de consument?', *TvC* 2019, afl. 2, p. 85-88, op p. 88. Zie ook Jebbink 2019. Beide auteurs verwijzen naar Nationale ombudsman 2015. In een andere context is te denken aan het keiharde regime dat de Belastingdienst jarenlang heeft gehanteerd in zogenoemde toeslagenaffaire, zie o.a. J.Th.J. van den Berg, 'Nieuwe "orde in de regelgeving"', *AA* 2020, afl. 10, p. 864-872 (AA20200864).

17 Alleen in bepaalde gevallen van alimentatieverplichtingen kan de gijzeling worden toegepast ten aanzien van de verplichting om geld te betalen.

18 F.E.J. Beekhoven van den Boezem, in: P. Vlas & T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Wolters Kluwer, art. 587 Rv, aant. 2 (bijgewerkt tot 1 oktober 2019).

19 A. Steneker, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 5. Beslag en exe-*

Dat is niet enkel en alleen (*if at all*) te verklaren door het feit dat schuldenaren in strafzaken minder clementie zouden verdienen en/of dat het belang van schuldeisers in strafzaken per definitie zo zwaar weegt dat van een proportionaliteitstoets afgezien kan worden. De wind lijkt, gezien de oproep om 'ferm op te treden' tegen wanbetalers, toch uit een eerder gure hoek te waaien. Deze constatering klemt temeer wanneer, na toepassing van de voorschotregeling, de directe belangen van strafrechtelijke schuldeisers vrij snel naar de achtergrond verdwijnen: zij hebben immers hun schade al vergoed gekregen. Wat rest is dan alleen het belang van de overheid als schuldeiser. Dat is enerzijds geen verwaarloosbaar belang: strafbare feiten kosten de samenleving heel erg veel geld.<sup>23</sup> Anderzijds zijn de oninbare miljoenen in het kader van de voorschotregeling in dat geheel echter klein bier. De rechter zou ten aanzien van de overheid als schuldeiser in het kader van een proportionaliteitstoets zoals die van artikel 587 Rv denkbaar tot een andere weging komen dan wanneer er daadwerkelijk risico zou zijn dat een schuldeiser van vlees en bloed met smart op zijn deel moet wachten. Het is afwachten hoe het OM de proportionaliteit en subsidiariteit in het kader van de toepassing van de hardheidsclausule van artikel 6:4:20 lid 3 Sv een plek gaat geven.

**Pas sinds heel kort kan de schuldenaar trachten het OM tot clementie te bewegen door aannemelijk te maken dat hij niet bij machte is te betalen. Wat in het burgerlijk procesrecht als *ultimum remedium* geldt, lijkt in het strafprocesrecht eerder als *optimum remedium* te worden gezien**

### 3 Toch discretionaire ruimte in een ogenschijnlijk keurslijf

De wet biedt de rechter in strafzaken geen concrete handvatten om proportionaliteit en subsidiariteit ten aanzien van de gijzeling een plek te geven. Toch zijn er wel wat geitenpaadjes. Ten eerste: de rechter hoeft geen schadevergoedingsmaatregel op te leggen. De rechter kan volstaan met het toewijzen van de vordering van de benadeelde partij (art. 361 Sv). Het gebrek aan draagkracht mag geen rol spelen bij het vaststellen van de omvang van de betalingsverplichting, maar kan voor de rechter wel reden zijn om af te zien van het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel (en dus de mogelijkheid van gijzeling). De Hoge Raad maant de rechter echter zeer terughoudend te zijn met deze mogelijkheid (zie par. 4 hieronder).

