

Handelingen
Nederlandse Juristen-Vereniging

132e jaargang/2002-I

Herziening van het sanctiestelsel

Preadviezen van

Prof. mr. J. de Hullu

Mr. F.W. Bleichrodt

Mr. O.J.D.M.L. Jansen

KLUWER 

Deventer – 2002

Omslag: Corps 3 op 2 BNO, Den Haag

© 2002 J. de Hullu, F.W. Bleichrodt, O.J.D.M.L. Jansen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

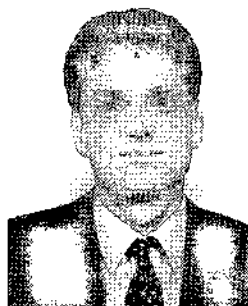
No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90-268-3998-7

NUCI 824-401



Prof. mr. J. (Jaap) de Hullu (1958) is hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Katholieke Universiteit Brabant. Daarvoor was hij medewerker strafrecht aan de Universiteit van Amsterdam en de Rijksuniversiteit Groningen en advocaat in Amsterdam. Hij is raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Den Bosch en annotator bij de NJ. Hij schreef 'Over rechtsmiddelen in strafzaken' (1989) en 'Materieel strafrecht; over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht' (2000).



Mr. F.W. (Edwin) Bleichrodt (1968) is advocaat bij Pels Rijcken & Droogleeuw Fortuijn te Den Haag. Van 1992 tot 1996 was hij verbonden aan de vakgroep straf- en strafprocesrecht van de Katholieke Universiteit Nijmegen. In december 1996 promoveerde hij op een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten, getiteld 'Onder voorwaarde'. Hij is benoemd tot raadsheer-plaatsvervanger bij het Hof Arnhem en maakt deel uit van de redactie van Sancties.



Mr. O(swald) J.D.M.L. Jansen (1967) is als senioronderzoeker verbonden aan het Centrum voor rechtshandhaving en Europese integratie (CREI) van de Universiteit Utrecht. Van 1992 tot en met maart 1999 was hij verbonden aan de vakgroep bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam. Begin 1999 promoveerde hij op een interne rechtsvergelijking tussen bestuursrecht en strafprocesrecht met het boek 'Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd?'. Hij is vaste annotator AB, redactielid Handboek Algemene wet bestuursrecht en verbonden aan het Handboek Strafzaken. Voorts is hij rechter-plaatsvervanger in de sector bestuursrecht van de rechtbank Den Bosch en in de sector strafrecht van de rechtbank Arnhem. Daarnaast is hij lid van de politiekklachtencommissie Amsterdam-Amstelland, voorzitter van de beroeps- en bezwaarschriftencommissie van de gemeente Wijchen en plaatsvervangend voorzitter van de beroeps- en bezwaarschriftencommissie van de gemeente Maasdriel.

Inhoud

Prof. mr. J. de Hullu

Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijk
sanctiestelsel 1

Mr. F.W. Bleichrodt

Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie 89

Mr. O.J.D.M.L. Jansen

De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht –
Enkele beschouwingen over het bestraffende deel daarvan 167

Enkele suggesties voor herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel

Prof. mr. J. de Hullu

Inhoud

<i>Opmerking vooraf</i>	3
<i>1. Uitgangspunten voor het strafrechtelijk sanctiestelsel</i>	4
1.1. Inleiding	4
1.2. De wenselijkheid van een geïntegreerde herziening	5
1.3. Definitie van een strafrechtelijke sanctie	7
1.4. Meervoudigheid van sanctiedoelen	10
1.5. Sanctiedoelen en het sanctiestelsel	15
1.6. Andere uitgangspunten voor het sanctiestelsel	17
1.7. Onderscheiden tussen rechtssubjecten?	20
1.8. (On)vergelijkbaarheid van sancties	22
1.9. Sanctiestelsel en executie	26
<i>2. Straf en maatregel</i>	33
2.1. Een problematisch en niet-functioneel onderscheid?	33
2.2. De Terbeschikkingstelling	35
2.3. De Strafrechtelijke Opvang van Verslaafden (SOV)	42
2.4. De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel	46
2.5. De schadevergoedingsmaatregel	54
2.6. Naar één groep strafrechtelijke sancties?	60
<i>3. De rol van de wetgever, het OM en de strafrechter bij de straftoemeting</i>	65
3.1. Straftoemetingsvrijheid en wettelijke strafminima	65
3.2. Wettelijke strafmaxima	69
3.3. Algemene wettelijke bepalingen over straftoemeting?	73
3.4. Vrijheid en (on)gelijkheid in de straftoemeting	75
3.5. De strafvorderingsrichtlijnen nader bezien	81
<i>Slotopmerking</i>	87

Opmerking vooraf

Herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel is een belangrijk en uitdagend thema dat klassieke vragen oproept die onverminderd actueel en fundamenteel voor de strafrechtspleging blijken te zijn. Het is ook een breed en veelomvattend onderwerp, zodat een preadviseur zich moet beperken – zeker als hij in de goede traditie van de NJV probeert om een compacte, essayistische en enigszins scherp aangezette beschouwing op hoofdlijnen te geven die niet geheel door details en voetnoten wordt overheerst.¹ Bovendien zijn in goed overleg aan mijn mede-preadviseurs bepaalde onderwerpen toebedeeld die ik derhalve laat liggen (vooral de inhoud van en onderlinge verhouding tussen vrijheidsbenemende en vrijheidsbeperkende sancties, de voorwaardelijke modaliteiten en het raakvlak met het bestuursrecht).

In het onderstaande komen dus slechts enkele aspecten van het strafrechtelijk sanctiestelsel aan de orde. Daarbij is zoveel mogelijk gekozen voor onderwerpen die zowel actueel als belangrijk zijn en kunnen worden vertaald in stellingen over de wettelijke regeling. Mijn streven is geweest om voor die onderwerpen vragen op te werpen en een algemeen beeld van een wenselijk stelsel te schetsen, om tot een aantal hoofdlijnen te komen die richtinggevend kunnen zijn voor de beantwoording van allerlei vragen die zich rond bepaalde sancties voordoen.²

Dit preadvies valt in drie delen uiteen. In het eerste hoofdstuk komt aan bod waarom een geïntegreerde herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel wenselijk is en worden onder meer sanctiedoelen en mogelijke uitgangspunten voor het sanctiestelsel belicht. In het tweede hoofdstuk wordt het systematische onderscheid tussen straf en maatregel geproblematiseerd en wordt het bestaansrecht van de verschillende maatregelen naast de vrijheids- en vermogensstraffen onderzocht. In het derde hoofdstuk tenslotte staat de rol van de wetgever, het OM en de rechter bij de straftoemeting centraal en komen strafminima, strafmaxima en straftoemetingsvrijheid aan de orde. Eigentijdse regels van sanctierecht in de vorm van strafvorderingsrichtlijnen en straftoemetingsafspraken worden eveneens behandeld.

1. Het onderstaande bevat dan ook zeker geen ideeëngeschiedenis of een gedetailleerde beschrijving van geldend recht met een verantwoord bronnengebruik. In de noten verwijs ik vooral naar recente documenten – die vaak goede verwijzingen bevatten. Vanwege de beperkte ruimte moest ik ook afzien van rechtsvergelijking.
2. De tekst van dit preadvies is afgerond op 1 januari 2002. Voor hun opmerkingen en suggesties bedank ik graag J.M. Barendrecht, M.J. Borgers, A.M. van Kalmthout, J. Simmelink en Th.W. van Veen.

Al met al worden in de loop van het preadvies diverse suggesties voor verandering gedaan. Wanneer men die aannemelijk vindt, is een breed opgezette, geïntegreerde herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel wenselijk.

1. Uitgangspunten voor het strafrechtelijk sanctiestelsel

1.1. Inleiding

Strafrecht is in de kern sanctierecht. Het veronderstelt bijna norm-schending, en dat is een belangrijk verschil met het bestuurs- en civiele recht.³ Voor het strafrecht is daarom het sanctiestelsel van groot belang. Het kent bovendien vanouds vergaande, ingrijpende sancties. Strafrecht kan echter zeker tegenwoordig niet als een volstrekt eigenaardig, geïsoleerd rechtsgebied worden gezien. Vooral het onderscheid met het bestuursrecht is in zekere zin vloeiend geworden door de opkomst van bestuursstrafrecht en door de toename van bestuursrechtelijke sancties van non-reparatoire, punitieve aard. Maar ook met het civiele recht is de grens minder strak geworden, omdat daar bijvoorbeeld preventie een rol kan spelen (straatverboden) en er overlap ontstaat door de opkomst van strafrechtelijke sancties die mede reparatoir van aard zijn (ontneming en schadevergoeding). Bovendien kan onder omstandigheden de civiele verdringing van het slachtoffer in de strafprocedure worden ondergebracht. Dat geldt eveneens voor een enkele, in wezen meer bestuursrechtelijk getinte ingreep, zoals de onttrekking aan het verkeer of de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis.

De grenzen tussen de verschillende rechtsgebieden worden dus van weerszijden poreus. Dat versterkt niet alleen de noodzaak van afstemming tussen de verschillende vormen van sanctionering, zeker wanneer het om één zaak gaat,⁴ maar het maakt het begrip 'strafrechtelijke sanctie' ook minder eigensoortig en eenduidig. Deze ontwikkeling spoort goed met de Straatsburgse rechtspraak, waarin evenmin met een scherp afgebakend strafbegrip wordt gewerkt.⁵ De Straatsburgse

3. Deze normen kunnen overigens heel goed een civiel- of bestuursrechtelijke achtergrond hebben, vgl. G.J.M. Corstens, *Consensualiteit en strafsancities*, AAc 1997, p. 133.

4. Daarover G.J.M. Corstens, D.R. Doorenbos en J.F.L. Roording, *Samenloop van sancties op strafrechtelijk terrein*, NJB 1992, p. 1335-1344, en A.B. Blomberg, *Integrale handhaving van milieurecht*, Deventer 2000, p. 203-221.

5. Dat wordt aan de hand van diverse criteria beoordeeld: is de sanctie opgelegd →

invalshoek is voor dit preadvies overigens nauwelijks van belang, omdat het in het onderstaande weinig gaat over de vraag welke rechtsbescherming minimaal moet worden geboden en omdat het EVRM niet zoveel specifiek voor het strafrechtelijk sanctiestelsel bepaalt.

De osmose tussen de verschillende rechtsgebieden kan op zichzelf de vraag oproepen of alle (al dan niet punitieve) sancties in onderlinge samenhang moeten worden geregeld. In het onderstaande wordt het strafrechtelijke sanctiestelsel echter nog steeds als een apart, te onderscheiden terrein behandeld, waarbij ik de nadruk leg op de sancties die door de strafrechter kunnen worden opgelegd. Mijn opmerkingen gelden in beginsel ook voor sancties die door het OM worden opgelegd, want het OM hanteert daarbij in wezen een van de strafrechter afgeleide bevoegdheid. Mijn benadering sluit aan bij de geldende wettelijke regeling: ondanks de toenemende vervlechting zijn nog steeds veel delicten en sancties vrij typisch strafrechtelijk van aard en het strafproces heeft tot op heden eveneens een duidelijk onderscheiden functie. Ook maatschappelijk gezien lijkt het strafrecht voorlopig nog een eigen plaats in te nemen.⁶ Het zal in het onderstaande dan ook gaan om een eventuele herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel binnen de bestaande kaders, om een systematische heroverweging van enkele hoofdlijnen van het bestaande sanctiestelsel.⁷

1.2. De wenselijkheid van een geïntegreerde herziening

Sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886 is het wettelijk sanctiestelsel aan belangrijke en veelvuldige veranderingen onderhevig geweest. In een eeuwoverzicht concludeerden Balkema en Corstens dat de oorspronkelijke karakteristiek van het sanctiestelsel als 'eenvoudig, eensporig en rechterlijk' sterk was gewijzigd: het stelsel was door de erkenning van meerdere strafdoelen complexer en gedifferentieerder geworden, het onderscheid tussen straf en maatre-

→ na een veroordeling voor een strafbaar feit, wat zijn 'the nature and purpose' en de nationale kwalificatie en hoe ingrijpend is de sanctie? Zie bijv. EHRM 9 januari 1995, NJ 1995, 606 m.nt. Kn (Welch tegen Verenigd Koninkrijk) en voor een overzicht M.J. Borgers, De ontnemingsmaatregel, Den Haag 2001, p. 110-116.

6. Ik kies kortom voor een pragmatisch autonome opstelling in het debat tussen autonomen en heteronomen, vgl. daarover A.C. 't Hart, De autonomie van het strafrecht, DD 2001, p. 237-250.
7. Ik onderzoek dan ook geen mogelijk nieuwe sancties. Van zo'n onderzoek kan m.i. ook niet veel worden verwacht, vgl. het Rapport van de Commissie Heroverweging Instrumentarium Rechts-handhaving (Commissie-Korthals Altes), Den Haag 1995. Misschien biedt wel perspectief een onderzoek naar nieuwe 'bedrijfssancties' die specifiek op de rechtspersoon zijn toegesneden – daarover nader paragraaf 1.7.

gel had in toenemende mate tot tweesporigheid geleid en de rechter was zeker niet meer de enige straftoemeter.⁸ Deze ontwikkeling heeft zich nadien in versnelde mate doorgezet. In 1995 spraken Bleichrodt en Balkema in een decenniumoverzicht met reden over 'tropenjaren'⁹ en de dynamiek is nadien bepaald niet afgekoeld.

De uitbouw en differentiatie van het sanctiestelsel zijn verder gegaan. De rol van de strafrechter wordt steeds minder exclusief, niet alleen in vergelijking met het OM, maar ook door de opkomst van bijvoorbeeld de bestuurlijke boete. Bleichrodt en Balkema wezen op de echte 'doorbraak' van de alternatieve sanctie waarbij in vergelijking met de traditionele straffen speciale preventie en een zekere maatschappelijke reparatie als sanctiedoelen meer op de voorgrond staan. Dit is nadien bevestigd door de wetgeving over werk- en leerstraffen. Ook de expansie van de maatregel als sanctiesoort is recent doorgegaan met de Strafrechtelijke Opvang van Verslaafden (SOV). Met de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en de schadevergoedingsmaatregel was al de reparatoire maatregel ontstaan, naast de traditionele beveiligingsmaatregel. Daarmee is reparatie (in verschillende vormen) nog meer als sanctiedoel erkend.

Konden Bleichrodt en Balkema nog (net) schrijven dat 'het vertrouwen van de wetgever dat de rechter van zijn mogelijkheden een prudent gebruik maakt, nagenoeg grenzeloos lijkt', juist de laatste jaren is die straftoemetersvrijheid onder druk komen te staan. Dat gebeurt nog niet zozeer op wetgevend niveau, hoewel dat met de toenemende internationalisering (druk op bijzondere strafminima) wellicht voor de deur staat, maar vooral door strafvorderingsrichtlijnen en vormen van straftoemetersafspraken. De plaats van dat type regels in het sanctiestelsel verdient aandacht.

Alleen al de dynamiek die zich vanaf 1886 in steeds toenemende mate binnen het sanctiestelsel manifesteert, rechtvaardigt de vraag naar de wenselijkheid van een algemene herziening (mede omdat de systematiek onderbelicht kan blijven bij veelvuldige partiële herzieningen). Ook ontwikkelingen buiten het sanctiestelsel ondersteunen een dergelijke vraagstelling. Moet bijvoorbeeld de aanvaarding van de rechtspersoon in 1976 als gewoon rechtssubject in het strafrecht niet beter worden doordacht op consequenties voor een sanctiestelsel dat zo sterk vanuit de natuurlijke persoon is opgezet? Het strafrechtelijk sanctierecht is bovendien bepaald geen rustig, onomstreden bezit. Op

8. J.P. Balkema en G.J.M. Corstens, Het straffenarsenaal, in: Gedenksboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht, Arnhem 1986, p. 303-332.

9. F.W. Bleichrodt en J.P. Balkema, Het strafrechtelijk sanctiestelsel in het afgelopen decennium, in: Dynamisch strafrecht (Corstens-bundel), Arnhem 1995, p. 25-47.

ijkpunten als succes, rechtvaardigheid en aanvaardbaarheid staat het vaak ter discussie en dat laat zich niet volledig verklaren door de aard en complexiteit van de materie. De toegenomen internationale invloed op de strafrechtspleging kan eveneens aanleiding geven tot nadere doordenking van het stelsel.

Voorzover een stelselmatige herziening schrik of weerzin oproept door associaties met moezame codificaties of omvangrijke studeer-kamerprojecten, wil ik verdedigen dat er in dit verband echt behoefte lijkt te bestaan aan duidelijke hoofdlijnen, aan een aansprekend algemeen beeld van het sanctiestelsel. Bepaalde problemen, zoals rond de TBS of de ontneming, lijken soms te geïsoleerd en te gedetailleerd te worden bekeken. Soms is niets zo praktisch als een goede theorie. Een stelselmatige doordenking past ook bij het belang van strafrechtelijke sancties. Misschien gaat het bij zo'n zoektocht wel om oude vragen over onoplosbare thema's, maar dat neemt niet weg dat die vragen steeds aandacht verdienen, dat men op zoek moet naar (relatief) betere antwoorden voor de tijd waarin men leeft.

De recente aanzet tot systematische doordenking in de nota *Sancties in perspectief* en in de daarop voortbouwende projecten¹⁰ vind ik dan ook op zichzelf zeker te waarderen. Maar ik deel de kritiek op het te weinig fundamentele karakter ervan (doordat bijvoorbeeld de vermogenssancties en het systematische onderscheid tussen straf en maatregel buiten beschouwing worden gelaten).¹¹ De versmalde aanpak past bovendien slecht bij de aanleiding voor de nota: de toegenomen complexiteit en de afgenomen inzichtelijkheid van het sanctiestelsel. 'Een heroriëntatie op de interne samenhang en consistentie' is inderdaad bepaald wenselijk, maar vraagt om een brede opzet. Pas dan kan immers ook de eigentijds geformuleerde, maar overigens aansprekende en uitdagende doelstelling worden gerealiseerd dat 'het sanctiestelsel kwantitatief en kwalitatief opnieuw wordt gepositioneerd binnen de keten voor strafrechtshandhaving aan het begin van de 21e eeuw'.¹²

1.3. Definitie van een strafrechtelijke sanctie

Meestal ligt bij de omschrijving van een strafrechtelijke sanctie de nadruk op de straffen en niet op de maatregelen. Als daarbij wordt

10. Zie de aanbiedingsbrief in Kamerstukken II 2000/01, 27 419, nr. 1.

11. In deze zin bijv. J.P. Balkema en F.W. Bleichrodt, Aanzetten tot herijking van het strafrechtelijk sanctiestelsel, NJB 2000, p. 877-883, en A.M. van Kalmthout, Meten met geijkte maten, JV 2000, nr. 4, p. 33-43.

12. Niet voor niets wordt het sanctiestelsel bovendien gedefinieerd als 'het geheel aan strafrechtelijke interventiemogelijkheden en de onderlinge positionering ervan'.

gezocht naar een materiële definitie die meer inhoudt dan een opsomming van in de wet voorziene straffen, wordt vaak verwezen naar de bekende formulering van Jonkers: een straf is een 'doelbewust toegebracht leed wegens een handelwijze die men had behoren na te laten'.¹³ Dat het om intentioneel toegebracht leed moet gaan, zou de straf vooral onderscheiden van de maatregel. Bij de maatregel wordt een andere bedoeling bij de sanctionerende overheid verondersteld (beveiliging, herstel in de oude toestand), terwijl ook het karakter van toegevoegd leed kan ontbreken (bijvoorbeeld bij schadevergoeding waartoe men civielrechtelijk toch al was gehouden).

Het stelselmatige onderscheid tussen straf en maatregel zal door mij in het volgende hoofdstuk vergaand worden gerelativeerd en daar zal ik bovendien verdedigen dat opheffing van het onderscheid en meer integratie van beide soorten sancties een beter stelsel opleveren. Maar ook hier kan al worden opgemerkt dat andere oogmerken dan intentioneel leedtoevoeging goed denkbaar zijn bij verschillende straffen (de beveiligende vrijheidsstraf, de leerstraf of de afroomboete) of bij aan de straf toegevoegde bijzondere voorwaarden, terwijl sommige maatregelen onvermijdelijk leed met zich meebrengen en daarom met enige objectivering als intentioneel toegebracht leed zijn aan te merken (niet alleen de TBS en de SOV, maar ook bijvoorbeeld de ontneming doordat langdurige vervangende vrijheidsbeneming kan dreigen). De maatregel lijkt zich naar geldend recht eerder te onderscheiden doordat proportionele vergelding niet de bovengrens voor sanctionering bepaalt, maar dat versterkt alleen maar de moeite om de maatregel niet als intentioneel toegevoegd leed te zien. Daarom kan beter naar een omschrijving van het overkoepelende begrip strafrechtelijke sanctie worden gezocht.

De nadruk in de klassieke strafdefinitie op 'leed' leidt soms ook tot andere moeilijke discussies. Zo is bij de werk- en leerstraf wel betwisteld in hoeverre deze sanctie nog als leed kan worden gekwalificeerd.¹⁴ Dat lijkt mij in zoverre geen vruchtbaar aandachtspunt dat een sanctie in een strafrechtelijke context wordt opgelegd waaraan onvermijdelijk een element van openbare, stigmatiserende terechtwijzing is

13. Zie over dit thema G.A.M. Strijards, De noodzaak van een protolegale strafdefinitie, in: *Straffen in gerechtigheid* (Jonkers-bundel), Arnhem 1987, p. 43-59. Hij stelt als aanscherping voor: 'een van overheidswege toegebracht intentioneel leed dat verdiend wordt wegens krenking van een rechtsnorm'.

14. Vgl. P.C. Vegter, Naar een nieuw sanctiestelsel?, *Sancties* 1994, p. 65, 66, en de *Memorie van Toelichting bij de taakstraf*, Kamerstukken II 1997/98, 26 114, nr. 3, p. 9.

verbonden¹⁵ en waardoor nadelige bijeffecten voorspelbaar zijn (verlies aan tijd, geld en werk, zorgen etc.). Iets anders is dat de vormgeving van sancties de vraag kan oproepen of de strafdoelen voldoende tot hun recht komen. In dat verband kan het punitieve karakter van de sanctie aandacht verdienen.

Mijn voorkeur gaat uit naar een objectivering van het sanctiebegrip. Intentioneel toegebracht leed kan beter worden vervangen door de wat meer abstracte en formele omschrijving: 'een in een strafrechtelijk kader uitgesproken overheidsreactie op overtreding van een strafbepaling voor welke overtreding iemand in beginsel in strafrechtelijke zin aansprakelijk wordt gesteld'.¹⁶ In hoeverre een sanctie al dan niet intentioneel al dan niet daadwerkelijk leed toevoegt, is dan op zichzelf van minder belang.

De strafrechtelijke sanctie wordt uitgesproken tegen degene die strafrechtelijk aansprakelijk wordt gesteld. Strafrechtelijke sancties kunnen worden ingedeeld aan de hand van het aspect van het leven van de veroordeelde dat erdoor wordt geraakt: zijn fysieke bewegingsvrijheid, persoonlijkheid, vermogen en rechten in de sfeer van vergunningen, bevoegdheden of beroep. Sancties verschillen in de mate waarin ze mede derden zoals gezinsleden treffen. De ene sanctie leent zich ook meer voor afwenteling dan de andere. In die zin zijn de vrijheidsstraf en vooral de werk- en leerstraf persoonlijker dan de vermogenssancties. Dat moet bijvoorbeeld van de geldboete worden geaccepteerd als nadeel dat overigens betrekkelijk lijkt omdat ook het voldoen door een derde waarschijnlijk zijn prijs voor de veroordeelde wel zal hebben. Bovendien dreigt op de achtergrond uiteindelijk doorgaans persoonlijke vrijheidsbeneming omdat bij het niet voldoen aan een vermogenssanctie vervangende hechtenis in beeld komt.

Met het persoonlijke karakter hangt samen in hoeverre een strafrechtelijke sanctie aan het leven van de veroordeelde is gebonden. Hoofdlijn in het geldende Nederlandse recht is dat door de dood van de verdachte of veroordeelde het recht op strafvervolgning en strafexecu-

15. Vgl. Th.W. van Veen, *De straf als instrument*, Assen 1969, p. 17-19: 'Dat openbare strafproces behoort bij de straf en is een deel van de sanctie (...) Dat wordt geëffectueerd in het terechtstaan, het verantwoordelijk stellen, het veroordelen.'

16. Vgl. de typeringen van de Commissie-Vermogenssancties, *Tweede Interimrapport*, Den Haag 1972, p. 16 ('een publiekrechtelijke terechthijzing'), en G. Knigge, *Het irrationele van de straf*, Arnhem 1988, p. 12 ('voelbaar gemaakte afkeuring'). De toevoeging 'in beginsel' houdt vooral verband met sanctieoplegging in geval van niet-toerekening. Voorlopige maatregelen vallen buiten mijn sanctiedo-finitie omdat er dan nog niet aansprakelijk is gesteld.

tie vervalt. Een uitzondering is gemaakt voor de executie van een onherroepelijke beslissing over ontneming (art. 75 Sr), terwijl de onttrekking aan het verkeer een eigen regeling kent (art. 36b lid 1 sub 4 Sr en 552f Sv) en krachtens art. 13 en 16 WED vooral de verbeurdverklaring ook na de dood van de veroordeelde kan worden tenuitvoergelegd. Dit aspect kan vooral voor vermogenssancties op zichzelf nog eens systematisch worden doordacht. De hoofdregel is immers niet vanzelfsprekend ten aanzien van rechtspersonen¹⁷ en voor vermogenssancties waarbij als doel herstel in de oude toestand vooropstaat, zoals bij de ontneming en de schadevergoedingsmaatregel.¹⁸ Anderzijds wijst de moeizame geschiedenis van het wetsontwerp over de confiscatie van crimineel vermogen erop dat het onderwerp kennelijk moeilijk in acceptabele regelgeving met voldoende draagvlak is te vangen, terwijl de praktische noodzaak betrekkelijk lijkt.¹⁹

1.4. Meervoudigheid van sanctiedoelen

Aan een doordenking van het sanctiestelsel moet een opvatting over sanctiedoelen ten grondslag liggen. In dat verband lijkt een 'verenigingstheorie' op brede instemming te kunnen rekenen. Bij bestraffing kunnen en mogen meerdere doelen een rol spelen. Deze doelen zijn niet altijd scherp omschreven of goed van elkaar te onderscheiden en accenten kunnen van geval tot geval verschillen.²⁰ Rond de Wet Vermogenssancties uit 1983 is bijvoorbeeld een betrekkelijk breed parlementair debat over strafdoeleinden gevoerd. Meervoudigheid stond toen voorop zonder dat er consensus heerste over de rangorde daarbinnen.²¹ Hetzelfde kwam naar voren uit de bijna laconieke opmerking bij de

17. De complicaties rond de strafrechtelijke consequenties van het 'overlijden' van een rechtspersoon roepen in het algemeen de vraag op naar de wenselijkheid van op de rechtspersoon toegesneden regelgeving (vgl. Materieel strafrecht, Deventer 2000, p. 50-52).

18. In deze zin Th.W. van Veen, *Rekwirant overleden*, DD 1972, p. 464-470. EHRM 29 augustus 1997 (E.L., R.L. en J.O.-L. tegen Zwitserland) is daarbij geen belemmering, wanneer het maar niet gaat om het opleggen van sancties aan de erfgenamen. De toegewezen vordering van de benadeelde partij vervalt evenmin met de dood van de veroordeelde.

19. Kamerstukken II 1993/94 en 1994/95, 23 704, nrs. 1-5.

20. Zie bijv. W.H.A. Jonkers, *De strafrechtelijke straf: inhoud, grondslag, doeleinden*, opgenomen in de losbladige 'Jonkers', en de nota *Sancties in perspectief*, breed ondersteund in Kamerstukken II 2000/01, 27 419, nr. 4. Ik gebruik de begrippen straf- en sanctiedoelen door elkaar.

21. Daarover bijv. het overzicht van H. Singer-Dekker, *De Wet Vermogenssancties: een mijlpaal?*, in: *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel), Arnhem 1983, p. 475-487.

Gratiewet: 'Met de strafrechtstoepassing wordt niet slechts één doel nagestreefd, doch uiteenlopende doelen. Tot die doelen behoren conflictoplossing, vergelding, inprenting van normbesef en boetedoening, generale preventie en beveiliging van de maatschappij, resocialisatie. Welk doel in het concrete geval wordt nagestreefd zal allereerst afhankelijk zijn van de aard van het gepleegde delict, maar voorts ook van de fase van de strafrechtspleging waarin de afdoening van de zaak zich bevindt'.²² Deze meervoudigheid van sanctiedoelcinden heeft zich de afgelopen jaren alleen maar verdiept: schadevergoeding, herstel in de oude toestand en bijzondere vormen van speciale preventie (leerstraf en SOV) zijn veel belangrijker geworden. De verenigingsleer heeft geen statische inhoud. Ook al varieert het taalgebruik enigszins, steevast worden in ieder geval vergelding en generale en speciale preventie aanvaard, en herstel in de oude toestand en reparatie voor het slachtoffer moeten uitdrukkelijk aan de hedendaagse sanctiedoelen worden toegevoegd.

De verenigde strafdoelen gelden voor sanctionering in het algemeen, maar worden vaak ook aan specifieke sancties ten grondslag gelegd. Zo zijn bij de taakstraf vele strafdoelen genoemd en is er eigenlijk geen uitgesloten, ook al werd een zekere prioriteit aan speciale preventie toegekend.²³ Die meervoudigheid geldt ook voor andere sancties, zoals de ontneming (reparatie, maar ook vergelding en preventie), de boete (vergelding en preventie, maar ook reparatie), de gevangenisstraf (vergelding en preventie, maar ook beveiliging) en de TBS (beveiliging en preventie, maar ook vergelding). Het is al met al gerechtvaardigd om over 'sanctiedoelen' te spreken omdat er geen helder onderscheid tussen straf- en maatregeldoelen te maken valt (en daarnaar evenmin behoeft te worden gezocht, zie nader het tweede hoofdstuk).

Misschien zijn er typen gevallen te onderscheiden waarbij vrij systematisch een zekere differentiatie valt aan te brengen in de strafdoelen, bijvoorbeeld al naar gelang het rechtssubject dat in het geding is (zo zal bij een jeugdige verdachte speciale preventie doorgaans domineren) of het soort strafrecht (bij ordeningsstrafrecht zou preventie de bovenaanvoeren). Maar een algemene differentiatie lijkt mij hier toch moeilijk te realiseren. Vaak zal er bovendien bij de sanctietoemeting in een concreet geval sprake zijn van botsing van verschillende doelen: zo

22. In verband met de wettelijke gratiegrond dat met de tenuitvoerlegging van de rechterlijke beslissing of de voortzetting daarvan in redelijkheid geen met de strafrechtstoepassing na te streven doel wordt gediend – Kamerstukken II 1984/85, 19 075, nr. 3, p. 15.
23. Kamerstukken II 1998/99, 26 114, nr. 3, p. 1 en 9 (MvT) en Kamerstukken I 1999/2000, 26 114, 163b, p. 8 (MvA).

kunnen vergelding en generale preventie conflicteren met speciale preventie (bijvoorbeeld omdat er bij de bestraffing van een ernstig feit weinig noodzaak voor speciale preventie is of die speciale preventie zelfs niet gediend lijkt met bestraffing) of vergelding met herstel (doordat terugbetaling aan het slachtoffer wordt bemoeilijkt door de bestraffing). De verenigingsleer klinkt heel harmonieus, maar kan tot moeilijke afwegingen leiden. Daarnaast kennen sommige doelen eigenlijk geen maat (zoals de preventie). Daarom geeft de verenigingstheorie per saldo weinig houvast bij de straftoemeting in een concreet geval.

Zijn de verschillende sanctiedoelen enigszins nader te omlijnen? Dat valt alleen daarom al niet mee omdat in de loop der tijd verschillen in het dominante jargon optreden; zo is de gedurende enkele decennia vaak genoemde conflictoplossing opgegaan in de werkstraf en de schadevergoeding en wordt resocialisatie soms onderscheiden van speciale preventie, soms als een nadere uitwerking daarvan gezien.

Vergelding is ook in de tegenwoordige strafrechtspleging als centraal sanctiedoel aanvaard. In de nota *Sancties in perspectief* wordt in de omschrijving van vergelding het accent gelegd op 'het opzettelijk toevoegen van leed' en 'het punitieve karakter van de straf; zowel de samenleving als geheel, als in het bijzonder het slachtoffer, mag de verwachting hebben dat de dader de prijs moet betalen voor zijn misdaad'.²⁴ Zoals bij mijn omschrijving van een strafrechtelijke sanctie bleek, behoeft op zichzelf aan het punitieve karakter van strafrechtelijke sanctionering niet te worden getwijfeld, maar bij de nadere vormgeving van sancties kan dit strafkarakter wel een rol spelen.

Ik hecht niet veel belang aan discussie over de vraag of vergelding het wezen van de straf is of dat het (ook) als een doel van bestraffing mag worden gezien. Volgens Knigge 'wordt aan het karakter van de straf geen recht gedaan, als zij in termen van doel en middel wordt omschreven. Straffen is niet doelgericht, maar reactief van aard. Straffen is vergelden'. Een andere opvatting zou volgens hem leiden tot een preventie van doelmatigheid en dat maakt de strafrechtspleging kwetsbaar.²⁵ Maar wanneer aan strafrechtelijke sanctionering – met reden – mede een maatschappelijke functie van publieke afkeuring en afreke-

24. 'Punitiviteit is geen doel in zichzelf, maar de herkenbaarheid ervan in de sanctietoepassing is naar de buitenwereld toe wel een kernelement van de geloofwaardigheid van het sanctiestelsel.' Maar dat dit aspect niet specifiek aan de vergelding is verbonden, blijkt uit de opvatting dat ook t.b.v. bevordering van de generale preventie moet worden gezorgd voor een 'goede beeldvorming' van de strafexecutie, vooral van de punitieve elementen daarin.

25. G. Knigge, *Het irrationele van de straf*, Arnhem 1988.

ning, effening, demping van onrust wordt toegekend, bestaat er in mijn ogen weinig bezwaar tegen om vergelding óók als een strafdoel te zien.

Belangrijker is de vraag in hoeverre de vergelding als begrenzing van de strafrechtelijke reactie moet worden gezien. Een bevestigend antwoord komt van Bleichrodt: 'De grondslag van de straf is gelegen in vergelding van het verwijtbaar begaan onrecht. Logisch gevolg van deze gedachte is dat ook de bovengrens van de straf wordt bepaald door de vergeldingsnotie. Binnen de grenzen van het verdiend zijn wordt de straftoemeting beheerst door doeleinden als normhandhaving, beveiliging, conflictoplossing, het neutraliseren van ontstane onrust, afschrikking van anderen dan de dader en afschrikking en verbetering van de dader zelf'.²⁶ Voor de waardering van een dergelijk uitgangspunt van proportionele vergelding is de precieze omschrijving van groot belang. In de eerste plaats verdient de verwijzing naar *verwijtbaar* begaan onrecht aandacht, omdat men daarmee midden in de discussie belandt over het adagium 'straf naar de mate van schuld'.²⁷ De moeilijke vraag wat men in dit verband onder 'schuld' verstaat, krijgt niet altijd evenveel aandacht. Doorgaans wordt vooral aan de verwijtbaarheid gedacht. De 'mate van verwijtbaarheid' is materieelrechtelijk gezien echter een erg vaag begrip dat nauwelijks houvast biedt. Slechts bepaalde vormen van het ontbreken van verwijtbaarheid worden erkend (wanneer men tenminste sommige strafuitsluitingsgronden al zo rechtstreeks aan verwijtbaarheid wil koppelen), terwijl een verminderde verwijtbaarheid niet lineair tot verminderde toerekening behoeft te leiden.

Voorzover schuld een rol speelt bij proportionele vergelding, gaat het in mijn ogen vooral om de 'schuld' die in subjectieve, strafbepalende bestanddelen van een delictsomschrijving tot uitdrukking wordt gebracht. De vergelding als grondslag en begrenzing voor sanctionering wordt dan vooral gerelateerd aan de ernst van het feit. Die ernst wordt in de eerste plaats bepaald door de toepasselijke delictsomschrijving en het daaraan verbonden strafmaximum en in de tweede plaats ingekleurd door vrij objectieve omstandigheden zoals de wijze van uitvoering van het delict, de gevolgen of de omvang van de schade. De ernst van een delictsomschrijving wordt sterk bepaald door subjectieve bestanddelen (vooral opzet of schuld en in enkele bijzondere delicten 'met voorbedachte raad'). Daarnaast zou het onduidelijke begrip 'mate van verwijtbaarheid' geen beslissende rol moeten spelen bij de begrenzing

26. F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde*, Deventer 1996, p. 37, 38.

27. Zie voor een goed overzicht van die discussie E.J. Hofstee, *Straf naar de mate van schuld?*, in: *Naar eer en geweten* (Rommeling-bundel), Arnhem 1987, p. 195-214.

van de sanctionering.²⁸ Binnen die begrenzing kan en moet vervolgens nog met de persoon van de verdachte en diens omstandigheden rekening worden gehouden. Dat vind ik duidelijker dan aanwijzing van de mate van schuld als een van de strafbepalende factoren.

