

G.P. Hamer en T. de Bont*

SANCTIONERING VAN OVERSCHRIJDING VAN DE REDELIJKE TERMIJN EN VORMVERZUIJEN BIJ VRIJHEIDSBENEMENDE MAATREGELEN. EEN REGELING VERZUIMD? **

77 *In het artikel geven de auteurs aan dat er een lacune is in het sanctiearsenaal dat de rechter ten dienste staat om te reageren op overschrijdingen van de redelijke termijn en vormverzuimen als bedoeld in art. 359a Sv voorzover er een strafrechtelijke vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd. Hierdoor blijft in veel gevallen een adequate reactie op de termijnoverschrijding en/of het vormverzuim achterwege. De lacune behoort te worden opgevuld nu deze in zijn algemeenheid leidt tot een ongerechtvaardigde ongelijkheid, maakt dat een schending van gerechtvaardigde belangen ten onrechte niet wordt gecompenseerd, het rechtstatelijk belang van sanctionering miskent en op gespannen voet staat met de Europese vereisten. Ter opvulling van deze lacune wordt een tweetal mogelijkheden aangedragen: het toepassen van sanctievermindering en het toekennen van een schadevergoeding. Beide mogelijkheden worden uitvoerig onderbouwd.*

Inleiding

Vormfouten en overschrijdingen van de redelijke termijn hebben in het verleden voor veel beroering gezorgd, zowel in de rechtszaal als in het publieke debat. Inmiddels is het stof wat gaan liggen. De Wet vormverzuimen en een tweetal arresten van de Hoge Raad hebben de sanctionering van vormverzuimen en overschrijdingen van de redelijke termijn gereguleerd en de teugels aardig aangetrokken.

Thans is er als reactie op de overschrijding van de redelijke termijn en vormverzuimen in de zin van artikel 359a Sv (verder: vormverzuimen) een sanctiearsenaal dat loopt van de enkele constatering dat er een schending is begaan tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie. De sanctiemodaliteiten lijken in hoofdzaak te zijn gericht op gevallen waarin een gevangenisstraf of een boete is opgelegd. De positie van gedetineerden aan wie een vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd (gemakshalve verder te noemen: de bemaatregelde), is onderbelicht gebleven. De bij gestrafte veelvuldig gebruikte sanctie van strafvermindering is bij een bemaatregelde niet aan de orde, zo valt uit de jurisprudentie af te leiden. Daar waar een gestrafte strafkorting zou hebben gekregen moet een bemaatregelde het doen met de enkele constatering door de rechter dat er inderdaad sprake is van een schending. Ons inziens valt deze situatie niet te rechtvaardigen en vormt de enkele constatering in die gevallen niet een adequate reactie op het verzuim. Het huidige sanctiearsenaal biedt echter geen of nauwelijks een alternatief. Er is met andere woorden een lacune in het sanctiearsenaal voorzover het een bemaatregelde betreft.

In onderstaand stuk zullen wij betogen dat deze lacune moet en kán worden opgevuld. Ook bij bemaatregelden kan vermindering van de duur van de sanctie (dus *sanctievermindering*; analoog aan *strafvermindering*) een adequate oplossing bieden. Daarnaast kan gedacht worden aan de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen. Wij beginnen ons betoog met een beknopte weergave van het karakter van de vrijheidsbenemende maatregel en het onderscheid met straf. Deze korte uitweiding vindt plaats omdat juist dat karakter de belangrijkste factor lijkt te zijn in het ontstaan van de geconstateerde lacune en er op diverse punten in dit betoog zal worden teruggegrepen op dit karakter. Vervolgens zal enige jurisprudentie met betrekking tot vormverzuimen en de redelijke termijn worden besproken en zullen hierbij kritische kanttekeningen worden geplaatst. Hierna komt de kern van het betoog aan de orde en beargumenteren wij dat ons inziens een uitbreiding van het huidige sanctiearsenaal in geval van bemaatregelden noodzakelijk is en worden bovengenoemde mogelijk-

* *Advocaat respectievelijk juridisch medewerker bij Cleerdin & Hamer advocaten te Amsterdam.*

** *Citeerwijze: G.P. Hamer en T. de Bont, 'Sanctionering van overschrijding van de redelijke termijn en vormverzuimen bij vrijheidsbenemende maatregelen. Een regeling verzuimd', DD 2005, 77.*

heden van *sanctievermindering* en schadevergoeding besproken. Er wordt afgesloten met een slotoverweging.

Het onderscheid tussen straf en maatregel

Het Nederlandse sanctiestelsel is een zogenaamd tweesporenstelsel dat bestaat uit straffen enerzijds en maatregelen anderzijds.¹ Binnen de groep van maatregelen is er een viertal vrijheidsbenemende maatregelen: de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis (PZ), de terbeschikkingstelling met dwangverpleging (TBS), de plaatsing in een inrichting voor stelselmatige daders (ISD) en de plaatsing in een inrichting voor jeugdigen (PIJ).

In navolging van Kooijmans beschouwen wij deze maatregelen als te zijn gericht op de beëindiging van een ongewenste situatie, het gevaar dat de veroordeelde veroorzaakt.² De vrijheidsbenemende maatregelen worden primair opgelegd om de maatschappij te beschermen tegen dit gevaar. Tevens, zij het in mindere mate, hebben zij ten doel een behandeling van de gedetineerde mogelijk te maken en in het geval van de PIJ-maatregel, een bijdrage te leveren aan de zo gunstig mogelijke ontwikkeling van de jeugdige. Bij de ISD staat de behandelstelling echter veel minder op de voorgrond dan bij de andere maatregelen.³

Ondanks dat het feitelijk zo kan zijn – zeker in de ogen van de bemaatregelde zal dit vaak het geval zijn – dat met het opleggen van een vrijheidsbenemende maatregel leed wordt toegevoegd, is bewuste leedtoevoeging geenszins het doel van de maatregel. De eventueel met de maatregel gepaard gaande leedtoevoeging is van bijkomstige aard en moet zo veel mogelijk worden beperkt.⁴ Het ontbreken van een bewust 'leeddoel' leidt tot een duidelijk onderscheid met het opleggen van een straf. Vergelding wordt immers als meest kenmerkend element van de straf gezien.

Een volgend punt van verschil hangt eveneens samen met het doel van de maatregel. Doordat beëindiging van een ongewenste situatie het doel van de maatregel is, is de duur van de maatregel in beginsel – anders dan bij de straf⁵ – niet (rechtstreeks) gekoppeld aan de mate van schuld en/of aan de ernst van het feit waarvoor de maatregel is opgelegd.⁶ Zou zo een koppeling er wel zijn dan zou dit interfereren met de doelstelling van de maatregel. Bij de TBS en PZ leidt het ontbreken van deze

1 Zie voor een uitvoerige uiteenzetting over het verschil tussen straf en maatregel onder meer het proefschrift van Van der Landen: D. van der Landen, *Straf en maatregel* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992. Wij behandelen slechts de meest kenmerkende en voor ons stuk meest relevante verschillen. Wij gaan uitdrukkelijk niet in op alle details en nuanceringen maar volstaan in het licht van dit stuk met een grove schets van het onderscheid.

2 T. Kooijmans, *Op maat geregeld? Een onderzoek naar de grondslag en de normering van de strafrechtelijke maatregel*, Rotterdam: Kluwer Sanders Instituut 2002, p. 246-247.

3 Zie hierover onder meer: P.M. Schuyt, 'Naar een nieuw soort daderstrafrecht', *Sancties* 2004, p. 313-316, Adviescommissie Strafrecht van de Nederlandse Orde van Advocaten 2003 en H.K. Elzinga & R.S.T. Gaarhuis, 'Beveiliging tegen gevaar dat overlast heet', *Sancties* 2004, p. 35-49.

4 Vgl. Pompe: 'Het eerste verschilpunt, reeds eerder genoemd, is, dat de straf in wezen een element van leed moet hebben, terwijl de beveiligingsmaatregel van alle leed zoo mogelijk vrij moet zijn.' W.P.J. Pompe, *Beveiligingsmaatregelen naast straffen*, Utrecht: Dekker en Van de Vegt 1921, p. 46. Tevens M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 84.