Ook als de rechter wél kiest voor toepassing van de schadevergoedingsmaatregel, kan hij anticiperen op evidente betalingsonmacht en disproportionele toepassing van gijzeling voorkomen. Artikel 36f lid 5

Sr laat de rechter (net als onder de oude regeling) namelijk de ruimte om de duur van de gijzeling tot één dag te beperken.<sup>24</sup>

Een recent voorbeeld is het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de zaak tegen Michael P., die werd veroordeeld wegens het verkrachten, het van de vrijheid beroven en beroofd houden en het doden van Anne Faber.<sup>25</sup> Aan drie benadeelde partijen moet P. in totaal ruim € 150.000 schadevergoeding betalen. Het hof bepaalde dat per benadeelde partij één dag vervangende hechtenis kan worden opgelegd:

'Het is immers de vraag of verdachte in de toekomst in staat zal zijn om aan zijn betalingsverplichtingen te kunnen voldoen, gelet op de omstandigheid dat aan verdachte een langdurige gevangenisstraf, almede de maatregel van terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege wordt opgelegd.'<sup>26</sup>

Uit onderzoek blijkt dat dergelijke kortingen niet vaak worden toegepast, hoewel sommige rechters spreken van een situatie die wel weer eens overdenking zou behoeven.<sup>27</sup> De matigingsbevoegdheid is, ondanks dat daarom door de verdediging is gevraagd, bijvoorbeeld niet gebruikt in de zaak tegen Jawed S., die door het gerechtshof Amsterdam werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van 25 jaar wegens het plegen van twee pogingen tot moord met een terroristisch oogmerk en bedreiging.<sup>28</sup> S. moet bijna 3 miljoen euro schadevergoeding betalen aan zijn slachtoffers. De voorschotregeling is van toepassing, dus de Nederlandse overheid moet straks gaan incasseren. De schadevergoedingsmaatregel gaat gepaard met de langst mogelijke gijzeling (een jaar). S., een Afghaanse asielzoeker in Duitsland die nu in Nederland in de gevangenis zit, was negentien jaar oud toen hij de feiten pleegde. Het hof stelt dat S. in het verleden goede studieresultaten heeft geboekt en dat hij de ambitie heeft om arts te worden, zodat het niet zeker is dat hij nooit in staat zal zijn 3 miljoen euro op te hoesten. S. zal zich, volgens het hof, daarnaast straks kunnen beroepen op de hardheidsclausule van artikel 6:4:20 lid 3 Sv. Toegegeven, S. krijgt niet (zoals P.) ook nog tbs, maar van enige willekeur durf ik hier toch wel te spreken. Het is immers ook zéér onwaarschijnlijk dat S. – gezien zijn achtergrond – na het uitzitten van zijn gevangenisstraf in afzienbare tijd 3 miljoen euro bij elkaar gaat verdienen. Toepassing van de gijzeling is dan vrijwel zeker aan de orde. Vergeet niet: pas als het terug te betalen bedrag lager is dan € 74.000, zal de duur van de gijzeling korter worden (zie par. 2 hierboven). Zelfs als S., ondanks alles, erin slaagt om na zijn detentie een financieel onafhankelijk bestaan op te bouwen, staat de Nederlandse overheid klaar om hem nog eens een jaar het gevang in te gooien, met alle potentiële detentieschade van dien. *Add insult to injury*, noemen de Engelsen dat. Licht het, ondanks de nieuwe mogelijkheid van de hardheidsclausule, niet in de rede dat de rechter in dit soort gevallen op voorhand kan bepalen dat gijzeling niet aan de orde moet zijn, tenzij evident blijkt van kwade trouw van de veroordeelde?

Dat brengt mij op de vraag welk(e) beoordelingkader(s) nu eigenlijk een rol speelt/spelen bij de beslissingen om (i) de schadevergoedings-

cutie, Deventer: Wolters Kluwer 2019/688.

20 M.J. Vos, 'Lijfsdwang als ultimum remedium', *EB* 2017/22, p. 52-56.

21 Asser/Steneker 5 2019/685.

22 Oriëntatiepunten voor straftoewijzing en LOVS-afspraken, versie oktober 2020, p. 23 ([www.rechtspraak.nl/SiteCollection/Documents/Oriëntatiepunten-en-afspraken-LOVS.pdf](http://www.rechtspraak.nl/SiteCollection/Documents/Oriëntatiepunten-en-afspraken-LOVS.pdf)).