Met het bovenstaande is overigens bepaald niet gezegd dat de vergelding een exacte bovengrens aangeeft. Het is een ambigu begrip. De concrete ernst van het feit en de daarmee corresponderende maximale sanctie zijn nauwelijks met enige scherpte vast te stellen. Het is in ieder geval meer dan de zuivere schade; men kan immers niet zeggen dat voor een winkeldiefstal ter waarde van € 100 proportionele vergelding een bovengrens van € 100 vermogenssanctie aangeeft. De inbreuk op de rechtsorde door dit delict leidt tot een aanmerkelijk hogere bovengrens die echter niet eenduidig te beredeneren of vast te stellen valt.²⁹ Dit relateert discussies over de betekenis van de vergelding in belangrijke mate. Maar vooral bij vergaande afwijkingen heeft het uitgangspunt van proportionele vergelding wel waarde. Zo kan de SOV niet goed worden overeen gebracht met zo'n uitgangspunt, dat in mijn opvatting voor straffen en maatregelen geldt omdat ik dat onderscheid wil laten vervallen (zie paragraaf 2.3). Datzelfde geldt voor 'buitensporige' bestrafning in concrete zaken.³⁰ Ook voor de vaststelling van wettelijke strafmaxima (en eventuele minima) heeft een uitgangspunt van proportionele vergelding wel enige relevantie.

De generale preventie is als strafdoel eveneens algemeen aanvaard, zowel in negatieve (afschrikking) als in positieve zin (normbevestiging en inprenting).³¹ Weliswaar is empirisch gezien onduidelijk in hoeverre dit strafdoel wordt bereikt, maar strafrechtelijke sanctionering lijkt in ieder geval onmisbaar voor een minimumniveau van generale preventie en maatschappelijke ordening. Het punitieve gehalte van die sanctionering verdient daarbij aandacht.

De speciale preventie, die in de loop der tijd een steeds bredere inhoud lijkt te krijgen, geeft specifiekere richting aan de vormgeving van het

28. Zo ook bijv. HR 15 juli 1985, NJ 1986, 184: 'opmerking verdient dat de mate van schuld niet de enige factor is die de rechter (bij de straftoemeting) in acht behoort te nemen, doch dat hij ook rekening kan houden met andere omstandigheden van feitelijk aard zoals de schok die een ernstig misdrijf in de rechtsorde heeft teweeggebracht en de generaal en speciaal preventieve werking welke van een dergelijke straf uitgaat.'

29. Misschien is het wel reëel om te stellen dat generale en speciale preventie ook een rol spelen bij het vaststellen van die bovengrens.

30. Zie bijv. het Goldflake-arrest HR 25 februari 1947, NJ 1947, 161 m.nt. WP, dat in paragraaf 2.4 kort aan de orde komt.

31. Nader Th.W. van Veen, *Generale preventie*, Assen 1949, vooral p. 196-229.

sanctiestelsel. Naast de wens (want ook hier is de empirische ondersteuning problematisch) dat door sanctie-oplegging de veroordeelde wordt weerhouden van nieuwe strafbare feiten, zijn in toenemende mate beveiliging en verbetering of (re-)socialisatie aanvaarde vormen van speciale preventie. De voorwaardelijke veroordeling is gebaseerd op dit strafdoel. De speciale preventie heeft bovendien recent een nieuwe impuls gekregen door de leerstraf en de SOV, beide in de woorden van de nota *Sancties in perspectief* uitingen van een zeker geloof in 'de gedachte dat gewenst gedrag kan worden afgedwongen'.

Reparatie als strafdoel kent verschillende vormen. Herstel in de zin van schadevergoeding voor het slachtoffer is in zoverre omstreden dat de toenemende rol voor het slachtoffer in de strafrechtspleging niet zonder kritiek is gebleven.³² In verband met de straftoemeting betreft die kritiek overigens vooral de plaats van het slachtoffer in de procedure (zoals bij eventuele slachtofferopinionen over de op te leggen straf) en veel minder de verrekening van schade die door het delict ten nadele van het slachtoffer is veroorzaakt.³³ Deze 'restorative justice' wordt mede internationaal geïnspireerd.³⁴ Ook de ontneming als specifieke vorm van herstel in de oude toestand heeft op zichzelf als sanctiedoel een breed draagvlak, terwijl aan de werkstraf eveneens een reparatoir aspect kan worden onderkend. Als strafdoel is reparatie de afgelopen decennia duidelijk erkend.³⁵

1.5. Sanctiedoelen en het sanctiestelsel

Al met al biedt het denken over sanctiedoelen maar beperkt houvast. Toch kunnen op grond van het bovenstaande wel enkele belangrijke conclusies voor het sanctiestelsel worden getrokken. In de eerste

32. Zie bijv. C. Kelk, *Daders en slachtoffers*, DD 1996, p. 97-103, en Y. Buruma, *De aandacht van de strafrechter*, Arnhem 1996.

33. Vgl. M.S. Groenhuijsen, *Straftoemeting en de consequenties van een delict voor het slachtoffer*, DD 1996, p. 605-613.

34. De Raad van Europa deed een aanbeveling voor schadevergoeding aan slachtoffers (daarover M.E.I. Brien en E.H. Hoegen, *Victims of crime in 22 European criminal justice systems*, Nijmegen 2000, p. 1057-1101) en de EU heeft daarover een Kaderbesluit genomen op 15 maart 2001 (PbEG 2001, L 82/1 – en over de betekenis daarvan M.S. Groenhuijsen, *Hervorming van het strafprocesrecht met het oog op belangen van het slachtoffer*, DD 2001, p. 645-653).

35. Wanneer strafrecht minder als een duidelijk afgebakend, eigensoortig rechtsgebied wordt gezien, wordt het moeilijker om over specifieke strafdoelen te spreken en ontstaat meer ruimte om ook binnen het strafrecht aan doelen te denken die traditioneel sterker aan het bestuursrecht of het civiele recht worden toegeschreven, zoals herstel in de oude toestand en schadevergoeding.

plaats moet dit stelsel zo zijn ingericht dat in concrete gevallen met de verschillende strafdoelen rekening kan worden gehouden. Bovendien impliceert in het bijzonder de speciale preventie in diverse uitingvormen dat een dadergerichte sanctionering mogelijk dient te zijn. Dat resulteert in een gedifferentieerd sanctiestelsel (met veel mogelijkheden voor combinaties van sancties) en in veel vrijheid voor de rechter (of voor het OM bij de transactie) om in het concrete geval zo goed mogelijk aan verschillende strafdoelen recht te doen.

Wat scherper geformuleerd: de wens uit de nota *Sancties in perspectief* naar een eenvoudig sanctiestelsel staat op gespannen voet met de huidige inhoud van de verenigingsleer, vloeit daar eigenlijk juist niet uit voort. Natuurlijk moet nodeloze ingewikkeldheid worden vermeden en zeker na diverse partiële wijzigingen kan de vraag reëel zijn of er voldoende stelselmatigheid bestaat en vereenvoudiging zonder vershraling haalbaar is. Maar eenvoud op zichzelf dient geen zelfstandige wens te zijn; de strafdoelen zijn immers niet scherp afgebakend, een onderlinge rangorde valt in abstracto moeilijk te geven en past niet bij de meervoudigheid van strafdoelen. Differentiatie, flexibiliteit en mogelijke sanctionering op maat zijn dan veeleer de centrale begrippen, die overigens ook in de huidige samenleving passen.

In de tweede plaats vloeit uit de verenigingstheorie voort dat de tegenwoordige hoofdregel over de combineerbaarheid van sancties juist is en voorzover nodig moet worden doorgetrokken.³⁶ De rechter dient de mogelijkheid te hebben meerdere sanctiedoelen tegelijkertijd te beogen, en daarvoor zullen regelmatig meerdere sancties zijn vereist. Dat door zulke sanctiepakketten de onderlinge vergelijkbaarheid van de sanctietoemeting moeilijker wordt, is onvermijdelijk.³⁷

Tenslotte blijkt een cruciale vraag bij strafdoelen misschien vooral te zijn welke begrenzing er voor de strafrechtelijke sanctionering uit

36. Dat speelt bijv. voor het jeugdsanctierecht, vgl. P. Vlaardingerbroek, Combineren is jongleren, FJR 2001, p. 12-14. M.i. zou daarom ook art. 59 Sr (dat meer bij art. 9 Sr thuishoort) moeten vervallen – met de eventuele restrictie dat vervangende hechtenis niet mogelijk is bij een veroordeling tot levenslange gevangenisstraf. De beperking bij de taakstraf in art. 9 lid 4 Sr (niet te combineren met lange vrijheidsstraffen) lijkt mij wel zinnig, vgl. hierover Kamerstukken II 1997/98, 26 114, nr. 3, p. 10-12.

37. Nader hierover in paragraaf 1.8 en 3.4. Bij de opheffing van het cumulatieveverbod van hoofdstraffen werd overigens het bevorderen van gelijkheid vooropgesteld: 'Aldus kunnen de gevolgen van de detentie voor verdachten met en zonder eigen vermogen meer dan thans met elkaar in overeenstemming worden gebracht' (Kamerstukken II 1993/94, 23 681, nr. 3, p. 1). Daarnaast werden het nastreven van verschillende strafdoelen genoemd en een ruime rechterlijke straftoemtingsvrijheid zodat de rechter een op de dader toegesneden sanctie kan opleggen.

voortvloeit. Strafdoeleinden houden verband met de opvattingen over de aard en de functies van de strafrechtspleging. Wanneer tegenwoordig afstand dreigt te worden genomen van de abstracte notie over strafrecht als ultimum remedium doordat aan de strafrechtspleging een belangrijke maatschappelijke functie wordt toegekend (herkenbare typeringen zijn 'strafrecht als risicomanagement'³⁸ en een dominant 'veiligheidsgericht controleperspectief'³⁹), dan heeft dat niet alleen consequenties voor strafbepalingen, maar kan dat tevens leiden tot een waaier van maatschappelijk aanvaarde strafdoelen.

Begrenzing lijkt daarbij noodzakelijk. Naast een zekere maatgeving door proportionele vergelding kan in dat verband aan andere beperkingen worden gedacht, in het bijzonder bij de uitwerking van de speciale preventie. Zo zijn er vraagtekens geplaatst bij de grondslag voor de recent op ruime schaal ingevoerde leerstraf. Mag gedragsbeïnvloeding ter vergroting van maatschappelijke veiligheid als strafdoel wel in deze mate op de voorgrond treden of heeft men in dit kader meer recht om met rust te worden gelaten?⁴⁰ En welke drang is in het verband van de SOV aanvaardbaar? Terughoudende strafrechtstoepassing verdient bepaald aandacht bij de invulling van de sanctiedoelen en bij de vormgeving van het sanctierecht.

1.6. Andere uitgangspunten voor het sanctiestelsel

Naast dergelijke ijkpunten die uit de sanctiedoelen voortvloeien, kunnen andere vereisten en desiderata voor de inrichting van het strafrechtelijk sanctiestelsel worden onderkend die voor een geïntegreerde herziening van belang zijn. De nota *Sancties in perspectief* is in dit verband interessant omdat een groot aantal 'ontwerpcriteria' wordt geformuleerd, waarvan ik er hier enkele uitlicht.

Sancties behoeven op grond van het legaliteitsbeginsel in ieder geval een (aan het plegen van het strafbare feit voorafgaande) wettelijke grondslag. De vraag is echter vooral hoeveel houvast zo'n wettelijke regeling moet bieden. De nota benadrukt zonder veel omhaal van woorden als uitgangspunt 'voorspelbaarheid (welk feit leidt tot welke straf; voorspelbaarheid dus als rechtszekerheid en rechtsgelijkheid)', en daarom zou moeten worden gestreefd naar 'heldere, kenbare en zoveel mogelijk geobjectiveerde criteria voor sanctietoepassing'. In

38. Th.A. de Roos, *Strafrecht als risicomanagement*, Leiden 2000.

39. Y. Buruma, *Sanctionering, een autonome beslissing van de rechter?*, in: *Diversiteit van sanctionering*, Deventer 2001, p. 11-34.

40. Hierover P.A.M. Mevis, *Het wettelijk kader van de taakstraffen*, *Sancties* 1998, p. 278, 279.

een voetnoot wordt vervolgens laconiek gesteld: 'overigens raakt dit vereiste ook aan de vrijheid die de rechter heeft bij de straftoemeting', en dat is wel de crux van dit thema. Voorspelbare straftoemeting wordt in het huidige stelsel in wezen niet gewenst. Uitgangspunt is immers dat een rechter mede op basis van de bijzonderheden van een concreet geval moet kunnen komen tot de in zijn ogen (ook gelet op de verschillende sanctiedoelen) juiste sanctietoemeting. Dat betekent dat het legaliteitsbeginsel voor de nadere inrichting van het Nederlandse sanctiestelsel slechts van beperkt belang is.⁴¹

Menswaardigheid, gekoppeld aan de 'ultimum remedium'-gedachte, is een even belangrijk als moeilijk te concretiseren ijkpunt. Niet alleen de inzet van het strafrecht moet met die gedachte worden beoordeeld, maar wanneer het strafrecht wordt toegepast, moeten bij de sanctiekeuze eveneens terughoudendheid en gematigdheid worden betracht. Afhankelijk van de visie die men op de strafrechtspleging heeft, leiden dergelijke criteria tot uiteenlopende resultaten, maar ze hebben toch zin. Ze dringen immers aan op beperking, ze leiden tot demping. De nota leidt er dan ook twee belangrijke regels uit af: een opdracht 'om een niet zwaardere of ingrijpender straf op te leggen en wijze van tenuitvoerlegging te kiezen dan strikt noodzakelijk' en in verband met speciale preventie een op de persoon van de veroordeelde toe te snijden sanctietoepassing en -tenuitvoerlegging. Hieraan wordt vervolgens in een bijzin een groot thema gekoppeld: 'dus bijvoorbeeld een actieve zorgplicht voor zorgbehoevenden (verslaafden, gestoorde etc.), vaardigheidstrainingen voor onaangepasten, enzovoorts.' Dit goede uitgangspunt roept stelselmatig gezien indringende vragen op over de toegevoegde waarde van de maatregelen TBS en SOV (zie nader paragraaf 2.2. en 2.3).

Ik vind het aansprekend dat de nota met zoveel woorden 'doelmatigheid' noemt als uitgangspunt voor de inrichting van het sanctiestelsel. Het is inderdaad belangrijk om bijvoorbeeld tot een zo goed mogelijke verdeling van (schaarse) middelen te komen.⁴² Dat het stelsel 'flexi-

41. Wel kan met de nota worden ingestemd dat de ontwikkeling – en zo voeg ik daaraan toe: de openbaarheid – van strafvorderingsrichtlijnen en straftoemingsafspraken vanuit legaliteitsperspectief wenselijk kan zijn (hierover nader paragraaf 3.4 en 3.5). Met legaliteit houdt verband het ontwerpcriterium van 'transparantie': een streven naar 'inzichtelijkheid en overzichtelijkheid'. Dat is meer in het algemeen een stelselmatig vereiste voor goede regelgeving.

42. Dit uitgangspunt leidt in de nota niet alleen tot voor mij minder begrijpelijk geformuleerde consequenties als het 'ontwikkelen van normprijzen op een geaggregeerd niveau en sturing op output', maar ook tot een 'discretionaire bevoegdheid van de uitvoeringsorganisatie voor conversie van sancties gedurende de tenuitvoerlegging' en 'flexibele inzet capaciteit' (daarover echter ook paragraaf 1.9).

biliteit' en 'innovatieve kracht' moet bezitten, spoort met de verenigingsleer en vergt ten dele een vrij open sanctiestelsel (dat niet al te voorspelbaar en gedetailleerd is gereguleerd). De voorwaardelijke veroordeling en de vroegere voorwaardelijke invrijheidstelling hebben hier in het verleden goede diensten bewezen, en meer in het algemeen is een zekere ruimte in de tenuitvoerlegging gewenst.

Zelf wil ik nog enkele andere uitgangspunten voor de inrichting van het strafrechtelijke sanctiestelsel voorstellen. In het verlengde van mijn sanctiedefinitie ('een in een strafrechtelijk kader uitgesproken overheidsreactie op overtreding van een strafbepaling waarvoor iemand in beginsel aansprakelijk wordt gesteld') meen ik dat het strafrechtelijk karakter van de sancties moet domineren. Dat betekent vooral voor sancties die bepaalde raakvlakken met andere rechtsgebieden hebben, dat strafrechtelijke regels toch kunnen doorwerken nu de sancties in een strafrechtelijke context worden opgelegd. Om het concreter te zeggen: bij de ontneming en de schadevergoedingsmaatregel moeten de draagkracht van de verdachte en de ernst van het feit een mitigerende rol kunnen spelen (mede om de samenhang met eventuele andere sancties te bewaren). En bij de TBS kan het niet alleen gaan om het belang van de geestelijke volksgezondheid, maar moet proportionele vergelding bepalend zijn voor de maximumduur. Wanneer dit strafrechtelijke karakter van de verschillende sancties wordt erkend, kan vervangende hechtenis ook beter worden gepositioneerd bij enkele maatregelen en kan bijvoorbeeld worden bepaald dat door het ondergaan daarvan de oorspronkelijke sanctie in strafrechtelijke zin moet vervallen.⁴³ Weliswaar vervagen de grenzen tussen de verschillende rechtsgebieden, dat neemt niet weg dat strafrechtelijke beginselen de boventoon zouden moeten voeren wanneer is gekozen voor sanctionering binnen het strafrechtelijk stelsel.⁴⁴

In de tweede plaats moet in mijn ogen het strafvorderlijke concentratiebeginsel uit art. 348 en 350 Sv ook in het sanctiestelsel worden bewaakt. Op grondslag van de tenlastelegging moeten de door de strafrechter te behandelen vragen in onderlinge samenhang worden beoordeeld aangezien dat de kwaliteit van de procedure en van de beslissing

43. Civielrechtelijke aspecten worden daardoor niet beroerd – ook na vervangende hechtenis is een civiele procedure van het slachtoffer goed mogelijk (de strafrechtelijke veroordeling kan daarbij een belangrijke steun zijn), maar de schadevergoedingsmaatregel zou in mijn ogen 'vervangen' zijn.

44. Dit geldt minder voor procedures die om doelmatigheidsredenen aan het strafproces worden gekoppeld, maar hun eigen karakter behouden (zoals de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis en de vordering van de benadeelde partij).

in sterke mate bevordert en tevens de efficiëntie dient.⁴⁵ Dit impliceert dat een duidelijk verband tussen tenlastelegging en sanctie moet worden nagestreefd, dat aan de basis van een sanctie op zijn minst een bewezenverklaring staat (zodat het bewijsrecht de basis voor de sanctietoemeting verankert), dat binnen de grenzen van de tenlastelegging de rechter niet door het OM wordt gebonden in de sanctiebeslissing en vooral dat de eenheid van de strafprocedure en de eenheid van de sanctiebeslissing worden bewaakt. Ook een eventuele combinatie van sancties moet als één geheel worden bekeken en opgelegd.⁴⁶ Alleen in bijzondere gevallen zou een inbreuk op het concentratiebeginsel acceptabel kunnen zijn (zoals door een twee fasen-proces bij een gecompliceerde ontneming of schadevergoeding⁴⁷ of door onttrekking aan het verkeer zonder hoofdprocedure⁴⁸). Concreter gezegd kunnen bijvoorbeeld diverse aspecten van de ontneming worden geïncorporeerd, omdat daarbij de binding met de tenlastelegging strakker kan, de strafrechter teveel afhankelijk is van een vordering van het OM en vooral de afgescheiden procedure vragen oproept.

Een derde uitgangspunt met ingrijpende consequenties voor het bestaande sanctiestelsel wordt in hoofdstuk twee nader uitgewerkt; het lijkt mij per saldo beter om met een overkoepelend strafrechtelijk sanctiebegrip te gaan werken, om met andere woorden het systematische onderscheid tussen straf en maatregel te laten vervallen. Binnen de bonte groep sancties – die in overeenstemming met het spraakgebruik het best als ‘straffen’ kunnen worden betiteld – kunnen per sanctie eventueel verschillende accenten worden gelegd.

1.7. Onderscheiden tussen rechtssubjecten?

De denkkraft en creativiteit die de afgelopen decennia aan de ontwikkeling van het sanctiestelsel zijn besteed, hebben zich eigenlijk niet gericht op de rechtspersoon die sinds 1976 als gewoon strafrechtelijk rechtssubject wordt erkend en die ook heel regelmatig wordt

45. Vgl. HR 19 februari 1985, NJ 1985, 649 m.nt. ThWvV. Daarom blijft de voeging ad informandum eigenlijk moeilijk te accepteren; daarover A.A. Franken, Voeging ad informandum in strafzaken, Arnhem 1993, p. 181-203.

46. F.W. Bleichrodt en J.P. Balkema, Het strafrechtelijk sanctiestelsel in het afgelopen decennium, in: *Dynamisch strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem 1995, p. 45, spreken over een ‘concentratiebeginsel bij de toepassing van strafrechtelijke sancties’.

47. Ruimhartiger hierover J.L. de Wijkerslooth en J. Simonis, Spreekrecht voor slachtoffers als onderdeel van een straftoemingszitting, NJB 2001, p. 2079-2083.

48. Maar ook dan benadrukt de Hoge Raad wel de wenselijkheid van een geconcentreerde beoordeling, HR 10 januari 1984, NJ 1984, 684 m.nt. ThWvV.

vervolgd. De hoofdregel uit art. 51 lid 2 Sr – tegen rechtspersonen ‘kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, *indien zij daarvoor in aanmerking komen*, worden uitgesproken’ – duidt ten aanzien van rechtspersonen bepaald niet op een gedifferentieerd en uitgewerkt sanctiestelsel. Alleen de bijzondere bepaling over de mogelijkheid om naar een hogere geldboetecategorie uit te wijken (art. 23 lid 7 en 8 Sr) kan worden aangewezen en dat is mager. Interessant is in dit verband een Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa uit 1988 die diverse suggesties voor op rechtspersonen toegesneden bedrijfssancties bevat, zoals sluiting, uitsluiting van fiscale voordelen en subsidies, intrekking van vergunningen, ontslag van managers en aanstelling van een toezichthouder.⁴⁹

Voor de sanctiesoort ontzetting van rechten (art. 28-31 Sr), die thans nauwelijks relevant is met uitzondering van de elders geregelde ontzegging van de rijbevoegdheid, zou voor de rechtspersoon kunnen worden uitgebouwd. Ook kan het algemener maken van bepaalde economische sancties worden overwogen, zoals de stillegging en onderbewindstelling (art. 7 en 8 WED). Anderzijds wijst juist de ervaring die daarmee is opgedaan erop dat er kennelijk weinig behoefte aan bestaat, terwijl de nadere regeling en executie van zulke op het eerste gezicht aansprekende sancties bijzonder complex blijkt te zijn.⁵⁰

De werkstraf kan wel eenvoudig op een goede manier voor de rechtspersoon worden ingevuld. Het lijkt mij zinnig dat een rechtspersoon tot een aantal mensuren maatschappelijk gezien nuttige activiteiten of tot bepaalde taken van een afgebakende omvang kan worden veroordeeld (met een vervangende geldboete). Dat de werkstraf dan een wat ander karakter krijgt (geen inbreuk op vrije tijd, wellicht wat ander werk omdat de uitvoerende werknemers niet bij het strafbare feit betrokken waren), lijkt mij overkomelijk. Het sanctiestelsel moet in ieder geval eens worden doorgelicht vanuit de rechtspersoon.⁵¹

Voor de jeugdige natuurlijke persoon bestaat wel een eigen sanctierecht, dat overigens de laatste decennia beduidend minder bijzonder is geworden doordat het sanctierecht voor volwassenen en dat voor jeugdigen naar elkaar zijn toegegroeid. Mij lijkt voorstelbaar dat die ontwikkeling wordt doorgetrokken en dat beide sanctiestelsels echt worden geïntegreerd. Anders dan voor de rechtspersoon biedt het

49. Recommendation R (88) 18, concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities.

50. Daarover uitgebreid B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, Arnhem 1995, p. 186-213.

51. Zie ook paragraaf 1.3 over ‘overleden’ rechtspersonen.

gewone sanctiestelsel voor de jeugdige wel voldoende differentiatiemogelijkheden. Met de bijzondere positie van de jeugdige, die ook verdragsrechtelijk is vastgelegd, moet in mijn ogen vooral in de straftoemeting en in de executie rekening worden gehouden. Daarin kunnen de relatieve mildheid en nadruk op speciale preventie tot uiting komen – maar in uitzonderlijke omstandigheden ook achterwege blijven. Een algemene wettelijke strafvermindingsgrond is op zichzelf eveneens denkbaar, evenals een uitsluiting van de mogelijkheid van levenslange vrijheidsbeneming. In de executie van de verschillende vrijheidsbenemende sancties voor volwassenen kunnen op het eerste gezicht de huidige speciale voorzieningen en regimes zonder problemen worden verwezenlijkt. Die worden dan ook toegankelijk voor die volwassenen die beter als jeugdige kunnen worden behandeld. De leerstraf stamt oorspronkelijk uit het jeugdsanctierecht. Ook de huidige jeugdstraf tot het verrichten van arbeid tot het herstel van de aangerichte schade (art. 77h lid 2 sub a Sr) verdient wellicht een breder bereik.

Een voordeel van zo'n stelselmatige integratie van jeugd- en volwassenensanctierecht is dat afscheid kan worden genomen van de moeilijke criteria van het huidige stelsel om de toepasselijkheid van jeugd- of volwassenensanctierecht te bepalen.⁵² En meer in het algemeen zouden de helderheid, eenvoud en flexibiliteit van het sanctiestelsel met zo'n integratie op een aansprekende manier kunnen worden verbeterd. Het jeugdsanctierecht is nu vrij ondoorzichtig⁵³ en maakt het geheelodeloos gecompliceerd.⁵⁴

1.8. (On)vergelijkbaarheid van sancties

Een onmiskenbaar nadeel van de toegenomen differentiatie in het sanctiestelsel is dat daardoor de vergelijkbaarheid van straftoemeting in verschillende zaken wordt bemoeilijkt. In het stelsel van 1886 – met slechts enkele strafsoorten die niet bij elk delict konden worden gekozen en niet met elkaar konden worden gecombineerd – was die verge-

52. Art. 77b-77d Sr; vooral de regel dat 'de ernst van het feit' toepassing van het gewone sanctierecht mogelijk maakt t.a.v. jeugdigen die minstens zestien jaar waren, vind ik halfslachtig. Ook de indeling in drie leeftijdscategorieën komt schetsmatig over.

53. P.A.M. Mevis, *Hoofddijnen van het strafrechtelijk sanctiestelsel*, Deventer 1997, p. 101, 102, spreekt over een 'puinhoop' en een 'chaos'.

54. Behoeft aan integratie van het jeugdsanctierecht in het gewone sanctiestelsel lijkt echter op dit moment niet te bestaan, vgl. de brief hierover van Staatssecretaris Kalsbeek van 5 juli 2001, Kamerstukken II 2000/01, 27 400 VI, nr. 82.

lijkbaarheid onmiskenbaar beter. Zeker nu gelijkheid in de straftoemeting zo in de belangstelling staat, rijst met reden de vraag of het sanctiestelsel niet moet worden voorzien van vaste vergelijkingsmaatstaven of een strafeenhedenstelsel. De gedachte is aantrekkelijk, maar de uitvoering is niet gemakkelijk.

Een rangorde tussen sancties kan niet in abstracto worden vastgesteld. Volgens art. 61 Sr wordt weliswaar de relatieve zwaarte van de hoofdstraffen door de volgorde van art. 9 Sr bepaald (eerst de vrijheidsstraf, dan de taakstraf en tenslotte de geldboete), maar zeker na de invoering van de huidige taakstraf is dat moeilijk vol te houden.⁵⁵ Het is bovendien absurd om bijvoorbeeld één dag vrijheidsbeneming als een zwaardere straf aan te merken dan 240 uur taakstraf of een ton boete. Daarom kan de gedachte aan een algemene rangorde binnen de straffen beter worden losgelaten. Dan kan ook flexibeler over vervangende straffen worden nagedacht (zie paragraaf 1.9).

De wenselijkheid van een bepaalde straf kan evenmin in abstracto worden bepaald. Dat kan worden geïllustreerd met de geldboete. Deze hoofdstraf is sinds 1886 veel algemener toepasbaar geworden, maar heeft duidelijke nadelen: de boete kan door anderen worden betaald en werkt ongelijkheid in de hand doordat degene die niet kan betalen eerder een vrijheidsstraf krijgt (hetzij rechtstreeks, hetzij via vervangende hechtenis).⁵⁶ Dit laatste nadeel is met de algemene invoering van de taakstraf wat minder klemmend geworden, zeker wanneer ook aan vervangende taakstraf zou worden gedacht, maar blijft toch bestaan wanneer het draagkrachtbeginsel niet strikt wordt nageleefd. Anderzijds heeft de geldboete ook voordelen: de nadelen van de vrijheidsstraf kunnen ermee worden vermeden en zij biedt mogelijkheden voor het strafdoel herstel in de oude toestand, zeker wanneer de samenhang tussen de verschillende vermogenssancties wordt bewaakt. In dat opzicht kan een vermogenssanctie nuttiger zijn dan vooral de vrijheidsstraf, maar dat hangt toch af van de omstandigheden van het geval.

Hoe wordt voorkomen dat dezelfde straf voor verschillende verdachten een verschillend gewicht kan hebben? Het belang van die vraag is vooral voor de geldboete op zichzelf erkend door middel van het

55. Vgl. Kamerstukken II 1997/98, 26 114, nr. 3, p. 2: 'qua zwaarte zal de taakstraf globaal gezien tussen de beide andere hoofdstraffen in staan', en p. 7: de taakstraf kan ook een alternatief voor de geldboete zijn. Zie over dit thema in verband met de strafmotivering G.J.M. Corstens, *Het Nederlandse strafprocesrecht*, Deventer 1999, p. 689-692.

56. Zie bijv. A. Mulder, *Beschouwingen over de geldboete*, in: *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem 1985, p. 203-217.

draagkrachtbeginsel (art. 24 Sr).⁵⁷ Maar de wettelijke formulering is nogal terughoudend (de verdachte mag in zijn inkomen en vermogen niet 'onevenredig worden getroffen') en dat geldt ook voor de toepassing ervan in de rechtspraak. De facto functioneert art. 24 Sr meer als een bepaling waarop de verdachte zich bij wijze van verweer kan beroepen.⁵⁸ Daardoor verdwijnt de andere zijde van de bepaling, waarop tijdens de parlementaire behandeling veel meer de nadruk lag, ten onrechte uit het zicht: nu de gemiddelde verdachte weinig draagkracht lijkt te hebben, kan bij meer draagkracht een correctie naar boven gewenst zijn.

Het betreffende belang van de financiële draagkracht hangt samen met de belangrijke positie die de transactie in onze strafrechtspleging inneemt waarbij onderzoek naar de draagkracht omslachtig wordt gevonden. Maar ook ter zitting wordt op dit punt doorgaans met een uiterst beperkt onderzoek volstaan. Het is eigenlijk opmerkelijk (naïef) dat de verdachte op dit punt meestal wel op zijn woord wordt geloofd. In deze stand van zaken wordt in zoverre berust dat bijvoorbeeld eerdere voorstellen over specifieke informatieverschaffing over de draagkracht door het OM en over verificatie van gegevens bij de Belastingdienst zijn ingetrokken⁵⁹ en ook thans geen draagvlak lijken te hebben.

Buitenlandse ervaringen zouden echter kunnen leren dat het best mogelijk is om zowel voor de transactie als de straftoemeting door de rechter op een praktische manier meer inzicht in de financiële positie van verdachten te verkrijgen, bijvoorbeeld door standaard een loonstrook, belastingaanslag of toevoegingsaanvraag in het dossier op te nemen, al dan niet verkregen door het koppelen van gegevensbestanden. Voor het vergaren van betrouwbare gegevens kan bovendien mede verantwoordelijkheid bij de verdachte worden gelegd: wanneer hij daarin tekort schiet, zou de rechter in beginsel van een gemiddelde verdachte mogen uitgaan. Zo'n benadering past ook bij de ontwikkelingen in het strafproces.

Een betere doorwerking van draagkracht kan in theorie worden bereikt met een dagboetestelsel, waarbij globaal gezegd het aantal dagboete-eenheden vooral wordt bepaald door de ernst van het feit en de hoogte

57. Zie voor een overzicht van de wetsgeschiedenis J. Simonis, *Is ons strafrecht gebaat bij de invoering van een dagboetestelsel?*, DD 2001, p. 476-482.

58. Zie bijv. HR 2 juli 1990, NJ 1991, 67 m.nt. ThWvV en HR 17 februari 1998, NJ 1998, 447. Dat geldt ook sterk in ontnemingszaken (zie bijv. HR 16 april 1996, NJ 1998, 631 m.nt. Sch).

59. In de loop van de behandeling van de Wet Vermogenssancties, zie bijv. Kamerstukken II 1977/78, 15 012, nr. 3, p. 27.

van de dagboete door de draagkracht van de veroordeelde. Een dergelijk stelsel zou ook de toepassing van vermogenssancties kunnen stimuleren. De gedachte aan zo'n stelsel slaat in ons land echter niet aan, en dat vind ik begrijpelijk zo lang wij kennelijk geen echt financieel onderzoek naar de draagkracht wensen, omdat nooit vaststaat in hoeverre een verdachte een geldboete zelf betaalt en de facto als uitgangspunt toch al van weinig draagkracht wordt uitgegaan.⁶⁰ Een globale benadering van de financiële draagkracht past bovendien bij het gegeven dat voor de vrijheidsstraf en de taakstraf niet vergelijkbare maatstaven zijn ontwikkeld (waarin zou worden uitgedrukt wat het verlies aan vrijheid en tijd in relatieve zin voor iemand betekent).⁶¹ Het gemis van dergelijke maatstaven zou als een inconsistentie worden ervaren wanneer de financiële draagkracht wel precies zou worden vastgesteld.

Mogelijkheden voor een algemeen strafeenhedenstelsel die bij ons bestaan of zijn voorgesteld, zijn in mijn ogen nog niet aansprekend. In het stelsel van strafvorderingsrichtlijnen bestaat een eenduidige omrekenmaatstaf (1 sanctiepunt staat voor € 22 of 2 uur taakstraf of 1 dag vrijheidsstraf). Deze verhouding is kennelijk op de omrekening voor de vervangende hechtenis gebaseerd (vgl. art. 24c lid 2 en art. 22d lid 3 Sr), maar of dat een goed fundament vormt, betwijfel ik. Deze maatstaf lijkt mij bijvoorbeeld veel te grof voor mensen met relatief veel geld of tijd. De richtlijnen zijn in dit opzicht ook erg rigide, en maken de voordelen van een casuïstische strafoplegging duidelijk. Aan de combineerbaarheid van sancties en de meervoudigheid van strafdoelen wordt evenmin recht gedaan.

Schuyt heeft onlangs een ander stelsel geopperd: 'De rechter legt een bepaald aantal punten op, passend bij de ernst van het feit en de persoon van de dader, en de executie-instanties bepalen hoe de punten worden besteed: door middel van een geldboete, een taakstraf of een gevangenisstraf. Daarbij kosten bepaalde regimes of werkstraffen veel punten, zodat de strafduur korter wordt. De wetgever of de rechterlijke macht zou kunnen bepalen dat een bepaald aantal punten evenredig is aan een dusdanig zwaar feit, dat in dat geval alleen een gevangenisstraf in aanmerking komt'.⁶² Ook hier lijkt de individuele draagkracht in geld of tijd te worden weggedrukt, terwijl de voorgestelde fundamen-

60. Uitgebreid hierover en ook in deze zin J. Simonis, Is ons strafrecht gebaat bij de invoering van een dagboetstelsel?, DD 2001, p. 476-494.

61. Over een dergelijk draagkrachtbeginsel voor vrije tijd A.M. van Kalmthout, Meten met geijkte maten, JV 2000, nr. 4, p. 37-41.

62. P.M. Schuyt, Sancties te over: rechter u moet kiezen, in: Diversiteit van sanctiënering, Deventer 2001, p. 53, 54.

tele verschuiving van bevoegdheden van de rechter naar de met executie belaste organen mijns inziens geen draagvlak heeft. Genuanceerder is het idee van Van Kalmthout waarbij 'de rechter eerst op basis van de objectieve factoren – ernst en schuld – het aantal strafeenheden vaststelt en vervolgens bepaalt welke sanctie – naar soort en omvang – per eenheid moet worden opgelegd. De vaststelling vindt plaats binnen de bandbreedte van het per sanctie vastgesteld minimum en maximum op basis van de individuele draagkracht van de betrokkene. Wie beschikt over meer vrije tijd of hoger inkomen zal per strafeenheid dan ook geconfronteerd worden met een hoger aantal uren vrijheidsbeperking of een hoger geldbedrag dan wie minder inkomen of vrije tijd ter beschikking staan. De soort sanctie wordt bepaald door het beoogde strafdoel en het aantal opgelegde strafeenheden. De wet bepaalt welke sancties bij een bepaald aantal strafeenheden kunnen worden opgelegd'.⁶³ Hier lijken vooralsnog de praktische belemmeringen groot: gedegen onderzoek naar draagkracht van geld en tijd kunnen (of misschien wel vooral: willen) wij niet in de strafrechtspleging onderbrengen, en al helemaal niet bij de transactie, en een wettelijke regeling lijkt niet eenvoudig. Anderzijds past dit idee goed in het sanctiestelsel: combineerbaarheid van sancties en meervoudigheid van strafdoelen zijn er goed in te verwerken, door te werken met bandbreedtes worden rigiditeit en schijngevolgheid vermeden en de vervangende hechtenis zou er beter in kunnen worden gepositioneerd.⁶⁴ Ook al zijn er dus best mogelijkheden voor een strafeenhedenstelsel, vastgesteld moet worden dat er in de huidige discussies nog geen draagvlak voor bestaat. Een belangrijke consequentie van het ontbreken van een adequaat strafeenhedenstelsel is wel dat gelijkheid in de straftoemeting een globaal uitgangspunt wordt, of anders gezegd: het gelijkheidsbeginsel impliceert vooral dat te grote ongelijkheid wordt tegengegaan (nader hierover paragraaf 3.4).