5 Over de vraag of de mate van schuld de duur van straf limiteert is veel geschreven en gezegd, zeker naar aanleiding van de zogenoemde 'Zwarte ruiter-jurisprudentie' waarin de Hoge Raad vaststelde dat het Nederlandse strafrecht geen rechtsregel kent die verbiedt dat er een straf wordt opgelegd die zwaarder is dan de schuld. (Zie onder meer HR 10 september 1957, *NJ* 1958, 5 (Zwarte ruiter) en HR 24 juli 1967, *NJ* 1969, 63 (Antilliaanse Amokmaker)). Evenals Kooijmans stelt ook Kelk dat de rechter in beginsel wel de regel toegepast dat de mate van schuld de straf limiteert. C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 418 en Kooijmans 2002, p. 33.

6 Van der Landen a.w., p. 5. Dat de duur van de maatregel in beginsel niet is gekoppeld aan de aan de ernst van het feit waarvoor de maatregel is opgelegd, blijkt onder meer uit de memorie van antwoord bij de totstandkoming van de ISD. De minister stelde: 'De ISD is geen straf, maar (...) een maatregel. Daarmee wordt tot uitdrukking gebracht dat er geen rechtstreeks verband behoeft te bestaan tussen de ernst van de gepleegde feiten waarvoor de veelpleger terecht staat, en de zwaarte van de strafrechtelijke sanctie.' *Kamerstukken I* 2003/04, 28 980, nr. D, p. 15 (MvA). Kelk wijst met betrekking tot legitimatie voor het feit dat de staat bij het opleggen van een maatregel niet per definitie is gebonden aan de ernst van het feit op 'het cruciale commune belang dat met het beoogde effect van de maatregel is gediend.' C. Kelk, 'De perspectieven van de SOV', *Sancties* 1999, p. 208-216.

koppeling ertoe dat de maatregel telkens kan worden verlengd en dat de maximum duur van die maatregelen in deze zin onbepaald is.⁷

Het onderscheid tussen straf en maatregel is echter lang niet altijd even scherp als hierboven gesuggereerd.⁸ Zo is bij de ISD, de PIJ en de TBS die niet is opgelegd terzake van – kort gezegd – een geweldsmisdrijf (artikel 38e Sr), de maximum duur van de maatregel door de wetgever wel vooraf bepaald en wordt de veroordeelde uiterlijk met het verstrijken van de toegestane maximum duur op vrije voeten gesteld, ongeacht de vraag of er nog sprake is van gevaar. De maximum duur lijkt te zijn ingegeven door de relatieve ernst van de feiten c.q. de jeugdigheid van de dader.

Aan de andere kant vertonen straffen soms ook ‘maatregeltrekken’. Bij de oplegging van een levenslange gevangenisstraf speelt in veel gevallen niet alleen vergelding een rol maar wordt juist die straf opgelegd ter afwending van het door de persoon te veroorzaken gevaar.⁹ Zie in dit verband de overwegingen van de Rechtbank Amsterdam in de zaak Mohammed B., waarin de rechtbank overwoog:

‘Het opleggen van een levenslange gevangenisstraf, waarbij dit uitzicht (op terugkeer in de samenleving, TdB/GPH) niet bestaat, dient gereserveerd te blijven voor die uitzonderlijke gevallen, waarbij het gaat om zeer ernstige misdrijven en waarin het maatschappelijk belang, gelet op het gevaar dat verdachte opnieuw een feit van vergelijkbare ernst zal begaan, vordert dat de samenleving voorgoed van verdachte gevrijwaard blijft.’¹⁰

Hoewel het karakter van de maatregel en het onderscheid met straf niet altijd even scherp valt vast te stellen, is er ons inziens wel sprake van een duidelijk ‘karakterverschil’ tussen beide sancties. Bij alle vrijheidsbenemende maatregelen lijkt dit verschil een cruciale rol te spelen ten aanzien van de sanctionering van termijnoverschrijdingen en vormverzuimen.

Vormverzuimen als bedoeld in artikel 359a sv

Sinds de Wet vormverzuimen staat de rechter een drietal wettelijke ‘sanctiemodaliteiten’ tot zijn beschikking in geval van een vormverzuim: strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijk verklaring (artikel 359a Sv). In de jurisprudentie is nadien een mogelijkheid toegevoegd; de ‘enkele constatering dat er een vormverzuim heeft plaatsgevonden’.¹¹

In zijn arrest van 30 maart 2004 heeft de Hoge Raad algemene regels geformuleerd voor de toepassing van artikel 359a Sv.¹² In het arrest wordt duidelijk weergegeven wanneer de drie genoemde sancties aan de orde kunnen komen als reactie op een onherstelbaar vormverzuim. De Hoge Raad benadrukt in het arrest dat artikel 359a Sv een discretionair karakter heeft en dat de rechter ook kan volstaan met het enkele oordeel dat een onherstelbaar vormverzuim is begaan. In overeenstemming met eerdere jurisprudentie voegt de Hoge Raad daaraan toe dat de strekking van artikel 359a Sv niet dusdanig is dat ‘een vormverzuim hoe dan ook moet leiden tot enig voordeel voor de verdachte’.¹³

7 Althans voorzover het gaat om een TBS-maatregel die is opgelegd terzake van, kort gezegd, een geweldsmisdrijf (zie artikel 38e Sr).

8 Het precieze onderscheid tussen straf en maatregel wordt noch uit de wet, noch uit de literatuur precies duidelijk aldus ook Borgers 2001, p. 76 en p. 83-84. Naar onze mening zijn er echter wel duidelijk onderscheidende karaktertrekken die van wezenlijk belang zijn voor het onderhavige stuk. Zie ook *Kamerstukken II 2002/03*, 28 980, nr. 3, p. 7.

9 Zie hierover ook G.P. Hamer en T. De Bont, ‘Levenslang getoetst’, binnenkort te publiceren in het *NJB*. Soms wordt vanwege het beoogde gevaar zelfs levenslang opgelegd terwijl de schuld van de veroordeelde aan het bewezen verklaarde feit daar niet toe dwingt zo blijkt uit HR 22 maart 2005, *LJN AS5881* (met zeer waardevolle conclusie van Jörg).

10 Rechtbank Amsterdam, 26 juli 2005, *LJN AU0025*.

11 Zie onder meer HR 3 juli 2001, *NJ 2002*, 8, m.nt. Schalken.

12 HR 30 maart 2004, *NJ 2004*, 376.

13 HR 23 januari 2001, *NJ 2001*, 327.

Nu artikel 359a Sv over *strafvermindering* spreekt lijkt de bemaatregelde uitgesloten voor wat betreft deze sanctiemogelijkheid – er is immers geen straf opgelegd – en zijn er in zijn geval minder mogelijkheden om adequaat te reageren op een vormverzuim. Bovendien lijkt de hieronder te behandelen jurisprudentie, waaruit blijkt dat in geval van een termijnoverschrijding vermindering van de duur van de maatregel niet mogelijk is, analoog van toepassing. Het ontbreken van de mogelijkheid van vermindering is des te prangender daar strafvermindering in de jurisprudentie vaak de voorkeur krijgt boven bewijsuitsluiting (als deze mogelijkheid überhaupt al in vraag is gezien de aard van de schending) en niet-ontvankelijkheid zelden aan de orde is.¹⁴

Overschrijding van de redelijke termijn

Op overschrijding van de redelijke termijn zijn drie verschillende reacties mogelijk.¹⁵ De rechter kan volstaan met de enkele constatering dat de termijn is overschreden, hij kan besluiten tot strafvermindering, of hij kan het openbaar ministerie niet-ontvankelijk verklaren. Als uitgangspunt geldt dat overschrijding van de redelijke termijn leidt tot strafvermindering.

Indien het gaat om een zeer beperkte termijnoverschrijding, of als de overschrijding van de inzendingstermijn door de daarop volgende instantie wordt gecompenseerd door een bijzondere voortvarende behandeling, of als er sprake is van een specifiek geval, kan de rechter volstaan *'met het oordeel dat de geconstateerde verdragsschending voldoende is gecompenseerd met de enkele vaststelling dat inbreuk is gemaakt op artikel 6, eerste lid, EVRM'*.¹⁶

Overschrijding van de redelijke termijn bij vrijheidsbenemende maatregelen

Een specifiek geval vormt de situatie dat er een TBS of PIJ is opgelegd. Volgens de Hoge Raad lenen deze maatregelen zich naar hun aard niet voor strafvermindering. In de woorden van de Hoge Raad:

'Deze termijnoverschrijding zal evenwel niet tot strafvermindering kunnen leiden aangezien het Hof geen straf heeft opgelegd. De door het Hof opgelegde maatregel, de terbeschikkingstelling van de verdachte met bevel tot verpleging van overheidswege, leent zich naar zijn aard niet voor vermindering, omdat de duur daarvan niet vooraf is bepaald.(...)