23 Hebly e.a. 2020.

24 In de oude regeling was een absoluut minimum geformuleerd (art. 36f lid 8 Sr (oud) jo. art. 24c lid 3 Sr (oud)): 'vervangende hechtenis belooft ten minste één dag'. In de nieuwe regeling van art. 36f lid 5 Sr is deze ondergrens niet meer genoemd, maar uit de wetsgeschiedenis blijkt niet met zoveel woorden dat men dit uitgangspunt heeft willen verlaten. Art. 36f lid 5 Sr (nieuw) is bezwaarlijk anders te interpreteren dan dat gijzeling van ten minste enige duur wordt bepaald en in andere vergelijkbare gevallen (bijvoorbeeld art. 6:6:25 lid 4 Sv en art. 24c lid 3 Sr) wordt nog steeds een minimum van één dag genoemd.

25 Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5542, *NBSTRAF* 2019/235, m.nt. D. Bektesevic.

26 P. ging in cassatie tegen dit arrest, maar niet tegen het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel. De Hoge Raad oordeelde – in lijn met het hiervoor aangehaalde arrest HR 26 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:914, *NJB* 2020/1460 – ambtshalve dat in plaats van de vervangende hechtenis telkens gijzeling kan worden toegepast.

27 R.S.B. Kool e.a., *Civiel schadeverhaal in het strafproces. Een verkenning van de rechtspraktijk en regelgeving betreffende de voeging benadeelde partij*, Utrecht: UCALL/WODC 2016, p. 156.

28 Hof Amsterdam 16 november 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:3077.

maatregel als flankerende maatregel op te leggen, (ii) de duur van de gijzeling te bepalen en/of (iii) de hardheidsclausule toe te passen.

#### 4 Het beoordelingskader met betrekking tot (toekomstige) gijzeling

De rechter had (en heeft) dus beperkte ruimte om disproportionele gijzeling tegen te gaan. Ook het OM heeft die ruimte nu. Het beoordelingskader en de daarbij toe te passen belangenafweging zijn in alle gevallen echter buitengewoon vaag en er is (dientengevolge) weinig ruimte om een specifiek oordeel ten gronde te laten toetsen. Ik loop de drie mogelijke beslissingen hieronder nog eens langs.

De beslissing om wel of geen schadevergoedingsmaatregel op te leggen is, ook na een daartoe strekkende eis door het OM, uiteindelijk aan de rechter, die een grote vrijheid heeft ten aanzien van de keuze en weging van de factoren die van belang zijn voor de oplegging van de maatregel.<sup>29</sup> Er geldt alleen een algemene motiveringsplicht (art. 359 lid 5 Sv). Uit artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv volgt dat de rechter het afwijken van de eis tot oplegging van de schadevergoedingsmaatregel (of het verweer dat strekt tot het buiten toepassing laten van die maatregel) alleen nader moet motiveren als de eis of het verweer als 'uitdrukkelijk onderbouwd standpunt' moet worden gezien.<sup>30</sup> De Hoge Raad heeft bij herhaling gesteld dat de rechter alleen in uitzonderlijke gevallen vanwege een gebrek aan draagkracht mag afzien van het opleggen van de schadevergoedingsmaatregel.<sup>31</sup> Daarmee suggereert de Hoge Raad volgens mij ten onrechte dat er regels zijn waaruit volgt dat de rechter een schadevergoedingsmaatregel moet opleggen. Mijns inziens is dat niet zo en heeft de rechter de vrijheid om de eis tot het opleggen van een schadevergoedingsmaatregel niet te volgen, zeker als de vordering van de benadeelde partij gewoon kan worden toegewezen. De schadevergoedingsmaatregel is vooral een steun in de rug voor de benadeelde partij, maar wel een met potentieel verstrekkende gevolgen voor de veroordeelde. Daar past een belangenafweging bij, maar het is onduidelijk hoe die belangenafweging er uit zou moeten zien.

De rechter heeft ook de vrijheid om de duur van de gijzeling te matigen. Artikel 36f Sr schrijft alleen een absoluut maximum voor (een jaar). De wet belet de rechter niet om het bij het absolute minimum (een dag) te laten. Ook hier zal deze beslissing van de rechter in de regel alleen voor toetsing door de cassatierechter vatbaar zijn als zijdens verdediging of OM uitdrukkelijk onderbouwde standpunten zijn aangevoerd. Wederom ontbreekt een duidelijk kader omtrent de belangenafweging die de rechter hier zou moeten maken. In de LOVS-oriëntatiepunten wordt hierover ook niet gerept.<sup>32</sup> Een duidelijke jurisprudentiële lijn is er niet.