1.9. Sanctiestelsel en executie

De executie van sancties roept diverse vragen op voor het sanctiestelsel. Hieronder ga ik op enkele vragen in, in het bijzonder over de mate van inzichtelijkheid en voorspelbaarheid van de executie ten tijde van de straftoemeting, de eventuele rol van de rechter in de executie en de positie van de vervangende hechtenis. In hoeverre moet er ten tijde van de berechting een goed zicht bestaan

63. A.M. van Kalmthout, *Met en met geijkte maten*, JV 2000, nr. 4, p. 41.

64. Aan iemand met veel geld en weinig tijd kan dan bijv. een relatief hoge geldboete met een relatief lage vervangende hechtenis worden opgelegd.

op de executie van de verschillende strafrechtelijke sancties? Een basisvoorwaarde voor een verantwoorde beslissing is dat de hoofdlijnen van de executie van de verschillende sancties bekend en helder moeten zijn. Dat is nodig om een zinnig debat over de straftoemeting te kunnen voeren. De zittingsrechter moet een adequaat idee hebben van wat het opleggen van een sanctie inhoudt, en dat geldt evenzeer voor het OM dat een verantwoorde vordering wil doen. Daarnaast lijkt het goed dat enig zicht bestaat op problemen die in de executie kunnen rijzen, zodat daarop bijvoorbeeld kan worden geanticipeerd.⁶⁵ Zonder basaal inzicht in de executie heeft het ook minder zin te werken aan gelijkheid in de straftoemeting en ontstaat bovendien een risico van 'onjuiste bestraffing'.⁶⁶ Rechtszekerheid voor de verdachte is in het kader van de straftoemeting slechts een betrekkelijk begrip, maar een zekere voorspelbaarheid van de inhoud van een opgelegde sanctie is ook voor hem wel nodig. Als iemand geen algemeen beeld heeft waartoe hij eigenlijk is veroordeeld, kan hij bijvoorbeeld moeilijk bepalen of hij een rechtsmiddel wil aanwenden. Deze basis-inzichtelijkheid is eveneens noodzakelijk voor het publiek en voor de samenleving, voor hun vertrouwen in het functioneren van de strafrechtspleging. Dat vertrouwen wordt, zeker in deze door vele alerte media beheerste tijd, niet alleen bepaald door de straftoemeting en de geloofwaardigheid van het wettelijk stelsel, maar ook door een voorspelbare en geloofwaardige executie.

De executie moet derhalve tot op zekere hoogte inzichtelijk, voorspelbaar en adequaat aan de bedoeling van de rechter zijn.⁶⁷ Dat impliceert in de eerste plaats zekerheid van tenuitvoerlegging. Een substantieel afwijkende executie kan in het wettelijk stelsel daarom slechts via de gratie worden gelegitimeerd. De executie moet bovendien voortvarend ter hand worden genomen (vgl. art. 561 Sv). Zo'n zekere en snelle executie wordt op zichzelf tegenwoordig algemeen als uitgangspunt onderschreven.⁶⁸ Het vloeit ook onmiskenbaar uit de verschillende strafdoelen voort.

Daarnaast zou een redelijk beeld van de gemiddelde executie van sanc-

65. Vgl. het pleidooi voor voorlichting aan de rechterlijke macht over de executie van C. Kelk, De persoon van de dader, *Trema Straftoemetingsbulletin* 2001, p. 40.

66. Wanneer bijv. de rechter welbewust zou afzien van een taakstraf terwijl bij de executie van de vrijheidsstraf in de vorm van een penitentiair programma materieel gezien al spoedig een soort taakstraf zou worden tenuitvoergelegd – P.C. Vegter, Het sanctiestelsel op de schop?, *JV* 2000, nr. 4, p. 28.

67. Opmerking verdient dat de huidige v.i. in dit opzicht redelijk voldoet.

68. In de nota *Sancties in perspectief* wordt eveneens van een plicht tot executie uitgegaan en wordt het belang van slagvaardigheid in de executie benadrukt.

ties op zichzelf gewenst zijn. Specifiek voor een vrijheidsbenemende sanctie geldt dat de strafrechter voorlopig zekerheid over beveiliging en verwijdering uit de vrije samenleving kan beogen. Dan zou de executie dat moeten waarmaken. Wantrouwen bij de rechterlijke macht op dit punt heeft ook een sterk strafverhogend effect.⁶⁹ Daarnaast is goed voorstelbaar dat de rechter met het oog op speciale preventie wil dat de vrijheidsbeneming wordt gebruikt voor behandeling van bijvoorbeeld een verslaving of een stoornis, voorzover en voorzolang als dat nodig is. Slechts in een enkele bepaling wordt echter rekening gehouden met door de zittingsrechter gegeven aanwijzingen voor de executie van vrijheidsbenemende sancties⁷⁰ (bijzondere gedragsvoorwaarden bij een voorwaardelijke veroordeling bieden hiertoe wel veel ruimte).

Het bovenstaande leidt ertoe dat op zichzelf een duidelijke indeling in regimes van vrijheidsbeneming wenselijk is, niet alleen ten behoeve van de zittingsrechter, maar ook van de verdachte en het OM.⁷¹ Globaal gezegd zou ik menen dat behoefte bestaat aan differentiatie op het punt van beveiliging, geestelijke zorg, bescherming tegen drugs en behandeling van verslavingsproblematiek, leeftijd en geslacht. Onderscheid naar bijvoorbeeld strafduur en gemeenschapsgeschiktheid zal meer door de administratie worden gewenst.

Buiten zo'n globale indeling in regimes moet echter een pleidooi voor een voorspelbare executie van vrijheidsbenemende sancties sterk worden gerelativeerd. Het tijdsverloop dat inherent aan de executie van deze sanctie is en de belangrijke ontwikkelingen die een veroordeelde daarin kan doormaken, stellen sterke beperkingen aan voorspelbaarheid. De zittingsrechter kan zich dan ook eigenlijk op zijn hoogst over de beginperiode van de executie uitlaten; op de toestand daarna heeft

69. Vgl. al het klassieke Zwarte Ruiter-arrest, HR 10 september 1957, NJ 1958, 5 m.nt. WP.

70. Zie art. 37b lid 2 Sr, art. 15 lid 4 PBW en art. 77v Sr; in de strafmotivering kan de rechter een plaatsingsadvies geven of een beveiligingsdoelstelling of de wenselijkheid van behandeling (of in ieder geval onderzoek daarnaar) uitdrukken (zie bijv. HR 9 april 1974, NJ 1974, 244 m.nt. ThWvV). Het OM heeft de mogelijkheid te bepalen dat het in individuele gevallen betrokken blijft bij de tenuitvoerlegging van vrijheidsstraffen. Door zo'n 'executie-indicator' consulteert de administratie het OM over bepaalde executiebeslissingen. Vgl. ook de aanwijzingsbevoegdheid van de rechter over de taakstraf in art. 22c lid 1 Sr.

71. Al was het maar omdat er dan een goed contradictoir debat mogelijk wordt over een eventuele aanwijzing door de rechter. Vgl. hierover in verband met het legaliteitsbeginsel P.C. Vegter, *Vormen van detentie*, Arnhem 1989, p. 187-208. Over problemen rond de duidelijkheid van de thans geldende differentiatie: De Penitentiaire Beginselenwet in werking, Deventer 2001.

hij onvoldoende zicht (zoals op de wenselijkheid van de zeer verschillende executiemodaliteiten, van EBI tot elektronische enkelband). Daarom is het bijvoorbeeld onjuist dat de rechter bij een levenslange gevangenisstraf uitsprekt dat deze sanctie ook daadwerkelijk levenslang zou moeten duren.⁷²

Soms lijkt, ook omdat ten tijde van de sanctionering maar een globaal beeld van de tenuitvoerlegging kan bestaan, nog een zekere rechterlijke bemoeienis met de executie gewenst, bijvoorbeeld bij de vervanging van de oorspronkelijk opgelegde sanctie waarvan de executie niet is geslaagd en bij andere ingrijpende beslissingen die in de loop van de executie aan de orde kunnen komen. Welke rechter moet daarbij worden betrokken: de zittingsrechter of een executierechter? Argumenten die aan inschakeling van de zittingsrechter ten grondslag kunnen liggen, zijn kennis van de zaak in kwestie en een zekere terugkoppeling over de effecten van eerder genomen beslissingen.⁷³ Dat zijn positief te waarderen aspecten, waarvan men zich overigens niet teveel moet voorstellen in de huidige strafrechtspleging met een hoge produktie en met snelle doorstroming in rechterlijke colleges. De keuze voor de oorspronkelijke rechterlijke instantie heeft daarnaast het voordeel dat dan de competentie erg eenvoudig is te regelen, terwijl het bovendien vermoedelijk administratief gezien een doelmatige keuze is. Dit houdt wel de mogelijkheid open om bij het betreffende gerecht voor dit type procedures een 'gespecialiseerde sanctierechter' aan te wijzen.⁷⁴

In het huidige sanctiestelsel worden bij problemen in de executie diverse wegen bewandeld. De vervangende hechtenis die bij vermogenssancties wordt voorzien, anticipeert al op problemen met de uitvoerbaarheid. De zittingsrechter heeft zich over dat thema dan al definitief uitgelaten.⁷⁵ Bij de taakstraf is recent voor een tussenmodel gekozen: het OM mag de vervangende hechtenis executeren, maar daartegen bestaat anders dan bij de vervangende hechtenis na een geldboete wel

72. Vgl. M.S. Groenhuijsen, *Levenslange gevangenisstraf in Nederland*, DD 1999, p. 194, 195, die terecht spreekt over 'een verkeerd signaal op een verkeerd moment'.

73. C. Kelk, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer 2001, p. 455, 446, gaat verder en bepleit continuering van de procedure na de strafoplegging teneinde de straf te evalueren en eventueel bij te stellen.

74. Hierover C. Kelk, *De zeer grote wenselijkheid van een gespecialiseerde sanctierechter*, *Sancties* 1994, p. 229-238.

75. Dit geldt ook voor de schadevergoedingsmaatregel, terwijl bij de ontneming door art. 577b Sv een zekere rechterlijke tussenkomst mogelijk is. In wetsontwerp 28 079 wordt voor de ontneming echter voorgesteld de vervangende hechtenis te vervangen door lijfswang die achteraf door de zittingsrechter wordt vastgesteld.

de mogelijkheid van een bezwaarschrift, te behandelen door de rechterlijke instantie die de straf oorspronkelijk heeft opgelegd (art. 22g Sr). Aan het andere uiterste staat de voorwaardelijke veroordeling, waar de rechter altijd bij de tenuitvoerlegging is betrokken – onafhankelijk van de sanctie die op het spel staat – en daarbij een betrekkelijk grote vrijheid heeft om de reactie op overtreding van de voorwaarden te bepalen (art. 14f en 14g Sr). De competente rechter is hetzij de oorspronkelijke rechter, hetzij de rechter die kennisneemt van een nieuw strafbaar feit dat tot een vordering tenuitvoerlegging leidt. Bij de executie van een vrijheidsbenemende sanctie is incidenteel inschakeling van een rechter voorzien,⁷⁶ maar overigens wordt hier erg veel aan de administratie overgelaten. Competent is meestal de oorspronkelijke rechter, bij de TBS gespecificeerd tot de oorspronkelijke rechter in eerste aanleg.

Levert dit een consistent beeld voor latere rechterlijke bemoeienis op? Dat lijkt mij niet echt het geval. Zou de maatstaf voor rechterlijke bemoeienis niet meer kunnen worden gezocht in de zwaarte van wat op het spel staat (zoals een vrijheidsstraf van een zeker gewicht, vermogenssancties boven een bepaald bedrag)? Daarbij zou een evenwichtige hoofdlijn kunnen worden gevormd door het model waarbij de beslissing over de tenuitvoerlegging van een vervangende of voorwaardelijk opgelegde sanctie aan het OM wordt opgedragen met de mogelijkheid voor de veroordeelde om daartegen in ieder geval van zaken van enig gewicht op te komen met een bezwaarschrift bij de rechter die de oorspronkelijke straf heeft opgelegd. Een dergelijk idee heeft gevolgen voor de huidige regeling van de tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke veroordeling en voor de wat langer durende vervangende hechtenis.

Meer in het algemeen is een thema voor de executie in hoeverre en op welke manier nieuwe omstandigheden aanleiding kunnen geven tot een aanpassing van de oorspronkelijke sanctietoemeting ten gunste van de veroordeelde. Gratie is vanouds de algemene procedure die mede hiervoor is ontworpen. De administratie beslist daarbij over een qua hoogte, modaliteit of sanctiesoort mildere tenuitvoerlegging, maar het rechterlijk advies (van de instantie die de veroordeling heeft uitgesproken) heeft een belangrijke plaats, zo werd in de toelichting bij de Gratiwet benadrukt en zo lijkt ook inderdaad de praktijk te zijn. Dat de rechter slechts adviseert, is vooral aanvaardbaar zolang gratie

76. Zoals in art. 562 Sv bij een na de beslissing maar voor de executie opgekomen ziekelijke stoornis van de geestvermogens, terwijl de TBS verlenging door de rechter vergt.

voor de verwerking van nieuwe omstandigheden (die zich overigens vrij frequent voordoen) is bedoeld.

Deze centrale positie voor de gratie (en daarmee de verhouding die als uitgangspunt geldt tussen zittingsrechter en administratie bij de executie) is in 1976 bevestigd toen art. 574-oud Sv werd afgeschaft. Volgens dat artikel kon onder omstandigheden een verzoekschrift tot vermindering van een geldboete worden ingediend bij de zittingsrechter vanwege een belangrijke verandering in 'de geldelijke omstandigheden van de veroordeelde'. Deze 'dode letter' werd niet gereanimeerd zoals de Commissie Vermogensstraffen had voorgesteld, maar afgeschaft, omdat de gratie bij dit thema voorop moest staan én voldoende werd bevonden en omdat het anders in de rede zou liggen deze voorziening tot andere (in het bijzonder de vrijheidsbenemende) sancties uit te breiden.⁷⁷ Ik vind dit een goed uitgangspunt dat voor het huidige stelsel de vraag oproept of het voldoende consistent is uitgewerkt. Zo lijkt het mij nodig gratie van alle strafrechtelijke sancties mogelijk te maken.⁷⁸ Bovendien kan de op art. 574-oud lijkende voorziening in art. 577b Sv over de ontneming in mijn ogen beter worden afgebouwd – en niet worden uitgebouwd zoals de wetgever wil.⁷⁹ Problemen moeten niet naar de executiefase worden verschoven en in het algemeen heeft de rechter geen grote rol tijdens de tenuitvoerlegging.

De vervangende hechtenis kwam als executiethema al diverse malen kort aan bod. Bij de niet-vrijheidsbenemende sancties heeft deze hechtenis een belangrijke plaats als stok achter de deur. Daarmee wordt voor het hele strafrechtelijke sanctiestelsel de positie van vrijheidsbeneming benadrukt. Wat mij betreft gebeurt dat in een mate die vragen oproept: waarom zou bij de taakstraf niet een vervangende vermogenssanctie kunnen dreigen en bij vermogenssancties een vervangende

77. Kamerstukken II 1973/74, 13 386, nr. 3, p. 15, 16.

78. Dat is nu in het bijzonder bij de schadevergoedingsmaatregel niet het geval (art. 558 lid 3 en 560a lid 3 Sv). Ook de uitsluiting van boetes tot maximaal € 225 uit art. 558 lid 1 Sv zou wellicht nog eens moeten heroverwogen, gelet op de daaraan gekoppelde vervangende hechtenis en op de nadien ingeperkte mogelijkheden van appel en cassatieberoep in zulke zaken.

79. In wetsontwerp 28 079 wordt voorgesteld om het vereiste te schrappen dat een vermindering of kwijtschelding op een novum moet berusten. De regeling kan m.i. echter beter in de gratie worden verwerkt (die biedt ook voldoende rechterlijke controle) en in goede voorzieningen in de ontnemingswetgeving over draagkracht en vervangende hechtenis; de regeling is nu wel erg gunstig voor de betrokkene (kan meermalen worden aangewend, zelfs na executie ontnemingsbeslissing), vgl. B.F. Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht*, Deventer 1999, p. 344-346.

taakstraf?⁸⁰ Dat kan goed passen bij de in de vorige paragraaf besproken zeer betrekkelijke rangorde van de straffen en het onvergelykbare gewicht van verschillende sancties voor verschillende personen.

Ook overigens is de positie van de vervangende hechtenis naar geldend recht niet onproblematisch. Zo heeft de rechter een verplichting om vervangende hechtenis op te leggen, en dat leidt tot een vrij automatische, lineaire bepaling van de duur van de vervangende vrijheidsbeneming.⁸¹ Dat stemt slecht overeen met het uitgangspunt van straf-toematingsvrijheid en met de aandacht die het opleggen van een principaal vrijheidsbenemende sanctie van de rechter krijgt. De regeling verschilt bovendien soms opmerkelijk. Zo heeft het ondergaan van vervangende hechtenis geen invloed op de schadevergoedingsmaatregel (art. 36f lid 6 Sr). En partiële voldoening van een ontnemingsmaatregel heeft geen consequenties voor de duur van de vervangende hechtenis (art. 24d lid 2 Sr). Moet het strafrechtelijke karakter van deze maatregelen niet met zich meebrengen dat de vervangende hechtenis gewoon wordt verwerkt?

De vervangende hechtenis bij de ontneming kan maximaal zes jaar beslaan (art. 24d lid 1 Sr). Daarom noemt de Hoge Raad de vervangende hechtenis bij de ontneming ook een straf in de zin van art. 359 lid 7 Sv,⁸² maar dat geldt in mijn ogen steeds voor de vervangende hechtenis. Het maximum voor de ontneming steekt erg schril af bij het algemene maximum van één jaar.⁸³ Moeten beide maxima niet naar elkaar toegroeien?⁸⁴ Ook dan blijft de vraag bestaan hoe een straf ter vervanging van een maatregel kan worden gefundeerd.⁸⁵ In het aan-

80. Zo ook A.M. van Kalmthout, *Si non solvit in opere*, Nijmegen 2001, p. 886 en 893, 894.

81. Vgl. Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 4 en 5 op art. 24c. Maar het is moeilijk bevredigend te noemen dat iemand met veel geld en weinig tijd niet alleen een hoge boete maar ook een langdurige vervangende hechtenis opgelegd krijgt (vergelijkbare vragen kunnen rijzen bij iemand met weinig geld en veel tijd). De huidige omrekenmaatstaven bij de geldboete en de taakstraf (€ 25 of 2 uur is maximaal 1 dag) lijken weinig adequaat. Bovendien wordt zo de betrekkelijk ongeregelde positie van de rechtspersoon weer benadrukt (vervangende hechtenis komt dan immers niet 'in aanmerking').

82. HR 18 juni 1996, NJ 1996, 735.

83. Art. 24c resp. art. 60 sub 3 en 62 lid 2 Sr dat om voor mij onbekende redenen ook bij meerdaadse samenloop geldt.

84. Dat de ontneming boven de hoogste geldboetecategorie kan uitkomen, lijkt mij niet doorslaggevend. En moet de v.i.-regeling niet van toepassing worden (nu is dat expliciet uitgesloten door art. 15 lid 5 en 24c Sr)?

85. Vgl. HR 6 juni 1995, NJ 1995, 645: 'het verschil in rechtskarakter tussen de straf van geldboete en de maatregel van ontneming biedt een objectieve en redelijke rechtvaardiging' voor de bijzondere regeling van de vervangende hechtenis bij de ontneming.

hangige wetsontwerp tot aanpassing van de ontnemingswetgeving wordt voorgesteld om een eventuele, achteraf op te leggen lijfswang van maximaal drie jaar in te voeren.⁸⁶ Dat instrument zou dan op zijn minst ook moeten worden ingevoerd bij de schadevergoedingsmaatregel. Maar een strafrechtelijke regeling van een vervangende sanctie heeft mijn voorkeur aangezien dat spoort met het strafrechtelijke karakter van deze sancties.

2. Straf en maatregel

2.1. Een problematisch en niet-functioneel onderscheid?

In het huidige sanctiestelsel wordt systematisch onderscheid gemaakt tussen straffen en maatregelen. Dit zogenaamde twee sporenstelsel is in de loop van de vorige eeuw pregnanter geworden en heeft zeker het afgelopen decennium aan belang gewonnen door de uitbreiding van het aantal strafrechtelijke maatregelen. In 1990 was de rechtsontwikkeling volgens Minister van Justitie Hirsch Ballin zodanig gevorderd dat een 'wezenlijk onderscheid in rechtskarakter' tussen beide typen sancties aannemelijk was.⁸⁷ Misschien speelt bij die ontwikkeling wel een rol dat, wanneer een onderscheid eenmaal is ingevoerd, sancties moeten worden ingedeeld, hetgeen kan leiden tot het zoeken naar onderscheidende criteria en wezenlijke verschillen.⁸⁸ Dat lijkt ook hier het geval te zijn, want historisch gezien is van een duidelijk gefundeerd onderscheid geen sprake.

Als belangrijkste verschilpunten tussen straf en maatregel worden doorgaans genoemd dat de straf intentionele leedtoevoeging inhoudt, terwijl dit intentionele aspect bij de maatregel ontbreekt en een maatregel soms evenmin als toegevoegd leed wordt gezien in vergelijking met bijvoorbeeld al bestaande civielrechtelijke verplichtingen tot schadevergoeding. De straf wordt sterk verbonden met het strafbare

86. Kamerstukken II 2001/02, 28 079.

87. Memorie van Toelichting bij de ontnemingswetgeving, Kamerstukken II 1989/90, 21 504, nr. 3, p. 8. Over het onderscheid uitgebreid D. van der Landen, *Straf en maatregel*, Arnhem 1992.

88. Ter verdediging van de SOV stelde Minister van Justitie Korthals bijv.: 'Bij een maatregel is de verhouding van ernst van het feit en ernst van de strafrechtelijke reactie van de zijde van de overheid daarop een andere dan bij een straf. Die verhouding ligt bij een maatregel anders omdat een maatregel niet op vergelding is gericht, maar het oog heeft op beveiliging van de maatschappij, herstel in de oude toestand of behandeling van de justitiabele' (Kamerstukken I 1999/2000, 26 023, nr. 215b, p. 12).

feit, terwijl voor het opleggen van een maatregel het delict meer een, mogelijk toevallige, aanleiding vormt. In het verlengde hiervan ligt het uitgangspunt dat proportionaliteit moet bestaan tussen straf en aansprakelijkstelling, zeker voor het bepalen van de bovengrens, terwijl zo'n maximering veel minder geldt voor een maatregel. Tenslotte worden bij de maatregel doorgaans bepaalde sanctiedoelen geaccentueerd. Vanouds waren dat speciale preventie en beveiliging van de samenleving, tegenwoordig gaat het ook nogal eens om reparatie.

Dit dogmatische fundament heeft problematische kanten. In het vorige hoofdstuk nam ik al afstand van het begrip intentionele leedtoevoeging (paragraaf 1.3) en ging ik uit van een vloeiende overgang tussen en combineerbaarheid van straf- en maatregeldoelen, zodat in wezen beter over sanctiedoelen kan worden gesproken (paragraaf 1.4). Verschillende sancties uit beide categorieën vertonen inderdaad raakvlakken en overlappingen (de TBS en tegenwoordig ook de SOV naast de vrijheidsstraf, de ontneming en de schadevergoedingsmaatregel naast de geldboete en de verbeurdverklaring). Bijzondere gedragsvoorwaarden in het kader van een voorwaardelijke veroordeling tot een straf kunnen bovendien sterk aan maatregelen doen denken; er wordt dan wel over een derde spoor gesproken, maar het is misschien beter om te constateren dat het wettelijk stelsel zelf door de bijzondere voorwaarden het onderscheid tussen straf en maatregel in belangrijke mate relativeert. Ook bijkomende straffen lijken soms op maatregelen, bijvoorbeeld omdat het beveiligingsaspect kan domineren zoals bij de verbeurdverklaring van voorwerpen die aan anderen dan aan de verdachte toebehoren (art. 33a lid 2 en 3 Sr) of bij de ontzegging van de rijbevoegdheid.

Een fundamenteel aangezet onderscheid tussen straf en maatregel doet dan geforceerd aan. Het relativeren van het Nederlandse onderscheid tussen straf en maatregel past ook bij de Straatsburgse rechtspraak waarin sancties tamelijk objectief op hun wezenlijke punitiviteit worden beoordeeld en bij het faciliteren van internationale samenwerking omdat het onderscheid in andere landen doorgaans niet bestaat. Overkoepelende onderwerpen als vervangende hechtenis (hoe kan zo'n vrijheidsstraf worden gerechtvaardigd bij het niet voldoen aan een maatregel?) en gratie (maatregelen hebben een eigen regeling) zijn nu soms moeilijk te plaatsen en het onderscheid is voor de justitiabele vermoedelijk niet te begrijpen, terwijl het tot een ingewikkeld sanctiestelsel leidt.

Misschien is nog belangrijker dat het onderscheid tegenwoordig vooral instrumentalistisch lijkt te worden gebruikt om vergaande constructies te rechtvaardigen, zoals het buiten de deur houden van het draag-

krachtbeginsel, van de proportionele vergelding als bovengrens of van een duidelijk verband tussen bewezenverklaard feit en daarop gegronde sanctie.⁸⁹ Dan rijst op zijn minst de vraag of dergelijke ingrepen niet veel meer op eigen merites moeten worden beoordeeld. De ontneming en de SOV geven recente voorbeelden van zulke constructies die door de wetgever vooral worden gerechtvaardigd door het maatregelkarakter, terwijl dit aspect al vanouds een rol speelt rond maximering van de TBS.

In het kader van dit preadvies wil ik bovendien onderzoeken in hoeverre het onderscheid functioneel is. Levert aanvaarding en doorvoering van het onderscheid per saldo een beter sanctiestelsel op dan wanneer geen onderscheid in soorten sancties zou worden gehanteerd? Is het onderscheid hinderlijk bij de meest gewenste vormgeving van sancties? Zijn problemen in de toepassing van de huidige maatregelen wellicht te verhelpen door het onderscheid ter discussie te stellen? Omdat de straffen (vrijheidsstraf, taakstraf, geldboete en verbeurdverklaring) in het algemeen hecht verankerd lijken, staan bij deze invalshoek vooral de maatregelen ter discussie. Kunnen die niet beter als straf worden vormgegeven? Daarbij kan bovendien als tweede vraag onder ogen worden gezien wat het zelfstandig bestaansrecht van de verschillende maatregelen is en of integratie met bestaande straffen wenselijk kan zijn. Wat voegen de TBS en de SOV bijvoorbeeld toe aan de vrijheidsstraf en valt dat wel positief te waarderen? Zouden de doelstellingen van ontneming en schadevergoeding ook en wellicht beter kunnen worden gerealiseerd met de geldboete en de verbeurdverklaring? Dergelijke vragen behoeven beantwoording wanneer de functionele waarde van het onderscheid tussen straf en maatregel wordt onderzocht.

2.2. De Terbeschikkingstelling

Wanneer het onderscheid tussen straf en maatregel ter discussie wordt gesteld en de (dys)functionaliteit daarvan wordt onderzocht, staat de TBS als eerste in de schijnwerpers. Discussie over het bestaansrecht van deze maatregel is immers al heel regelmatig opgelaaid, ook in NJV-verband, en dat duidt niet alleen op de complexe problematiek waarop de sanctie een antwoord probeert te vinden, maar ook op een weinig hechte grondslag.

TBS met verpleging – de belangrijkste vorm – is in de wettelijke re-

89. Dat is kennelijk niet alleen een strafrechtelijk gebruik, vgl. C.L.G.F.H. Albers, Etikettenschwindel in het administratieve sanctierecht?, NJB 2001, p. 1157-1162.

geling meer naar de gevangenisstraf toegegroeid, doordat TBS slechts bij zwaardere misdrijven mogelijk is en maximering belangrijker is geworden. Proportionele vergelding, die als kenmerkend voor straffen wordt gezien, ligt daardoor mede aan de TBS ten grondslag (maar is nog niet bepalend omdat de TBS juridisch en feitelijk onbeperkt kan duren). Ook in de tenuitvoerlegging zijn vrijheidsstraf en TBS veel dichter bij elkaar gekomen.⁹⁰ Deze ontwikkelingen reduceren de toegevoegde waarde van de maatregel voor het sanctiestelsel.

Daarbij komt dat de TBS onmiskenbaar moeizaam functioneert. Wat zijn de kernproblemen volgens de – vele – gremia die zich in het recente verleden over de maatregel hebben gebogen? Er is in ieder geval een dringend capaciteitsprobleem hetgeen tot de zogenaamde passanten-problematiek leidt. Daarmee hangt samen dat de kosten van tenuitvoerlegging – vergeleken met de vrijheidsstraf of opname in een psychiatrisch ziekenhuis – schrikbarend hoog zijn.⁹¹ Daarnaast bestaat meer inhoudelijk gezien zorg over het gebrek aan succes van de verpleging van sommige veroordeelden, vooral vanwege slechte behandelbaarheid en/of gebrek aan motivatie. Dat punt wordt klemmender bij schaarse capaciteit, terwijl tegelijkertijd vanwege het niet doorslaggevende succes van de maatregel het capaciteitsprobleem wordt versterkt doordat de maatregel lang duurt.

Ten aanzien van onbehandelbaren is het beleid ontwikkeld dat behandeling wordt gestaakt en dat zij worden geplaatst in een 'long stay'-afdeling. Het gebruik van een Engelse term voor zo'n eenvoudig begrip maakt wantrouwend; wat is eigenlijk de strafrechtelijke grondslag voor zo'n 'langdurig verblijf' waarbij de pretentie van behandeling door de wens tot beveiliging is vervangen? Het verschil met een vrijheidsstraf wordt dan sterk verminderd, terwijl de maximering ervan pijnlijk wordt gemist. Dat in ambtelijke zin in dit verband wordt gesproken over 'chronische TBS-patiënten'⁹², is veelzeggend en zorgelijk: chronisch duidt niet op maximering, patiënt is geen strafrech-

90. Vgl. P.C. Vogter, *Behandelen in de gevangenis*, Deventer 1999, p. 24: 'van de buitenkant is het in een aantal gevallen moeilijk te zien of er gevangenisstraf of terbeschikkingstelling wordt tenuitvoergelegd.'

91. Vgl. Veilig en wel, *Rapport van de Commissie-Kosto*, Den Haag 2001, p. 19 en 6.19 (de gemiddelde dagprijs voor een gevangenis was in 2000 325, voor langdurige opname in de GGZ 301 en voor een gesloten TBS-plaats in een rijksinrichting 984 gulden).

92. Veilig en wel, *Rapport van de Commissie-Kosto*, Den Haag 2001, p. 18. Zie ook H.J.C. van Marle, *Het concept onbehandelbaarheid in de TBS*, JV 2001, nr. 6, p. 77-95, over 'de longstay-TBS als blijvende detentie' en een longstay-afdeling die 'te vergelijken is met een verblijfsafdeling in de algemene psychiatrie, zij het meer beveiligd van aard'.

telijk begrip. Zeker wanneer wordt bepleit om dergelijk langdurig verblijf in een gevangenis ten uitvoer te leggen, ligt verdergaande integratie van TBS en gevangenisstraf in de rede.

Bovendien blijven de zeker tegenwoordig regelmatig opgelegde combinaties van vrijheidsstraf en TBS moeilijk te aanvaarden, vooral door de lange duur van de vrijheidsstraf. Men kan het in de executievolgorde van zulke veroordelingen moeilijk goed doen.⁹³ Door het opleggen van een lange vrijheidsstraf aan iemand die kennelijk dringend behandeling behoeft, wordt onduidelijk wat de eigen betekenis van TBS is.⁹⁴ In feite dreigt door dergelijke gecombineerde sanctietoemeting het wettelijke strafmaximum voor de tijdelijke vrijheidsstraf te worden overschreden en het is de vraag of daarvoor voldoende fundament bestaat.⁹⁵ Het kan in ieder geval daadwerkelijk om erg langdurige vrijheidsbenamingen gaan wanneer men zich realiseert dat de gemiddelde TBS-maatregel vijf en een half jaar duurt.⁹⁶ Dat komt immers overeen met een vrijheidsstraf van minstens acht jaar.⁹⁷

Ook de materieelrechtelijke regeling van de huidige TBS roept vragen op. De in dit verband gebezigde psychiatrische term on- of verminderde toerekeningsvatbaarheid is juridisch gezien niet zonder meer bruikbaar. Zo behoeft ontoerekeningsvatbaarheid zeker niet automatisch tot ontoerekenbaarheid te leiden, bijvoorbeeld omdat de stoornis geen doorslaggevend verband op het delict uitoefende of omdat eigen schuld van de gestoorde (zoals drugsgebruik) de juridische consequenties van de stoornis relativeert. Voor TBS wordt in art. 37a lid 1 Sr een stoornis 'tijdens het begaan van het strafbare feit' vereist. Het is de vraag of niet een sterker causaal verband tussen stoornis en strafbaar feit moet worden gevraagd. En ligt het gelet op het doel van de maatregel niet voor de hand om *mede* als relevant tijdstip voor de

93. Daarover nader het rapport van de Commissie-Fokkens, Sancties op maat, Den Haag 1993, het nadien gewijzigde art. 13 Sr, de daarop gebaseerde nadere regelgeving en art. 37b lid 2 Sr. Gelijktijdige executie verdient vermoedelijk nog het meest de voorkeur (en is tegenwoordig ook gewoner), maar dan kan wellicht beter aan echte integratie worden gedacht.

94. Vgl. ook de 'geïntegreerde' regel in art. 15a lid 1 sub a Sr.

95. Deze veroordelingen geven aan dat ook in de praktijk bij proportionele vergelding niet de 'mate van verwijtbaarheid' maar de ernst van het feit (mede bepaald door subjectieve bestanddelen) de doorslag geeft, vgl. paragraaf 1.4.

96. Waarbij de long stay-patiënten – welk predikaat pas na zes jaar tevergeefse behandeling in beeld komt – nog niet eens zijn meegeteld: Veilig en wel, Rapport van de Commissie Kosto, Den Haag 2001, p. 18, 45 en 6.12, 6.13.

97. Men moet daarbij immers niet alleen met de v.i. rekening houden, maar ook met het gegeven dat van de TBS de in voorlopige hechtenis doorgebrachte tijd niet wordt afgetrokken.

berechting te kiezen? Dat zou aansluiten bij het criterium dat de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen verpleging moet eisen (art. 37b lid 1 en 38c-e Sr).

Toerekeningsvatbaarheid en gestoordheid zijn graduele begrippen. En wanneer een redelijke vooronderstelling is dat verreweg de meeste plegers van ernstige delicten wel enige stoornis hebben die in psychiatrische zin de toerekeningsvatbaarheid vermindert, hoe zinnig is het dan om bij een selectief gedeelte van hen in het kader van de sanctie-oplegging daarnaar onderzoek te doen en aan behandeling te denken? Of TBS in een bepaald geval in beeld komt, hangt immers mede van 'toevallige factoren' af, bijvoorbeeld of er gerapporteerd is en door wie dat is gedaan⁹⁸ en, in verhouding met de GGZ, of er een delict is gepleegd.⁹⁹ Het is ook vrij cynisch dat om doelmatigheidsredenen is gekozen voor een aparte benadering van vreemdelingen die na detentie moeten worden uitgezet. Het OM vordert tegen hen in beginsel geen TBS, met als mogelijk gevolg dat vrijheidsbeneming dan wel wordt gemaximeerd door de opgelegde vrijheidsstraf.¹⁰⁰

Het bestaansrecht en functioneren van de TBS kunnen ook worden gezien vanuit de invalshoek naar mogelijke voor- en nadelen van integratie van de TBS in de vrijheidsstraf. Het wettelijk stelsel kan dan aanzienlijk worden verhelderd en vereenvoudigd. Een paar technische problemen in de huidige wetgeving verdwijnen.¹⁰¹ Ook de verlenging kan in mijn ogen beter worden vervangen door beloning in de executie.

98. P.C. Vegter, *Behandelen in de gevangenis*, Deventer 1999, p. 22.

99. J.R. Niemantsverdriet, *De TBS afschaffen?*, in: *Dynamisch strafrecht* (Corstens-bundel), Arnhem 1995, p. 290, meent dat de ziektebeelden van TBS-ers en gedwongen opgenomen patiënten niet wezenlijk van elkaar verschillen en spreekt over 'een procedureel vereiste'.

100. Aanwijzing TBS bij vreemdelingen van 5 september 2000. Vanwege taal- en cultuurproblemen en vanwege het vooruitzicht van uitzetting verloopt hun behandeling veelal moeizaam en dreigt vanwege die reden long stay; 'dit is zeer onwenselijk gezien de hoge kosten en de schaarse behandelcapaciteit'. Dit beleid spoorde slecht met IIR 16 januari 1987, NJ 1987, 405 m.nt. ThWvV (het resocialisatiestreven beperkt zich niet tot de Nederlandse samenleving) en met de bejegening die wij Nederlanders in buitenlandse detentie toewensen en roept ook de vraag op wat men met ontoeroekenbare illegalen wil doen.

101. Is bijv. het criterium 'misdrijf dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaanstastbaarheid van het lichaam' (art. 38e Sr jo 359 lid 8 Sv) adequaat en uit een oogpunt van legaliteit aanvaardbaar en wordt er nu een overtuigende opsomming gegeven in art. 37a lid 1 sub 1 Sr van delicten waarvoor TBS mogelijk is – waarom bijv. bedreiging en insubordinatie ter zee wel en stalking (art. 285b) niet, en wat maakt de soft drugs-delicten zo bijzonder dat zij een aparte vermelding kregen?