*Bij afweging van enerzijds het belang dat de samenleving ook na overschrijding van deze termijn behoudt bij haar beveiliging door berechting en anderzijds het belang dat de verdachte heeft bij verval van het recht tot strafvervolging nadat die termijn is overschreden, moet eerstgenoemd belang de overhand hebben. De Hoge Raad komt daarom tot het oordeel dat in dit uitzonderlijk geval moet worden volstaan met de enkele vaststelling dat de redelijke termijn is overschreden (...).*¹⁷

In een zaak waar het ging om een PIJ kwam de Hoge Raad tot een zelfde slotsom:

*'Deze termijnoverschrijding zal evenwel niet tot strafvermindering kunnen leiden aangezien het Hof geen straf heeft opgelegd. De plaatsing in een inrichting voor jeugdigen, leent zich naar zijn aard niet voor vermindering, reeds omdat de duur daarvan niet vooraf is bepaald.'*¹⁸

14 Franken en Van der Hoeven zijn zelfs van mening dat uit de jurisprudentie van de Hoge Raad een *'nauwelijks verholven voorkeur voor strafvermindering'* blijkt. A.A. Franken en R. van der Hoeven, 'Beoordeling van vormverzuimen', in: M. Boone e.a. (red.), *Discretie in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 91-106. Zie ook HR 25 juni 2002, NJ 2002, 625, m.nt. Schalken.

15 HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721. Voor de precieze termijnen en 'kortingen' wordt verwezen naar dit arrest.

16 HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721.

17 HR 4 juli 2000, NJ 2000, 558. Vgl. HR 22 maart 2005, LJV AS5881.

18 HR 6 november 2001, NJ 2002, 131.

Het is aannemelijk dat deze overwegingen gelijkelijk van toepassing zijn op de PZ en wellicht in mindere mate ook op de ISD.¹⁹ Gezien de redelijke termijn jurisprudentie en, in geval van vormverzuimen, de wettekst van artikel 359a Sv, moet 'strafvermindering' bij vrijheidsbenemende maatregelen dan ook zo goed als uitgesloten worden geacht en zit er voor de bemaatregelde in beide gevallen over het algemeen niets anders in het vat dan de enkele constatering. Overigens dient wel te worden opgemerkt dat daar waar een vrijheidsbenemende maatregel (indien mogelijk) wordt gecombineerd met een (gevangenis)straf, de desbetreffende straf kan worden verlaagd.²⁰

Enige kanttekeningen

De aard en de vooraf onbepaalde duur van de maatregel

Bij de jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen enige kanttekeningen worden geplaatst.²¹ De eerste kanttekening wordt geplaatst bij de eerder geciteerde overweging van de Hoge Raad dat de PIJ en de TBS zich naar hun 'aard' niet lenen 'voor vermindering, reeds omdat de duur daarvan niet vooraf is bepaald'.²²

Indien de Hoge Raad de mening is toegedaan dat de algemene aard van de maatregel zich niet voor vermindering leent, dan lijkt deze overweging te zijn gestoeld op de idee dat de beveiligingsgedachte op de tocht komt te staan als de duur van de maatregel wordt verminderd. Immers, het beveiligingscriterium is in beginsel doorslaggevend voor de duur van de maatregel en hieraan wordt afbreuk gedaan in geval van vermindering. Zoals gezegd heeft de wetgever bij de PIJ, de gemaximeerde TBS en de ISD echter een zekere proportionaliteit nagestreefd door het stellen van een maximum duur. Het beveiligingscriterium is met andere woorden niet 'heilig' bij deze maatregelen en bepaalt niet de maximum duur. Ongeacht de mate van gevaar eindigt de maatregel als het wettelijk gestelde maximum is bereikt. Daarbij komt in geval van de ISD nog dat er met het voorarrest rekening kan worden gehouden (artikel 38n Sr). Het valt dan ook niet zonder meer in te zien waarom deze maatregelen zich vanwege hun aard niet voor vermindering zouden lenen.²³

Ook bij de 'ongelimiteerde' maatregelen hoeft sanctievermindering niet tot spanning met de beveiligingsgedachte te leiden. De maatregel wordt in geval van vermindering in eerste instantie weliswaar voor kortere duur opgelegd, maar kan vervolgens telkenmale worden verlengd. De vermindering leidt tot een eerdere rechterlijke toetsing omtrent de eventuele verlenging en niet zo zeer tot een kortere totale duur van de maatregel. Het beveiligingscriterium blijft derhalve van door-

19 Voorzover het citaat van de Hoge Raad daar niet al op toeziet, is het tevens aannemelijk dat de overwegingen van toepassing zijn op de 'gemaximeerde' TBS.

20 Onder meer Hof 's-Hertogenbosch 6 maart 2001, L/JN AB0407 en HR 25 maart 2003, L/JN AF5388 (zie conclusie Jörg onder punt 39).

21 Terzijde wordt opgemerkt dat het opvallend is dat de Hoge Raad in de TBS- en PIJ-arresten, in navolging van NJ 2000, 721, spreekt over *strafvermindering* en niet over *sanctievermindering* (De Hullu spreekt in zijn noot bij dit arrest overigens wel consequent over *sanctievermindering*). Het wekt verbazing dat de Hoge Raad deze terminologie hanteert en daar vervolgens, alsof het een sacrale formule betreft, uit afleidt dat nu de TBS en de PIJ geen straffen zijn, zij niet voor vermindering in aanmerking kunnen komen als de redelijke termijn wordt geschonden. De Hoge Raad wordt zo gevangene van een door hemzelf in het leven geroepen woordkeuze. Dit is des te klemmender omdat niet blijkt waarom de Hoge Raad voor juist die terminologie heeft gekozen en is blijven kiezen. Daarbij komt nog dat de Hoge Raad al voor het wijzen van de TBS- en PIJ-arresten (en tevens voor NJ 2000, 721) de ontneming *maatregel* voor mindering in aanmerking liet komen vanwege de redelijke termijnschending (HR 23 februari 1999, NJ 1999, 345 en HR 11 april 2000, NJ 2000, 590. Overigens gebruikt de Hoge Raad in deze arresten niet het woord *sanctievermindering*). Het laat zich niet licht verklaren waarom er niet is gekozen voor de term *sanctievermindering*, zoals éénmaal later is gebeurd (HR 9 januari 2001, NJ 2001, 307, voorzover wij hebben kunnen achterhalen is dit het enige arrest geweest waarin de Hoge Raad zelf het woord *sanctievermindering* in de mond genomen).

22 Nu in het eerder geciteerde 'TBS-arrest' (HR 4 juli 2000, NJ 2000, 558) het woordje *reeds* ontbreekt terwijl dit wel door de Hoge Raad wordt gehanteerd in het eveneens eerder geciteerde 'PIJ-arrest' (HR 6 november 2001, NJ 2002, 131), is het niet geheel duidelijk of alleen de vooraf onbepaalde duur zich naar mening van de Hoge Raad verzet tegen vermindering of dat ook de algemene aard van de maatregel zich hiertegen verzet. Zowel de algemene aard als de onbepaalde duur zullen aan bod komen.

23 Anders: P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003, p. 485.

slaggevende betekenis en wordt als geheel door de sanctievermindering geenszins tekort gedaan.

Voorzover de Hoge Raad (tevens) bedoelt dat vermindering niet mogelijk is omdat de totale duur vooraf onbepaald is (afgezien van de ISD en de PIJ die voorwaardelijk dan wel niet is opgelegd inzake – kort gezegd – een geweldsmisdrijf, is immers verlenging mogelijk), kan gezegd worden dat dit argument niet opgaat. De duur van de ‘eerste’ oplegging wordt immers wél door de rechter bepaald en deze duur zou in beginsel kunnen worden verminderd. Hierop zal later nog worden teruggekomen.