Dan de hardheidsclausule (art. 6:4:20 lid 3 Sv). Afgezien van de toelichting door de minister dat het in beginsel aan de veroordeelde is om zijn betalingsonmacht aan te tonen, is vooralsnog niet duidelijk wanneer de aangedragen informatie de onmacht 'aannemelijk' maakt en – wederom – welke belangenafweging in het concrete geval moet worden gemaakt. Het OM, dat op dit punt beslissingsbevoegd is, beschikt dus over veel

discretionaire ruimte, terwijl tegen zijn oordeel geen rechtsmiddel openstaat. De rechter is in deze cruciale fase buiten beeld. Ik zou menen dat het College van procureurs-generaal hier een beleidsregel in de vorm van een aanwijzing moet vaststellen (art. 130 lid 6 RO), waarin uitgangspunten worden gegeven die bij de beoordeling een rol moeten spelen, maar waarin ook de ruimte wordt gelaten die bij een echte hardheidsclausule past.

### Ik ontkom al met al niet aan de conclusie dat de belangenafweging die rechter en OM ten aanzien van de gijzeling zouden moeten maken, door de wetgever nauwelijks onder woorden is gebracht en ook in de rechtspraak amper is ingevuld

Wat overigens opvalt is dat de benadeelde partij nergens formele inspraak heeft, terwijl het belang van die benadeelde partij nu juist de reden is waarom de overheid vindt dat 'ferm' moet worden opgetreden als betaling uitblijft. In de gevallen waarin de voorschotregeling niet is toegepast, is dat natuurlijk een relevant belang. Als er echter na toepassing van de voorschotregeling alleen nog een zaak is tussen de staat en de veroordeelde, raakt dat belang op de achtergrond en zou mijns inziens het ultimatum-remedium-karakter van de gijzeling zwaarder moeten wegen. Dat strookt beter met het uitgangspunt van het burgerlijk procesrecht dat van gijzeling in het kader van te betalen geldsommen in beginsel geen sprake is. Ik ontkom al met al niet aan de conclusie dat de belangenafweging die rechter en OM ten aanzien van de gijzeling zouden moeten maken, door de wetgever nauwelijks onder woorden is gebracht en ook in de rechtspraak amper is ingevuld. De positie van de veroordeelde/schuldenaar is hierdoor erg onzeker en (dus) zwak: adequate rechtsbescherming tegen disproportionele en/of niet subsidiaire vrijheidsbeneming is er niet.

#### 5 Afronding

Het slachtoffer (en dus ook de benadeelde partij) heeft in de afgelopen decennia een significant verbeterde positie gekregen in het strafproces. Dat is in heel veel opzichten een goede ontwikkeling. Er is echter een aantal discutabele ongelijkheden. Ten aanzien van de positie van de schuldenaar in de executiefase zijn bijvoorbeeld grote verschillen waar te nemen tussen de civielrechtelijke en strafrechtelijke procedure. Waar in het civiele recht gijzeling als dwangmiddel om tot betaling van geld te verplichten echt uitzonderlijk is, is deze vrijheidsbeneming in het strafrecht *de iure* in alle gevallen mogelijk. Dit verschil is mijns inziens niet zonder meer te rechtvaardigen met het adagium 'wie zijn billen brandt moet op de blaren zitten'. De verharding van het klimaat richting verdachten en veroordeelden van strafbare feiten is een onmiskenbaar speerpunt in het rege-

29 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 922.

30 HR 11 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU9130, NJ 2006/393, m.nt. Y. Buruma (*Hennepkwekerij*), r.o. 3.6.

31 Zie het recente overzichtsarrest vordering benadeelde partij, HR 28 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:793, NJ 2019/379, m.nt. W.H. Vellinga, r.o. 2.9.6, zie ook HR 19 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ8788, NJ 2007/359, r.o. 3.6, HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI1812, NJ 2009/293.

32 Oriëntatiepunten voor straftoemeting en LOVS-afspraken, versie oktober 2020.