De verlenging is nu niet alleen complex, maar vraagt daarnaast veel tijd van alle instanties die daarbij betrokken zijn. Bovendien wordt wel gewezen op de slechte invloed op het behandelingsklimaat van de verlengingsprocedure die met voor- en eventuele nasleep bijna steeds voor onrust zorgt.¹⁰² Er kan bij integratie een inzichtelijke, conform de hoofdlijnen van het sanctiestelsel opgebouwde afbakening ontstaan tussen de taak van de (zittings-)rechter om de maximumvrijheidsbepaling te bepalen, en de verantwoordelijken voor de executie. Wanneer tijdens de strafexecutie de stoornis wordt verholpen (of beheersbaar gemaakt), lijkt mij dat niet fundamenteel te verschillen van andere aspecten die na de zitting substantieel veranderen (afgekickt, bijgeschoold, gezin of werk gekregen). Op zulke nova wordt doorgaans positief gereageerd via de gekikte instrumenten als wijzigingen in de executie (ander regime, verlof) of gratie, en ik zie niet in waarom dat bij ontwikkelingen in een geestelijke stoornis wezenlijk anders moet liggen.

Bij integratie zou het passantenprobleem in ieder geval in formele zin zijn opgelost, en datzelfde geldt voor de 'uitstroomproblematiek'. Er zou meer rechtsgelijkheid ontstaan tussen hen die wel of niet zijn onderzocht. Integratie zou bovendien goed aansluiten bij ontwikkelingen in de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf. Vegter heeft mijns inziens terecht betoogd dat de gedetineerde recht heeft op een zekere zorg en dat daar veel behoefte aan bestaat. 'Zorgzame detentie' is per saldo ook doelmatig, omdat aandacht daarvoor heel goed past bij verschillende strafdoelen, in het bijzonder bij speciale preventie, resocialisatie en beveiliging.¹⁰³ Bij dit uitgangspunt verliest de tegenwerping aan gewicht dat gestoorden niet in de (gewone) gevangenis thuishoren, daargelaten dat zo'n uitgangspunt ook in het huidige stelsel niet wordt nageleefd en door een goede indeling in regimes kan worden rechtgedaan.

Er zijn bovendien verschillende soorten verpleging denkbaar, zeker niet elke behandeling vergt een full-time beschikbaarheid gedurende lange tijd. De TBS oogt in dit opzicht erg statisch, en een betere en meer flexibele verdeling van schaarse middelen lijkt mij binnen de

102. Th.W. van Veen, Is voor de behandeling nog terbeschikkingstelling noodzakelijk?, Sancties 1991, p. 151.

103. P.C. Vegter, Behandelen in de gevangenis, Deventer 1999; in deze zin ook de parlementaire gedachtewisseling over dit thema in o.m. Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 75, en 2000/01, 27 400 VI, nr. 39, en de nota *Sancties in perspectief*, Den Haag 2000, p. 30. De complexiteit van dit thema wordt overigens wel benadrukt door H.A. de Jonge en A.W. Knol, Motie 22: de oplossing en het probleem: over behandelen in de penitentiaire inrichting, Sancties 2001, p. 275-289.

executie van de vrijheidsstraf goed mogelijk. Dan kan samenhangend worden onderzocht wie in welke vorm en hoe lang moet worden behandeld; ook de vreemdeling en de niet-gemotiveerde, oude of slecht te behandelen gedetineerde kunnen daarbij hun plaats krijgen. Door integratie kan de schaarse zorgcapaciteit beter worden verdeeld over alle gedetineerden.

Of een en ander tot 'behandelgevangenissen' moet leiden of op een andere, meer flexibele manier moet worden uitgewerkt, is een vraag die nu niet hoeft te worden beantwoord. In regimes kunnen in ieder geval al dan niet in tijdelijke vorm veel onderscheidingen worden aangebracht. Aan de beveiliging die bij de TBS zo vooropstaat, kan door zulke differentiatie eveneens goed aandacht worden besteed. Gelet op het bovenstaande zie ik ook niet direct voordelen van een 'behandelstraf' naast een vrijheidsstraf.

Integratie zou in een belangrijk opzicht duidelijker voor de verdachte zijn: hij kent dan na de berechting de maximumduur van zijn vrijheidsbeneming ten gevolge van een door hem begaan strafbaar feit. Op zulke duidelijkheid heeft hij in mijn ogen ook recht. Feitelijk kan integratie tot gevolg hebben dat verdachten meer meewerken aan onderzoek (omdat de dreiging van TBS ontbreekt), ook al staat daar tegenover dat de behandeling vrijblijvender kan worden.

Zijn er specifieke bezwaren tegen integratie van de TBS in de vrijheidsstraf?¹⁰⁴ Dat de Nederlandse TBS uniek is in de wereld, laat ik buiten beschouwing; dat hoeft immers vanuit hedendaags perspectief niet als een aanbeveling te worden beschouwd. Belangrijker kan zijn dat een strafverhogend effect wordt gevreesd doordat ter beveiliging te zwaar zou worden gestraft, maar dit lijkt mij uiteindelijk niet steekhoudend. Een straftoematingsregel 'straf naar de mate van verwijtbaarheid' is in de eerste plaats geldend noch wenselijk recht (zie nader paragraaf 1.4). Een dergelijke vrees lijkt ook feitelijk niet sterk omdat in ieder geval bij de huidige toepassing de gemiddelde TBS zo lang duurt (vijf en half jaar bij behandelbare veroordeelden) dat een vrijheidsstraf niet snel zwaarder zal uitpakken. Bovendien kan in de executie van de vrijheidsstraf een verbetering in de stoornis adequaat worden beloond, zeker wanneer de reguliere gezondheidszorg een goed en betrouwbaar vervolg biedt.

Een bezwaar van afschaffing van de TBS is misschien eerder dat per saldo een strafverlagend effect te verwachten valt, dat de feitelijke vrijheidsbeneming van TBS-kandidaten korter wordt en dat dus het

104. Daarover bijv. J.H. Hubben, TBS en rechtsbescherming, in: Sanctietoepassing: een nieuwe ordening (Veringa-bundel), Arnhem 1991, p. 71-79.

beveiligingsdoel minder wordt gediend. Dat is een bezwaar dat in mijn ogen in zoverre moet worden aanvaard dat voor een langere vrijheidsbeneming doorgaans een strafrechtelijk fundament ontbreekt waar strafmaxima en proportionele vergelding juridische bovengrenzen stellen. Opmerking verdient dat er tegenwoordig meer aandacht bestaat voor een zeker toezicht na afloop van de vrijheidsbeneming. Wanneer er daarnaast maatschappelijk gezien behoefte bestaat aan 'long stay' van gevaarlijke, onbehandelbare mensen, dan moet de grondslag daarvoor worden gevonden in de geestelijke volksgezondheidszorg. De beoordeling van de noodzaak van voortdurend verblijf in een inrichting kan ook beter na ommekomst van de vrijheidsstraf worden bezien. De strafrechter heeft daarbij, mede gelet op het tijdsverloop na het feit en de zitting, niet direct een functie.

Wanneer afschaffing van de TBS feitelijk tot minder zorg voor gestoorde delinquenten zou leiden, zou een strafverhardend effect in de executie ontstaan. Dit is een bezwaar dat vaak wordt genoemd: er zou in de executiefase veel goeds aan voorzieningen en aansluiting met de geestelijke volksgezondheid verloren gaan. Maar zo'n effect is zeker niet per definitie aan afschaffing verbonden en wordt door mij allerm minst beoogd. Dergelijke verworvenheden moeten juist worden geïntegreerd in de executie van de vrijheidsstraf, zodat ze flexibeler kunnen worden ingezet waardoor meer gedetineerden ervan kunnen profiteren. Een andere randvoorwaarde voor integratie van de TBS in de vrijheidsstraf is dat de geestelijke gezondheidszorg goed functioneert, omdat bijvoorbeeld beslist moet worden vermeden dat een ontoerekenbare verdachte toch ter beveiliging wordt gestraft of dat te zwaar wordt gestraft omdat de rechterlijke macht te weinig vertrouwen in de gezondheidszorg heeft. Aan deze randvoorwaarde lijkt nog niet te zijn voldaan.

Het ging in het bovenstaande over de TBS met verpleging, maar over de andere vormen van TBS kunnen vergelijkbare opmerkingen worden gemaakt. Is het onderscheid tussen TBS met voorwaarden of een voorwaardelijk beëindigde TBS (art. 38-38c resp. 38g-k Sr) enerzijds en een voorwaardelijke vrijheidsstraf met vergelijkbare voorwaarden dan wel een penitentiair programma anderzijds niet zo vloeiend dat integratie met de vrijheidsstraf en voorzieningen in de geestelijke volksgezondheidszorg in de rede ligt? Voor verdachten die worden ontslagen van alle rechtsvervolging wegens ontoerekenbaarheid, speelt de TBS feitelijk gezien geen grote rol. Voor hen lijkt stelselmatig gezien de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis op grond van de Wet-BOPZ adequaat, zeker wanneer die beslissing door de strafrechter ook mag volgen na een vrijspraak die er specifiek verband mee

houdt dat de stoornis aan het bewijs van opzet of culpa in de weg staat.¹⁰⁵

Het bovenstaande overziend kom ik tot de slotsom dat de TBS uiteindelijk als aparte sanctie beter kan worden afgeschaft. De commissie-Kosto heeft in 2001 in haar rapport *Veilig en wel* geadviseerd over de tenuitvoerlegging van de TBS (de maatregel zelf mocht niet ter discussie worden gesteld) en geconcludeerd dat de TBS-klinieken in de GGZ moeten worden geïntegreerd.¹⁰⁶ Kan men echter niet beter de TBS zelf laten opgaan in de zorgzame vrijheidsstraf enerzijds en goed functionerende voorzieningen in de GGZ anderzijds? De voordelen daarvan overtreffen mijns inziens de nadelen, enkele thans bestaande problemen bij dit gecompliceerde thema krijgen naar ik hoop relatief gezien een betere oplossing en zo'n ingreep komt het sanctiestelsel als geheel ten goede. Een stoornis wordt in het door mij beoogde stelsel 'gewoon' van mogelijk belang voor de strafoplegging, voor de persoon van de dader als één van de strafbepalende factoren. Ook de beveiliging van de samenleving en de speciale preventie kunnen er door worden ingekleurd, maar daarbij is de stand van zaken tijdens de berechting eigenlijk van meer belang dan dat de stoornis bestond ten tijde van het strafbare feit. Mijn voorstel is bepaald niet nieuw,¹⁰⁷ maar de ontwikkelingen in de praktijk versterken eerdere pleidooien aanzienlijk.

Ook vanuit de specifieke maatregel TBS bezien bestaat er derhalve al met al geen ondersteuning – integendeel eigenlijk – voor het behoud van het algemene onderscheid tussen straf en maatregel.

2.3. De Strafrechtelijke Opvang van Verslaafden (SOV)

Niet alleen een geestelijke stoornis kan tegenwoordig tot een vrijheidsbenemende strafrechtelijke maatregel leiden, sinds 1 april 2001 is het ook mogelijk om aan een recidiverende drugsverslaafde onder vrij sterk begrenzend omstandigheden voor de duur van maximaal twee jaar de maatregel plaatsing in een inrichting voor de

105. Dat is nu omstrede, daarover E.J. Hofstee, aant. 4c op art. 37 in *Tekst en Commentaar Strafrecht*.

106. Het kabinet ondersteunt dat voorzichtig, waarbij wordt gekozen 'voor de weg van de geleidelijkheid via de intensivering van de samenwerking tussen de TBS-inrichtingen en de GGZ-instellingen' (Kamerstukken II 2001/02, 24 587, nr. 75, p. 5).

107. Zie bijv. Th.W. van Veen, *De TBS onder het vergrootglas*, DD 1992, p. 543-558, en D. van der Landen, *Straf en maatregel*, Arnhem 1992, p. 450-455.

opvang van verslaafden op te leggen. Deze SOV is een tamelijk gefixeerde sanctie waarbij aan de veroordeelde diverse programma's worden aangeboden. De executie van de maatregel zou in drie fasen moeten verlopen, waarbij vrijheidsbeneming steeds minder op de voorgrond staat.

De maatregel houdt onmiskenbaar verband met een herkenbaar maatschappelijk probleem. De rechtvaardiging van de nieuwe sanctie ligt volgens Minister van Justitie Korthals ' enerzijds in de door criminaliteit veroorzaakte ernstige maatschappelijke overlast, bestaande uit het plegen van een reeks van strafbare feiten, en anderzijds in het belang dat een drugsverslaafde een geïntegreerd zorgaanbod ontvangt, gericht op maatschappelijke (re)integratie en beëindiging van de recidive'.¹⁰⁸ In deze overweging zijn op zichzelf vertrouwde sanctiedoelen opgenomen, met een duidelijk accent op speciale preventie. De maatregel is moeizaam tot wet verheven en heeft in de literatuur veel kritiek gekregen.¹⁰⁹ Omdat er nog nauwelijks ervaring mee is opgedaan, maak ik slechts enkele stelselmatige opmerkingen.

De maatregel leidt in ieder geval tot ingewikkelde en afwijkende regelgeving en uitvoering die niet steeds goed te rechtvaardigen lijkt. Zo past de noodzaak van een vordering van het OM (art. 38m Sr) slecht bij de straftoemetingenvrijheid van de rechter.¹¹⁰ In vergelijking met de vrijheidsstraf is de nieuwe maatregel ongetwijfeld bijzonder. De begrenzing door proportionele vergelding is nadrukkelijk losgelaten met een veelvuldig beroep op de classificatie als maatregel.¹¹¹ Toch is het de vraag of dat noodzakelijk is, of dezelfde doelstelling niet ook binnen de bestaande vrijheidsstraf adequaat en proportioneel kan worden nagestreefd. Nu het OM een belangrijke sturende rol heeft gekregen doordat de maatregel alleen op zijn vordering kan worden opgelegd

108. Kamerstukken II 1997/98, 26 023, nr. 3, p. 1, 2.

109. Zie uitgesproken bijv. P.A.M. Mevis, *Vrijheidsbeneming ter bestrijding van overlast: inderdaad uniek drugbeleid*, Sancties 1996, p. 208-220.

110. Zo ook P.C. Vegter, *Een nieuwe maatregel*, in: *Diversiteit van sanctionering*, Deventer 2001, p. 62, 63. Ik noem bij wijze van andere voorbeelden art. 38n lid 2 (af trek voorlopige hechtenis niet verplicht), art. 38o lid 3 (kosten kunnen ten dele ten laste van betrokken gemeenten komen) en 38p lid 4 Sr (rechter is bij voorwaardelijke oplegging verplicht tot bepaald type voorwaarden). Bovendien kan de maatregel nauwelijks met andere sancties worden gecombineerd (daarover nader T. Kooijmans, *Strafrechtelijke opvang verslaafden*, DD 2000, p. 603-607) en is nog onduidelijk welke rol de rechter precies in de executiefase zal gaan spelen.

111. C. Kelk, *De perspectieven van de SOV*, Sancties 1999, p. 214, wijst er terecht op dat nu ook wel erg veel nadruk ligt op de zgn. 'Lebensführungsschuld'.

(zo kan de capaciteit worden gereguleerd), is niet duidelijk waarom juist bij deze groep verdachten hetzelfde OM niet zo gecoördineerd kan optreden (door diverse zaken te verzamelen en als pakket te vervolgen) dat vrijheidsbeneming van een vergelijkbare duur in beeld komt. Dat zou strafrechtelijk gezien een zuiverder wijze van afdoening kunnen opleveren.

Nu de SOV uiteindelijk op vrijwillige deelname berust omdat niet veel meer dan het ondergaan van de maatregel kan worden afgedwongen, zou ook binnen een gedifferentieerde executie van de vrijheidsstraf, al dan niet in de vorm van een penitentiaal programma, in mijn ogen in hoofdlijnen hetzelfde kunnen worden bereikt. Andere binnen het huidige sanctiestelsel bestaande mogelijkheden zijn bovendien schorsing van de voorlopige hechtenis en bijzondere voorwaarden bij een voorwaardelijke veroordeling. Zelfs de taakstraf kan in voorkomende gevallen nog een rol vervullen; vooral door de dreiging van vervangende hechtenis vertoont deze hoofdstraf immers overeenkomsten met de latere fasen van de executie van de SOV. Al met al is de zelfstandige toegevoegde waarde van de maatregel niet overtuigend. De doelstelling van de maatregel spreekt wel aan, maar dat doel kan ook worden bereikt binnen de bestaande kaders met de daarin verankerde ijkpunten en begrenzingen.

Een open vraag is nog wat er moet (en gaat) gebeuren wanneer de executie van de SOV niet succesvol is omdat de veroordeelde niet meewerkt. De Minister heeft vooropgesteld dat dan zal worden geprobeerd de veroordeelde (opnieuw) te motiveren, maar 'indien betrokkene niettemin blijft volharden in zijn weigering mee te doen aan het programma, zal de SOV op andere wijze ten uitvoer worden gelegd. Dan heeft de SOV in de vorm waarin zij dient te functioneren, inderdaad voor deze persoon geen waarde meer. Tenuitvoerlegging op andere wijze kan niet worden aangemerkt als een disproportionele vergelding van criminaliteit. Het niet slagen van de SOV kan aan een betrokkene worden toegerekend. Beëindiging van de SOV zou een al te gemakkelijke premie zijn op onbereidwillig gedrag.' Zo wordt het strafkarakter van de maatregel opmerkelijk benadrukt, niet alleen doordat nu opeens wel de maatstaf van de proportionele vergelding wordt gebezigd (maar daarbij mede als straf op niet-meewerken wordt gepresenteerd). De Minister houdt echter tegelijkertijd de mogelijkheid open dat de rechter (art. 38s) of hij zelf (art. 38u Sr) de SOV eerder beëindigt 'als de verdere tenuitvoerlegging niet langer zinvol is',¹¹² en dat lijkt niet alleen bij succes van de maatregel het geval.

112. Kamerstukken I 2000/01, 26 023, nr. 16a, p. 4 en 10.

Duidelijk zal derhalve nog moeten worden of de SOV in de kern een behandelings- of een bewaringsmaatregel is.¹¹³ Deze onduidelijkheid wijst niet op een eenduidige, hechte grondslag. De bewaring die de minister benadrukt, versterkt het strafkarakter van de sanctie en doet het onderscheid met een vrijheidsstraf vervagen. Net als bij de long stay in de TBS rijst de vraag of de strafrechtelijke grondslag voor langdurige bewaring van een onbehandelbare drugverslaafde voldoende is.

De maatregel roept bovendien de voor de hand liggende vraag op of voor andere categorieën 'problematische personen' strafrechtelijke opvang ter voorkoming van recidive niet evenzeer wenselijk is. Daarom begrijp ik op zichzelf wel het pleidooi van het Tweede Kamer-lid Niederer in een debat over de nota *Sancties in perspectief*: 'Ontrafel je die club van 9000 notoire recidivisten verder, dan stuit je behalve op verslaafden ook op minderjarigen, geweldplegers, seksueel gestoorden. Voor deze groepen zien wij graag geïntroduceerd een wettelijke mogelijkheid van een maatregel strafrechtelijke opvang. Je krijgt dan naast SOV bijvoorbeeld een SOM: strafrechtelijke opvang minderjarigen.' Minister van Justitie Korthals voegde daar – naar ik hoop en aanneem: raillerend – nog aan toe een mogelijke 'SOD, een strafmaatregel opvang dronken rijders' en een 'SOA, strafopvang allochtonen'. Hij stelde verder dat de SOV eerst moest worden geëvalueerd en was op voorhand bang voor stigmatisering en discriminatie.¹¹⁴ Het probleem van het pleidooi lijkt mij echter aanmerkelijk fundamenteeler: wat is het bereik van het strafrecht en welke beginselen begrenzen de strafrechtelijke sanctionering? Daarmee hangt de vraag samen wat de samenleving redelijkerwijs van de strafrechtspleging mag verwachten, welke maatschappelijke problemen met dat systeem kunnen worden opgelost. Strafrechtelijke opvang is immers in wezen een raar, versluisend begrip.

De geschiedenis bepaalt de toekomst niet, maar maant in dit kader toch tot voorzichtigheid. De gelijkenis dringt zich sterk op tussen de SOV en de hierboven genoemde categorieën 'problematische personen'

113. Nader over dit punt T. Kooijmans, *Strafrechtelijke opvang verslaafden*, DD 2000, p. 595-600, en P.C. Vegter, *Rechter en strafrechtelijke opvang van verslaafden*, *Sancties* 2001, p. 65-68.

114. Kamerstukken II 2000/01, 27 419, nr. 4. Vgl. ook F.W. Bleichrodt, *Ferherstel voor de rijkswerkinrichting?*, *Sancties* 1995, p. 316, die wijst op 'dak- en thuislozen, illegalen, gok- en alcoholverslaafden en psychiatrische patiënten'. Indertijd had Modderman het al over noodzakelijke opvang van 'dronkaards, idioten en somnambulen' als men aan een te ruime strafrechtelijke aanpak van krankzinnigen begon, H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel I, Haarlem 1891 (tweede druk), p. 374.

enerzijds en de vroegere sancties bewaring van beroeps- en gewoon-temisdadigers¹¹⁵ en plaatsing in een rijkswerkinrichting¹¹⁶ anderzijds. Niet voor niets zijn die sancties niet van de grond gekomen respectievelijk in onbruik geraakt en inmiddels afgeschaft, ook al blijft de gedachte aan een soort strafrechtelijke werkkampen zo aantrekkelijk dat ze met de regelmaat van de klok terugkomt – zonder overigens tot veel te leiden.¹¹⁷ Dat wijst erop dat het strafrecht kennelijk geen geschikt middel is om aan deze probleemgevallen meer te doen dan binnen het kader van de gewone sanctionering voor bewezenverklarde strafbare feiten mogelijk is – en dat is op zichzelf al vrij veel.

Op grond van het bovenstaande betwijfel ik sterk of de recente introductie van de SOV een gelukkige uitbreiding van het sanctiestelsel oplevert. Dezelfde inspanningen zouden binnen het bestaande stelsel tot een beter resultaat kunnen leiden. Of er zou aan minder ingrijpende aanpassingen van het sanctiestelsel kunnen worden gedacht, zoals veelvuldige recidive als wettelijke strafverzwarende omstandigheid bij vermogensdelicten of een bijzondere vrijheidsstraf ter behandeling van een verslaving (met een minimumduur van bijvoorbeeld zes maanden). In ieder geval bleek naar mijn mening het onderscheid tussen straf en maatregel wederom niet functioneel te werken: strafrechtelijke uitgangspunten raakten nodeloos en ten onrechte te ver buiten beeld en aan helderheid en doelmatigheid werd tekort gedaan.

2.4. De ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel

Een andere aandacht trekkende maatregel uit het afgelopen decennium is de ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel. De huidige regeling ervan dateert in hoofdzaak uit 1993, maar de maatregel had al voorlopers in het commune en economische sanctierecht. Het gaat in het kader van dit preadvies om de ontneming als strafrechtelijke sanctie. Andere aspecten van de omvangrijke wetgeving rond deze maatregel, die vooral betrekking hebben op het opsporen, onderzoeken en zeker stellen van wederrechtelijk verkregen voordeel, laat ik buiten be-

115. Art. 43bis-ter-oud Sr; een maatregel van minimaal vijf en maximaal tien jaar; nooit in werking getreden; zie over de wetsgeschiedenis D. van der Landen, *Straf en maatregel*, Arnhem 1992, p. 266-275.

116. Art. 32-oud Sr; een bijkomende straf van minimaal drie maanden en maximaal drie jaar; zie hierover bijv. W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht* (vijfde druk), Zwolle 1959, p. 366-370.

117. Vgl. Th.W. van Veen, *De rijkswerkinrichting verdwijnt*, DD 1984, p. 291-294, en F.W. Bleichrodt, *Ferherstel voor de rijkswerkinrichting?*, Sancties 1995, p. 313-317.

schouwing: ook bij een andere vormgeving van de sanctie, bijvoorbeeld als ontnemingsstraf of door integratie met de geldboete of de verbeurdverklaring, kunnen zulke elementen op zichzelf behouden blijven.

De tamelijk losse, indertijd door Minister van Justitie Hirsch Ballin gegeven aanduiding dat de ontneming 'een zeker civielrechtelijk karakter' heeft, is nog niet zo gek. Het civiele recht is vooral van belang voor de eventuele toepasbaarheid van civielrechtelijke dwangmiddelen en voor de maximering van de ontneming. Maar de ontneming is geen in essentie aan het civiele recht ontleende rechtsfiguur, zoals ongerechtvaardigde verrijking of winstafdracht bij onrechtmatig handelen.¹¹⁸ Die conclusie is belangrijk omdat daarmee het strafrechtelijk karakter van ook deze sanctie kan worden benadrukt (vgl. paragraaf 1.6). Daarom is bijvoorbeeld inzichtelijk waarom er geen plicht tot ontneming voor de strafrechter bestaat. Dat zou volgens mij overigens moeten worden doorgetrokken naar een meer algemene bevoegdheid tot gedeeltelijke ontneming, bijvoorbeeld omdat rekening wordt gehouden met de draagkracht van de veroordeelde.¹¹⁹ Die draagkracht speelt nu een vrij marginale, wat halfslachtige rol.¹²⁰ Bij een dominant strafrechtelijk karakter van de sanctie kan eveneens de vervangende hechtenis beter worden geplaatst.

De ontnemingsmaatregel is zeker niet de enige manier die binnen het sanctiestelsel bestaat om op voordeel te reageren. De manier waarop met het voordeel is omgegaan (opgesoupeerd), kan de ernst van het feit mede bepalen en bij de feitelijke onmogelijkheid van ontneming kunnen andere straffen in aanmerking komen. De geldboete kan daarnaast als 'afroombote' fungeren. Impliciet voorzien enkele bijzondere regelingen zelfs tot op zekere hoogte daarin.¹²¹ Vaak zal bij een geldboete rekening worden gehouden met het voor-

118. Daarover uitgebreid M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag 2001, p. 94-99.

119. Dan zou het bewijs over de omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel ook tot dat gedeelte beperkt kunnen en mogen worden, vgl. B.F. Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht*, Deventer 1999, p. 46, 47.

120. Vgl. bijv. HR 16 april 1996, NJ 1998, 631 m.nt. Sch (de draagkracht speelt enige rol, op een draagkrachtverweer moet worden ingegaan, maar daarbij mag de termijn voor de executieverjaring worden betrokken); de draagkracht wordt wat belangrijker in wetsontwerp 28 079, maar blijft – op zichzelf terecht – een andere positie behouden dan bij de geldboete en de verbeurdverklaring.

121. De maximale geldboete in economische strafzaken gaat met één categorie omhoog wanneer 'de waarde der goederen (...) die geheel of gedeeltelijk door middel van het economisch delict zijn verkregen hoger is dan het vierde gedeelte' van het eigenlijk geldende maximum (art. 6 lid 1 laatste volzin WED; art. 12 Opiumwet kent een vergelijkbare regeling). Volgens art. 69 lid 1 en 2 AWR mag boven →

deel.¹²² Dat voordeel bepaalt mede de ernst van het feit en kleurt in het concrete geval de waarde van strafdoelen als vergelding en preventie. Nu herstel naar hedendaags inzicht een belangrijk algemeen strafdoel is, mag dat ook bij de geldboete doorklinken. Het opleggen van een geldboete kan op zichzelf praktische ontnemingsproblemen rond bijvoorbeeld schijnconstructies over wie nu precies voordeel heeft behaald, enigszins voorkomen.¹²³

Een bezwaar tegen een afroomboete kan zijn dat waarborgen uit de ontnemingsprocedure in de knel kunnen komen, in het bijzonder rond de precieze vaststelling van het af te romen bedrag¹²⁴ en de contradictoire procedure waarin dat wordt vastgesteld. Een zo duidelijk mogelijk onderscheid tussen het gedeelte van de boete dat als gewone straf is bedoeld en het gedeelte, dat als afrooming wordt gezien, is eveneens van belang om te voorkomen dat wederrechtelijk verkregen voordeel uiteindelijk tweemaal wordt ontnomen, bijvoorbeeld door een latere ontnemingsprocedure.¹²⁵ De strafmotivering kan hier op zichzelf een belangrijke functie vervullen: een afroomboete zou als zodanig moeten worden benoemd en de omvang van het wederrechtelijk voordeel zou aannemelijk moeten worden gemaakt.

Door de samenhang tussen ontneming en boete wordt anderzijds de vraag klemmender waarom voor de boete geldende 'waarborgen' niet eveneens op de ontneming van toepassing zijn, zoals het draagkrachtbeginsel. Dat beginsel verdient hierbij wel een eigen invulling omdat het in dit verband minder om gelijkheid gaat, maar wanneer vaststaat dat iemand ten tijde van de berechting en in een redelijke termijn daarna financiële draagkracht mist om volledig terug te betalen (bijv. bij opgesoupeerd voordeel), dan moet dat in de sanctie doorwerken. Ook de uiteenlopende regeling van de vervangende hechtenis past niet goed

→ de boetecategorie worden gestraft met, 'indien dit bedrag hoger is, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting'. Ook art. 23 lid 7 en 8 Sr kan in dit verband van belang zijn: bij veroordeling van een rechtspersoon mag het strafmaximum met één categorie worden verhoogd 'indien de voor het feit bepaalde boetecategorie geen passende bestraffing toelaat'.

122. Vgl. HR 18 mei 1999, NJ 2000, 105 m.nt. Sch.

123. Vgl. HR 8 mei 2001, NJ 2001, 507 m.nt. YB over een rechtspersoon en direct daarbij betrokkenen.

124. De mogelijkheid van een geldboete mag niet worden misbruikt om naar de omvang van het voordeel een slag in de lucht te slaan; dat risico doemt toch wel enigszins op bij de werkwijze in Hof Den Bosch 15 oktober 1991, NJ 1992, 558.

125. Vgl. art. 36e lid 7 Sr welke voorziening enerzijds ten onrechte het verband met andere sancties onvermeld laat en anderzijds noodzaak en betekenis verliest wanneer het uitgangspunt van een geconcentreerde en geïntegreerde sanctiebeslissing wordt nageleefd.

bij de samenhang tussen boete en ontneming. Dat wordt naar mijn smaak niet opgelost met de stelling van de Hoge Raad dat 'het verschil in rechtskarakter tussen de straf van geldboete en de maatregel van ontneming een objectieve en redelijke rechtvaardiging biedt' voor de bijzondere vervangende hechtenis bij ontneming.¹²⁶

Ook de bijkomende straf van verbeurdverklaring kan een duidelijke samenhang met de ontnemingsmaatregel hebben.¹²⁷ In 1993 is bij de ingrijpende herziening van de ontnemingswetgeving het bereik van de verbeurdverklaring op één punt ingekrompen (niet meer mogelijk van voorwerpen die uit de baten van het strafbare feit zijn verkregen) teneinde de overlap tussen beide sancties te beperken. Het is voor mij sterk de vraag of die – ook wat willekeurige en niet trefzekere – beperking gelukkig is: waarom zou een bepaalde doelstelling slechts door één sanctie mogen worden nagestreefd en waarom zouden met diverse sancties niet meerdere doelstellingen mogen worden beoogd? Daarom kan wat mij betreft de verbeurdverklaring weer worden uitgebreid en daarmee een goed alternatief voor of zinvolle aanvulling op de ontneming vormen.¹²⁸ Vooral in kleine zaken kan dat praktisch zijn en bij inbeslaggenomen voorwerpen levert de executie nauwelijks problemen op. Ook de symbolische waarde van verbeurdverklaring is aantrekkelijk: de band met het strafbare feit wordt daarin tastbaar gemaakt en verbeurdverklaring kan heel zichtbaar het strafdoel van herstel dienen.¹²⁹

126. HR 6 juni 1995, NJ 1995, 645 (deze overweging spoort ook slecht met de beslissing dat het geheel van afwijkende voorschriften de vervangende hechtenis bij ontneming 'een dermate bezwarend karakter geeft dat deze dient te worden aangemerkt als een straf in de zin van art. 359, zevende lid, Sv' – HR 18 juni 1996, NJ 1996, 735).

127. Hierover nader B.F. Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht*, Arnhem 1999, p. 42-46.

128. De huidige afbakening is bovendien niet scherp. Zo zijn onder omstandigheden voor verbeurdverklaring vatbaar voorwerpen (zaken en vermogensrechten) 'die geheel of grotendeels door middel van het strafbare feit zijn verkregen' of 'met betrekking tot welke het feit is begaan' (art. 33a lid 1 Sr). Bij dat laatste mag bijvoorbeeld aan het bedrijfskapitaal van hasjhandel worden gedacht (HR 8 oktober 1996, NJ 1997, 92). Dan ligt een overlap met de ontneming in het verschiët. Bovendien kan de ontneming wel betrekking hebben op goederen die verbeurd kunnen worden verklaard.

129. Bovendien biedt de huidige regeling op papier veel mogelijkheden, bijv. voor wat vatbaar voor verbeurdverklaring is in art. 33a en de regeling over schatting en uitlevering of betaling van de geschatte waarde in art. 34 Sr. Ook in: Het vermogen te ontnemen. Evaluatie van de ontnemingswetgeving – Eindrapport, Den Haag 1998, p. 190, werd door sommige respondenten gesteld dat de (feitelijke) mogelijkheden van verbeurdverklaring ten onrechte op de achtergrond zijn geraakt.

Een mogelijke integratie van de ontneming met andere sancties betreft niet alleen de toegevoegde waarde van de ontneming naast vooral de klassieke vermogenssancties, maar speelt ook op procesueel niveau. De ontneming is nu in een aparte, afgescheiden procedure ondergebracht. Dat bemoeilijkt op zijn minst de geïntegreerde sanctiebeslissing waarop het concentratiebeginsel aandringt (zie paragraaf 1.6). Dat klemmt te meer nu de ontneming duidelijk met andere sancties samenhangt. De Hoge Raad heeft gelijktijdige behandeling van hoofdzaak en ontnemingsvordering toegelaten omdat de wetgever die mogelijkheid 'in het bijzonder met het oog op eenvoudige gevallen' heeft opengelaten.¹³⁰ Maar ook bij zo'n gelijktijdige behandeling blijft vereist dat tweemaal proces-verbaal wordt opgemaakt en de beslissing over de ontneming in een aparte uitspraak wordt gegoten (art. 36e lid 1 Sr en 511g Sv). Dat is omslachtig, het kan ook verwarrend zijn bij het aanwenden van rechtsmiddelen, terwijl bij een eventueel 'partieel appel' het concentratiebeginsel weer onder druk komt te staan. En daarom is ook een voorziening vereist voor de situatie dat na het aanwenden van rechtsmiddelen in de hoofdzaak geen veroordeling volgt.¹³¹

Opvallend is dat wat de wetgever als uitzondering heeft gezien, in feite hoofdregel is geworden. Kennelijk worden ook in de praktijk gelijktijdige behandeling en een geïntegreerde sanctiebeslissing wenselijk gevonden. Vanuit het OM gezien lijkt geconcentreerde behandeling eveneens van groot belang: de huidige scheiding in procedures is een 'crux van de uitvoeringsproblemen; de zaakserichte aandacht van leden van het OM, in combinatie met het overweldigende zaaksaanbod, maakt dat de meesten een strafzaak na het uitspreken van het requisitoir als afgedaan beschouwen en zich onmiddellijk op een nieuwe zaak storten'.¹³² Met een gelijktijdige behandeling is ook de verdachte doorgaans beter af: de belastende aparte procedure met alle onzekerheid en mogelijke vertraging van dien komt hem niet ten goede en een geïntegreerde sanctieoplegging is mede in zijn belang.

Zou afscheiding van de ontnemingsbeslissing van de hoofdzaak niet veel beter slechts als uitzonderlijke mogelijkheid kunnen worden geopend? Voor echt gecompliceerde zaken kan een twee fasen-proces een optie zijn, waartoe de rechter zou kunnen besluiten na de partijen

130. HR 19 maart 1996, NJ 1997, 60 m.nt. Kn.

131. Art. 511i en 577 lid 4 Sv; de omgekeerde situatie is vreemd genoeg niet geregeld, vgl. HR 19 juni 2001, NJ 2001, 552 m.nt. YB.

132. Het vermogen te ontnemen. Evaluatie van de ontnemingswetgeving – Eindrapport, Den Haag 1998, p. 95-102; zie over de samenhang tussen de hoofdzaak en de ontnemingsprocedure ook HR 8 mei 2001, NJ 2001, 509 m.nt. JdH, in het bijzonder de voordracht van A-G Fokkens.

daarover te hebben gehoord.¹³³ Een geconcentreerde en geïntegreerde sanctiebeslissing wordt dan weer het terechte uitgangspunt.¹³⁴ Voorzover de afscheiding indertijd vooral op strafprocessuele overwegingen is gebaseerd (zoals de mogelijkheden voor bijzondere dwangmiddelen), kan aan die belangen ook recht worden gedaan wanneer een geconcentreerde sanctiebeslissing voorop staat. Bovendien zou dan de slecht in het sanctiestelsel passende regel dat ontneming afhankelijk is van een vordering van het OM (art. 36e lid 1 Sr) kunnen worden afgeschaft en zou de rechterlijke vrijheid weer voorop kunnen staan.¹³⁵ Zou dan tenslotte ook geen afscheid kunnen worden genomen van de omstrede mogelijkheid van ontneming terzake van feiten die niet zijn bewezenverklaard (art. 36e lid 2 en 3 Sr)?¹³⁶ Het concentratiebeginsel dringt immers aan op een duidelijke band tussen sanctiepakket en een ter zitting besproken en bewezen verklaard feit.