De redelijke termijn bij niet-vrijheidsbenemende maatregelen

Het is opvallend te noemen dat de Hoge Raad bij niet-vrijheidsbenemende maatregelen wel bereid is gebleken om bij termijnoverschrijdingen sanctievermindering toe te passen dan wel een financiële compensatie toe te kennen. Bij ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel kan de redelijke termijnschending worden gecompenseerd door vermindering van het te ontnemen bedrag. Zo overwoog de Hoge Raad:

‘Regel is dat de overschrijding van de redelijke termijn wordt gecompenseerd door vermindering van het ontnemingsbedrag en van de daarmee corresponderende duur van de vervangende hechtenis.’²⁴

Hier rijst de vraag waarom bij deze maatregel wel sanctievermindering mogelijk is, terwijl dat bij de TBS en de PIJ expliciet is uitgesloten. Mogelijk komt dat omdat bij de ontneming de maat (in de zin van de hoogte van het te ontnemen bedrag) bij de oplegging is vastgesteld, hetgeen bij de TBS en de PIJ minder evident is nu deze verlengd kunnen worden. De aard van de ontnemingsmaatregel lijkt zich echter niet meer dan bij de TBS en de PIJ te lenen voor vermindering.

Evenals de TBS en de PIJ is de ontneming primair bedoeld om een ongewenste situatie te beëindigen. Bij ontneming bestaat de ongewenste situatie uit het feit dat iemand *‘zonder geldige titel bepaalde vermogensbestanddelen, ofwel ‘voordeel’ tot zijn beschikking heeft’*.²⁵ Met de ontnemingsmaatregel wordt echter niet zo zeer beoogt de samenleving te beveiligen zoals met de vrijheidsbenemende maatregelen het geval is. De ontnemingsmaatregel is veeleer reparatoir van aard.²⁶ Desondanks leent de aard van de ontneming zich niet meer voor vermindering dan een vrijheidsbenemende maatregel. Sterker nog, in geval van ontneming leidt sanctievermindering er toe dat het doel van de maatregel, herstel in oude toestand, niet volledig kan worden bereikt. Vermindering doet dan ook afbreuk aan het karakter van de ontneming.²⁷

Wellicht heeft de Hoge Raad zich vanwege de mogelijkheid van vervangende hechtenis bij de ontneming mee laten slepen door de verminderingspolitiek bij straffen. Bij straffen is vermindering de aangewezen weg omdat dit bij het karakter van de straf past. De straf is vergeldend en beoogt leed toe te voegen. Door het gepleegde verzuim of de termijnschending is de veroordeelde al leed ‘aangedaan’ en daarom moet in dat geval de door de rechter uit te spreken leedtoevoeging worden verminderd (‘leedverrekening’). Zo wordt er voor gezorgd dat de veroordeelde de ‘gerechtvaardigde hoeveelheid leed wordt aangedaan’. Een dergelijke vorm van ‘leedverrekening’ kan bij de ontnemingsmaatregel echter niet aan de orde zijn nu de ontneming een reparatoir karakter heeft en geen leedtoevoeging beoogt. Het heeft er dan ook de schijn van dat de Hoge Raad door het vermin-

²⁴ Hoge Raad 9 januari 2001, NJ 2001, 307, HR 11 april 2000, NJ 2000, 590 en HR 23 februari 1999, NJ 1999, 345. Dat de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie welhaast ondenkbaar is blijkt uit HR 15 juni 2004, NJ 2004, 416.

²⁵ Kooijmans 2002, p. 59. Vgl. Borgers 2001, p. 75. Borgers geeft aan dat ook de preventiegedachte als grondslag veelvuldig in de parlementaire geschiedenis genoemd wordt maar dat deze zijns inziens *‘nauwelijks een zelfstandig dragende grond voor confiscatie kan zijn’*.

²⁶ HR, 23 februari 1999, NJ 1999, 345 (zie met name de conclusie van advocaat-generaal Keijzer). Overigens wijst Borgers erop dat het gevaarsaspect wel enigszins om de hoek komt kijken. Hij constateert dat vanuit *‘het fenomeen misdaadgeld, en de daaraan inherent verbonden witwashandelingen, twee soorten bedreiging uitgaan: de dreiging van beïnvloeding van (legale) maatschappelijke en politieke processen en de dreiging dat allerlei financiële instellingen ongewild in aanraking komen met misdaadgeld’*. Borgers 2001, p. 86-87.

²⁷ Vgl. Van Kempen 2003, p. 485.

deren van het ontnemingsbedrag een compensatiemogelijkheid heeft gecreëerd zonder zich ervan bewust te zijn dat daarmee impliciet een schadevergoeding wordt toegekend.²⁸

Ook bij de maatregel van onttrekking aan het verkeer bestaat er een compensatiemogelijkheid. De onttrekking is evenals de vrijheidsbenemende maatregelen een beveiligingsmaatregel, zij het dat deze maatregel niet is bedoeld ter bescherming tegen gevaarlijke personen maar tegen gevaarlijk geachte voorwerpen.²⁹ Dit beveiligingskarakter brengt met zich mee dat ook deze maatregel zich in principe niet voor vermindering leent (voorzover vermindering überhaupt praktisch gezien al mogelijk is) en dat niet-ontvankelijkheid eveneens niet snel wordt aangenomen. Een en ander blijkt duidelijk uit een uitspraak van de Hoge Raad:

‘4.2.1. Een vordering als bedoeld in artikel 552f, tweede lid, Sv strekt tot onttrekking aan het verkeer van voorwerpen die van zodanige aard zijn dat het ongecontroleerde bezit daarvan in strijd is met de wet of met het algemeen belang. Dit brengt mee dat het de rechter niet vrijstaat aan de omstandigheid dat in de procedure met betrekking tot die vordering de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6, eerste lid, EVRM is overschreden de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie te verbinden, aangezien dat tot gevolg kan hebben dat voorwerpen als hiervoren bedoeld aan de rechthebbende dienen te worden teruggegeven en aldus wederom in het verkeer worden gebracht.

4.2.2. De hiervoren onder 4.2.1 bedoelde omstandigheid brengt wel mee dat de rechter, indien hij op grond van zijn oordeel dat de voorwerpen voor onttrekking aan het verkeer vatbaar zijn, gebruik maakt van zijn bevoegdheid die voorwerpen aan het verkeer onttrokken te verklaren, aan de rechthebbende, indien en voor zover dit nodig is om te voorkomen dat deze door de onredelijke duur van de berechting onevenredig zou worden getroffen, op de voet van artikel 36b, tweede lid, Sr in verbinding met artikel 33c, tweede en derde lid, Sr een geldelijke tegemoetkoming dient toe te kennen.³⁰

Dat de Hoge Raad de artikelen 36b Sr en 33c Sr aangrijpt om een geldelijke tegemoetkoming toe te kennen wegens een termijnschending is opmerkelijk nu de tekst van die artikelen daar bepaald niet op toe lijkt te zien.

Concluderend kan gezegd worden dat termijnoverschrijding bij ontneming door middel van sanctievermindering gecompenseerd wordt, ondanks dat zich dit niet met de aard van de maatregel lijkt te verenigen, en dat de overschrijding bij onttrekking gecompenseerd wordt door middel van het toekennen van geldelijke tegemoetkoming. In beide gevallen wordt er (impliciet) een schadevergoeding toegekend teneinde het verzuim te compenseren. De wijze van sanctionering bij niet-vrijheidsbenemende maatregelen staat in schril contrast met het ontbreken van een adequate compensatiemogelijkheid bij vrijheidsbenemende maatregelen, zeker nu rechtvaardigende gronden voor dit onderscheid in feite ontbreken.