Bij integratie van de ontnemingsbeslissing in de gewone procedure wint de vraag aan kracht welke toegevoegde waarde de ontnemingsmaatregel nog heeft voor het sanctiestelsel. Vooral in wat kleinere zaken waarin de hoogte van het te ontnemen bedrag te overzien blijft, kan men praktisch gezien de aandacht misschien beter richten op verbeurdverklaring en vooral op een afroomboete.¹³⁷ Een wenselijke (maar moeilijk afdwingbare) randvoorwaarde daarbij is dat de afroeming duidelijk uit de strafmotivering blijkt (zowel de hoogte van het

133. Maar ook dan geldt dat de procedure binnen een redelijke termijn moet worden afgedaan, dat een afgescheiden procedure praktisch gezien wellicht slechts leidt tot uitstel van activiteiten die toch moeten plaatsvinden (en om doelmatigheidsredenen beter niet uitgesteld kunnen worden). Een ander argument voor een afgescheiden procedure (de bijv. ontkennde verdachte kan in een aparte procedure beter een proceshouding bepalen) vind ik evenmin erg dwingend omdat de moeilijke combineerbaarheid van een bewijs- en een strafmaatverweer een vaker voorkomend probleem is.

134. In deze zin ook Knigge in zijn noot onder HR 14 april 1998, NJ 1999, 75, B.F. Keulen, Crimineel vermogen en strafrecht, Deventer 1999, p. 306-309, en M.J. Borgers, De ontnemingsmaatregel, Den Haag 2001, p. 480-482.

135. De rechter kan en mag deze beperking al ontlopen met een afroomboete, terwijl de rechter evenmin is gebonden aan de hoogte van de ontnemingsvordering (HR 30 oktober 2001, NJ 2002, 124 m.nt. PMe).

136. De mogelijkheid wordt bovendien tot nu toe niet veel gebruikt, vgl. Het vermogen te ontnemen. Evaluatie van de ontnemingswetgeving – Eindrapport, Den Haag 1998, p. 177; zie verder de problematisering door M.J. Borgers, De ontnemingsmaatregel, Den Haag 2001, p. 120-136, en de complicaties wanneer voor die andere feiten is vrijgesproken in HR 22 mei 2001, NJ 2001, 575 m.nt. JR.

137. Deze werkwijze werd ook wel bepleit in Het vermogen te ontnemen. Evaluatie van de ontnemingswetgeving – Eindrapport, Den Haag 1998, p. 190.

bedrag als het karakter van afroming). Daartoe kan een voorschrift – in de wet of in de rechtspraak – worden ontwikkeld.¹³⁸ Ook het OM zou wat dit betreft in de vordering van een vermogenssanctie duidelijk moeten opereren en daarbij de waarborg uit de ontnemingswetgeving (art. 511f Sv) over de opgaaf van bewijsmiddelen waarop de schatting van het voordeel is gebaseerd, kunnen rechtdoen door de eis tot een afromend bedoelde vermogenssanctie goed te onderbouwen. Dat past bij het contradictoire karakter van het strafproces. Weliswaar stemmen de ervaringen met strafmotiveringsvoorschriften in het algemeen niet tot optimisme (zie paragraaf 3.4), maar daar hoeft men zich niet bij neer te leggen nu op dit punt een redelijke praktijk denkbaar lijkt.

Een voordeel van de ontneming kan zijn dat deze maatregel geen abstract gefixeerd maximum kent. In de Memorie van Toelichting werd dat indertijd als een wezenlijk bezwaar tegen de ‘ontnemingspotentie’ van de geldboete genoemd. Empirisch gezien lijkt dit aspect tot op heden echter van weinig belang. Verreweg de meeste ontnemingszaken blijven binnen de maxima voor de geldboete. Doordat de meerdaadse samenloop geen beperkingen aan cumulatie van vermogenssancties stelt (art. 57 lid 2 en 60 Sr), kan het maximum ook behoorlijk oplopen. In de tweede plaats bestaan er mogelijkheden om aan deze ‘zwakke kant’ van de geldboete wat te doen door een herziening van de algemene strafmaxima voor vermogenssancties of doordat boven het maximum mag worden gestraft, wanneer dat nodig is om wederrechtelijk verkregen voordeel teniet te doen en voorzover van zo’n het maximum overschrijdend bedrag genoegzaam blijkt.¹³⁹

Een mogelijk tweede voordeel van ontneming is dat met de maatregel een wanverhouding tussen geldboete en bewezenverklaard feit kan worden vermeden. Keyser-Ringnalda wijst in dit verband op het beruchte Gold Flake-arrest waarin voor het verkopen van 20 sigaretten tegen een te hoge prijs werd veroordeeld tot een boete van een halve ton (en sluiting van het bedrijf voor een half jaar, een beroepsverbod om caféhouder te zijn gedurende drie jaar en publikatie van het vonnis – een treffend voorbeeld van de combineerbaarheid van sancties). De Hoge Raad nam geen genoegen met de kale standaardstrafmotivering (‘gelet op de ernst van het feit’).¹⁴⁰ Vermoedelijk speelde bij dit spectaculaire sanctiepakket een rol dat het in wezen om veel meer overtre-

138. Vgl. M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, Deventer 2001, p. 384, 385.

139. Hierover nader in paragraaf 3.2. Een dergelijk inhoudelijk door de casus bepaald sanctiemaximum geldt bijv. nu ook bij verbeurdverklaring en in art. 69 lid 1 en 2 AWR.

140. L.F. Keyser-Ringnalda, *Boef en buit*, Arnhem 1994, p. 10, 11, en HR 25 februari 1947, NJ 1947, 161 m.nt. WP.

dingen ging waarmee een omvangrijk voordeel was behaald. In een ontnemingsbeslissing kan dat wellicht beter worden verwerkt dan in een boete (vgl. art. 36e lid 2 en 3 Sr).¹⁴¹ Maar anderzijds is denkbaar dat een afroomboete ook in zo'n zaak toch aanvaardbaar wordt gemotiveerd (al dan niet in combinatie met voeging ad informandum).

Al met al vind ik de toegevoegde waarde van de ontneming naast de geldboete en de verbeurdverklaring niet overweldigend, zeker wanneer die vermogensstraffen enigszins worden uitgebreid en wanneer bepaalde processuele mogelijkheden uit de ontnemingswetgeving worden behouden.¹⁴² Weliswaar dient een aparte 'ontnemingsstraf' op zichzelf de duidelijkheid, maar dat kan vermoedelijk ook worden bereikt met de toepassing en goede motivering van de bestaande vermogensstraffen die nog als voordeel hebben dat de meervoudigheid van strafdoelen (die evenmin altijd goed van elkaar zijn te onderscheiden) er beter in tot uitdrukking komt. Bovendien is niet te voorkomen dat de geldboete en verbeurdverklaring mede ter afroeming worden gebruikt.

Met mijn conclusie is niet gezegd dat de ontnemingswetgeving geen enkel succes heeft gehad of een complete vergissing is geweest. De terechte aandacht voor herstel als strafdoel en voor het tegengaan van criminele verrijking is belangrijk geweest en moet worden behouden (maar als het even kan zonder allerlei bureaucratische streefnormen, zoals tien zaken per jaar per officier of een minimaal bedrag per parkeer). Deze goede aspecten kunnen echter vermoedelijk eenvoudiger, helderder en daardoor doeltreffender binnen de klassieke vermogensstraffen worden bereikt. Daarmee kunnen wellicht meer strafdoelen beter worden gediend in een afgewogen, casuïstische beslissing. Het civiele, boekhoudkundige aanzien van de ontneming wordt dan terecht vervangen door een aankleding die het strafkarakter van de sanctie goed aangeeft. De grote pretenties van de ontnemingswetgeving moeten daarbij wat worden bijgesteld (bijvoorbeeld door de band tussen bewezenverklaard strafbaar feit en sanctie weer voorop te stellen): dat sluit aan bij de praktijkervaringen waar vooral de bijzondere mogelijkheden ten aanzien van niet-soortgelijke, andere feiten nauwelijks aanslaan. Bovendien kunnen zo de uitgangspunten voor strafrechtelijke sanctionering zoals het concentratiebeginsel, rechterlijke vrijheid en draagkracht beter tot hun recht komen. De regeling van de vervangende hechtenis lijkt eveneens aan integratie met de gewone regeling toe; de duur zou enigszins moeten worden beperkt, partiële voldoe-

141. Dit – in mijn ogen oplosbare – bezwaar tegen een te weinig inzichtelijke strafmotivering was een belangrijk argument voor de Commissie-Vermogenssancties om de ontneming boven een afroomboete te kiezen (Eindrapport, p. 23).

142. Vgl. ook art. 74 AWR naast art. 69 lid 1 en 2 AWR.

ning zou moeten worden verwerkt en na de vervanging zou de strafrechtelijke sanctionering moeten zijn voltooid (hetgeen de verschuldigdheid van het bedrag uit andere hoofde niet aantast).¹⁴³

Zeker wanneer ook de schadevergoeding aan het slachtoffer, die hierna aan de orde komt, sterker met de geldboete en de verbeurdverklaring wordt geïntegreerd, kan een samenhangende, consistente bestraffing worden bevorderd. In deze paragraaf rest nog de vaststelling dat ook de ontneming bepaald geen wezenlijke steun oplevert voor het maken van onderscheid tussen straf en maatregel.

2.5. De schadevergoedingsmaatregel

Schadevergoeding aan slachtoffers van strafbare feiten past bij hedendaagse opvattingen over sanctiedoelen.¹⁴⁴ Het sluit eveneens aan bij de huidige visie op een strafbaar feit: in voorkomende gevallen wordt een delict niet uitsluitend als een inbreuk op de rechtsorde gezien, maar tevens als een inbreuk op rechten van de burger die slachtoffer is geworden van het strafbare feit. Daarom is het goed dat de strafrechter sinds 1 april 1995 ook zonder initiatief van het slachtoffer kan komen tot een op schadevergoeding gerichte sanctie. Ook bij de wettelijke regeling van de voorwaardelijke veroordeling heeft reparatie aan het slachtoffer een duidelijke plaats gekregen.¹⁴⁵

Bij de vormgeving van de schadevergoedings sanctie heeft een uitgebreid debat plaatsgevonden over indeling bij de straffen of bij de maatregelen.¹⁴⁶ Voor een schadevergoedingsstraf pleitte volgens de Commissie-Terwee dat met bestraffing en schadevergoeding dezelfde doelen kunnen worden gediend.¹⁴⁷ Daarbij kan worden gedacht aan spe-

143. Hierover ook M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, Deventer 2001, p. 435-467. In wetsontwerp 28 079 wordt deels een andere richting ingeslagen: (achteraf op te leggen) lijfswang van maximaal drie jaar wordt mogelijk (maar met gedeeltelijke betalingen wordt rekening gehouden en toepassing van lijfswang heft de verschuldigdheid niet op).

144. En bij de doelen van het strafproces, M.S. Groenhuijsen en G. Knigge in: *Het onderzoek ter zitting*, Deventer 2001, p. 37-39.

145. Vgl. F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde*, Arnhem 1996, p. 74, 75 en 79-81, en HR 25 juni 1991, NJ 1992, 216. Verwerking als bijzondere voorwaarde benadrukt het strafrechtelijk karakter van zulke schadevergoeding omdat de executie van een straf op de achtergrond dreigt.

146. Daarover M.S. Groenhuijsen, *Goed nieuws voor slachtoffers van delicten*, AAe 1989, p. 740-751.

147. De Commissie koos daarbij voor rubricering als 'bijkomende straf' omdat dan combinatie met een hoofdstraf mogelijk zou zijn, maar dat argument is door latere herziening van art. 9 Sr niet meer actueel.

ciale preventie doordat de dader weet dat hij moet instaan voor de financiële consequenties van zijn handelingen. Het gezag van de geschonden norm wordt bevestigd wanneer in een strafrechtelijke context recht wordt gedaan aan de belangen die door het strafbare feit zijn geschaad (generale preventie). Vergelding speelt een rol door het leed van het slachtoffer daadwerkelijk en onder verantwoordelijkheid van het OM op de dader te verhalen. Conflictoplossing en herstel tenslotte zijn in dit verband evidente strafdoelen, zowel wanneer men denkt aan een abstracte verzoening tussen dader en maatschappij als aan het (enigszins) wegnemen of repareren van schade en kwetsing bij het slachtoffer.

De wetgever heeft echter gekozen voor vormgeving als maatregel en daarbij de civielrechtelijke grondslag vooropgesteld. Het opleggen van een verplichting waartoe de dader ook civielrechtelijk gezien al gehouden is, zou geen leedelement hebben. Daarom is gratis niet mogelijk,¹⁴⁸ maar de belangrijkste consequentie van deze keuze is dat de hoogte van de schadevergoedingsmaatregel wordt bepaald door de maatstaf uit art. 36f lid 2 Sr ('indien en voor zover de verdachte jegens het slachtoffer naar burgerlijk recht aansprakelijk is'). Andere normaal gesproken strafbepalende factoren zoals de concrete ernst van het feit en de draagkracht van de verdachte mogen niet meetellen, anders dan door de Commissie-Terwee was voorgesteld. In lijn met de duidelijke wetsgeschiedenis en met een beroep op het reparatoire karakter van de maatregel besliste de Hoge Raad dat de draagkracht inderdaad geen rol mag spelen bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoedingsmaatregel.¹⁴⁹

Het is mijns inziens sterk de vraag of deze keuze van de wetgever voor een maatregel met een sterk civielrechtelijk karakter gelukkig en effectief is. Gelet op de duidelijke relatie met verschillende strafdoelen kan het verplichten tot schadevergoeding binnen de strafrechtspleging immers op zichzelf als een strafrechtelijke sanctie worden aangemerkt.¹⁵⁰ Doordat de schadevergoeding in een strafrechtelijke context wordt uitgesproken, gaat het mede om publiekrechtelijke afkeuring – in mijn ogen de kern van strafrechtelijke sancties. De samenhang met het civiele recht lijkt mij vooral relevant voor de maximumhoogte van de strafrechtelijke sanctie en voor de aard van de schade die voor ver-

148. Vgl. art. 558 lid 3 Sv en Kamerstukken II 1994/95, 23 960, nr. 3, p. 6.

149. HR 20 juni 2000, NJ 2000, 634 m.nt. JdH. Ook bij de bijzondere voorwaarde van schadevergoeding is het draagkrachtbeginsel buiten toepassing verklaard (art. 14c lid 4 Sr).

150. Hierover M.S. Groenhuijsen, *Hervorming van het strafprocesrecht met het oog op de belangen van het slachtoffer*, DD 2001, p. 652, 653.

goeding in aanmerking komt (om deze redenen stelde ook de Commissie-Terwee een verwijzing naar civiele aansprakelijkheid voor). Moeilijk aanvaardbaar lijkt immers dat binnen een strafprocedure wel kan worden vergoed wat via een civiele procedure niet mogelijk is, of dat er tegenstrijdigheid zou ontstaan met een eventueel later volgende civiele procedure. Die civielrechtelijke fundering kan tot vragen leiden in verband met eigen schuld van het slachtoffer¹⁵¹ of met causaliteit of relativiteit,¹⁵² zodat de motivering van de schadevergoeding aandacht kan verdienen. Vooral bij werkelijke complicaties is er reden om de schade niet definitief in het strafproces af te handelen, maar overigens moet het slachtoffer zo mogelijk in het strafproces en bij één loket worden geholpen.¹⁵³

Waar aan de rechter een volkomen vrije bevoegdheid is toegekend om al dan niet een schadevergoedingsmaatregel op te leggen, ligt het op zichzelf in de rede om ook een zekere matigingsbevoegdheid toe te kennen. Dat past bij de vrijheid van de strafrechter in de sanctietoemeting, terwijl de schadevergoedingssanctie dan ook beter een afgewogen onderdeel van een sanctiepakket kan vormen. Een gematigde schadevergoedingsmaatregel is op zijn minst tot op zekere hoogte reparatoir. Er lijkt niemand bij gebaat wanneer een schadevergoedingsmaatregel wordt opgelegd die bijvoorbeeld de draagkracht van een verdachte evident te boven gaat. Bij het slachtoffer worden door zo'n sanctie verkeerde verwachtingen gewekt. En de tenuitvoerlegging van vervangende hechtenis is wel acceptabel bij onwil om te betalen, maar veel minder bij onmacht daartoe.¹⁵⁴ Ook in het regelmatig voorkomen-de geval van het gezamenlijk begaan van het strafbare feit door meerdere daders kan een gematigde schadevergoedingsmaatregel redelijk zijn, al was het maar om een onevenredig lange vervangende hechtenis te vermijden. De facto heeft schadevergoeding als sanctie vermoede-

151. In strafzaken niet zeldzaam, zie daarover bijv. HR 16 januari 2001, NJ 2001, 379 m.nt. JdH.

152. Bijv. bij een slachtoffer van diefstal tegenover een verdachte van heling van het gestolen goed – hierover R.S.B. Kool en M. Moerings, *De Wet Terwee: vreedzame of vijandige coëxistentie tussen civiel en strafrecht?*, Trema 2001, p. 237, maar vrij gemakkelijk HR 24 maart 1998, NJ 1998, 537.

153. Vgl. M.S. Groenhuijsen in: *Het onderzoek ter zitting*, Deventer 2001, p. 269-271. Het eenvoud-criterium voor de civiele vordering in art. 361 lid 3 Sv moet niet te snel worden toegepast.

154. In wetsontwerp 28 (79 wordt voor de ontneming voorgesteld om de vervangende hechtenis te vervangen door (achteraf op te leggen) lijfswang, die achterwege blijft wanneer de veroordeelde zelf betalingsonmacht aannemelijk maakt. Op zichzelf zou binnen het bestaande stelsel dergelijke lijfswang ook voor de schadevergoedingsmaatregel moeten worden overwogen.

lijk het meeste realiteitsgehalte bij overzienbare schadebedragen; dan spreken we overigens over de meeste strafzaken.¹⁵⁵ Dat stemt overeen met het aanvaarden van de concrete ernst van het feit als strafbepalende en begrenzend factor. Maar zowel ten behoeve van het slachtoffer als van de veroordeelde moet tevens worden voorkomen dat na het strafproces nog een civiel proces moet worden gevoerd en dat leidt wel tot terughoudendheid bij de matiging van de schadevergoeding.

Al met al kan schadevergoeding tegenwoordig goed als een strafrechtelijke sanctie worden gezien, als een belangrijk algemeen belang dat in het strafrecht kan worden gediend. Erkenning daarvan kan ook voor de dader 'redelijk' uitpakken omdat andere of zwaardere sancties kunnen worden vermeden indien schade aan het slachtoffer wordt vergoed en omdat de schade in één procedure kan worden afgewikkeld. Het onderscheid tussen straf en maatregel bleek echter eerder dysfunctioneel te werken dan bij te dragen aan een goede vormgeving van de sanctie. Dat de maatregel nog onvoldoende ondubbelzinnig een strafrechtelijk karakter heeft – waardoor mede duidelijk kan worden gemaakt dat schadevergoeding in een hedendaags dadergeöriënteerd strafrecht past – kwam in een recente evaluatiestudie als belangrijke hinderpaal naar voren.¹⁵⁶ De rigiditeit van de regels over de omvang en de vervangende hechtenis kan ertoe leiden dat de strafrechter afziet van het opleggen van deze sanctie. Een dergelijk effect spoort niet goed met de breed gedragen slachtofferzorg in het strafrecht en met de actuele waarde van reparatie als strafdoel.

Wanneer naar huidig recht dient te worden gekozen, is rangschikking als straf mijns inziens aangewezen, met eventuele eigen accenten.¹⁵⁷ Daarmee zou overigens het verschil met de voeging als benadeelde partij worden benadrukt, bijvoorbeeld omdat de omvang van de sanctie en van de toegekende civiele vordering uiteen kunnen gaan lopen. Dat is op zichzelf geen gewenste situatie – die zich in normale gevallen met overzienbare schadebedragen ook niet snel zal

155. Anders W.H.M. Reehuis, *Schadevergoeding in het strafrecht*, Deventer 1992, p. 9 (zijn algehele kritiek op de schadevergoedingsmaatregel hangt sterk samen met zijn vraagstelling: 'Is de schadevergoedingsmaatregel vanuit civielrechtelijk perspectief een verbetering?' – dat is niet het relevante beoordelingsperspectief voor het strafrechtelijk sanctierecht).

156. R.S.B. Kool en M. Moerings, *De Wet Terwee: vreedzame of vijandige coëxistentie tussen civiel en strafrecht?*, Trema 2001, p. 233-240.

157. Blijkens een Notitie over de evaluatie van slachtofferzorg is Minister van Justitie Korthals echter niet voornemens de wettelijke regeling van de schadevergoedingsmaatregel te herzien, Kamerstukken II 2000/01, 27 213, nrs. 1-2.

voordoen.¹⁵⁸ Mij lijkt de mogelijkheid van een verschil echter overkomelijk, mede omdat bij de strafrechtelijke sanctie de ambtshalve bevoegdheden van OM en rechter vooropstaan (van belang voor bijvoorbeeld bange of minder mondige slachtoffers) en omdat bepaalde complicaties rond de civiele vordering niet in de weg hoeven te staan aan een gematigde schadevergoedingssanctie. Dat spoort met de belangrijke mogelijkheid van splitsing van de civiele vordering en strafrechtelijke afdoening van het onomstreden en niet gecompliceerde gedeelte. Wanneer in verband met civielrechtelijke complicaties wordt bepleit dat de vordering van de benadeelde partij in het algemeen beter uit het strafproces kan worden losgeweekt,¹⁵⁹ behoeft dat wat mij betreft geen consequenties te hebben voor de schadevergoedingssanctie. Misschien kan versterking van die sanctie wel leiden tot minder behoefte aan de voegingsprocedure, zeker wanneer de geldboete ook ten voordele van het slachtoffer zou kunnen strekken, zoals hieronder aan de orde komt. De schadevergoedingssanctie heeft in ieder geval voor het slachtoffer het belangrijke voordeel dat de Staat de executie aan zich trekt, waarbij ook de prioriteit ten opzichte van andere vermogenssancties kan worden bewaakt.

Het bovenstaande roept nog wel de vraag op naar de onderlinge verhouding tussen de vermogenssancties, naar een mogelijk verdere doorwerking van de reparatiegedachte in het sanctiestelsel. Want waarom zou een vermogenssanctie ten gunste van de overheid moeten komen wanneer het delict vooral schade aan een aanwijsbaar individu heeft veroorzaakt? Dat vloeit niet noodzakelijkerwijs voort uit het publiekrechtelijke karakter van het strafrecht. Daarom hebben Balkema en Corstens in 1986 bepleit om in die gevallen waarin de rechter met een vermogenssanctie wil volstaan, de sanctie in de eerste plaats aan het slachtoffer ten goede te laten komen.¹⁶⁰ Daarbij hadden zij die delicten op het oog waarbij de samenleving niet zo sterk is betrokken, bijvoorbeeld doordat ze in kleine verbanden worden gepleegd en zon-

158. Over combineerbaarheid met een beroep op de ratio van de wet (meer en betere bescherming slachtoffers) HR 12 januari 1999, NJ 1999, 246.

159. Daarover uitgebreid W.H. Vellinga, De benadeelde partij in het strafproces vanuit civielrechtelijk perspectief, *Verkeersrecht* 2001, p. 97-106.

160. J.P. Balkema en G.J.M. Corstens, Het straffenarsenaal, in: *Gedenboek honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem 1986, p. 327-329. Ook N.J.M. Kwakman, De mateloosheid van solidariteit: het onvermijdelijke gevolg van een slachtoffergericht strafproces?, *RM Themis* 1999, p. 192, wil voorrang voor schadevergoeding wanneer daarmee tenminste dezelfde doelen als met andere sanctionering kunnen worden bereikt.

der aangifte niet ter kennis van de overheid komen zodat de symboolwerking van het strafrecht betrekkelijk is. Zo'n voorrangsregeling kan in mijn ogen in het algemeen worden gehanteerd binnen vermogenssancities. Met zulke prioritering wordt tevens voorkomen dat door een vermogenssancie ten bate van de overheid de draagkracht van de verdachte zo wordt aangetast dat hij geen ruimte voor schadevergoeding meer overhoudt.

Hoe kan zo'n gedachte doorwerken in het wettelijk sanctiestelsel? De Commissie-Terwee heeft zich indertijd over een mogelijke integratie van schadevergoeding in de geldboete gebogen (bijvoorbeeld door betaalde geldboeten aan het slachtoffer uit te keren), maar heeft daarvan afgezien omdat daardoor 'veel minder tot uitdrukking komt dat het slachtoffer door de dader schadeloos wordt gesteld'.¹⁶¹ Dat argument klinkt weinig dwingend en gaat ook niet op wanneer bijvoorbeeld in de loop der tijd zo'n omgang met de boete gemeengoed zou worden of wanneer het een punt van aandacht in de strafmotivering zou zijn. De Commissie-Terwee achtte een dwingende wettelijke regeling over voorrang bij de combinatie met een andere vermogenssancie in strijd met het uitgangspunt van de vrijheid van de strafrechter in de straftoemeting. Maar een dergelijke prioritering verdiende volgens de Commissie wel aanbeveling in de executiefase (en dat is nadien ook geëffectueerd¹⁶²). Ook in het straftoemetingsbeleid zou die rangorde in mijn ogen tot uitdrukking moeten komen.

Een dergelijk uitgangspunt behoeft overigens zeker niet beperkt te blijven tot de geldboete; ook andere vermogenssancities verdienen dan de aandacht, zoals de verbeurdverklaring. In dit verband is opmerkelijk dat in het kader van de ontneming wel een, wat verborgen, wettelijke voorziening is getroffen in art. 577b lid 2 Sv, dat het slachtoffer de mogelijkheid biedt om te verzoeken in het kader van een ontneming binnengekomen geld aan hem uit te keren.¹⁶³ Zou zo'n regeling niet behoren te worden uitgebouwd naar andere vermogenssancities? Consistentie lijkt op zijn minst gewenst.

161. Eindrapport, Den Haag 1986, p. 47; het tweede argument van de commissie – de geldboete kan niet in alle gevallen met een andere hoofdstraf worden gecombineerd – is door de latere herziening van art. 9 Sr niet meer van belang.

162. Aanwijzing slachtofferzorg en Aanwijzing executie boeten, maatregelen en (vervangende) vrijheidsstraffen, beide van 29 juni 1999. Vgl. ook art. 36f lid 3 Sr dat op zichzelf kan worden verbreed tot de andere vermogenssancities.

163. Dat moet dan eveneens bij een schikking over ontneming gelden. In zekere zin dient ook art. 36e lid 6 Sr het belang van een slachtoffer in zaken waarin ontneming dreigt, maar dat gebouwt niet erg royaal; daarover uitgebreid M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel*, Den Haag 2001, p. 366-383.

Dat met een dergelijke prioritering – die ook kan doorwerken in het sepot- en transactiebeleid – sommige slachtoffers (wier zaak tot een succesvolle strafvervolgning leidt) een voordeel verkrijgen boven anderen (wier zaak geen strafrechtelijk vervolg krijgt), vind ik geen doorslaggevend bezwaar om aan een beperkte groep slachtoffers het hunne te doen toekomen. Dat past bij de strafdoelen en doet niet af aan de wenselijkheid van algemene slachtofferhulp.

De gedachte om slachtoffers met voorrang te laten profiteren van vermogenssancties verdient vooral als doel voor de lange termijn overweging.¹⁶⁴ Dat daarbij diverse gecompliceerde uitvoeringsvragen rijzen, onderken ik intussen wel. Na hetgeen in de vorige paragraaf over de ontneming werd opgemerkt, lijkt mij in ieder geval een integrale herziening van alle vermogenssancties aangewezen – waarin het slachtoffer een belangrijker plaats kan krijgen.¹⁶⁵

2.6. Naar één groep strafrechtelijke sancties?

In het bovenstaande zijn twee maatregelen uit het Algemeen Deel nog niet besproken, de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis en de onttrekking aan het verkeer. De plaatsing heeft een eigensoortige plaats omdat deze geheel wordt beheerst door de Wet-BOPZ. Aan de strafrechter is het opleggen van deze maatregel om doelmotiveringsredenen mogelijk gemaakt; in zoverre is er nauwelijks sprake van een strafrechtelijke sanctie maar meer van een specifieke en bescheiden integratie van de Wet-BOPZ in de strafprocedure. Omdat de plaatsing wordt gecombineerd met de uitspraak dat de verdachte het strafbare feit heeft begaan maar dit niet aan hem wordt toegerekend, impliceert de strafrechtelijke context voor deze maatregel in mindere mate een strafaspect door publieke afkeuring.¹⁶⁶ Dat geldt nog sterker voor de onttrekking aan het verkeer waarvoor zelfs geen

164. Daarmee samenhangende gedachten over een slachtoffertax of een vergoeding voor de taakstraf die in een slachtofferfonds zou kunnen worden gestort, laat ik nu rusten.

165. En wanneer integratie met het jeugdsanctierecht en met het sanctierecht van bijzondere wetten wordt overwogen, verdient nadere doordenking of de daadwerkelijke reparatie niet een commune straf zou moeten worden, vgl. de hoofdstraf uit art. 77h lid 2 sub a Sr ('het verrichten van arbeid tot herstel van de door het strafbare feit aangerichte schade') en de maatregel uit art. 8 sub c WED ('verrichting van prestaties tot het goedmaken van een en ander').

166. In deze zin ook C. Kelk en Ch. Haffmans, *De strafrechtelijke maatregelen en het tanende tweesporenstelsel*, in: *Gedenkhoeft honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem 1986, p. 347.

vervolgning noodzakelijk is; het gaat meer om een openbare orde-maatregel.¹⁶⁷

Deze twee maatregelen laat ik vanwege hun niet overheersend strafrechtelijke karakter verder buiten beschouwing. Bij het vervallen van het onderscheid tussen straf en maatregel kunnen ze op zichzelf als strafrechtelijke sanctie worden behouden, maar het zou nog beter zijn om ze net als de vordering van de benadeelde partij als een eigensoortige procedure aan het strafproces te koppelen, ze verder niet strafrechtelijk te integreren en buiten het strafrechtelijk sanctiepakket en strafrechtelijke begrippen en uitgangspunten te houden. Zulke eigenaardige procedures mogen in het strafproces worden ondergebracht wanneer dat doelmatig is en wanneer ze op zichzelf of in combinatie met elkaar niet wezenlijk ten koste gaan van de aandacht voor en de voortgang van de strafrechtelijke procedure.¹⁶⁸ De vordering van de benadeelde partij voldoet hier misschien niet altijd aan, maar anderszijds kan zowel voor de verdachte als voor het slachtoffer zo'n geconcentreerde afdoening bij één loket wenselijk zijn. Daarnaast moet de vraag onder ogen worden gezien of koppeling aan het strafproces echt doelmatig is. Kan in het licht van de specialisatie bijvoorbeeld de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis werkelijk adequaat door een strafkamer worden behandeld? De strafrechtelijke plaatsing moet zo gezien vooral een overbrugging naar de gewone toepassing van de Wet-BOPZ vormen.

Er is in het voorafgaande ook nog geen aandacht besteed aan het andere onderscheid dat in het huidige sanctiestelsel wordt gebezigd – tussen hoofd- en bijkomende straffen. Deze tweedeling heeft veel minder diepgang en betekenis dan het onderscheid tussen straf en maatregel, er wordt veel minder – al dan niet wezenlijke – waarde aan toegekend. Gevoelsmatig spreekt het onderscheid overigens wel aan: bijkomende straffen zijn meestal specifieke straffen van wat minder gewicht. Vooral sinds het cumulatieverbod van hoofdstraffen grotendeels is afgeschaft en een bijkomende straf bovendien zonder een hoofdstraf kan worden opgelegd, is het onderscheid echter nauwelijks functioneel meer.

Is het sanctiestelsel wél gediend met handhaving van het onderscheid tussen straf en maatregel? Van der Landen heeft na een uitvoerig onderzoek in 1992 voor de overgang naar een monistisch sanctiestelsel

167. Vgl. Noyon/Langemeijer/Remmelink, aant. 2 op art. 36b; de gelijkenis met de verbeurdverklaring maakt deze maatregel overigens geen vreemde eend in de bijt.

168. In theorie kan zelfs nog aan andere procedures worden gedacht, zoals vreemdelingenrechtelijke kwesties, maar dan wordt al snel een bezwaar dat het totaal van de aangehaakte procedures de aandacht in het strafproces teveel kan opeisen.

gepleit.¹⁶⁹ Hij constateerde dat de straf en de maatregel naar elkaar waren toegegroeid, de doeleinden voor beide groepen sancties sterke overeenkomst vertoonden en proportionele vergelding ook voor de maatregelen aan belang had gewonnen. Het onderscheid werd naar zijn mening door de wetgever veelal 'functioneel' misbruikt om van strafbeginselen afwijkende regels te rechtvaardigen. Ik deel de conclusie van Van der Landen dat opheffing van het onderscheid tussen straf en maatregel 'op alle niveaus van de strafrechtspleging de duidelijkheid en daarmee de inzichtelijkheid van de op het spel staande belangen kan vergroten'. De samenhang in het stelsel kan door het schrappen van het onderscheid worden verbeterd, de nadere uitwerking van sancties moet dan meer op eigen merites worden beoordeeld – en niet worden gebaseerd op het etiket maatregel.¹⁷⁰

Na 1992 hebben de argumenten voor dit pleidooi nog sterk aan gewicht gewonnen. De TBS is verder naar de vrijheidsstraf toegegroeid, de SOV roept stelselmatige bezwaren op en het maatregelkarakter van de ontneming en de schadevergoeding leidde onder meer tot problemen met het draagkrachtbeginsel en zette het uitgangspunt van een geïntegreerde sanctiebeslissing onder druk. Voor een integratie om doelmatigheidsredenen van een bepaalde niet-strafrechtelijke procedure in het strafgeding heeft men het maatregel-begrip evenmin nodig, zoals de civiele voeging van de benadeelde partij laat zien. De pretenties van de strafrechtspleging moeten bovendien ook in het sanctiestelsel realistisch blijven, zoals naar voren kwam bij een recente discussie over vergaande uitbreiding van de SOV naar andere lastige groepen. Die pretenties kunnen niet worden uitgebreid door met een maatregel-etiket te werken.

Ik hoop bovendien in het bovenstaande aannemelijk te hebben gemaakt dat er, positiever geformuleerd, veel te winnen valt bij het laten vervallen van het onderscheid. Niet alleen kunnen (aspecten van) de sancties dan veel meer op eigen merites worden beoordeeld, maar ook kan soms met reden de vraag worden gesteld naar een mogelijke integratie van verschillende sancties. Bij de complexe problematiek van gestoorde gevaarlijke verdachten kan met voldoende oog voor de be-

169. D. van der Landen, *Straf en maatregel*, Arnhem 1992, p. 457-469.

170. Ik vind dit aansprekend onder woorden gebracht door L.F. Keijser-Ringnalda, Boef en buit, Arnhem 1994, p. 108: 'Het onderscheid lijkt meer problemen op te leveren dan te verhelderen. Deze problemen zouden evenwel gereduceerd kunnen worden wanneer men zich op het ongecompliceerde uitgangspunt stelt dat sancties verschillende gevolgen kunnen hebben en verschillende doeleinden kunnen dienen, zonder dat men deze strikt wil verbinden aan de subcategorie straf of maatregel.'

veiliging van de samenleving de TBS in mijn ogen beter in de vrijheidsstraf opgaan en 'daarna' via een zeker toezicht en vooral via de Wet-BOPZ worden gereguleerd (de volledig ontoerekenbaren kunnen direct in dat laatste spoor worden geplaatst). Dat is aanmerkelijk eenvoudiger, zorg voor gestoorde gedetineerden zou dan eerlijker en flexibeler kunnen worden verdeeld, bestaande praktische problemen rond bijvoorbeeld combinatieveroordelingen, passanten en onbehandelbaren laten zich beter oplossen en ook voor de verdachte biedt het een – rechtvaardig – voordeel doordat in ieder geval de maximumduur van vrijheidsbeneming duidelijker en zekerder wordt. Randvoorwaarde is hierbij wel dat de zorgvoorzieningen uit de TBS aan alle gedetineerden ten goede kunnen komen en de reguliere geestelijke gezondheidszorg adequaat functioneert. Ook de SOV kan beter worden gerealiseerd in bijvoorbeeld een gedifferentieerde tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf of de voorlopige hechtenis.

De vermogensmaatregelen ontneming en schadevergoeding moeten meer in samenhang met de geldboete en de verbeurdverklaring worden bezien. Denkbaar is om deze maatregelen uiteindelijk te laten opgaan in de vermogensstraffen, waarbij de strafmotivering deze componenten zichtbaar kan maken. Een andere mogelijkheid is om wel verschillende vermogensstraffen te onderscheiden (zonder overlap daartussen als erg bezwaarlijk te ervaren), maar ze in een geïntegreerde sanctiebeslissing op te leggen en daarbij een onderlinge prioriteit vast te stellen. Aan schadevergoeding zou dan voorrang toekomen, boven de ontneming en de zuivere vermogensstraffen.

De ontneming kan door een dergelijke integratie en concentratie aan slagkracht winnen, terwijl tegelijkertijd beter aan het strafrechtelijke karakter ervan kan worden rechtgedaan. Er zou meer sprake kunnen zijn van een passende bestraffing, bijvoorbeeld met het oog op draagkracht en de manier waarop met het voordeel is omgegaan. Wanneer ook de schadevergoeding bij de geldboete en verbeurdverklaring wordt betrokken, hetzij als afzonderlijke straf hetzij als duidelijk onderscheiden component van deze straffen, rijzen er perspectieven voor het slachtoffer die passen bij huidige opvattingen over schadevergoeding als relevant strafdoeleinde. Bij een vermogenssanctie zou als hoofdregel kunnen gaan gelden dat bij de Staat binnengekomen gelden in de eerste plaats ten goede komen aan het slachtoffer voorzover de strafrechter zich over schadevergoeding heeft uitgelaten of voorzover die schade anderszins in rechte is komen vast te staan. Anderzijds kunnen strafrechtelijke beginselen over bijvoorbeeld proportionele vergoeding en draagkracht in zo'n meer geïntegreerde benadering ook bij de schadevergoeding beter tot hun recht komen.