28 Vgl. Kooijmans: *‘Er lijkt sprake te zijn van een billijke geldelijke tegemoetkoming (...) die bij de ontnemingsmaatregel verdisconteerd kan worden in de hoogte van het te ontnemen bedrag. Hierbij dient te worden aangemerkt dat de Hoge Raad zelf niet spreekt over een billijke tegemoetkoming die wordt verdisconteerd in de hoogte van het te ontnemen bedrag.’* Kooijmans 2002, p. 76. Voorts valt nog te verwijzen naar De Hullu die enkele kanttekeningen plaats bij sanctievermindering als compensatie (in geval van een ontnemingsmaatregel). Hij komt in zijn noot onder HR 11 april 2000, NJ 2000, 590 tot het volgende: *‘Het zou bovendien, mede ten behoeve van het slachtoffer (in verband met artikel 577b Sv), zuiverder zijn om als compensatie voor overschrijding van de redelijke termijn niet aan sanctievermindering, maar aan schadevergoeding ten laste van de overheid te denken, welke schadevergoeding de omvang van het voordeel en de betalingsverplichting voor de veroordeelde niet aantast.’*

29 M.M. Beije, *Onttrekking aan het verkeer*, Groningen: Wolters Noordhoff B.V. 1994, p. 62-63. Borgers 2001, p. 85.

30 Hoge Raad 15 februari 1994 NJ 1994, 489. Zie tevens o.m. Hoge Raad 8 september 1987, NJ 1988, 453, Hoge Raad 8 juli 1992, NJ 1992, 817 en Hoge Raad 29 november 1988, NJ 1989, 598.

Waarom moet de lacune worden opgevuld?

Bij de overwegingen van de Hoge Raad om te volstaan met de enkele constatering zijn enige kanttekeningen geplaatst die ons inziens de dragende grond voor deze jurisprudentie ondermijnen en de vraag doen rijzen of er voor de bemaatregelde niet een (andere) compensatiemogelijkheid moet komen ten einde de geconstateerde lacune op te vullen. Hieronder zullen een aantal argumenten worden behandeld die de conclusie rechtvaardigen dat de gestelde vraag positief dient te worden beantwoord.

Ongelijkheid

Het is allereerst evident dat het ontbreken van een compensatiemogelijkheid bij de bemaatregelde leidt tot ongelijkheid tussen groepen veroordeelden. De bemaatregelde zal zich wegens het ontbreken van een compensatiemogelijkheid in het strafproces moeten wenden tot de civiele rechter en van hem een oordeel moeten vragen over de ernst van het vormverzuim en/of de redelijke termijnschending, het schadebepalende karakter daarvan en de hoogte van de schade.³¹ Dit alles terwijl er voor de tot straf veroordeelde in beginsel de simpele mogelijkheid is van het vragen van een compensatie in het strafproces zelf.

In de huidige situatie wordt de vraag of een verzuim ook maar in enige mate een rechtsgevolg heeft, volledig afhankelijk gemaakt van buiten dat verzuim liggende toevalligheden (namelijk of er al dan niet een vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd). De ongelijke behandeling van degene die het verzuim heeft ondervonden valt niet te rechtvaardigen.³²

Schending van gerechtvaardigde belangen behoort in beginsel te worden gecompenseerd

Daarnaast kan het bezwaarlijk als te boud worden verondersteld dat een gepaste compensatie op zijn plaats is als een persoon door de staat in zijn gerechtvaardigde belangen is geschaad.³³

In bepaalde gevallen is het denkbaar dat de enkele constatering van de schending een gepaste compensatie is. Er komt echter een omslagpunt waarop deze constatering niet meer voldoet.³⁴ In 'gevangenisstrafzaken' heeft de Hoge Raad dit omslagpunt voor wat betreft de cassatiefase vrij precies aangegeven.³⁵ Echter, ook bij de bemaatregelde is op een gegeven moment de enkele constatering in redelijkheid niet meer als voldoende compensatie aan te merken. Waar dat omslag-

31 Vgl. HR 27 september 2005, L/JN AS8858, conclusie Vellinga onder punt 21/22. Vellinga merkt op dat in de strafrechtelijke procedure, met name in de gevallen waar termijnoverschrijding speelt, niet van de verdachte wordt geëist te bewijzen dat hij schade heeft geleden (overschrijding leidt i.b. tot vermindering, ongeacht de vraag of er daadwerkelijk schade is geleden) maar dat dit wel het geval is in een civiele zaak, hetgeen tot de nodige bewijsnood kan leiden. Van Kempen kaart eveneens een bezwaar van een civiele rechtsgang aan dat in casu analoog van toepassing is. Van Kempen wijst er op dat het EHRM de omslachtige gang naar de civiele rechter na een verwerkingsprocedure mogelijk in strijd zal achten met een 'effectieve bescherming van mensenrechten en aldus evenmin met het doel en de strekking van het verdrag', Van Kempen 2003, p. 487.

32 De ongelijkheid is des te schrijnender nu de bemaatregelde (afgezien van de ISD-er) ook al niet in aanmerking komt voor aftrek van (het soms zeer langdurende) voorarrest.

33 Zie bijvoorbeeld ook de auteurs van het *Onderzoeksproject Strafvordering 2001* die (in het licht van artikel 359a Sv) aan de compensatie van geschonden belangen betekenis toe kennen. Y.G.M. Baaijens-van Geloven, 'De rechtsgevolgen (sanctionering) van onrechtmatigheden in het opsporingsonderzoek', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Kluwer 2004, p. 380.

34 Vgl. De Hullu in diens noot bij HR 22 september 1998, NJ 1999, 104: 'In de eerste plaats is zo'n declaratoire uitspraak relevant, ook voor de verdachte, maar zeker bij dit type vormverzuim (toepassen Zaanse verhoormethode, die geen bewijs had opgeleverd, bewijsuitsluiting was dus niet aan de orde, TdB/GPH) is het volstaan met zo'n uitspraak wel bloedeloo. Het hof heeft aan de op zichzelf belangrijke declaratoire uitspraak ten onrechte een element van genoegdoening ('ter compensatie') toegekend.' In deze zaak ging het overigens om het opleggen van een gevangenisstraf en niet van een maatregel. Tevens Baaijens-van Geloven 2004, p. 385: 'Een dergelijke uitspraak is niet zonder betekenis, al biedt het weinig herstel of reparatie.' Vgl. Van Kempen 2003, p. 489.

35 Zie HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721, rov 3.6.

punt ligt valt in abstracto niet te zeggen. Over de vraag op welke wijze er gecompenseerd dient te worden kan getwist worden, maar dat er daadwerkelijk gecompenseerd moet worden bij bepaald ernstige schendingen is evident, ook bij bemaatregelden.

In het licht van die legitieme compensatie is niet onbelangrijk dat een vrijheidsbenemende maatregel geen punitief effect beoogt. Dit brengt met zich mee dat eventuele punitieve effecten voorafgaand dan wel na oplegging van de maatregel zoveel mogelijk voorkomen dienen te worden en dat, indien deze effecten desondanks wel zijn opgetreden, de gevolgen hiervan zoveel mogelijk gecompenseerd moeten worden. Dit laatste vindt nu al min of meer zijn uitdrukking in de passantenvergoedingen krachtens welke een TBS-passant compensatie krijgt indien plaatsing uitblijft en hij in afwachting van die plaatsing niet verblijft in een voor hem passende setting.³⁶

Het rechtstatelijk belang van sanctionering

Vervolgens zijn er, naast de op de veroordeelde gerichte argumenten, ook argumenten die zijn verbonden aan het belang dat de samenleving in abstracte zin heeft bij een adequate reactie op verzuimen. Omdat deze argumenten veelvuldig en uitgebreid in de literatuur zijn behandeld³⁷ zullen wij hier slechts zeer beknopt op ingaan en volstaan met een citaat van Corstens:

*'Element van de rechtsstaatgedachte is dat de overheid zich ook zelf aan de regels moet houden. Indien zij dit niet doet, moet daarop enigerlei sanctie volgen. Anders wordt afbreuk gedaan aan die regels.'*³⁸

Waarom die sanctie nu juist niet zou moeten volgen bij een bemaatregelde is een vraag die het stellen waard is. Is er enige reden om een schending van rechtstatelijke regels jegens een bemaatregelde minder erg te achten op dan eenzelfde inbreuk bij een tot straf veroordeelde? De vraag stellen is deze beantwoorden. Bovendien rijst bij het achterwege blijven van een daadwerkelijke compensatie het gevaar dat er een 'sorry-cultuur' wordt gekweekt jegens de bemaatregelde.³⁹

Het EVRM

Tot slot lijkt ook de Europese jurisprudentie te nopen tot de conclusie dat niet altijd kan worden volstaan met de enkele constatering. Het is niet ondenkbaar dat een bemaatregelde in Europa alsnog een daadwerkelijke compensatie zoekt en die ook vindt.

Op grond van de Europese jurisprudentie lijkt te moeten worden geconcludeerd dat door de enkele constatering van het verzuim het *victim*-zijn niet zonder meer komt te vervallen en er, in bepaalde gevallen, op basis van artikel 34 EVRM een klacht bij het EHRM kan worden ingediend.⁴⁰ In dit verband valt te verwijzen naar *Auerbach*:

'It reiterates that a decision or measure favourable to an applicant is not in principle sufficient to deprive him of his status as a 'victim' unless the national authorities have acknowledged, either expressly or in substance, and then afforded redress for, the breach of the Convention (...). Moreover, as a general rule, the question whether an applicant may claim to be a victim depends on the legal interest which the applicant may have in a determination by the Court that his Convention rights have

36 Zie onder meer HR 5 juni 1998, NJ 1998, 741.

37 Zie van de vele schrijvers: Baaijens-van Geloven 2004, p. 355.

38 G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 655. Vgl. HR 27 september 2005, LJV AS8858, conclusie Vellinga onder punt 29.

39 Begrip ontleend aan Buruma (noot onder HR 30 maart 2004, NJ 2004, 376).

40 Artikel 34 EVRM luidt: 'Het Hof kan verzoekschriften ontvangen van ieder natuurlijk persoon (...) die beweert slachtoffer te zijn van een schending door een van de Hoge Verdragsluitende Partijen van de rechten die in het Verdrag of de Protocollen daarbij zijn vervat. (...)'

*been breached. In assessing this interest, any material or immaterial damage suffered by the applicant as a result of the alleged violation must be taken into account(...).*⁴¹

Het is met andere woorden de vraag of de enkele constatering tevens een voldoende vorm van *redress* vormt. Het Hof zelf volstaat soms met de enkele constatering maar kent ook vaak genoeg een financiële compensatie toe vanwege de (im)materiële schade die de schending van Conventie-rechten mee zich mee heeft gebracht.⁴² Naar onze mening is de enkele constatering dan ook in ieder geval niet in alle gevallen afdoende. Ook uit *Holzinger* lijkt dit te kunnen worden afgeleid:

*'The issue of whether someone may (still) claim to be a victim of an alleged violation of the Convention entails on the part of the Court essentially an ex post facto examination of the situation of the person concerned in the course of which the question whether he or she has received reparation for damage caused – comparable to just satisfaction as provided for under Article 41 of the Convention – is an important issue. It is the Court's settled case-law that where national authorities have found a violation and their decision constitutes appropriate and sufficient redress therefor, the party involved can no longer claim to be a victim within the meaning of Article 34 of the Convention.'*⁴³

Zeker indien de nationale wetgeving niet voorziet in een andere mogelijkheid *to afford redress* dan de enkele constatering, valt aan te nemen dat de bemaatregelde in bepaalde gevallen met succes een klacht in kan dienen. Teneinde de Nederlandse rechtspraak op dit punt *EVRM-proof* te maken zal er een nieuwe sanctiemogelijkheid moeten worden gecreëerd.

Hoe kan de lacune worden opgevuld?

Ons inziens zijn er twee mogelijkheden denkbaar om het gat op te vullen: sanctievermindering en schadevergoeding. Beide mogelijkheden zullen hieronder behandeld worden.

Sanctievermindering

Sanctievermindering kan een adequate oplossing zijn. Deze wijze van sanctionering/compensatie leidt tot de meeste gelijkheid tussen de tot straf veroordeelde en de bemaatregelde. In beide gevallen is het uitgangspunt dan dat verzuimen door middel van vermindering van de opgelegde sanctie in het strafproces worden gecompenseerd.⁴⁴

Daarnaast past sanctievermindering ons inziens goed in het strafproces. De procedure tot oplegging van de maatregel is bedoeld om de desbetreffende persoon ter beveiliging van de maatschappij zijn

41 Auerbach vs Nederland, EHRM 29 januari 2002, application nr. 45600/99. Tevens: Schlader vs Oostenrijk, EHRM 7 maart 2000, application nr. 30193/96 en Sardinias Albo vs Italië, EHRM 17 februari 2005, application nr. 56271/00, para. 55. Vgl. Eckle vs Duitsland, EHRM 15 juli 1982, application nr. 8130/78, para. 66 e.v. en Rechachi en Hocine Ben Abdelhafid vs Verenigd Koninkrijk, EHRM 10 juni 2003, application nr. 55554/00. Uit deze laatste uitspraak blijkt duidelijk dat er sprake moet zijn van zowel een erkenning van de schending als van 'redress' (er wordt gesproken over 'the dual requirements').

42 Zie onder meer Auerbach vs Nederland, EHRM 29 januari 2002, application nr. 45600/99: 'bearing in mind that the Court itself has held in various cases that a finding of a violation in itself constituted adequate just satisfaction under Article 41 of the Convention for any non-pecuniary damages suffered.' In de zaak Beumer werd wel een vergoeding voor immateriële schade toegekend: Beumer vs Nederland, EHRM 29 juli 2003, application nr. 48086/99, par. 59.

43 *Holzinger vs Oostenrijk* (No. 1), EHRM 30 januari 2001, application no. 23459/94, par 21. Zie voor een mooi voorbeeld waarin het uitkeren van een schadevergoeding/compensatie voldoende *redress* vormde: *Rytsarev vs Rusland*, EHRM 21 juli 2005, application no. 63332/00, par. 32 en 33. Voorts valt met betrekking tot de stelling dat de enkele constatering niet altijd voldoende is, te verwijzen naar: *Wolffmeyer vs Oostenrijk*, EHRM 26 mei 2005, application nr. 5263/03, *EHRM* 2005, p. 691-695, par. 31.

44 De sanctievermindering heeft bij beide groepen echter wel een gradueel ander karakter. In geval van een straf kan de vermindering zoals gezegd worden gezien als middel om tot de juiste mate van vergelding te komen (met andere woorden om het doel van de straf zo goed mogelijk na te komen), bij de bemaatregelde komt meer het 'schadevergoedend' karakter naar voren. Terzijde wordt opgemerkt dat voor wat betreft de onttrekking aan het verkeer (evenals de verbeurdverklaring) vermindering in bepaalde gevallen onmogelijk is in verband met de aard van het goed. In deze gevallen kan vermindering dus nooit het uitgangspunt zijn.

vrijheid te ontnemen. Als bij die procedure zijn fouten gemaakt komt het ons het meest 'zuiver' voor die fouten te compenseren in het gevolg van de procedure, de opgelegde maatregel en de daarmee gepaard gaande vrijheidsbeneming.

Dat termijnverkortening een mogelijkheid kan zijn valt ook af te leiden uit een recent arrest van de penitentiaire kamer van het Hof Arnhem. Het ging in die zaak om een hoger beroep tegen een beslissing tot verlenging van de TBS. Het hof overwoog:

*'Gelet op het specifieke karakter van de terbeschikkingstelling, waarbij beveiliging van de samenleving voorop staat, raakt een trage behandeling als regel de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie niet, maar kan in bijzondere gevallen een kortere verlenging van de terbeschikkingstelling (...) geïndiceerd zijn.'*⁴⁵

Men kan zich echter afvragen of een reactie in de vorm van vermindering wel tot een daadwerkelijke compensatie voor de bemaatregelde leidt. Het is immers geenszins zo, althans in ieder geval niet bij de 'ongelimiteerde' TBS en de PZ, dat de bemaatregelde daardoor zonder meer sneller vrijkomt. Echter, in die gevallen waarin vermindering niet direct tot een eerdere invrijheidstelling leidt, komt de verlengingsbeslissing op een eerder moment te vallen. Op die wijze wordt de bemaatregelde op kortere termijn uitzicht geboden op een positieve verandering in zijn detentiesituatie. Dit vooruitzicht kan tevens tot extra motivering bij de bemaatregelde leiden om zich actief voor zijn behandeling in te zetten. Zeker indien het gaat om een termijnoverschrijding lijkt vermindering een adequate compensatie: het proces (en daarmee in beginsel de voorlopige hechtenis) heeft te lang geduurd, een eerdere invrijheidstelling c.q. verlengingstoets leidt er toe dat de detentieduur tot aan de invrijheidstelling c.q. verlengingstoets enigszins vergelijkbaar komt te zijn met de situatie waarin er geen termijnoverschrijding zou hebben plaatsgevonden.