Bij deze samenhangende benadering van vermogenssancties kan een vervangende sanctie beter worden geplaatst en geregeld; de vervangende hechtenis (of taakstraf) is een strafrechtelijke stok achter de deur, die enerzijds dreigend genoeg moet zijn, anderzijds (ook bij partiële tenuitvoerlegging) steeds als vervanger voor de strafrechtelijke sanctie moet gelden (hetgeen latere bijvoorbeeld civiele actie niet blokkeert¹⁷¹). In het huidige stelsel is moeilijk te verantwoorden dat een straf een maatregel (enigszins) kan vervangen.

Een overkoepelend sanctiebegrip verdient naar mijn mening dus niet alleen op dogmatische gronden de voorkeur, maar levert vooral een beter sanctiestelsel op. Integratie van sancties kan bijdragen aan optimalisatie van sanctiedoelen, zoals bij een geldboete, die niet alleen vergelding en preventie maar ook herstel nastreeft, of bij een vrijheidsstraf die mede voor behandeling wordt benut. Daarbij kan het goede van de maatregelen behouden blijven, vooral in de zin dat diverse maatregeldoelen zoals beveiliging, resocialisatie en herstel in oude toestand volmondig als sanctiedoelen worden erkend en feitelijk aandacht krijgen.

Een strafrechtelijke sanctie kent in mijn optiek enerzijds een gemeenschappelijke ondergrond (publiekrechtelijke afkeuring met bepaalde uitgangspunten zoals begrenzing door proportionele vergelding en de wenselijkheid van een geconcentreerde en samenhangende sanctiebeslissing door de strafrechter), maar heeft anderzijds ruimte voor eigensoortigheid. Per sanctie kunnen bijzondere regels op eigen merites worden beoordeeld zonder dat zulke regels op zichzelf worden gerechtvaardigd door of afgeleid uit het abstracte onderscheid tussen straf en maatregel. In zo'n sanctiestelsel kunnen sommige vragen zuiverder aan de orde worden gesteld, bijvoorbeeld welke betekenis het draagkrachtbeginsel voor een bepaalde sanctie precies heeft,¹⁷² of het uitgangspunt moet worden gerelativeerd dat de verdachte in leven moet zijn (bijv. bij ontneming en verbeurdverklaring), in hoeverre het concentratiebeginsel een afwijking verdient, of aansprakelijkheid voor het strafbare feit een strikt vereiste is (ontneming en TBS) en of de gedachte van een algemeen strafmaximum kan worden losgelaten ten gunste van een maximum dat bijvoorbeeld wordt bepaald door vastgestelde schade of wederrechtelijk verkregen voordeel.

Het doortrekken van deze lijn naar het jeugd- en bijzonder strafrecht levert mijns inziens soortgelijke voordelen op. Voor jeugdigen zou in

171. Dat wordt ook aanmerkelijk vergemakkelijkt door de strafrechtelijke veroordeling.

172. In het voorgaande bepleitte ik een genuanceerde, eigensoortige toepassing van het draagkrachtbeginsel bij ontneming en schadevergoeding.

het bijzonder de plaatsing in een inrichting voor jeugdigen goed kunnen opgaan in de jeugddetentie, om redenen die sterke gelijkenis vertonen met hetgeen hierboven over de TBS is opgemerkt. Dat daarbij de maximale duur van vrijheidsbeneming moet worden heroverwogen, lijkt mij ook in het licht van de ontwikkelingen van de jeugdcriminaliteit wenselijk. Bovendien moet de hoofdregel van combineerbaarheid van sancties eveneens in het jeugdsanctierecht vooropstaan.¹⁷³ In paragraaf 1.7 heb ik om daarnaast te onderzoeken of het sanctierecht voor jeugdigen en voor volwassenen kan worden geïntegreerd. Ook in het bijzonder strafrecht zou het onderscheid tussen straffen en maatregelen beter kunnen verdwijnen en een integratie met het commune sanctierecht kunnen worden overwogen. Zo verdienen de maatregelen uit art. 8 WED (onderbewindstelling van de onderneming en daadwerkelijke reparatie) en de bijkomende straffen uit art. 7 WED (stillegging en ontzegging van rechten en voordelen van overheidswegen) het op zichzelf om algemeen toepasbaar te worden, vooral met het oog op de rechtspersoon. Voor de natuurlijke persoon valt te overwegen om de bijkomende straf ontzegging van de rijbevoegdheid commuun te maken.¹⁷⁴

Het bovenstaande impliceert al met al dat een integrale herziening van het sanctiestelsel geïndiceerd is, verdergaand en meer overkoepelend dan thans gebeurt in de nota *Sancties in perspectief* en in diverse projecten rond afzonderlijke sancties, zoals bijvoorbeeld de TBS. Zo'n geïntegreerde aanpak kan uiteindelijk een beter en consistentere sanctiestelsel opleveren. Het systematische onderscheid tussen straf en maatregel (en tussen hoofd- en bijkomende straf) zou moeten vervallen. In overeenstemming met het spraakgebruik kunnen alle sancties beter als 'straf' worden betiteld. Het stelsel wordt dan eenvoudiger in opzet, maar laat tevens veel aan de nadere invulling en uitvoering over en voldoet daarom aan de wens naar differentiatiemogelijkheden.

3. De rol van de wetgever, het OM en de strafrechter bij de straftoemeting

3.1. Straftoemetingsvrijheid en wettelijke strafminima

Een kenmerk van het Nederlandse sanctiestelsel is dat de wetgever algemene, nauwelijks relevante strafminima vaststelt en binnen het

173. Vgl. P. Vlaardingebroek, *Combineren is jongleren*, FJR 2001, p. 12-14.

174. Vgl. het curieuze art. 179a WvW dat het nu mogelijk maakt om o.g.v. een bepaling uit een bijzondere wet deze sanctie voor enkele geweldsdelicten op te leggen.

kader van enkele algemene regels per delict bijzondere strafmaxima voor de vrijheidsstraf en de geldboete.¹⁷⁵ Het maximum van de taakstraf is afzonderlijk geregeld. Kennen de hoofdstraffen absolute maxima, dat ligt anders voor verschillende bijkomende straffen en maatregelen waarbij het maximum vaak meer inhoudelijk wordt bepaald (verbeurd te verklaren zaken,¹⁷⁶ vastgestelde omvang van het wederrechtelijk verkregen voordeel of van de schade) of afhankelijk wordt gesteld van ontwikkelingen in de executie (TBS).

Deze regels hangen sterk samen met de rechterlijke straftoemettingsvrijheid. Die vrijheid vormt een fundamenteel uitgangspunt van het sanctiestelsel en is sinds 1886 versterkt doordat de rechter uit steeds meer verschillende sancties kon kiezen en deze in steeds meer gevallen mocht combineren. De straftoemettingsvrijheid is in 1983 nog uitgebouwd door de mogelijkheid van het rechterlijk pardon. Aan wettelijke strafvermindingsgronden is in zo'n stelsel weinig behoefte. Wettelijke strafverzwarringsgronden zijn slechts bij enkele typen strafbare feiten (zoals vermogens- en geweldsdelicten) redelijk ontwikkeld.

Ter verdediging van dit stelsel beriep Minister van Justitie Modderman zich indertijd in de Tweede Kamer op een criterium en op een casus, die nog zo relevant zijn dat ze geciteerd verdienen te worden: 'Gelijk men bij het stellen van het maximum het oog moet vestigen op het zwaarste geval, zoo moet men ook omgekeerd bij het stellen van het minimum denken aan het lichtste geval. Indien er nu maar één geval ware, waarin zelfs moord met één dag gevangenisstraf zou behooren gestraft te worden, dan is reeds daardoor dat minimum gerechtvaardigd. (...) Stel u voor dat er een slag geleverd wordt. De heer Heydenrijk dient het vaderland en een van zijn getrouwe en beste vrienden wordt aan zijn zijde volstrekt doodelijk gekwetst (...) De heer Heydenrijk ziet met volkomene zekerheid dat hij zijn vriend niet kan redden, noch zelfs transporteren; dat deze noodeloos nog meer gemarteld zal worden, terwijl hij sprakeloos zijnde, niet kan smeken om het genadeschot. Uit barmhartigheid doet de heer Heydenrijk hem ongevraagd die dienst. Dat is positief een moord. Ware dan 1 dag te laag?' Bij het Tweede Kamerlid Heydenrijk, met wie Modderman debatteer-

175. Bij wijze van uitzondering kennen sommige sancties een relevant minimum. Zo zal de leerstraf een zekere omvang moeten hebben om inhoud te krijgen, terwijl de SOV vermoedelijk op zijn minst een substantiële duur krijgt. Ook de – zelden opgelegde – ontzetting van bepaalde rechten heeft een minimumduur (van twee jaar – art. 31 lid 1 Sr).

176. Voor de strafmotivering kan de maximale geldboete daarbij wel van belang zijn, zie bijv. HR 23 november 1982, NJ 1983, 390.

de, was na dit wel erg persoonlijke voorbeeld het vuur uit zijn oppositie verdwenen.¹⁷⁷

Minister van Justitie Korthals hanteert ruim een eeuw later een andere discussietechniek, maar onderschrijft het uitgangspunt bijna even stellig. Tot herijking van het sanctiestelsel op dit punt ziet Korthals 'geen enkele aanleiding', en daarmee hoopt hij 'overigens definitief af te zijn van de vraag van het CDA of wij bereid zijn in Nederland minimumstraffen in te voeren. Het antwoord daarop is neen en het blijft neen, zij het dat ooit alles in Europees verband tegen het licht zal worden gehouden'.¹⁷⁸

Korthals verwees niet zonder reden naar het Europese kader. In verschillende lidstaten van de EU wordt wel met wettelijke strafminima gewerkt, hetzij voor bepaalde delicten, hetzij in bepaalde omstandigheden, hetzij per soort straf.¹⁷⁹ Bij een toenemende Europese integratie op strafrechtelijk terrein kunnen de Nederlandse straftoemetingenvrijheid en de afwezigheid van relevante wettelijke strafminima onder druk komen te staan. In een recente notitie over Europese strafrechtelijke samenwerking drukte Korthals zich dan ook gematigder uit over de mogelijkheid om minimumstraffen in te voeren, met als steekwoorden 'een terughoudende opstelling' en het in overweging nemen ervan 'als dit de strafrechtelijke samenwerking ten goede komt'.¹⁸⁰

In dit verband is opmerkelijk dat tegenwoordig in de Europese Unie veel wordt gewerkt met 'minimum-maximumstraffen' die voor bepaalde delicten worden afgesproken. Dan wordt dus voorgeschreven welk strafmaximum – tot nu toe geconcentreerd op de vrijheidsstraf – op zijn minst aan een bepaalde delictsomschrijving moet worden verbonden. Zo kan een beperkte gemeenschappelijkheid worden gerealiseerd met behoud van de rechterlijke straftoemetingenvrijheid. Dit minimum-strafmaximum leidt soms wel tot moeilijke afwegingen in internationaal kader – met directe repercussies voor de Nederlandse strafwetge-

177. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel I, tweede druk, Haarlem 1891, p. 154, 155.

178. Kamerstukken II 2000/01, 27 419, nr. 4, p. 23 (overleg over de nota *Sancties in perspectief*). Zie ook de hieraan voorafgaande discussie in *Handelingen II* 2000/01, 19-1414, 1415.

179. Zie bijv. de beschrijving van enkele stelsels in *Trema Straftoemetingsbulletin* 2001, p. 3-27.

180. Brief aan de Vaste Commissie voor Justitie van 5 juli 2001 over Europese strafrechtelijke samenwerking. Die gematigde toon werd ook gekozen door de kamercommissie in de bespreking van de notitie, Kamerstukken II 2001/02, 23 490, nr. 218.

ving.¹⁸¹ In hoeverre dit instrument een voorloper van discussies over minimale bijzondere strafminima zal blijken te zijn, valt nog niet te voorspellen, maar lijkt mij vrij waarschijnlijk. Men streeft immers in de kern naar gemeenschappelijke gemiddelden van strafoplegging (waarbij men dan ook de executie zal moeten betrekken). En het zal erg moeilijk zijn weerstand te bieden aan bijvoorbeeld een internationaal geïnspireerd strafminimum voor terroristische activiteiten.¹⁸²

Naast internationale stimulansen kunnen meer inhoudelijke overwegingen ten gunste van bijzondere strafminima naar voren worden gebracht.¹⁸³ De wetgever kan met dit instrument een democratisch gelegitimeerd signaal aan de rechter afgeven. De generale preventie kan er – in ieder geval in theorie – door worden gediend. Er zou bovendien een basis kunnen worden geboden voor een doorzichtiger, gelijkmatiger en beter gemotiveerde straftoemeting, omdat bijzondere minima de regeling van wettelijke strafverminderinggronden zullen stimuleren en gebruik daarvan de strafmotivering kan verbeteren. En kennen wij voor de meeste delicten niet in feite al bijzondere minima met alle strafvorderingsrichtlijnen en straftoematingsafspraken? Art. 9a Sr over het rechterlijk pardon is een goede bepaling en een treffend symbool, maar wordt zelden toegepast.

Tegenover zulke overwegingen staat echter dat strafminima moeilijk zijn te formuleren in ons sterk gedifferentieerde sanctiestelsel waarin combinatiemogelijkheden vooropstaan. En bij het type delicten waarvoor men doorgaans minima wenst – zoals de zeden- en geweldsdelicten – zijn juist bijzonderheden denkbaar, waardoor het betoog van Modderman nog zeker realiteitswaarde heeft (euthanasie). Tot slot moet ook worden geconstateerd dat er in Nederland geen bestendige behoefte aan verandering op dit punt lijkt te bestaan, mede omdat de toename aan richtlijnen en afspraken een bijdrage levert aan meer gelijkheid, meer doorzichtigheid en meer mogelijkheden voor democratische legitimatie van de straftoemeting (zie nader paragraaf 3.4).

De vrijheid in de straftoemeting, die ik overigens met Modderman principieel juist vind, leidt zeker in het huidige stelsel niet tot vrijblijvende straftoemeting. Modderman benadrukte de straftoemetingsvrijheid eveneens bij zijn toelichting op het nationale karakter van het Wetboek van Strafrecht. In het huidige perspectief van de toenemende

181. Zie bijv. de discussie over de minimale maximum-vrijheidsstraf voor mensensmokkel in Kamerstukken II 2000/01, 23 490, nrs. 6c, 6h en 195.

182. Zie over de aandrang op strafminima ter zake van drugshandel Kamerstukken II 2001/02, 22 112, nr. 213, p. 7.

183. Vgl. P.J.P. Tak, De algemene minimumstraf onder Europese druk?, in: Diversiteit van sanctionering, Deventer 2001, p. 47, 48.

internationale invloed op het strafrecht moet die straftoemingsvrijheid, alles afwegende, mijns inziens inderdaad als een – sterk te beschermen – Nederlands uitgangspunt worden gezien.¹⁸⁴ Wettelijke strafminima horen in ons strafrechtelijk sanctiestelsel niet thuis.

3.2. *Wettelijke strafmaxima*

Gestimuleerd door de Tweede Kamer heeft Minister van Justitie Kort-hals de afgelopen jaren standpunten ingenomen over de strafmaxima die op bijzondere delicten zijn gesteld.¹⁸⁵ Zo'n meer algemene beschouwing over ten dele al lang geldende en overigens steeds partieel gewijzigde wetgeving vind ik op zichzelf erg aansprekend vanuit de wens om de strafwetgeving bij de tijd te houden en legitimatie te verschaffen. Omdat het bijzondere strafmaximum voor OM en strafrechter in theorie een belangrijk democratisch gelegitimeerd baken vormt bij het inhoud geven aan de grote vrijheid in de straftoemeting, is het van belang dat die strafmaxima een adequaat signaal uitzenden. Wanneer de internationale invloed op de bijzondere strafmaxima snel toeneemt (zoals door de minimum-maximumstraffen), is actualisering van de nationale wetgeving op dit punt bovendien nuttig voor een goede positiebepaling in internationaal overleg.

De algemene conclusie van de Minister dat er op het punt van de bijzondere maxima voor de vrijheidsstraf geen grote problemen zijn, lijkt mij plausibel.¹⁸⁶ Een systematisch gezien belangrijke uitzondering is echter het in 1998 op grond van maatschappelijke onrust verhoogde strafmaximum in art. 175 WvW. Sindsdien kan dood door schuld in het verkeer (art. 6 WvW) worden bestraft met maximaal drie jaar gevangenisstraf, welk maximum wordt verdrievoudigd wanneer er – kort gezegd – onder invloed of veel te hard is gereden. Dat strafmaximum

184. Zie de notitie over Eurostrafrecht Kamerstukken II 1998/99, 26 656, nr. 1, en de verklaring bij art. 31 sub e van het Verdrag van Amsterdam (deze bepaling mag niet tot gevolg hebben 'dat een lidstaat waarvan het rechtssysteem niet in minimumstraffen voorziet, verplicht wordt deze aan te nemen').

185. Zie Kamerstukken II 1998/99, 26 564, nr. 1 en 1999/2000, 26 800 VI, nr. 66.

186. Dat geldt ook voor zijn voorstel om de strafmaxima op geweldsdelicten enigszins te verhogen in het licht van 'de maatschappelijke waardering van zinloos geweld'. Wel zouden nog aandacht kunnen verdienen het strafmaximum van art. 140 Sr (dat voor het delict in zijn wezenlijke vorm, substantiële deelname aan maffia-achtige organisaties, aan de milde kant lijkt) en het maximum van art. 141 Sr, waarvan de hoogte moeilijk te plaatsen blijft in verhouding met de verwante delicten uit art. 300 (en alle gekwalificeerde varianten daarvan), 306 en 350 Sr. Bovendien zou nuttig kunnen zijn om binnen het OM te inventariseren of men bij bepaalde delicten tegen het plafond van het strafmaximum aanloopt.

loopt ernstig uit het lood, zowel in vergelijking met de overige culpose gevolgsdelicten en de doleuse geweldsdelicten als gelet op de omvang van de wettelijke strafverzwaring. Een poging om het strafmaximum (alsnog) te rechtvaardigen door de delictsommschrijving aan te scherpen lijkt mij geforceerd.¹⁸⁷ Met de adviescommissie van het OM lijkt mij de conclusie veel meer te zijn dat het strafmaximum bij dit delict, in het bijzonder bij de wettelijke strafverzwarende omstandigheden, 'te ver is doorgeschoten' en als een weeffout in het stelsel moet worden gediskwalificeerd. Een neerwaartse correctie naar bijvoorbeeld vier jaar (gecombineerd met een algemeen strafmaximum van twee jaar) verdient aanbeveling. De strafmaxima van de andere culpose gevolgsdelicten kunnen daarentegen op grond van systematische overwegingen en gewijzigde maatschappelijke omstandigheden en opvattingen enigszins worden verhoogd.

Interessant voor het wettelijk stelsel is dat de Minister in de loop van de parlementaire gedachtewisseling terugkomt op twee eerdere voornemens. Bij nader inzien bestaat er toch weinig behoefte om winkeldiefstal met wettelijke strafvermindering als hedendaagse stroperij aan te merken. De praktijk ondersteunde evenmin de noodzaak van het idee om alcoholgebruik als wettelijke strafverzwarringsgrond bij geweldsdelicten te introduceren omdat zulke bijzondere omstandigheden goed kunnen worden gereguleerd door middel van strafverderingsrichtlijnen en straftoemtingsafspraken. Dit geeft vooral weer goed aan dat in ons sanctiestelsel niet veel behoefte bestaat aan wettelijke strafvermindering- en strafverzwarringsgronden. Het geldende recht behoeft in mijn ogen overigens wel aanpassing aan de tijd. Zo is de wettelijke strafvermindering in art. 314 Sr bij stroperij van onder meer ongesneden veen, plaggen en afgevalen boomvruchten obsoleet, terwijl de wettelijke strafverzwaring bij diefstal 'van vee uit de weide' of 'in een spoortrein die in beweging is' (art. 311 en 312 Sr) in een hedendaags Wetboek van Strafrecht evenmin thuis hoort. Belangrijker is de vraag of de voorbedachte raad nog wel voldoende inhoud heeft voor een zelfstandige wettelijke strafverzwarringsgrond,¹⁸⁸ en zo ja, of dat dan in de juiste delicten is verwerkt.

Bij de geruststellende conclusie van de Minister dat de strafmaxima in het algemeen adequaat zijn geregeld, moet de kanttekening worden gemaakt dat de aandacht was geconcentreerd op de maximale vrijheidsstraf die op de verschillende bijzondere delicten is gesteld. Daar-

187. Daarover bijv. M. Otte, *Opzet en schuld in het verkeer*, Deventer 2001.

188. Vgl. de marginale inhoud ervan in HR 27 juni 2000, NJ 2000, 605.

mee is vooral de maximale geldboete onderbelicht gebleven. Dat kan in het bijzonder tot vragen leiden bij delicten waar veel schade en/of veel wederrechtelijk verkregen vermogen in het spel kan zijn. Is daarbij het doorgaans van de maximale vrijheidsstraf afgeleide maximum voor de geldboete steeds adequaat? De bijzondere maxima voor de geldboete verdienen aparte aandacht.¹⁸⁹ Dat is bijvoorbeeld goed gedaan bij de schuldheiling (art. 417 bis Sr: strafmaximum een jaar gevangenisstraf en geldboete van de vijfde categorie), maar het is de vraag of de vaststelling van het boetemaximum bij elk delict zo zelfstandig heeft plaatsgevonden.

Het maximum voor de geldboete is vooral relevant door de algemene acceptatie van de rechtspersoon als strafrechtelijk rechtssubject en wanneer afroomboetes worden aanvaard en de samenhang van de verschillende vermogensrechtelijke maatregelen met de geldboete wordt benadrukt (vgl. paragraaf 2.4 en 2.5). De bijzondere maxima voor de boete worden mede bepaald door de algemene maxima die in zes categorieën zijn ingedeeld (art. 23 Sr). Nu is voor natuurlijke personen de vijfde categorie (€ 45 000) het maximum, hetgeen voor rechtspersonen tot de zesde categorie (€ 450 000) kan worden verhoogd indien de vijfde categorie op het betreffende feit is gesteld en dat 'geen passende bestraffing toelaat' (art. 23 lid 7 en 8 Sr). Deze plafonds stammen in wezen uit 1983 – ze golden voor wat natuurlijke personen betreft in economische strafzaken al in 1951 – en zijn bij de euro-omrekening om politieke redenen zelfs enigszins verlaagd.¹⁹⁰

Mijns inziens zijn deze maxima op grond van gecumuleerde geldontwaardiging en wellicht ook door een veranderd criminaliteitsbeeld dringend aan modernisering toe. Dat zou ook passen bij de huidige aandacht voor financiële aspecten van criminaliteit, de opkomst van de reparatiegedachte en de gewoon geworden positie van de rechtspersoon in het strafrecht. Ik weet niet in hoeverre hier praktisch gezien al daadwerkelijk knelpunten bestaan – dat zou kunnen meevallen doordat de meerdaadse samenloop voor vermogenssancties geen beperking in de cumulatie aanbrengt – maar een aanmerkelijke verhoging

189. Bij de Wet Vermogenssancties uit 1983 gold dat de maximum-vrijheidsstraf in beginsel bepalend was voor het toepasselijke boetemaximum.

190. Oorspronkelijk was een omrekening voorgesteld die tot een verhoging van 10,19% zou leiden, waarbij werd gesteld dat dat eigenlijk niets om het lijf had 'omdat de daadwerkelijk opgelegde boeten veelal (aanzienlijk) onder het maximum liggen' terwijl ook op de geldontwaardiging sinds de laatste aanpassing werd gewezen, maar na negatieve publiciteit werd 'met het oog op de voorbeeldfunctie van de overheid' besloten tot de huidige omrekening die tot een geringe verlaging leidde (Kamerstukken II 2000/01, 27 472, nr. 3, p. 17, en nr. 7, p. 1).

van de huidige maxima lijkt mij gerechtvaardigd terwijl de huidige eerste categorie van € 225 wel kan worden gemist. Terecht stelde Modderman indertijd als criterium voor het strafmaximum dat men aan het zwaarste geval moest denken. In dat licht lijken de huidige algemene maxima voor de geldboete onvoldoende.

Wanneer men de ontneming meer in de geldboete wil laten opgaan (of in ieder geval de grens tussen die twee sancties minder scherp wil trekken), moet in mijn ogen bovendien onder omstandigheden de gedachte worden losgelaten van een in een vast bedrag gefixeerd maximum, bijvoorbeeld door toelaatbaar te achten dat de geldboete boven het maximum gaat voorzover blijkt dat het wederrechtelijk verkregen voordeel zo omvangrijk is geweest.¹⁹¹ Vergelijkbare overwegingen kunnen gelden bij een eventuele integratie van schadevergoeding en geldboete.

Ook de voor de vrijheidsstraf geldende algemene maxima verdienen misschien wel meer aandacht dan de bijzondere. De Minister stapte naar mijn idee te gemakkelijk heen over de reële vraag van de NVvR naar de toereikendheid van de samenloopregeling 'in geval van het stelselmatig plegen van bepaalde delicten'.¹⁹² Het gaat daarbij meer specifiek om de regeling van meerdaadse samenloop op grond waarvan – kort gezegd – bij berechting van meerdere strafbare feiten de totale vrijheidsstraf het maximum voor het zwaarste feit niet met meer dan een/derde mag overtreffen. De afwijzende reactie van de Minister overtuigt niet. Dat in zulke gevallen art. 140 Sr eveneens van toepassing is, onderstreept vooral het mogelijke belang van het thema. En door de onwenselijkheid te benadrukken van het loslaten van elke begrenzing (strafmaxima zouden dan simpelweg bij elkaar worden opgeteld) miskent hij dat een andere begrenzing dan de huidige aangegeven zou kunnen zijn. Stelselmatig gezien is nu bovendien de discrepantie erg groot met de vermogenssancties die wel onbeperkt kunnen cumuleren (hetgeen dan met een plafond van één jaar ook geldt voor de vervangende hechtenis – en zelfs van zes jaar bij de ontnem-

191. Vgl. art. 6-oud WED ('indien de waarde der zaken waarmede of met betrekking tot welke het economisch delict is begaan of die geheel of gedeeltelijk door middel van het economisch delict zijn verkregen, hoger is dan het vierde gedeelte van het maximum der geldboete, kan de geldboete worden bepaald op ten hoogste het viervoud dier waarde'). Zie ook art. 6 lid 1 WED over de mogelijkheid om één categorie op te schuiven in geval van een hoge waarde van de bij het delict betrokken goederen en het vergelijkbare art. 12 Opiumwet. Krachtens art. 69 lid 1 en 2 AWR mag boven de boetecategorie worden gestraft met, 'indien dit bedrag hoger is, ten hoogste eenmaal het bedrag van de te weinig geheven belasting'.

192. Zie vooral Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI, nr. 66, p. 4, 5.

ming), terwijl evenmin verklaarbaar is waarom bij overtredingen voor vrijheidsstraffen geen cumulatiebeperking geldt.

Volgens de Minister zijn er geen aanwijzingen dat de regeling van de meerdadse samenloop in de praktijk 'maatschappelijk niet toereikend zou zijn', maar daar staat tegenover dat juist de roep om strengere bestraffing bij recidive vrij luid is, ook politiek gezien.¹⁹³ Mij lijkt op zichzelf een ruimere begrenzing dan de huidige te verkiezen, bijvoorbeeld tot op zijn hoogst tweemaal het zwaarste maximum voor de vrijheidsstraf. De inzichtelijkheid van de straftoemeting zou bovendien worden gediend door te bepalen dat ook bij meerdadse samenloop per delict de sanctie moet worden bepaald.¹⁹⁴ Maar een geïntegreerde herziening van samenloop en recidive is nog beter.¹⁹⁵

Hiermee hangt samen de vraag in hoeverre het maximum van de tijdelijke gevangenisstraf nog voldoet. Op grond van art. 10 Sr is dit maximum vijftien jaar of, in geval van meerdadse samenloop of bedreiging met levenslang, twintig jaar. Ik betwijfel of dat nog adequaat is, gelet op bijvoorbeeld de regeling van vervroegde invrijheidstelling, de executiepraktijk en de sterk toegenomen gemiddelde levensverwachting sinds 1886. Dit thema wint aan belang wanneer de TBS sterker met de vrijheidsstraf wordt geïntegreerd, zoals mijns inziens wenselijk is.¹⁹⁶ Een zekere verzwaring van dit algemene maximum (bijv. tot 20 resp. 30 jaar) behoeft overigens niet per se een strafverhogend effect te hebben, omdat het ook kan dienen om levenslange gevangenisstraf te voorkomen.

3.3. Algemene wettelijke bepalingen over straftoemeting?

Op zichzelf is denkbaar dat de wetgever in algemeen zin richting geeft aan de straftoemeting door globaal mogelijk strafverhogende en verlichtende omstandigheden te omschrijven. In dit verband wordt wel

193. Dat blijkt bijv. uit de introductie van de SOV (zie paragraaf 2.3) en uit de breed gedragen motie 'om recidive als algemene strafverzwarringsgrond op te nemen in het Wetboek van Strafrecht, waarbij aan de rechter een motiveringsplicht wordt opgelegd' (Kamerstukken II 2001/02, 27 834, nr. 7).

194. Zo'n aanpassing van art. 57 lid 1 Sr zou bovendien erg bevorderlijk zijn voor de hanteerbaarheid van databanken over de straftoemeting, en strafvorderlijke problemen rond art. 423 lid 4 Sv verhelpen.

195. Zie ook paragraaf 3.5 over de interessante regeling in de huidige strafvorderingsrichtlijnen van het OM. De hele titel over samenloop verdient in mijn opvatting herziening omdat de eendadse samenloop en de voortgezette handeling beter kunnen worden geschrapt (vgl. Materieel strafrecht, Deventer 2000, p. 534-536).

196. Zie nader paragraaf 2.2. Door integratie van de TBS in de vrijheidsstraf wordt bovendien aan het belang van strafmaxima meer recht gedaan.

met instemming verwezen naar de Duitse en Zweedse wetgeving.¹⁹⁷ Ik betwijfel echter of het veel zin heeft dat de wetgever potentiële strafverminderende omstandigheden noemt, zoals provocatie, eigen schade of ietsel voor de verdachte of sterke compassie, en strafverhogende omstandigheden als vergaande onverschilligheid voor de gevolgen, misbruik van de kwetsbaarheid van een slachtoffer of sterke planmatigheid van het delict (enkele aan de Zweedse wetgeving ontleende voorbeelden). Een dergelijk richtinggevend kader geeft weliswaar tot op zekere hoogte een – democratisch gefundeerd – houvast voor de straftoemeting en motivering, maar kan gedetailleerder en flexibeler in OM-strafvorderingsrichtlijnen worden verwerkt – die eveneens van een democratisch fundament kunnen worden voorzien (zie nader paragraaf 3.4).

Een algemeen kader over sanctiedoelen en uitgangspunten zou meer zin kunnen hebben. De rechter wordt immers ook wat dat betreft vrij gelaten. Een studie van De Keijser over opvattingen van strafrechters, die zoveel aandacht heeft getrokken dat er kennelijk een gevoelige snaar mee is geraakt,¹⁹⁸ maakt duidelijk dat niet elke individuele rechter de verschillende doelen in dezelfde rangorde en balans aanvaardt.¹⁹⁹ Daarom bepleit De Keijser dat men in ieder geval binnen de rechterlijke macht moet komen tot nadere consensus over de strafdoelen, tot een 'richtinggevend raamwerk'. Ik vond echter verrassend dat de onderlinge verschillen in opvattingen over strafdoelen geen aantoonbaar verband hielden met de onderlinge verschillen in straftoemeting. Die uitkomst wijst niet op een dringende behoefte aan consensus. Knigge stelt bovendien terecht de indringende praktische vraag hoe men zich moet voorstellen dat rechters op één lijn over de strafdoelen worden gebracht.²⁰⁰ Ook de verenigingstheorie en de meervoudigheid

197. Zie P.J.P. Tak, *Straffen en bestraffen in Duitsland*, Trema Straftoemetingsbulletin 2001, p. 3-8, resp. L. Frijda, *Eventuele Straatsburgse aanbevelingen over straftoemeting*, Trema 1992, p. 94-101.

198. Terecht m.i. in deze zin G. Knigge, *Sancties zonder raamwerk*, RM Themis 2000, p. 281: 'het is alsof het onderhuidse onbehagen met de bestaande praktijk wetenschappelijke erkenning heeft gevonden.'

199. J.W. de Keijser, *Punishment and purpose; from moral theory to punishment in action*, Amsterdam 2000; door de auteur handzaam samengevat in: *De bedoeling van straf in theorie en in praktijk*, Trema 2000, p. 222-226.

200. G. Knigge, *Sancties zonder raamwerk*, RM Themis 2000, p. 281, 282. Hij voegt daar nog de vraag aan toe 'of morele consensus niet de dood in de pot zou zijn; misschien is het maar beter dat het debat over de zin van de straf nooit eindigt en dat de straftoemetingspraktijk de resultante blijft van verschillende – aan verandering onderhevige – opvattingen en inzichten'.

van strafdoelen lijken mij nog belangrijke drempels, terwijl het gewicht van de verschillende doelen per geval sterk kan variëren. Knigge ziet, mede gelet op het legaliteitsbeginsel, hier meer een taak voor de wetgever die een 'consistent uitgewerkt, inzichtelijk en geloofwaardig compromis zou moeten bieden, (...) een raamwerk dat de rechter houvast biedt'. Ook dan rijst wel de praktische vraag waaraan men bij zo'n raamwerk moet denken; een beeld daarvan zie ik eigenlijk niet voor me.²⁰¹ Hoe zou de wetgever bovendien een voorkeur binnen de mogelijke strafdoelen aan de strafrechter met een zekere bindende kracht duidelijk moeten maken? De wetgever kan invloed op de sanctietoemeting uitoefenen door het openstellen van mogelijkheden (nieuwe sancties met een betrekkelijk specifiek doel invoeren, zoals de ontneming, schadevergoedingsmaatregel en SOV) of door beperkingen in de straftoemetingenvrijheid aan te brengen (strafminima of regels als: bij doodslag alleen vrijheidsstraf) en door motiveringseisen te stellen. Maar de mogelijkheden lijken hier per saldo toch beperkt. Datzelfde geldt ten aanzien van een aantal belangrijke vragen zoals: 'Is niet de proportionaliteit, de ernst van het delict in het heersende strafklimaat de eerste maatstaf bij de straftoemeting? Zijn wij het erover eens dat de ernst van het feit de bovengrens van de strafoplegging bepaalt?'²⁰² Ook wat de uitgangspunten en doelstellingen van sanctionering betreft kan de wetgever derhalve het best voor een grote straftoemetingenvrijheid voor de rechter kiezen. Discussie over en beïnvloeding van de straftoemeting kan in mijn ogen beter plaatsvinden via de strafvoorkeursrichtlijnen van het OM die hieronder aan de orde komen.

3.4. Vrijheid en (on)gelijkheid in de straftoemeting

Het geldende en mijns inziens juiste uitgangspunt van grote straftoemetingenvrijheid leidt wel tot het reële risico van wezenlijk ongelijke bestraffing in wezenlijk gelijke zaken. Dat risico realiseert zich ook, zo kan volgens mijn inschatting iedereen met enige praktische ervaring bevestigen (het is eveneens verantwoord empirisch onderzocht). Vanuit het gelijkheidsbeginsel bezien moet zulke ongerechtvaardigde

201. Dat wordt ook geïllustreerd door de (in mijn ogen minder geslaagde, want niets tastbaars opleverende) poging van J.W. de Keijser, *Theoretische reflectie*, DD 2001, p. 390-415. Met De Keijser ben ik het overigens wel eens dat discussie over de strafdoelen op zichzelf belangrijk is. Dat kan bijv. bijdragen aan de verwezenlijking van het belang dat tegenwoordig wordt toegekend aan reparatie en herstel.

202. L. Frijda, *Eventuele Straatsburgse aanbevelingen over straftoemeting*, *Trema* 1992, p. 94-101, met meer van zulke vragen en enkele voorbeelden van buitenlandse wetgeving over dergelijke thema's.

ongelijkheid worden tegengegaan en dat heeft in de afgelopen decennia geleid tot de ontwikkeling van strafvorderingsrichtlijnen voor het OM, soorten afspraken binnen de rechterlijke macht en het opzetten van databanken. Vooral de richtlijnen en afspraken kunnen als eigentijdse regels van het strafrechtelijk sanctiestelsel worden gezien. Dergelijke ontwikkelingen passen overigens binnen het bredere streven naar bevordering van uniforme rechtstoepassing en naar beheersbaarheid van de rechtspleging.