Tegen een eventuele vermindering van een vrijheidsbenemende maatregel valt echter wel een en ander in te brengen. Allereerst staat het bepalen van de duur van de vrijheidsbenemende maatregelen niet altijd ter vrije keuze aan de rechter (overigens heeft de Hoge Raad dit punt in de eerder besproken TBS/PIJ arresten niet gebruikt in zijn argumentatie). Zo kan bijvoorbeeld de TBS in eerste instantie niet voor een kortere duur dan twee jaar worden opgelegd.⁴⁶ In bepaalde gevallen is er dus sprake van een praktische belemmering die maakt dat er simpelweg niet *kan* worden verminderd. Dit is echter een feitelijke omstandigheid maar geen argumentatieve grond die vermindering onmogelijk maakt. Het behoeft geen uitleg dat deze feitelijke belemmering kan worden weggenomen. De vraag die dan aan de orde komt, is of de aard van de maatregel zich zou verzetten tegen vermindering. Zoals eerder aangegeven is dat naar onze mening niet het geval.

Voorzover de maatregelen gemaximeerd zijn is er sprake van een zekere vorm van proportionaliteit en bepaalt beveiligingscriterium niet de maximum duur van de maatregel. Een vermindering staat in dit licht dan ook niet op gespannen voet met de door de maatregel beoogde maatschappijbeveiliging. Daarbij komt nog dat de vermindering (als het standaard arrest van de Hoge Raad, NJ 2000, 721, zou worden toegepast) slechts een korte tijdsduur zal betreffen. Zeker bij de ISD is sanctievermindering goed denkbaar gezien de bestaande mogelijkheid van het aftrekken van de duur van het voorarrest (artikel 38n Sr). Bij de niet gemaximeerde maatregelen leidt sanctievermindering slechts tot een

⁴⁵ Hof Arnhem 28 februari 2005, *Nbr. Sr.* 2005, p. 438-441. Het hof plaatst wel de kanttekening dat de veiligheid van personen een verkorting moet 'toelaten'. Wat het hof hiermee precies op het oog heeft is niet geheel duidelijk, de persoon in kwestie blijft immers gewoon in de kliniek, een eventuele verlengingsbeslissing vindt hooguit eerder plaats. In welk opzicht de veiligheid van personen in het geding komt is dan ook de vraag.

⁴⁶ E.J. Hofstee, *TBS*, Deventer: Kluwer 2003, p. 107. Ook de wettekst omtrent de PIJ-maatregel lijkt hier geen ruimte voor te bieden. Over de vraag of opname in een psychiatrisch ziekenhuis voor minder dan een jaar kan worden opgelegd bestaat onduidelijkheid. Mevis meent dat dit niet kan, Widdershoven daarentegen is van mening dat deze mogelijkheid wel bestaat. P.A.M. Mevis, 'Vrijheidsbenemende maatregelen', in: W.H.A. Jonkers (red.) *Het penitentiair recht*, voortgezet door J.P. Balkema, Y. Buruma, J.S.P. Fiselier & P.C. Vegter, Deventer: Gouda Quint (losbladige editie), p. IX-62-64 (suppl. 38, februari 1994). Zie eveneens J.W. Fokkens, 'Maatregelen', in: T.J. Noyon, G.E. Langemeijer & J. Rimmelink, *Het wetboek van strafrecht*, Deventer: Kluwer (losbladige editie), p. 198 (suppl. 1994, oktober 1997). W.J.A.M. Dijkens & T.P. Widdershoven, *De Wet Bopz. Artikelsgewijs commentaar* (losbladige editie), Den Haag: Koninklijke Vermande, p. C1/Art. 51 / 38-42 (suppl. 10, augustus 2000). Bij de ISD is oplegging voor een kortere duur dan twee jaar wel mogelijk, zo volgt uit de wet.

eerdere verlengingstoets en komt de doelstelling van de maatregel dus ook niet in gevaar. Bot gezegd blijft een persoon die nog altijd gevaarlijk is gewoon vastzitten. Het valt dan ook niet in te zien waarom een (kleine) vermindering uit den boze zou zijn.

Een laatste tegenargument is dat de mogelijkheid van vermindering er toe kan leiden dat er 'individuele' termijnen gaan ontstaan en dat justitie nauwkeuriger in de gaten zal moeten houden wanneer de betreffende termijnen aflopen en er een verlengingsprocedure moet worden gestart. Hierdoor wordt de kans op fouten enigszins groter. Er mag van het justitiële apparaat dat toeziet op de verlengingen van maatregelen echter wel enige nauwkeurigheid en precisie worden verwacht.⁴⁷

Schadevergoeding

Als alternatief voor sanctievermindering zou gedacht kunnen worden aan de mogelijkheid van een schadevergoeding. Op deze mogelijkheid is in de literatuur herhaaldelijk gewezen. Recent nog heeft Van Zeben aangegeven dat ofschoon het strafprocesrecht niet de mogelijkheid kent dat de rechter 'bij vonnis of arrest (...) bij wijze van "redress" schadevergoeding' toekent, daar wel behoefte aan kan zijn, onder meer in die gevallen dat strafvermindering niet mogelijk is, zoals bij de PIJ en de TBS.⁴⁸

Reeds vóór de totstandkoming van de Wet vormverzuimen bracht Van Veen deze optie onder de aandacht als reactie op vormverzuimen. Hij gaf voorts aan dat de rechter zelf de weg naar de mogelijkheid van het toekennen van schadevergoeding al had gevonden.⁴⁹ Fokkens wees als mogelijke sanctie op onrechtmatig verkregen bewijs op het toekennen van schadevergoeding.⁵⁰ Ook Schalken en Rozemond hebben deze mogelijkheid aangekaart door te stellen:

*'Het eventueel ambtshalve toekennen van financiële tegemoetkoming in de geleden (materiële of immateriële) schade kan eveneens voldoende tegenwicht bieden aan de door de overheid veroorzaakte rechtsinbreuk, een bevoegdheid die nu nog in het Nederlandse strafprocesrecht ontbreekt.'*⁵¹

47 Bovendien is het risico van het te laat opmerken van het verstrijken van de termijn beperkt, zie voor de TBS en de PIJ het in 2002 ingevoerde artikel 509oa Sv (voor de PIJ juncto artikel 77t Sr). Ook bij de PZ zijn de gevolgen van een te late indiening tot verlenging beperkt, zie R.B.M. Keurentjes, *De wet BOPZ. De betekenis van de wet voor beroepsbeoefenaren in de geestelijke gezondheidszorg*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2002, p. 53-54.

48 D.J. van Zeben, 'Vertragingen in strafzaken. Onze excuses voor het ongemak', *Trema* 2005, p. 239-246. Dat in andere rechtsgebieden dan het strafprocesrecht een schadevergoeding een adequate compensatie kan bieden voor termijnschending blijkt bijvoorbeeld uit een oordeel van de Centrale Raad van Beroep: 'Indien wordt vastgesteld (...) dat de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM is overschreden en dat deze overschrijding geheel of gedeeltelijk een gevolg is van een niet-verontschuldgbare traagheid van besluitvorming door het bestuursorgaan, dient te worden beoordeeld of er termen aanwezig zijn om de belanghebbende voor het bestuurlijk aandeel in de termijnoverschrijding een compensatie te verlenen. (...) Voor de toekenning van vergoeding van immateriële schade zijn dan termen aanwezig als op grond van het met de procedure gemoeide belang en de overige feiten en omstandigheden van het geval aannemelijk is dat de belanghebbende als gevolg van de duur van de procedure daadwerkelijk een bepaalde mate van spanning en frustratie heeft ondergaan.' Centrale Raad van Beroep, 8 december 2004, *AB* 2005, 73. Zie over deze opmerkelijke uitspraak: G. Schippers, 'Een magische grens overschreden? Of hoe bestuurlijke traagheid kan leiden tot het toekennen van immateriële schadevergoeding', *NJB* 2005, p. 791-793. Indien echter de schending in de rechterlijke fase plaats vond wordt volstaan met het oordeel dat de redelijke termijn, als bedoeld in 6 EVRM, is geschonden en wordt de belanghebbende doorgestuurd naar de civiele rechter, zo blijkt uit dezelfde uitspraak.

49 *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr. 3, p. 26 (MvT). Th. W. van Veen, 'Over misslagen, vormverzuimen en nietigheden in het strafprocesrecht', *RM-Themis* 1991, p. 212-219. Van Veen doelt op HR 29 november 1988, *NJ* 1989, 598 (zie hierboven de jurisprudentie inzake onttrekkingszaken).