De aanvaarding van de straftoemingsvrijheid als nationaal kenmerk van onze strafrechtspleging kan wezenlijk veranderen wanneer die vrijheid bijvoorbeeld door de rechterlijke macht zelf wordt genormeerd en gereguleerd. Dan rijst immers de vraag of de wetgever niet een democratisch fundament aan die normering mag en misschien zelfs wel moet geven. Want waarom zou de bevoegdheid tot algemene afspraken over een gemiddelde straf bij een bepaald type delict exclusief bij de rechterlijke macht liggen? Zulke afspraken houden nauwelijks verband met de kern van de rechterlijke straftoemingsvrijheid om in een individueel geval in grote vrijheid tot een door de casuïstiek bepaalde straftoemering te komen. De afspraken proberen een negatieve consequentie van die vrijheid – ongerechtvaardigde ongelijkheid – tegen te gaan en gaan juist niet over bijzondere gevallen. Dat de rechterlijke macht zonder bemoeienis van anderen tot gemiddelden, tot algemene regels over de straftoemering in categorieën strafzaken zou mogen besluiten, vind ik moeilijk dwingend te beredeneren.²⁰³

Hiermee hangt de vraag samen wat het fundament van straftoemingsafspraken kan zijn. Asscher stelt mijns inziens met reden dat 'het bereikte resultaat volledig in de lucht hangt, nergens aan refereert. Zo'n resultaat is niet anders dan de min of meer toevallige gemeenschappelijke opvatting van een aantal rechters, die op het moment van de bereikte overeenstemming werkzaam zijn in de strafsectoren van de gerechtshoven en de rechtbanken'.²⁰⁴ Zulke afspraken zijn evenmin goed overeen te brengen met het stelsel van rechtsmiddelen, daargelaten wat de status van dergelijke afspraken voor een individuele strafrechter is. Een ander probleem is de verhouding met de strafvorderingsrichtlijnen. Zulke richtlijnen hebben niet zoveel zin naast rechterlijke afspraken, noch bij overeenstemming noch bij verschil. De OM-richtlijnen, die tot nu toe veel sterker en breder ontwikkeld zijn dan de afspraken, zijn echter niet alleen een gegeven, maar passen ook

203. Voor inhoudelijke kanttekeningen bij de huidige afspraken in de vorm van oriëntatiepunten nader paragraaf 3.5.

204. B.J. Asscher, *Consistente straftoemering: prima, maar hoe?*, NJB 1999, p. 1423, 1424.

bij de huidige organisatie van het OM als bijzonder bestuursorgaan met een meer hiërarchische cultuur en bieden bovendien een goede basis voor een democratische inbedding van de straftoemeting.

Naar welke ontwikkeling moet in dit verband worden gestreefd? Duker heeft een richting bepleit die mij aanspreekt.²⁰⁵ In de eerste plaats verbreedt hij het thema met reden: bij regulering van de straftoemeting gaat het niet alleen om gelijkheid, maar ook om democratische besluitvorming²⁰⁶ en een eerlijke, contradictoire procesvoering.²⁰⁷ Ik wil daaraan doelmatigheid nog toevoegen, een goede werkverdeling tussen in het bijzonder het OM en de rechterlijke macht. Aan deze verschillende waarden kan goed recht worden gedaan door een stelsel waarin de nadruk ligt op a) in bandbreedtes vormgegeven strafverdelingsrichtlijnen voor het OM, b) informatieuitwisseling binnen de rechterlijke macht zoals door een algemeen toegankelijke databank over straftoemeting waarin de nadruk ligt op geselecteerde appeluitspraken, en c) eventueel een motiveringsvereiste wanneer de rechter substantieel afwijkt van de bandbreedte van de OM-richtlijn. Een dergelijk stelsel biedt veel mogelijkheden voor een dynamische samenwerking tussen strafrechter en OM (via welke organisatie democratische inbedding het best kan worden bevorderd) en voor de ontwikkeling van standaarden over de straftoemeting. Het benadrukt bovendien de complementariteit van activiteiten op dit vlak van OM en rechterlijke macht en maakt een praktische indruk.

Voor de strafrechter kan in zo'n systeem diens straftoemettingsvrijheid in individuele zaken beter tot zijn recht komen dan bij straftoemettingsafspraken het geval is, terwijl de verhouding tussen verschillende rechterlijke colleges zuiverder blijft en de onafhankelijkheid beter vorm krijgt, zowel extern als intern ten opzichte van de eigen organisatie (voorspelbaar is immers dat door de Raad voor de Rechtspraak meer nadruk op eenheid zal worden gelegd). De rechterlijke macht zou in deze visie moeten stoppen met de landelijke straftoemettingsafspraken. In plaats van afspraken kan informatie-uitwisseling enige nadruk krij-

205. M.J.A. Duker, *Controle over rechterlijke straftoemeting bij zware misdrijven*, DD 2001, p. 135-156; in: *De verhouding tussen wetgever, Openbaar Ministerie en de rechter bij de straftoemeting*, RM Themis 2001, p. 307-317, verdiept hij zijn pleidooi nog.

206. Ook G. Knigge, *Sancties zonder raamwerk*, RM Themis 2000, p. 281, 282, wijst op de noodzaak van democratische legitimatie van regulering van de straftoemeting; kritisch hierover is J.A.W. Lensing, *Rechter, OM, straftoemeting en democratie*, Trema Straftoemettingsbulletin 2001, p. 73-75.

207. Vgl. het consistente pleidooi voor een contradictoire straftoemettingsprocedure van C. Kelk, bijv. in: *Studieboek Materieel strafrecht*, Arnhem 2001, p. 424-445.

gen, bijvoorbeeld door de opbouw en het onderhoud van een goed geselecteerde en algemeen toegankelijke databank. Om praktisch en dynamisch te blijven moet aan de selectie van uitspraken voor zo'n databank veel zorg worden besteed: een overzienbaar aantal actuele, sprekende en gezaghebbende uitspraken moet het streven zijn. Het doel van een databank is immers niet om precieze gelijkheid te bewerkstelligen, maar om inzicht te verschaffen in de marges, om een kader te bieden. Daarom mag de databank betrekkelijk globaal van opzet en inhoud blijven, hetgeen eveneens past bij ons gedifferentieerde sanctiestelsel met zijn vele combinatiemogelijkheden. Mij lijkt het met Duker in de rede te liggen dat in dit verband vooral voor de appelrechter een belangrijke en omvangrijke (denk aan de permanente opschoning en actualisering) taak is weggelegd.²⁰⁸ Of zo'n databank veel toevoegt aan algemene statische informatie (over gemiddelde strafoplegging voor bepaalde delicten en de spreiding daarin) zal dan overigens nog moeten blijken.

De individuele rechter moet zich met enig houvast vooral kunnen richten op een aan het gelijkheidsbeginsel rechtdoende, goed op het concrete geval toegesneden straftoematingsbeslissing (terwijl gedachten aan 'automatisering' van diens beslissing ver weg kunnen blijven). Veel beter dan in oriëntatiepunten en richtlijnen mogelijk is, kunnen dan daderkenmerken en bijzonderheden van het geval bij de straftoemeting tot hun recht komen: de strafrechter hoeft niet op zoek naar gelijkheid, maar kan juist in een gepaste vrijheid aandacht besteden aan onderscheid.²⁰⁹ Daaraan is veel behoefte, mede omdat de OM-richtlijnen erg geobjectiveerd, daadgericht en strak zijn.

Voor het OM staat in dit model het verder vormgeven en draagvlak creëren voor de strafvorderingsrichtlijnen voorop. Die richtlijnen moeten steeds worden aangepast, ook aan de rechtspraak. Toepassing van de richtlijnen biedt dan de rechter – naast de eventuele gegevens uit zijn eigen databank – een kader om te grote en ongerechtvaardigde ongelijkheid te voorkomen. Daarnaast kan in die richtlijnen beter informatie over bijvoorbeeld executiecapaciteit worden verwerkt. Door

208. Over de rol van de appelrechter ook G.J.M. Corstens, *Eenheid van rechtspraak*, in het bijzonder in de strafrechtspleging, NJB 1998, p. 297-302. De Hoge Raad kan dit thema m.i. het beste zoveel mogelijk aan de feitelijke rechtspraak overlaten, zoals nu ook in grote lijnen het geval is (anders hierover P.J.P. Tak, *Straffen en bestraffen in Duitsland*, Trema Straftoematingsbulletin 2001, p. 3-8). Bij opzet en beheer van zo'n databank kan de Raad voor de Rechtspraak een goed organisatorisch kader bieden.

209. De rechterlijke macht kan zich natuurlijk ook met de algemene inhoud van de richtlijnen bemoeien, hetzij als individuele rechter hetzij als organisatie.

het belang van de strafvorderingsrichtlijnen te benadrukken kan bovendien consistentie met de – feitelijk erg belangrijke – afdoening buiten geding worden nagestreefd. Het OM als hiërarchische organisatie leent zich tenslotte beter voor min of meer dwingende afspraken, en is feitelijk op dit gebied ook veel verder gekomen dan de zittende magistratuur (zie nader paragraaf 3.5).

De democratische inbedding en controle van zulke OM-richtlijnen is aanmerkelijk beter te funderen en vorm te geven dan dat bij afspraken binnen de rechterlijke macht het geval is.²¹⁰ De Minister van Justitie kan immers op de inhoud van de richtlijnen worden aangesproken, en dat kan op verschillende manieren worden uitgewerkt, bijvoorbeeld door afspraken over het voorleggen ervan aan de vaste kamercommissie voor justitie of nog wat verdergaand door ze bij AMvB vast te stellen.²¹¹ Dat biedt het parlement een goed algemeen kader om zich over strafdoelen en straftoemeting uit te laten (nu lijkt men daarvoor soms concrete strafzaken aan te grijpen). Een dergelijke ‘gefilterde invloed’ op de regulering van de straftoemeting (het OM staat op enige afstand van de politiek en de rechter is niet aan de strafvorderingsrichtlijn gebonden) kan aantrekkelijk zijn voor hen die wel enige, maar niet teveel directe politieke invloed op de straftoemeting wensen. En wanneer de richtlijnen op deze manier politieke steun verwerven, neemt de waarde ervan als baken voor de rechter toe. In mijn ogen is zulke legitimatie belangrijk, te meer nu in verschillende voorstellen uit dit preadvies veel aan de rechter wordt overgelaten.

Het bovenstaande model dient diverse waarden. Het geeft een zeker democratisch fundament aan de regulering van de straftoemeting, en het biedt door de openbaarheid van de richtlijnen en van de databank met reden ook aan de verdediging meer helderheid en daardoor meer ruimte dan thans het geval is.²¹² Het lijkt ook een doelmatige verdeling van verantwoordelijkheden en een werkbaar geheel en waarborgt de noodzakelijke dynamiek in de straftoemeting.

Bovendien wordt aan het gelijkheidsbeginsel de voor deze context juiste betekenis gegeven: het tegengaan van aanzienlijke, onverklaarbare verschillen, het binnen aanvaardbare grenzen houden ervan. Dat

210. Zo ook B.J. Asscher, *Consistente straftoemeting: prima, maar hoe?*, NJB 1999, p. 1423, 1424, die een uitgewerkt voorstel doet om van het OM-beleid echt ‘overheidsbeleid’ te maken, en J.M. Reijntjes, *Richtlijnen voor de strafrechter*, NJB 1998, p. 740, 741.

211. Daarover met verder verwijzingen M.J.A. Duker, *De verhouding tussen wetgever, Openbaar Ministerie en rechter bij de straftoemeting*, RM Themis 2001, p. 313.

212. De niet nader toegelichte ‘norm van gelijke berechting in soortgelijke zaken’ (HR 28 januari 1992, NJ 1992, 382) is immers niet bevredigend.

is wezenlijk anders dan precieze gelijkheid, welk begrip niet past bij de ongrijpbare aspecten die de straftoemeting ook heeft.²¹³ In het strafrecht bestaan niet zoveel gelijke gevallen. Ook de twee bestuurders die met een fles wijn op hebben gereden of de twee sociale zekerheids-fraudeurs die zich met een identiek bedrag hebben verrijkt, verschillen relevant in achtergrond, persoon, houding en draagkracht naar tijd en geld, terwijl zelfs hun ogenschijnlijk gelijke daden vermoedelijk van elkaar verschillen. Strikte gelijkheid past niet bij de differentiatie in en combineerbaarheid van strafdoelen en sancties die het huidige stelsel kenmerken en bij het verschillend gewicht dat sancties voor individuen hebben. Daarom zijn bandbreedtes een beter instrument dan vaste uitkomsten of oriëntatiepunten.²¹⁴ Vaste uitkomsten dragen een groot risico in zich van mechanische, starre toepassing. Dat kan tot schijn gelijkheid leiden.

In dit model kan ook de strafmotivering een goede rol vervullen. In de Nederlandse strafrechtspleging blijken wettelijke motiveringsvoorschriften niet echt tot bevredigende en inzichtgevende motiveringen te leiden. Dat geldt niet alleen voor vrij algemene, soms gestandaardiseerd ogende redengevingen, maar ook voor op de casus toegespitste, uitgebreide motiveringen die toch niet duidelijk maken waarom juist deze straftoemeting is gekozen. Dat kan mijns inziens niet wezenlijk worden veranderd omdat het bij de sanctietoemeting in essentie mede gaat om 'imponderabilia'; van motiveringsvoorschriften mag niet worden verwacht dat 'men in een strafvonnis met mathematische trefzekerheid zal kunnen vinden waarom een bepaalde strafsoort en een bepaalde strafmaat is gekozen en geen andere', aldus Minister van Justitie De Ruiter destijds bij de Wet Vermogenssancties.²¹⁵ Bovendien blijft een motiveringsvoorschrift per definitie een indirect en vrijblijvend instrument ter sturing omdat de beslissingsvrijheid niet wezenlijk wordt beperkt.

Maar wanneer in de strafmotivering een substantiële afwijking van de op een richtlijn gebaseerde vordering van het OM moet worden beargumenteerd, kan dat zinvol zijn om ongewenste ongelijkheid tegen te

213. Zo ook M. Otte, De betekenis van een informatievoorziening voor de kwaliteit van de strafmotivering; over reële kansen en kansloze verwachtingen, in: ICT en straftoemeting, Deventer 1999, p. 25-34.

214. Zo ook G. Knigge, De prijs van gelijkheid, RM Themis 1998, p. 209, 210, die als bezwaren tegen strikte gelijkheid nog noemt dat de strafprocedure en de bejegening van de verdachte daarin belangrijk aan waarde inboeten, verharding van het strafklimaat dreigt en overgangsproblemen moeilijk kunnen worden opgelost.

215. Kamerstukken II, 1977/78, 15 012, nr. 3, p. 37.

gaan.²¹⁶ De motivering plaatst de individuele beslissing dan in het beleid. Bovendien wordt door zo'n motiveringsvereiste de vrijblijvendheid van tot op zekere hoogte democratisch gelegitimeerde OM-richtlijnen op een passende manier verminderd, zonder wezenlijke aantasting van de rechterlijke vrijheid. De strafmotivering dient dan tegelijkertijd de dynamiek van het stelsel, doordat de eventuele noodzaak van aanpassing van de strafvorderingsrichtlijn beter te waarderen valt, omdat de rechter duidelijk maakt in hoeverre de afwijking verband houdt met de inhoud van de richtlijn of met de bijzonderheden van het geval. Door de ontwikkeling van een hanteerbare, openbare en gezaghebbende databank worden overigens eveneens mogelijkheden voor een goede motivering geboden.²¹⁷

Moet dit model waarin de nadruk ligt op strafvorderingsrichtlijnen van het OM, informatieuitwisseling binnen de rechterlijke macht en een mede op afwijking van de richtlijn gerichte strafmotivering, beperkt blijven tot bepaalde strafbare feiten? Dat lijkt mij niet het geval. Het argument van Duker (de gevolgen van mogelijke willekeur zijn ingrijpender naarmate de zwaarte van de straffen toeneemt) lijkt mij maar heel betrekkelijk. Bovendien vallen de meeste strafzaken niet in die categorie. Wanneer het model aanspreekt, kan het beter over de gehele linie worden ingevoerd.

3.5. De strafvorderingsrichtlijnen nader bezien

De gedachtewisseling over richtlijnen en afspraken als eigentijdse regels over de straftoemeting heeft zich tot nu toe sterk geconcentreerd op vorm, status en onderlinge verhouding. De inhoud van deze regels verdient echter evenzeer aandacht. In mijn optiek zijn vooral strafvorderingsrichtlijnen van groot belang (mede door de positie van de transactie) en ik zal me dan ook op de inhoud daarvan concentreren.

Het Openbaar Ministerie heeft tegenwoordig veel houvast voor zijn rol in de straftoemeting door een algemeen Kader voor strafvordering, voor diverse delicten uitgewerkte, gedetailleerde strafvorderingsrichtlijnen en een interactief Beslissings-Ondersteuningssysteem (BOS) dat toepassing van de richtlijnen in concrete gevallen vergemakkelijkt

216. Hoe het begrip substantieel precies moet worden uitgewerkt, laat ik nu in het midden. Maar een geringe afwijking valt op zichzelf binnen een aanvaardbare bandbreedte. In vergelijking met de huidige motiveringsvoorschriften zou dan – terecht – ook een substantiële afwijking naar beneden moeten worden gemotiveerd.

217. Nader hierover L. Frijda, *Strafmotivering als onderdeel van een consistente straftoemeting*, Amsterdam 1996.

en tegelijkertijd controle op naleving van de richtlijnen mogelijk maakt en daardoor ook informatie voor aanpassing van de richtlijnen kan genereren. Dit stelsel, dat blijkens het Kader 'een landelijk uniform, eenduidig, directief en samenhangend strafvorderingsbeleid' beoogt, is het (voorlopige) resultaat van ontwikkelingen in de afgelopen decennia waarbij gelijkheid in de vorderingen van de verschillende leden van het OM steeds minder vrijblijvend wordt nagestreefd. Het geheel oogt verfijnd en modern, beoogt innerlijke consistentie, sluit goed aan bij de organisatie van het OM, biedt mogelijkheden voor interactieve werkwijzen en is op hoofdlijnen openbaar.²¹⁸

Het stelsel leent zich hier niet voor een gedetailleerde bespreking, maar roept in het kader van herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel wel diverse vragen op. Wordt bijvoorbeeld niet van een te strikte opvatting van het gelijkheidsbeginsel uitgegaan? De richtlijnen leiden in de huidige vorm tot een vast voorstel voor een vordering. Afwijking daarvan is weliswaar mogelijk, maar moet worden gemotiveerd en wordt geregistreerd. Zo'n systeem stimuleert uniformiteit. Omdat het gelijkheidsbeginsel voor de strafrechtelijke sanctionering mijns inziens vooral betekent dat niet alleen te grote ongelijkheid, maar ook schijn gelijkheid moet worden tegengegaan, gaat mijn voorkeur uit naar een stelsel dat tot bandbreedtes leidt waarbinnen vrij kan worden gekozen. Een belangrijk argument daarvoor is ook nog dat nu kennelijk wordt uitgegaan van een eis die vóór de zitting wordt vastgesteld. Dat is wellicht praktisch noodzakelijk, maar geeft onvoldoende gewicht aan hetgeen ter zitting naar voren komt. Bij bandbreedtes wordt dit bezwaar beter ondervangen. Zou het stelsel van strafvordering derhalve niet beter kunnen leiden tot een bandbreedte voor het betreffende lid van het OM, bijvoorbeeld doordat de uitkomst een gemiddelde weergeeft waaraan automatisch een marge van 25% naar beneden en naar boven wordt toegevoegd? Wanneer het OM binnen die bandbreedte in vrijheid én zonder verplichte motivering de eis zou mogen formuleren, ontstaat mijns inziens een vanuit het gelijkheidsbeginsel bezien verantwoorde ruimte om in een gepaste vrijheid de eigen indruk van de zaak in de eis te verwerken.²¹⁹

De richtlijnen concentreren zich vrijwel uitsluitend op de objectieve zijde van de strafzaak, op (de ernst van) de daad, zo kan als tweede

218. Zie hierover bijv. G. Schurer en R.P.L. van Loon, *Strafvorderingsrichtlijnen in Nederland*, *Trema Straftoematingsbulletin* 2000, p. 9-14.

219. Het interactieve systeem biedt ook dan de mogelijkheid om te onderzoeken of leden van het OM die vrijheid systematisch gebruiken om voor de onder- of bovenkant van de bandbreedte te kiezen.

kanttekening worden opgemerkt.²²⁰ Eigenlijk heeft alleen de recidiveregeling betrekking op de persoon van de verdachte. Misschien is het inderdaad ondoenlijk om diens persoon in algemene richtlijnen te vangen. Maar zou de draagkracht niet in enkele richtsnoeren nader kunnen worden verwoord – waardoor het belang ervan wordt erkend? Het Kader stelt hierover: 'van een geobjectiveerde indicatie van de draagkracht wordt afgezien vanwege de complexiteit die met dit begrip samenhangt'. Dat overtuigt niet echt wanneer men ziet welke fijnmazige en complexe regels over de verschillende aspecten van de daad in diverse richtlijnen zijn vastgesteld. De afwezigheid van de persoonlijke omstandigheden van de dader in de nadere normering pleit er eveneens sterk voor om met bandbreedtes te werken. Nu alleen de ernst van het feit in de richtlijnen is verwerkt, wordt vanuit de strafdoelen bezien de nadruk erg eenzijdig op vergelding en generale preventie gelegd. Dat van de uitkomst gemotiveerd mag worden afgeweken, doet daaraan stelselmatig en – naar te vrezen valt – vooral ook feitelijk gezien niet af. Deze klemtoon op delictevenredigheid past niet goed bij de meervoudigheid van strafdoelen die het huidige sanctiestelsel – terecht – kenmerkt.

In het verlengde hiervan meen ik dat te weinig recht wordt gedaan aan de combineerbaarheid van sancties, terwijl zo'n uitgangspunt van de wetgever toch in de richtlijnen zou moeten worden nageleefd. Het Kader gaat ervan uit dat slechts één (hoofd)straf wordt gevorderd.²²¹ Dat draagt weliswaar bij aan de praktische mogelijkheid om richtlijnen op te stellen, maar leidt tegelijkertijd tot verschraling, doct onvoldoende recht aan de wenselijkheid van maatwerk.²²² Het Kader hanteert vervolgens een rigide rangorde binnen de hoofdstraffen: naarmate het aantal strafpunten oploopt, verschuift de uitkomst van geldboete naar taakstraf tot vrijheidsstraf. Een keuze wordt daarin niet geboden. Die recht-

220. Vgl. de gedetailleerde berekening bij Opiumwetdelicten aan de hand van grammen, pillen en dagen waarop is gehandeld.

221. Dat is weer slecht overeen te brengen met de (voor mij ook overigens niet direct begrijpelijke) weerzin tegen het eisen van een 'kale' geldboete bij rauwelijks dagvaarden. En waarom zou dat slechts aanvaardbaar zijn in combinatie met een bijkomende straf of een maatregel?

222. 'Combinaties van hoofdstraffen of voorwaardelijke hoofdstraffen kunnen in specifieke gevallen voorzien in de behoefte aan maatwerk, zij zijn in de regel minder geschikt voor algemene en geobjectiveerde uitgangspunten', aldus de Aanwijzing Taakstraffen van 1 februari 2001. Diezelfde aanwijzing roept de vraag op waarom bij een verdachte die moeilijk doet over schaderegeling, een taakstraf niet zou kunnen worden gecombineerd met een vermogenssanctie in plaats van de huidige regel dat die houding een indicatie contra een taakstraf – en in dit systeem dus een indicatie vóór een vrijheidsstraf – oplevert.

lijnigheid past niet goed bij het sanctiestelsel en wekt te meer verbazing omdat het Kader een eenduidige omrekenmaatstaf kent (1 sanctiepunt staat voor € 22 boete of 2 uur taakstraf of 1 dag vrijheidsstraf). Dan is meer vrijheid in de keuze van de te eisen soort straf geen probleem. De vaste omrekenmaatstaf is overigens opmerkelijk omdat het sanctiestelsel geen strafeenheden kent. Zij lijkt afgeleid van de huidige regeling van de vervangende hechtenis, maar doet als algemene regel naar mijn mening te weinig recht aan de persoon van de verdachte en is bijvoorbeeld slecht te verenigen met het draagkrachtbeginsel (zie ook paragraaf 1.8).

Wanneer de richtlijnen tot een concrete berekening moeten leiden, worden er per definitie knopen doorgehakt die vragen oproepen die moeilijk van een dwingend beredeneerd antwoord kunnen worden voorzien. Net als bij de straftoemeting zelf geldt dat zelden echt uit te leggen valt waarom bijvoorbeeld een delict of omstandigheid 5 in plaats van 4 punten krijgt. Maar ook met dat besef kunnen bij diverse keuzes in de huidige richtlijnen kanttekeningen worden geplaatst. Zo is voor strafverzwarende omstandigheden op het eerste gezicht het onderscheid erg strikt doorgevoerd tussen basisfactoren (zoals de waarde van goederen, wapengebruik en letsel) die tot een vaste absolute verhoging in punten leiden, en delictspecifieke factoren met een vaste procentuele verhoging tot gevolg. En wat de delictspecifieke factoren betreft: zouden bijvoorbeeld de willekeurige keuze van een slachtoffer, discriminatoire aspecten en de samenhang met een sportevenement niet iets flexibeler moeten worden verwerkt dan met een vaste verhoging van 25%? Het kunnen op zichzelf aansprekende aandachtspunten zijn voor een verhoging van de vordering, maar de wenselijkheid van meer vrijheid en/of van bandbreedtes doet zich hier wel voelen.

Ook de concretisering van de richtlijnen voor bijzondere delicten geeft nogal eens te denken. Is het bijvoorbeeld reëel om aan schennis van de eerbaarheid ten opzichte van slachtoffers jonger dan zestien jaar 10 basispunten te geven (en voor 'agressief en/of hinderend gedrag' daarbij slechts 4 extra punten)? Hoe verhoudt zich dat met de 7 basispunten voor mishandeling of de 10 punten voor openlijk geweld tegen goederen? Dat zijn vragen die moeilijk met onverdeelde consensus kunnen worden beantwoord. Zoals gezegd voorziet het systeem wel in de mogelijkheid van dynamische aanpassing, wanneer tenminste leden van het OM de mogelijkheid om af te wijken ook 'in vrijheid' gebruiken (en de rechter de vordering in de strafmotivering betreft).

Er spelen bij de inhoud van de richtlijnen voor bijzondere delicten ook meer overkoepelende vragen die met algemene leerstukken en de wettelijke regels samenhangen. Zo is in bovenstaand voorbeeld over de

punten voor enkele commune delicten niet inzichtelijk wat de verhouding is met de wettelijke strafmaxima (resp. 3 maanden voor art. 239, 2 jaar voor art. 300 lid 1 en 4 jaar en 6 maanden voor art. 141 lid 1 Sr). Zou voor de onderlinge samenhang tussen de basispunten het stelsel van strafmaxima niet mede richtinggevend moeten zijn?²²³ Algemene leerstukken zijn regelmatig in de richtlijnen verwerkt. Dat medeplichtigheid en poging in beginsel tot een korting van 33% op het behaalde aantal strafpunten leiden, ligt in de lijn van de wettelijke regeling. Dat is echter veel minder het geval bij de verhoging van 25% die vaak aan medeplegen wordt toegekend, nu dergelijk medeplegen immers slechts in uitzonderingsgevallen een wettelijke strafverzwarringsgrond is. Bij valsheid in geschrift met cheques worden de basispunten met 50% verhoogd voor elke extra cheque – voorzover het tenminste gaat om ‘één wilsbesluit’. Dat verhoudt zich op het eerste gezicht slecht met de eendaadse samenloop en de voortgezette handeling uit art. 55 lid 1 en 56 Sr.

In de richtlijnen wordt in het algemeen als (nogal mild) uitgangspunt gehanteerd dat – als ik het goed begrijp: delictspecifieke – recidive binnen vijf jaar tot 10% verhoging van de strafpunten leidt bij eenmalige recidive en tot 20% verhoging bij meervoudige recidive (en dan moet ook worden gedagvaard). Daarnaast geldt de regel: ‘indien sprake is van meer feiten binnen één strafdossier, dan wordt per feit het aantal strafpunten uitgerekend en vervolgens worden die aantallen bij elkaar opgeteld.’ In de derde plaats is van belang dat wordt uitgegaan van ‘het afnemend strafnut van een steeds zwaardere sanctie’. Daarom leidt een toenemend aantal strafpunten tot een zekere matiging van het aantal ‘sanctiepunten’ op grond waarvan uiteindelijk de vordering van het OM wordt berekend (deze kwantumkorting loopt in de hoogste schaal op tot 75%). Dit betrekkelijk genuanceerde systeem wijkt af van de regeling van de meerdaadse samenloop in art. 57-63 Sr (die regeling beperkt bij gelijktijdige berechting alleen de maximale vrijheidsstraf, maar dan ook in vrij sterke mate), terwijl de wettelijke regeling van specifieke recidive veel beperkter van reikwijdte is.²²⁴ Dat levert spanning op – die wat mij betreft overigens vooral aangeeft dat de wettelijke regeling op dit punt verbetering en aanpassing aan hedendaagse opvattingen behoeft (zie ook paragraaf 3.2).

223. Vgl. ook de verhouding tussen een kale mishandeling (7 basispunten; strafmaximum 2 jaar) en mishandeling met zwaar lichamelijk letsel (35 extra punten; strafmaximum 4 jaar).

224. Vgl. art. 421-423 Sr en enkele bijzondere delicten zoals art. 184 lid 4 Sr, en uitgebreider hierover A.M. van Woensel in Tekst en Commentaar Strafrecht, aant. 4 op art. 421-423.

Minder juist lijkt mij de wezenlijk verschillende behandeling van economische delicten (milieudelicten daaronder begrepen) in vergelijking met commune delicten. 'Ongeacht de mate van recidive' wordt bij economische delicten een transactie aangeboden. En wanneer de zaak toch aan de rechter wordt voorgelegd, mag worden volstaan met het eisen van een 'kale geldboete' – dat mag bij commune delicten slechts wanneer de verdachte een rechtspersoon is. Voor de economische delicten geldt bovendien niet de regel van het afnemend grensnut van de sanctie 'gezien de aard van de delicten; op grond van de economische basis van die delicten is de sanctie daar tevens gebaseerd op het (beoogde) economische voordeel', aldus het Kader. Deze motivering overtuigt niet. Dergelijke economische aspecten zijn immers ook sterk te onderkennen aan vormen van commune criminaliteit (en aan drugscriminaliteit). En wanneer het om de berekening van een eis tot een vrijheidsstraf gaat, geldt de redenering van het afnemend strafnut ook voor economische delicten. De argumentatie is tenslotte moeilijk overeen te brengen met de ontnemingsmaatregel – maar geeft tegelijkertijd aan dat de samenhang van die maatregel met de vermogensstraffen moet worden benadrukt.

Al met al roepen de huidige strafvorderingsrichtlijnen van het OM dus diverse inhoudelijke vragen op. Discussie daarover is nodig omdat deze richtlijnen feitelijk een erg belangrijke plaats in de huidige strafrechtspiegeling innemen – en dat in mijn optiek ook in de toekomst moeten doen. Wanneer consensus bestaat over het belang van een Kader voor de strafvordering en daarop gebaseerde richtlijnen, mede in vergelijking met de wettelijke regeling van strafminima en -maxima en met straftoemtingsafspraken, dan verdienen ze ook de volle aandacht. De interne dynamiek van het stelsel is een belangrijk pluspunt – BOS dient immers niet alleen de mijns inziens terechte wens tot controle op en sturing van individuele leden van het OM,²²⁵ maar zeker ook de mogelijkheid om door gemotiveerde afwijkingen de inhoud van de richtlijnen te verbeteren. Die dynamiek moet ook door externe stimulansen worden gevoed.

In vergelijking met het resultaat dat het OM met veel inspanning met deze strafvorderingsrichtlijnen heeft geboekt, valt niet mee wat de zittende magistratuur tot nu toe met straftoemtingsafspraken heeft bereikt. Slechts voor enkele veel voorkomende delicten zijn 'oriëntatie-

225. Zo versta ik tenminste G. Schurer en R.P.L. van Loon, *Strafvorderingsrichtlijnen in Nederland*, Trema Straftoemtingsbulletin 2000, p. 9-14: 'door middel van management-informatie ontstaat inzicht in de naleving (...); op gedetailleerd niveau informatie te verkrijgen over (...) compliance rate, waardoor systematische sturing op het gebruik van richtlijnen mogelijk is geworden.'

punten' ontwikkeld.²²⁶ In vergelijking met de OM-richtlijnen voor deze delicten zijn die oriëntatiepunten erg grof. Vrijwel alleen de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf komt aan bod en buiten voor de hand liggende ijkpunten als ernst van het letsel, vorm van geweld, buit, duur of gewicht van drugshandel worden de omstandigheden van het feit niet uitgewerkt en dat geldt al helemaal voor de persoon van de verdachte. Ook openbaarheid, systematische interne feedback en bijstelling lijken nog weinig ontwikkeld.²²⁷ Statistische informatie over gemiddelde strafoplegging zou eenvoudiger en functioneler kunnen zijn. Bij de door mij in de vorige paragraaf bepleite afbouw van straftoemingsafspraken zou al met al niet zoveel verloren gaan.

Slotopmerking

Terugkerend naar de algemene vraag of het strafrechtelijk sanctiestelsel moet worden herzien, hoop ik in dit preadvies aannemelijk te hebben gemaakt dat een integrale herziening inderdaad wenselijk en mogelijk is. Het voorafgaande bevat daartoe ook diverse suggesties voor die onderdelen van het sanctiestelsel waarop dit preadvies betrekking had. Juist door de aanpak van enkele fundamenteën kan de wens uit de nota *Sancties in perspectief* naar een adequaat stelsel dat goed bij de tijd is, dichterbij komen. Meer consistentie, doelmatigheid en rechtvaardigheid zijn daarbij met erkenning van de complexiteit van de problematiek haalbaar. Wanneer men het eens zou worden over hoofdlijnen van een eigentijds stelsel, kunnen meer gedetailleerde problemen beter worden opgelost dan binnen het huidige stelsel; nu wordt er in mijn ogen te vaak op onderdelen werk verzet waarbij veel inspanning geen optimaal resultaat geeft. In de goede traditie van de NJV²²⁸ roep ik dan ook op tot een stelselmatige herziening door de wetgever van het strafrechtelijk sanctiestelsel.

226. Zie voor een overzicht van de belangrijkste ontwikkelde oriëntatiepunten Th.A. de Roos en G.K. Schoep, Samenwerkend straffen – coördinatie van straftoemering in een eerlijk proces, in: Rechterlijke samenwerking, Deventer 2001, p. 33-48.

227. Zo ook J.A.W. Lensing, Rechter, OM, straftoemering en democratie, Trema Straftoemingsbulletin 2001, p. 71, 72, die terecht nog wijst op de gebrekkige motivering die aan de huidige afspraken ten grondslag wordt gelegd, en de onvoldoende aandacht voor algemene uitgangspunten voor de straftoemering.

228. Zie het mooie overzicht met veel aandacht voor strafrechtelijke sancties van J.H.A. Lokin en C.H.J.H. Jansen, Tussen droom en daad, Zwolle 1995, p. 177-204 en 249-268.

Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie

Mr. F.W. Bleichrodt

Inhoud

<i>Woord vooraf</i>	91
<i>Historisch perspectief</i>	92
2.1 Het strafstelsel van 1881/1886	92
2.2 Uitbouw sanctiestelsel	94
2.3 Historisch perspectief	96
<i>Wankelende uitgangspunten</i>	97
3.1 Het stelsel onder druk	97
3.2 Trias poenalis	98
3.2.1 De wetgever formuleert de toe te passen sancties	98
3.2.2 De rechter bepaalt de sanctie	100
3.2.3 Het openbaar ministerie legt de sanctie ten uitvoer	105
3.3 Maatgevende onderverdelingen van sancties	107
3.3.1 Straf en maatregel	108
3.3.2 Voorwaardelijk en onvoorwaardelijk	113
3.3.3 Vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking	117
3.3.4 Andere onderverdelingen	120
3.3.5 Tussenbalans; de diagnose	122
<i>De uitgangspunten in de revisie</i>	123
4.1 De nota <i>Sancties in perspectief</i>	123
4.1.1 Inhoud	124
4.1.2 Reactie	126
4.1.3 Conclusie	130
4.2 Aanknopingspunten voor een herijking	130
4.2.1 Inleidings	130
4.2.2 Straf en maatregel	131
4.2.3 Rechter en administratie	135
4.2.4 De vrijheidsstraf	138
4.2.5 Een verscherpte vorm van de voorwaardelijke vrijheidsstraf	141

Het strafrechtelijk sanctiestelsel in de revisie

<i>Toetsing en uitwerking</i>	145
5.1 Inleiding	145
5.2 Vrijheidsbeperking en vrijheidsontneming	145
5.2.1 De werkstraf en het volgen van een leerproject	145
5.2.2 Voorwaardelijke veroordeling en de verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf	149
5.2.3 Voorwaardelijke invrijheidstelling	152
5.2.4 Terbeschikkingstelling	155
5.2.5 Strafrechtelijke opvang verslaafden	157
5.3 Vermogenssancties	159
5.3.1 Schadevergoeding	159
5.3.2 Draagkracht en betalingsonmacht	161
5.3.3 Vervangende hechtenis bij vermogenssancties	162
<i>Afronding</i>	164

Woord vooraf

Het strafrechtelijk sanctiestelsel staat volop in de wetenschappelijke en de politieke belangstelling. Dat is lange tijd anders geweest. De wetgever heeft het sanctiestelsel in de loop van de vorige eeuw niet ongemoeid gelaten: het aantal sancties werd uitgebreid, de mogelijkheden om sancties te combineren werden verruimd en de tenuitvoerlegging van met name de vrijheidsbenemende straffen werd meer en meer gedifferentieerd. Deze soms ingrijpende veranderingen in ons sanctierecht zijn echter veelal doorgevoerd zonder een bezinning op de grondslagen van het stelsel als zodanig en zonder een fundamentele beschouwing over de onderlinge verhouding van de verschillende sancties. Daardoor is het stelsel uit zijn voegen gegroeid.

Als een stelsel uit zijn voegen groeit, is de tijd rijp voor een herbezinning. Daarbij zal moeten worden gezien in hoeverre de fundamentele die eens als dragers van het stelsel werden gezien, ook in ons geëvolueerde stelsel kunnen voldoen. De vraag rijst of zich nieuwe, betere uitgangspunten aandienen dan de uitgangspunten die onder druk zijn komen te staan.