50 J.W. Fokkens, 'De sanctie op onrechtmatige bewijsgaring', in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *Met hoofd en hart*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 227-234.

51 T.M. Schalken en K. Rozemond, 'Nieuwe opsporingsmethoden: dient elke onrechtmatigheid te worden gesanctioneerd?', *NJB* 1997, p. 1365-1371. Voorts valt nog te verwijzen naar Van Kempen die het wenselijk acht dat de wetgever de mogelijkheid van een financiële vergoeding 'opneemt in het vaste arsenaal van middelen waarmee de strafrechter onder andere verdragschendingen kan redresseren'. Van Kempen 2003, p. 486.

De wetgever heeft de schadevergoeding als reactie op vormverzuimen echter in navolging van de commissie-Moons van de hand gewezen.⁵² De wetgever hanteerde daarbij drie argumenten:

'1) Schadevergoeding verschilt (...) wezenlijk van de overige sancties, in die zin dat namelijk geen verrekening plaats vindt met de beslissingen over de strafzaak. 2) Bovendien is niet duidelijk hoe de deze sanctie zich verhoudt tot in de eerste plaats het recht van de verdachte op schadevergoeding als het verzuim jegens hem een onrechtmatige daad oplevert en in de tweede plaats het recht van de verdachte op schadevergoeding wegens bijvoorbeeld het ondergaan van voorlopige hechtenis (artikel 89) of het ondergaan van andere dwangmiddelen. 3) Tenslotte is een bezwaar van deze sanctie dat de rollen worden omgedraaid. De verdachte kan ter terechtzitting de hoedanigheid aannemen van een slachtoffer van onrechtmatig overheidsoptreden dat zich beroept op schadevergoeding. Het gevolg is dat in plaats van zijn gedrag dat van de overheid centraal komt te staan.⁵³ (nummering toegevoegd, TdB/GPH)

Deze argumenten zijn ons inziens echter niet voldoende overtuigend in het geval van een vrijheidsbenemende maatregel nu er geen daadwerkelijk alternatief is zoals sanctievermindering. Daarbij komt dat, voorzover ons bekend, bij de totstandkoming van de Wet vormverzuimen de problematiek aangaande vrijheidsbenemende maatregelen niet expliciet aan de orde is geweest.

Het 'omdraaien van de rollen'-argument gaat alleen al niet op omdat ook in geval van strafvermindering, niet-ontvankelijkheid of bewijsuitsluiting de rollen zijn omgedraaid in die zin dat ten aanzien van het gestelde verzuim het gedrag van de overheid centraal komt te staan. Bovendien behoort de overheid in een strafzaak jegens een verdachte verantwoording af te leggen over haar handelwijze in die strafzaak.

Het tweede argument, inhoudende dat bij invoering van een schadevergoedingsmogelijkheid niet duidelijk is hoe zich dit verhoudt tot *'het recht van de verdachte op schadevergoeding'*, is eveneens weinig overtuigend nu het niet al te moeilijk is om de verhouding tot andere schadevergoedingsmodaliteiten te regelen. Zo kan er aan gedacht worden om bij toekenning van schadevergoeding wegens een verzuim, een schadevergoeding uit onrechtmatige daad uit te sluiten. Een dergelijke weg is onder meer in het Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba gevolgd.⁵⁴ Bovendien sluit strafvermindering thans een actie ex 6:162 BW door de veroordeelde ook niet uit.

Dat een schadevergoeding wezenlijk verschilt van de overige sancties, in die zin dat bij een schadevergoeding geen verrekening plaatsvindt met de beslissingen over de strafzaak, is evident. De vraag is echter of dit een onoverkomelijk bezwaar is. Als onze eerder geuite veronderstelling juist is dat de Hoge Raad ter sanctionering van termijnoverschrijdingen bij de ontnemings- en onttrekkingsmaatregel in feite een schadevergoeding toekent, dan valt niet in te zien waarom zo een schadevergoeding niet kan worden toegekend bij de vrijheidsbenemende maatregel. Dat verrekening in dat geval niet mogelijk is maar er een geldsom moet worden uitgekeerd kan bezwaarlijk als doorslaggevend argument worden gezien. Bovendien kan ook bij de onttrekkingsmaatregel geen verrekening plaatsvinden (het is echter wel zo dat de Hoge Raad in dat geval gebruik maakt van de wettelijke mogelijkheid van artikel 36b jo 33c Sr).

52 G.J.M. Corstens (red.), *Rapporten herijking strafvordering 1993*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 55.

53 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 705, nr. 3, p. 26 (MvT).

54 Artikel 413 lid 6 jo 182 Sv NA. Deze Antilliaanse/Arubaanse pendant van artikel 359a Sv kent naast de mogelijkheden van strafvermindering, bewijsuitsluiting en niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie ook de mogelijkheid dat de rechter bij afzonderlijke beschikking een schadevergoeding toekent. De Antilliaanse/Arubaanse regeling verschilt overigens duidelijk van 359a Sv. Zo is de regeling niet beperkt tot vormverzuimen begaan tijdens het vooronderzoek maar geldt deze ook voor het onderzoek ter terechtzitting. De Antilliaanse/Arubaanse wetgever heeft bovendien de verhouding met de schadevergoeding krachtens een civiele vordering en de schadevergoeding ten gevolge van dwangmiddelen in de artikelen 178-182 Sv NA geregeld. Voor de wettekst en uitgebreid commentaar wordt verwezen naar T.M. Schalken & S.W. Mul, *Het nieuwe Wetboek van Strafvordering van de Nederlandse Antillen en Aruba (1997)*, Deventer: Gouda Quint 1999.

De argumenten die de wetgever heeft gehanteerd om de mogelijkheid van schadevergoeding van de hand te wijzen kunnen dus niet bepaald overtuigen. Met betrekking tot de vraag op welke wijze deze mogelijkheid eventueel wettelijk vastgelegd zou moeten worden zullen wij hier volstaan met de opmerking dat omwille van pragmatische redenen een afdoening gelijktijdig met de hoofdzaak het meest voor de hand ligt. Dit zou het meest overeenstemmen met de situatie waarin er wel sanctievermindering mogelijk is. Het inhoudelijk oordeel met betrekking tot de schending is immers hetzelfde, alleen het daaraan verbonden rechtsgevolg verschilt. Een aparte procedure lijkt wenselijk noch noodzakelijk.

Slotoverweging

De geconstateerde lacune in het sanctiearsenaal aangaande vormverzuimen en termijnoverschrijdingen in zaken waarin een vrijheidsbenemende maatregel is opgelegd moet worden opgevuld. De lacune leidt tot ongelijkheid met tot straf veroordeelden, doet afbreuk aan het 'recht' op een gepaste compensatie en het rechtstatelijk belang van een adequate reactie op een dergelijk verzuim, en staat op gespannen voet met de Europeesrechtelijke vereisten.

Zowel sanctievermindering als het toekennen van een schadevergoeding kan een adequate compensatie vormen en kan het gat doen opvullen. Het wordt hoog tijd dat de wetgever een van deze twee (of beide) mogelijkheden het groene licht geeft.

Indien de wetgever talmt zal de Hoge Raad zelf moeten ingrijpen, zoals hij al eerder heeft gedaan.⁵⁵ De Hoge Raad kan zich daarin gesteund voelen door de parlementaire geschiedenis van de Wet vormverzuimen. Daaruit blijkt dat de minister het volgende heeft gesteld:

*'Het is zeker niet de bedoeling van het voorgestelde artikel 359a de ontwikkelingen in de praktijk te bevriezen.(...) De redactie van het artikel sluit (...) nieuwe sancties de rechter beter dan de wetgever in staat is de gevolgen van vormverzuimen te bepalen. Bovendien zou dan geen lering worden getrokken uit de geschiedenis die heeft aangetoond dat de rechter zich in dit opzicht maar in beperkte mate gebonden acht aan de wet.'*⁵⁶

Juridisch activisme hoeft niet altijd onjuist te zijn.

⁵⁵ Onder meer HR 30 oktober 2001, *NJ* 2002, 230 (m.nt De Hullu onder *NJ* 2002, 231) en HR 31 oktober 2003, *NJ* 2005, 196 (Kobus L.).

⁵⁶ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 705, nr 6, p. 9-10.