In dit preadvies wordt ingegaan op enkele belangrijke uitgangspunten van ons sanctiestelsel die onder druk staan. Eerst zal een historisch perspectief worden geschetst, waaruit de – grofweg – tweeledige historische grondslag van ons stelsel blijkt. Vanuit dit perspectief zijn enkele grondslagen van het huidige stelsel beter te begrijpen. Bij de bespreking van de ‘wankelende uitgangspunten’ staan twee elementen voorop die voor elk sanctiestelsel van wezenlijk belang zijn: de verhouding tussen de verschillende instanties die bij de strafrechtspleging zijn betrokken en de onderlinge verhouding van de verschillende sancties. Vervolgens wordt gezien in hoeverre de uitgangspunten van ons stelsel aan vervanging toe zijn dan wel de huidige verdeling van taken en bevoegdheden enerzijds en de ordening van de verschillende sancties en modaliteiten anderzijds juist in sterkere mate op de bestaande uitgangspunten dienen te worden afgestemd. In dit verband wordt ook aandacht besteed aan de nota *Sancties in perspectief* van de minister van Justitie, waarin voorstellen worden gedaan met het oog op een herziening van het strafrechtelijk sanctiestelsel.¹

Bij een dergelijke opzet moeten keuzes worden gemaakt die samenhangen met het veelomvattende onderwerp en met de wenselijkheid van een zekere mate van verdeling van onderwerpen tussen de preadviseurs.

1. *Sancties in perspectief*, Belcidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsheperkende straffen bij volwassenen, Den Haag: SDU 2000.

In verband hiermee blijft de verhouding tot het bestuursrechtelijk sanctiearsenaal buiten beschouwing, evenals het penitentiair jeugdrecht. Onderwerpen als de strafmaxima en –minima, de samenloopregeling en gedane voorstellen om de ongelijkheid in de straftoemeting terug te dringen blijven eveneens onaangeroerd. Aan de ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel wordt relatief weinig aandacht besteed. Ook met inachtneming van deze grenzen resteert een omvangrijk onderzoeksgebied voor een beperkt aantal pagina's. Deze omstandigheid heeft gevolgen voor de wijze van behandeling. Voetnoten zijn tot een minimum beperkt. Het preadvies bevat een betoog dat niet vaak wordt onderbroken door discussies met andere auteurs. Het is onvermijdelijk dat met deze aanpak wel eens een nuance verloren gaat en dat sommige interessante, afwijkende visies onbesproken blijven.

Historisch perspectief

2.1 Het strafstelsel van 1881/1886

Het Wetboek van Strafrecht (Sr) van 1881, ingevoerd in 1886, was vermaard om zijn sobere en relatief milde strafstelsel. De terughoudendheid die de wetgever in acht had genomen springt in het oog wanneer dit strafstelsel wordt gezien tegen de achtergrond van de penitentiaire ontwikkelingen in de negentiende eeuw. Het wetboek verving de uit de tijd van de Franse overheersing stammende Code pénal, die op zijn beurt in menig opzicht was gebaseerd op het Franse recht van vóór de revolutie. Mildheid was daarin ver te zoeken. In de Ordonnantie van 1670 waren de volgende straffen opgenomen: 'doodstraf, folter bij achterhouding van bewijzen, galeistraf voor bepaalde duur, gescelling, openbare schuldbelijdenis, verbanning.'²

In de loop van de negentiende eeuw waren veel scherpe kantjes van het strenge Franse stelsel afgeslepen. Zo werden de lijfstraffen en het brandmerk uit ons strafstelsel verbannen, terwijl eveneens een einde werd gemaakt aan de mogelijkheid een veroordeelde op het schavot te pronk te stellen.³ De doodstraf werd – althans voor het commune recht – in 1870 afgeschaft.⁴

Tegen de achtergrond van deze roerige penologische ontwikkelingen, is het strafstelsel van 1881/1886 van een weldadige eenvoud, over-

2. Zie Michel Foucault, *Discipline, toezicht en straf. De geboorte van de gevangenis*, Historische Uitgeverij Groningen: Groningen 1989 (oorspr.: 1975), p. 48.

3. Wet van 29 juni 1854, S 192.

4. Wet van 17 september 1870, S 162.

zichtelijkheid en terughoudendheid. Het Wetboek behelsde in beginsel een codificatie van het gehele materiële strafrecht, hetgeen zich onder meer uitte in een stelselmatige ordening van de daarin opgenomen straffen.⁵ De ontwerper van het Wetboek had gekozen voor een beperkt en daardoor overzichtelijk aantal straffen, gebaseerd op een 'klassieke' opvatting over de betekenis van straffen. In dit stelsel werd de nadruk die de wetgever wenste te leggen op evenredigheid van de ernst van het feit en de toe te passen straffen weerspiegeld. Centraal stond het uitgangspunt dat naarmate het aantal straffen beperkter is, de straffen onderling beter met elkaar kunnen worden vergeleken.⁶

Het wetboek kende drie hoofdstraffen: gevangenisstraf, hechtenis en geldboete. Verder was voorzien in vier bijkomende straffen: ontzetting van bepaalde rechten, verbeurdverklaring, openbaarmaking van de rechterlijke uitspraak en de plaatsing in een rijkswerkinrichting. De 'plaatsing in een krankzinnigengesticht' was de enige maatregel die in het wetboek was opgenomen. Van een dogmatisch gefundeerd tweesporenstelsel, bestaande uit straffen en maatregelen, kon evenwel niet worden gesproken: de maatregel was bij amendement en louter vanwege proceseconomische overwegingen in het sanctiestelsel opgenomen. De vrijheidsstraffen waren de belangrijkste straffen in het Wetboek van Strafrecht van 1881/1886. De ontwerper van het wetboek achtte gevangenisstraf de aangewezen straf voor opzettelijk begane misdrijven. Als al een geldboete voor dit type delicten kon worden opgelegd, was het boetemaximum veelal dermate laag gesteld dat deze straf in geen redelijke verhouding stond tot het gepleegde delict. Oplegging was derhalve weinig aantrekkelijk. Hechtenis en geldboete waren de aangewezen straffen bij culpose misdrijven en overtredingen.

De rechter had in het stelsel van 1881/1886 een centrale positie: hij legde de straf op en kon zodoende invulling geven aan de door de ontwerper van het wetboek nagestreefde evenredigheid tussen delict en straf. De wetgever had de bandbreedte van de rechterlijke vrijheid evenwel smal gemaakt. De rechter kon kiezen uit een beperkt aantal straffen, de wetgever had de oplegging van bepaalde straffen veelal gebonden aan bepaalde delicten of delictsoorten en de hoofdstraffen konden niet gezamenlijk worden opgelegd. Ook de wijze van tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf was door de wetgever binnen enge grenzen gehouden. De mildheid van het stelsel als zodanig weerspiegelde zich niet in de wijze van tenuitvoerlegging. De wetgever had gekozen voor een stelsel van eenzame opsluiting. Door middel van

5. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 59.

6. H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, deel 1, tweede druk, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink, 1891, p. 16.

afzondering van andere gedetineerden zou 'criminele besmetting' kunnen worden voorkomen, zou de gedetineerde mogelijk tot 'zedelijke verbetering' kunnen komen en zou de gevangenisstraf daadwerkelijk als straf worden gevoeld. Behoudens in de wet voorziene uitzonderingsgevallen, dienden gevangenisstraffen van ten hoogste vijf jaren in afzondering te worden ondergaan, terwijl de tenuitvoerlegging van langere straffen gedurende de eerste vijf jaren eveneens door middel van eenzame opsluiting plaatsvond. Aansluitend vond tenuitvoerlegging in de regel in gemeenschap plaats.

In het wetboek was dan ook een principiële keuze gemaakt voor de cellulaire tenuitvoerlegging. Deze keuze werd breed ondersteund, ondanks de groeiende internationale kritiek op deze wijze van tenuitvoerlegging en ondanks de ook in Nederland toegenomen aantallen zelfmoorden en gevallen van krankzinnigheid onder gedetineerden.⁷ Zowel de tenuitvoerlegging in afzondering, als die in gemeenschap betekende opsluiting in een gevangenis. Het wetboek voorzag niet in vrijheidsbeperking als wijze van bestraffing. Wel had een omstreden voorstel van de minister tot invoering van de voorwaardelijke invrijheidstelling (v.i.) de eindstreep gehaald. Volgens minister Modderman kon door toepassing van v.i. de overgang van detentie naar vrijheid voor gedetineerden tot een enigszins langdurige straf meer geleidelijk worden gemaakt. De terughoudende ontvangst van dit voorstel door het parlement kwam tot uitdrukking in de strenge toepassingscriteria die uiteindelijk in het wetboek werden neergelegd. V.i. was eerst mogelijk na drievierde van de straftijd en nadat de gedetineerde minimaal drie jaren in de gevangenis had doorgebracht.

2.2 Uitbouw sanctiestelsel

Reeds in het eerste decennium van de twintigste eeuw bleek de terughoudendheid die de wetgever had betracht in sommige opzichten te zeer te knellen. De wens tot uitbouw van het sanctiestelsel werd voor een belangrijk deel gevoed door de toegenomen acceptatie van de ideeën van de Moderne Richting in het strafrecht. De vergaderingen van de NJV van eind negentiende/begin twintigste eeuw zijn hiervoor illustratief.⁸ Niet in de laatste plaats doordat één van de voorvechters

7. Zie voor een indringende beschrijving: H. Franke, *Twee eeuwen gevangen*, Utrecht: Het Spectrum 1990, p. 402 e.v.

8. Zie voor een overzicht: Strafrecht: De invloed van het 'moderne' denken op de strafrechtspleging, in: J.H.A. Lokin en C.J.H. Jansen, *Tussen droom en daad*, De Nederlandse Juristen-Vereeniging 1870-1995, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 177-204.

van de Moderne Richting, prof. G.A. van Hamel, gedurende vijftig jaar fungeerde als 'de spil' van de NJV⁹, was de NJV een belangrijke motor bij de implementatie van onderdelen van het sanctiestelsel die konden worden herleid tot het gedachtegoed van de Moderne Richting.

De ideeën van de Moderne Richting stonden voor een belangrijk deel haaks op de uitgangspunten van het klassiek georiënteerde Wetboek van Strafrecht, waarin de vergelding van verwijtbaar begaan onrecht en de evenredigheid tussen strafbaar feit en straf op de voorgrond stonden. In de gedachtegang van de Moderne Richting werd deze dogmatische opvatting over straffen vervangen door een systeem waarin de straf vooral werd gezien als een middel tot bescherming van de samenleving tegen de dader van het strafbaar feit. De straf diende in deze visie op de individuele dader te worden afgestemd. Daartoe diende criminologisch onderzoek te worden gedaan naar de oorzaken van het criminele gedrag, waarbij sociale omstandigheden en biologische factoren ('Lombroso-type') werden onderzocht.¹⁰ De straf zou aldus geïndividualiseerd moeten zijn en de rechter zou daartoe een grote mate van vrijheid in het kader van de straftoemeting moeten toekomen. De aanhangers van de Moderne Richting waren in het algemeen afkerig van de korte vrijheidsstraf, die in hun visie afschrikte noch verbeterde. De keerzijde daarvan was dat 'onverbeterlijken' onschadelijk dienden te worden gemaakt door zeer lange vrijheidsbeneming die, uit klassiek oogpunt, niet meer in een redelijke verhouding tot het begane feit stond.

Ons huidige sanctiestelsel is niet te begrijpen zonder de invloed van de Moderne Richting te onderkennen. De Moderne Richting vormde het theoretisch fundament voor verschillende ingrijpende wijzigingen in de eerste helft van de twintigste eeuw, die met name in het teken stonden van het streven tot terugdringing van recidive. Het sanctiestelsel voor minderjarigen, zoals voorzien in de Kinderwetten 1905, vormde daarvan het eerste uitgesproken voorbeeld. Voor het volwassenenstrafrecht kan worden gewezen op de invoering van de voorwaardelijke veroordeling in 1915 – samen met de uitbreiding van het toepassingsgebied van de voorwaardelijke invrijheidstelling – en de inwerkingtreding van de Psychopathenwetten van 1925 en 1928, waarbij de mogelijkheid werd geopend geheel of verminderd toerekenbare

9. Lokin en Jansen, a.w., p. 207.

10. Het voert in dit kader te ver in te gaan op de vele onderscheidingen en onderlinge meningsverschillen binnen de Moderne Richting. Zie voor een handzaam overzicht: M.S. Groenhuijsen en D. van der Landen (red.), *De moderne richting in het strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1990.

delinquenten met het oog op de beveiliging van de samenleving ter beschikking van de regering te stellen.¹¹

De invoering van de voorwaardelijke veroordeling vormde een belangrijk ijkpunt in de ontwikkeling van het isoleren van veroordeelden van de samenleving naar het integreren van de sanctietoepassing in de samenleving. Deze ontwikkeling is ook zichtbaar bij de veranderingen in de wijze van tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf. De schadelijke effecten van eenzame opsluiting op gedetineerden werden in de loop van de twintigste eeuw steeds breder onderkend. Ook in het kader van de tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf werd gezocht naar mogelijkheden de sanctie beter te laten aansluiten op het leefritme in de samenleving. Daardoor werd het uitgangspunt van eenzame opsluiting veranderd in dat van tenuitvoerlegging in gemeenschap. De tenuitvoerlegging werd gedifferentieerd: inrichtingen met verschillende bestemmingen werden bestemd voor verschillende categorieën gedetineerden.¹² In de tweede helft van de twintigste eeuw is deze differentiatie doorgezet. Met het oog op de wettelijk verankerde plicht tot het bevorderen van de terugkeer van de veroordeelde in de samenleving, ontstonden – voor gedetineerden die daarvoor in aanmerking kwamen – steeds opener vormen van detentie. De eenzame opsluiting werd in een eeuw vervangen door een wijze van tenuitvoerlegging waarin de gevangenisstraf in sommige gevallen slechts een symbolische waarde hebben.

2.3 Historisch perspectief

De uitgangspunten van ons huidige sanctiestelsel zijn slechts ten volle te verklaren uit de historische context. Daarbij staat het Wetboek van Strafrecht van 1881/1886 centraal. Dit is tot stand gekomen na een herbezinning op het gehele sanctiestelsel. Trefwoorden van dit stelsel waren: eenvoudig, relatief mild, retrospectief in de nadruk op de evenredigheid van de straf en de ernst van het feit en eenvormig in de wijze van tenuitvoerlegging. Deze uitgangspunten zijn, in het bijzonder onder invloed van het gedachtegoed van de Moderne Richting, geëvolueerd. De uitgangspunten van ons sanctiestelsel zijn met name te begrijpen tegen de achtergrond van die van de ontwerper van het Wetboek van Strafrecht van 1881/1886 en van de Moderne Richting. Deze uitgangspunten stonden voor een belangrijk deel haaks op elkaar.

11. Zie nader: A.M. van Kalmthout, De moderne richting en het Nederlandse sanctiestelsel, in: Groenhuijsen en Van der Landen, a.w., p. 195-220.

12. Zie nader: P.C. Vegter, Vormen van detentie (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1989.

Noemde minister Modderman tijdens de beraadslagingen over het ontwerp-Wetboek van Strafrecht de zogenoemde verbeteringstheorie nog 'de absurditeit zelve',¹³ de ideëën van de Moderne Richting legden juist in hoge mate de nadruk op verbetering van de veroordeelde met het oog op het tegengaan van verder strafbaar gedrag. Deze bijna toegestelde uitgangspunten moesten wel leiden tot spanning in het sanctiestelsel. Deze spanning kon ten dele worden ondervangen door het tweesporenstelsel: naast de op het verleden gerichte straf, die in het Wetboek van Strafrecht van 1881/1886 centraal stond, kwam de beveiligingsmaatregel, die in het bijzonder het gedachtegoed van de Moderne Richting weerspiegelde. Ook de sterk toegenomen rechterlijke vrijheid in het kader van de straftoemeting is te begrijpen tegen de achtergrond van de groeiende invloed van de Moderne Richting. Naast deze twee hoofdrichtingen die ten grondslag liggen aan ons sanctiestelsel, zou gewezen kunnen worden op de ontwikkeling in het strafrecht waarbij meer aandacht uitgaat naar de positie van het slachtoffer. De wetgever heeft voorzien in een afzonderlijke schadevergoedingsmaatregel als zelfstandige strafrechtelijke sanctie. Ook de maatregel ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel past in een ontwikkeling waarbij herstel van het door het strafbare feit begane onrecht een meer prominente plaats heeft gekregen in het strafrechtelijk sanctiestelsel.

Wankelende uitgangspunten

3.1 Het stelsel onder druk

Alvorens in te gaan op de vraag naar de wenselijkheid van een herijking van ons sanctiestelsel, dient zicht te worden verkregen op de uitgangspunten van ons huidige stelsel. Hieronder worden enkele uitgangspunten van ons sanctiestelsel onderscheiden. Een uitputtende opsomming wordt niet gegeven. Een streven naar volledigheid zou het doel van dit preadvies voorbij schieten. Een aantal uitgangspunten is niet onder druk komen te staan. Dat een sanctie niet het leven van de veroordeelde mag ontnemen en dat het toebrengen van fysiek letsel niet als legitiem oogmerk van een sanctie kan worden aangemerkt, mag als een belangrijke grondslag worden gezien die niet ter discussie staat. In het onderstaande wordt dan ook een beperking aangebracht tot enkele uitgangspunten, zonder welke het huidige sanctiestelsel niet

13. Smidt, a.w., p. 153.

is te begrijpen, maar die elk door ontwikkelingen binnen dat sanctiestelsel zodanig onder druk zijn komen te staan dat het stelsel aan helderheid heeft ingeboet. Daarbij worden twee categorieën onderscheiden. In de eerste plaats ga ik in op de uitgangspunten die samenhangen met de onderlinge verhouding tussen de verschillende organen in het kader van de strafrechtspleging (de 'trias poenalis'). Vervolgens wordt aandacht besteed aan de uitgangspunten die zijn toegespitst op de onderlinge verhouding tussen de verschillende sancties.

3.2 Trias poenalis

3.2.1 De wetgever formuleert de toe te passen sancties

Het legaliteitsbeginsel behoort tot de klassieke pijlers van ons strafrecht. Op nationaal niveau heeft het zowel in art. 16 van de Grondwet (GW) als in art. 1 Sr erkenning gevonden. Ook in art. 7, eerste lid, Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is het beginsel verankerd. Onderdeel van het legaliteitsbeginsel vormt het adagium *nulla poena sine lege*, oftewel: geen straf zonder wet. Jonkers legt dit adagium aldus uit, dat de wetgever het sanctiestelsel regelt en bepaalt ter zake van welke strafbare feiten welke sancties mogen worden opgelegd. De rechter mag niet buiten de bestaande wettelijk geregelde sancties om nieuwe straffen of maatregelen in het leven roepen, noch mag hij bestaande sancties toepassen ter zake van een delict waarop die sanctie niet is gesteld.¹⁴ Het beginsel is nauw verbonden met het beginsel van rechtszekerheid en het belang van het voorkomen van een willekeurige bestraffing.

In de nota *Sancties in perspectief* wordt het beginsel van legaliteit in één adem genoemd met en uitgebreid tot het belang van een voorspelbare sanctie.¹⁵ Hogere eisen dan een redelijke mate van voorzienbaarheid welke de aard van de sanctie is die zal worden opgelegd, welke de hoogte daarvan is en met welke andere sancties deze kan worden gecombineerd, zijn evenwel uit het legaliteitsbeginsel niet af te leiden.¹⁶ Indien wordt verlangd dat de in concreto toe te passen sanctie voorspelbaar is, zal dat onvermijdelijk ten koste gaan van de belangen van een geïndividualiseerde en gedifferentieerde sanctionering. De sanctionering behoeft een wettelijke grondslag. Op dit uitgangspunt kan in het kader van een herziening van het sanctiestelsel niet

14. W.H.A. Jonkers, Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1984, p. 14-15.

15. Nota *Sancties in perspectief*, a.w., p. 30

16. Zie ook Vegter (1989), p. 147.

worden afgedongen. Dat het beginsel niettemin onder druk is komen te staan, heeft te maken met de grotere mogelijkheden tot variatie die de wetgever de rechter heeft toebedeeld. Dit spanningsveld is tegen de hiervoor geschetste dualistische achtergrond van ons sanctiestelsel – het ‘klassiek’ geënte Wetboek van 1881/1886 en de op differentiatie en individualisering toegespitste gedachtewereld van de Moderne Richting – welhaast onvermijdelijk. Het manifesteert zich onder meer bij de mogelijkheid bijzondere voorwaarden te stellen bij voorwaardelijke modaliteiten, omdat de rechter daarbij de nodige vrijheid toekomt de concrete inhoud van de voorwaarde te bepalen. Maar ook met de meest recent toegevoegde hoofdstraf, de taakstraf, is de deur open gezet voor de inrichting en toepassing van velerlei soorten projecten. De wetgever geeft met deze (modaliteiten van) sancties terrein uit handen.

De betekenis van de *nulla poena*-regel voor de fase van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties is niet ondubbelzinnig. Kelk beschouwt het beginsel als één van de dragende beginselen van het detentierecht.¹⁷ De ratio van het legaliteitsbeginsel, het bevorderen van rechtszekerheid en het tegengaan van willekeur in het kader van de sanctionering, zou in elk geval geweld worden aangedaan indien dit beginsel de fase van de tenuitvoerlegging niet zou omvatten. De vraag welke precieze consequenties het legaliteitsbeginsel voor de executiefase heeft, laat ik verder rusten. Het ligt immers in het kader van de vormgeving van het sanctiestelsel, ook los van het legaliteitsbeginsel, in de rede dat de aard van de verschillende sancties in het Wetboek van Strafrecht wordt afgebakend en dat ook overigens de wetgever de bandbreedte van de tenuitvoerlegging van de verschillende sancties duidelijk markeert.¹⁸ Dat is een eerste vereiste in het kader van een herinrichting van ons sanctiestelsel.

De discussie over de betekenis van het beginsel van legaliteit voor de executiefase, spitst zich met name toe op de vrijheidsbeperkende en –benemende sancties. De penitentiaire praktijk heeft een bont scala aan vormen van deels extramurale tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf te zien gegeven, dat juridisch steunde op de wankel grondslag van het voormalige art. 47 Beginselenwet gevangeniswezen. Deze bepaling bood de mogelijkheid de gedetineerde in bijzondere gevallen te vergunnen de inrichting tijdelijk te verlaten. Door dat verlofverlening onderdeel was geworden van bepaalde regimes,

17. C. Kelk, *Recht voor gedetineerden*, (diss. Utrecht), Alphen a.d. Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1978, p. 69.

18. Zie in dit verband ook Vegter (1989), p. 148 e.v. en M.M. Boone, *Recht voor gemeen gestraften*, (diss. Utrecht), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 241-243.

was een meer adequate wettelijke basis noodzakelijk geworden. De wetgever heeft met de vaststelling van de Penitentiaire beginselenwet (Pbw) de in de praktijk gegroeide differentiatie van een (globale) wettelijke basis voorzien. Maar daarbij bleef het niet. In art. 4 van de Pbw is de mogelijkheid in het leven geroepen dat de tenuitvoerlegging van een deel van de vrijheidsstraf plaatsvindt door middel van deelname aan een penitentiaal programma, waarbij de veroordeelde niet langer in een penitentiaire inrichting verblijft. De penitentiaire inrichting heeft bij dit type tenuitvoerlegging slechts een administratieve betekenis.

Uit het voorafgaande volgt dat het uitgangspunt dat de wetgever de toe te passen sancties bepaalt, in verschillende opzichten onder druk is komen te staan. In belangrijke mate is deze ontwikkeling door de wetgever zelf in het leven geroepen. De wetgever heeft de rechter – en de administratie – een grotere mate van vrijheid geboden bij het vaststellen van de concrete aard van de sanctie. Daardoor is niet uitgesloten dat die sanctie onder omstandigheden een inhoud krijgt waarvan onduidelijk is of de wetgever deze voor ogen heeft gestaan. In het kader van een herbezinning op het sanctiestelsel is het een uitdaging te zoeken naar criteria die recht doen aan het uitgangspunt van legaliteit, zonder afbreuk te doen aan verworvenheden die samenhangen met de wenselijkheid van een geïndividualiseerde sanctietoemeting. In dat verband is nog een andere vraag actueel. Gewezen is op de zeer verstrekkende differentiatiemogelijkheden die de Pbw de administratie biedt, met als meest vergaande variant de tenuitvoerlegging door middel van deelname aan een penitentiaal programma. Daarbij rijst de vraag of de aard van de gevangenisstraf niet dusdanig wordt gemodificeerd, dat daaraan gevolgen moeten worden verbonden voor de regeling van de gevangenisstraf in boek I van het Wetboek van Strafrecht. Bij een herziening van het sanctiestelsel zal als uitgangspunt moeten worden gehanteerd dat de aard en de onderlinge verhouding van de verschillende sancties op een inzichtelijke wijze in het Wetboek worden neergelegd.

3.2.2 De rechter bepaalt de sanctie

Rommelink merkt op dat de waarde van het strafrecht in hoge mate afhangt van het goed en rechtvaardig bepalen van straf of maatregel en de daaropvolgende bejegening van de delinquent.¹⁹ In het Wetboek van Strafrecht van 1881/1886 kwam de strafrechter in dit verband een

19. J. Rommelink, Mr. D. Hazewinkel-Suringa's Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, 15e druk, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 641.

centrale rol toe. Binnen door de wetgever vastgestelde grenzen, bepaalde de rechter de aard en de duur of de hoogte van de straf. Eén van de achtergronden daarvan was het vertrouwen in het oordeel van de rechter, waarin het Wetboek bijvoorbeeld afweek van de Code pénal.²⁰ Dit vertrouwen bleek in het bijzonder uit de lage algemene strafminima, die het bijvoorbeeld (in theorie) mogelijk maakten dat de rechter voor het meest ernstige misdrijf met de oplegging van een dag gevangenisstraf volstond. De rechtvaardiging van deze straftoemingsvrijheid werd gevonden in het unieke karakter van iedere concrete zaak, bij de beoordeling waarvan de rechter alle feiten en omstandigheden in zijn sanctionering moet kunnen meewegen. Door de eenvormige, in het Wetboek geregelde wijze van tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf, gekoppeld aan de zeer beperkte mogelijkheden tot voorwaardelijke invrijheidstelling, was de concrete invulling van de sanctie in hoge mate kenbaar uit het rechterlijk vonnis of arrest.

Ook in de recente nota *Criminaliteitsbeheersing* wordt de rechter in het kader van de sanctionering een centrale rol toegedicht.²¹ Daarbij moet evenwel worden bedacht dat deze positie in vergelijking tot die van kort na 1886 ingrijpend is veranderd, zij het niet in een eenduidige richting. Aan de ene kant heeft de rechter in het kader van de sanctietoemeting een steeds grotere vrijheid gekregen. Deze toegenomen vrijheid heeft betrekking op de soort, de maat en de eventuele combinatie van sancties. Het aantal straffen, maatregelen en voorwaarden waaruit de rechter kan kiezen is aanmerkelijk uitgebreid. De wetgever heeft voorts de strafmaxima ten aanzien van verscheidene delicten verhoogd, zonder tot navenante verlaging van strafmaxima bij andere delicten over te gaan. Ten slotte zijn de mogelijkheden tot het combineren van verschillende sancties sterk verruimd, onder meer doordat het verbod op cumulatie van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf en de geldboete is opgeheven.

De wet biedt de rechter nauwelijks richtsnoeren voor de invulling van deze ruime discretionaire bevoegdheden. Uit art. 9a Sr kan worden afgeleid dat de ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader en de omstandigheden waaronder het feit is begaan in het kader van de sanctionering door de wetgever relevant worden geacht. Verder dient bij de toepassing van vermogensstraffen de draagkracht van de verdachte in de afweging te worden betrokken.²² Ten slotte heeft de wet-

20. Zie over dit vertrouwen uitdrukkelijk: Smidt, a.w., p. 155, 205 en p. 220-223.

21. Nota *Criminaliteitsbeheersing* 'Investeren in een zichtbare overheid', Den Haag: Ministerie van Justitie 2001, p. 37.

22. Vgl. art. 24 Sr. Deze bepaling is op andere vermogensstraffen dan de geldboete van overeenkomstige toepassing verklaard.

gever in art. 359 van het Wetboek van Strafvordering (Sv) verschillend de situaties benoemd waarin de rechter de sanctionering nader dient te motiveren. De Hoge Raad heeft deze wettelijk voorziene bijzondere motiveringsverplichtingen aangevuld, maar toont zich aan de andere kant weinig streng als het gaat om de concrete invulling van de verschillende motiveringsverplichtingen.

Uit deze grotere rechterlijke armslag bij het opleggen van strafrechtelijke sancties kan evenwel niet worden afgeleid dat de positie van de rechter in het kader van de sanctietoepassing is versterkt. Door een verscheidenheid aan oorzaken heeft de betekenis van de strafrechter als sanctietoepasser juist aan betekenis ingeboet. In de eerste plaats is de afdoening van strafzaken door het openbaar ministerie, in het bijzonder door middel van een transactie, sterk toegenomen. Ook kunnen bepaalde categorieën strafzaken thans door middel van een politie-transactie worden afgedaan (art. 74c Sr). De transactiebevoegdheid is ingevolge art. 37 van de Wet op de economische delicten zelfs ten aanzien van bepaalde delicten gemandateerd aan (andere) bestuursorganen.²³ Buiten deze afdoening van strafbare feiten binnen strafrechtelijke kaders, is de bestuurlijke afdoening van delicten opgekomen. Bestuurlijke boetes zijn op verschillende deelterreinen van het recht, zoals het verkeersrecht, tot ontwikkeling gekomen. In het voorontwerp voor een vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht is voorzien in een algemene regeling van bestuursrechtelijke sancties. Bij deze wijze van afdoening is het bestuursorgaan de centrale sanctionerende autoriteit en toetst de (bestuurs)rechter, in geval daartegen beroep wordt ingesteld, diens beslissing.

Deze ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat de strafrechter zijn monopolie op de afdoening van strafbare feiten is kwijtgeraakt. De rechter krijgt slechts een relatief gering aandeel van het totaal van de geconstateerde strafbare feiten te berechten. Daarbij komt dat de sanctionering van de te berechten feiten wordt beïnvloed door de strafvorderingsrichtlijnen van het openbaar ministerie. De vordering ter terechtzitting, gebaseerd op centraal vastgestelde richtlijnen, bindt de rechter weliswaar formeel niet, maar vormt in de praktijk een niet te miskennen referentiekader.²⁴ De rechter mag hoger straffen dan de eis van de officier van justitie, maar hij moet zodanige eisoverschrijding

23. Zie het Transactiebesluit milieudelicten van 8 juli 2000, Stb. 2000, 320.

24. Zie nader: Th.A. de Roos en G.K. Schoep, Samenwerkend straffen – coördinatie van straftoemeting in een eerlijk proces, in: C.P.M. Cleiren en G.K. Schoep (red.), Rechterlijke samenwerking, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 33-48, m.n. p. 46-47 en J.P.S. Fiselier en J.A.W. Lensing, 'Afstemming van de straftoemeting', Trema 1995, p. 105-117.

wel extra motiveren (art. 359, zevende lid, Sv). Voorts kan de rechter – alleen al op grond van het gelijkheidsbeginsel – niet geheel voorbijgaan aan de realiteit dat een aanzienlijk deel van de strafzaken door middel van een transactie wordt afgedaan, waarbij van de richtlijnen een sterk uniformerende werking uitgaat.

Deze verschuiving ten opzichte van 1886 werd in belangrijke mate ingegeven door de sterke toename van het aantal gepleegde delicten. Daarnaast lijkt zich evenwel een meer principiële breuk met het verleden af te tekenen, waarbij de rol van de strafrechter verandering ondergaat, in het bijzonder ten opzichte van het openbaar ministerie. Illustratief daarvoor zijn twee recente wetten, te weten die waarbij de taakstraf als hoofdstraf is geïntroduceerd en die waarbij de plaatsing in een inrichting voor de opvang van verslaafden (sov) als zelfstandige maatregel in ons Wetboek is opgenomen.²⁵ Oplegging van sov is slechts mogelijk na een daartoe strekkende vordering van het openbaar ministerie (art. 38m, eerste lid, Sr).²⁶ In vergelijking met de voormalige regeling van de onbetaalde arbeid ten algemenen nutte, treedt de rechter in het kader van de taakstraf in alle relevante fasen van de strafrechtspleging terug. Het openbaar ministerie heeft thans de mogelijkheid als transactievoorwaarde te stellen dat de verdachte onbetaalde arbeid verricht of een leerproject volgt (art. 74, tweede lid, onder f, Sr). Indien de rechter een taakstraf oplegt, behoeft hij niet langer de aard van de werkstraf of de leerstraf te specificeren, een element van de straf dat de wetgever die de onbetaalde arbeid ten algemenen nutte in 1989 tot hoofdstraf doopte nog van wezenlijk belang achtte voor het bepalen van de zwaarte van de straf.²⁷ Ten slotte kan het openbaar ministerie onder omstandigheden de aard van de straf wijzigen en de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis bevelen (artt. 22f en 22g Sr). Tegen deze beslissingen kan de veroordeelde een bezwaarschrift indienen bij de rechter die de straf heeft opgelegd. De rol van deze rechter is veeleer bestuursrechtelijk dan strafrechtelijk van aard: hij toetst de beslissing van het openbaar ministerie in plaats van dat hij beslist op diens vordering.

De centrale positie van de rechter in het kader van de sanctietoepassing

25. Wet van 21 december 2000, Stb.2001, 28 en Wet van 20 september 2000, Stb. 2000, 365.

26. Ook voor de oplegging van de ontnemingsmaatregel is de rechter afhankelijk van een desbetreffende vordering van het openbaar ministerie, maar deze afhankelijkheid vloeit voort uit de keuze die de wetgever heeft gemaakt voor oplegging van de ontnemingsmaatregel bij afzonderlijke uitspraak.

27. Kamerstukken 1986/87, 20 074, nr. 3, p. 7. In de rechtspraak is dit wettelijk vereiste gerelativeerd. Vgl. HR 20 oktober 1992, NJ 1993, 154.

is eveneens onder druk komen te staan doordat de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf is geëvolueerd tot een veelkleurigheid die voortkomt uit de – hiervoor reeds kort besproken – toegenomen differentiatie in het gevangeniswezen. Deze veelkleurigheid ziet, behalve op de mogelijkheden tot behandeling en bijzondere opvang van bepaalde categorieën gedetineerden, vooral op de mate van beveiliging en daarmee op de mate van geslotenheid van de plaats waar de straf wordt ten uitvoer gelegd. De hiervoor geschetste ontwikkeling naar een wijze van tenuitvoerlegging die meer aansluit bij het leven in de vrije samenleving, heeft geleid tot het ontstaan van zeer beperkt beveiligde inrichtingen en zelfs tot het loslaten van de gevangenis als plaats van tenuitvoerlegging van de gevangenisstraf in geval van deelname aan een penitentiair programma. In scherp contrast met deze vormen van tenuitvoerlegging staat het verblijf in een extra beveiligde inrichting, dat wordt gekenmerkt door een maximum aan controle op het doen en laten van de veroordeelde. Door deze verscheidenheid in de tenuitvoerlegging van onze zwaarste straf heeft het rechterlijk vonnis of arrest waarbij deze straf werd opgelegd aan betekenis ingeboet. De aanname dat de rechter met zijn strafoplegging de zwaarte van de straf bepaalt, wordt door de variatie in de praktijk minder vanzelfsprekend.

Welke gevolgen heeft deze veranderde positie van de rechter voor de herbezinning op het sanctiestelsel? In de eerste plaats zal de taak van de strafrechter in het kader van de sanctionering nader moeten worden bepaald. Dient het uitgangspunt van de rechter die zelfstandig een sanctie bepaalt, waarvan de concrete inhoud in wezen uit het vonnis of arrest kan worden afgeleid, te worden gehandhaafd? In geval van een ontkennende beantwoording zal de strafrechter meer een machtigende en toetsende rol worden toegekend. Daardoor zal de taak van de strafrechter opschuiven in de richting van die van de bestuursrechter. Een dergelijke visie zou ruimte bieden voor een executierechter. Deze vragen dienen te worden onderscheiden van die waarbij de keuze tussen strafrechtelijke en bestuurlijke afdoening centraal staat. In dit preadvies wordt de aandacht gericht op de positie van de strafrechter, gegeven de situatie waarin voor een strafrechtelijke afdoening is gekozen.

In de tweede plaats hangt de hiervoor gestelde vraag of de verscheidenheid aan executievarianten niet dusdanig groot is, dat deze gevolgen moet hebben voor de regeling van de straffen als zodanig, nauw samen met de positie van de rechter.²⁸ Deze vraag is te meer actueel

28. Zie ook P.A.M. Mevis, *Hoofdpijnen van het strafrechtelijk sanctiestelsel*, tweede druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 8.

door het naar elkaar toe groeien van extramurale executievarianten van de gevangenisstraf enerzijds en (zware) taakstraffen en bijzondere voorwaarden bij een voorwaardelijke gevangenisstraf anderzijds. Volgens het onderhavige uitgangspunt bepaalt de rechter de soort en de hoogte, en daarmee de zwaarte van de straf. Dit uitgangspunt verliest evenwel aan betekenis indien de wijze van tenuitvoerlegging van verschillende soorten straffen (ten dele) met elkaar overeen kan komen. Deze ontwikkeling vereist een heroriëntatie op de verhouding tussen rechter en administratie.

3.2.3 *Het openbaar ministerie legt de sanctie ten uitvoer*

Ingevolge de voormalige artikelen 4 van de Wet op de rechterlijke organisatie (RO) en 553 Sv was de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen aan het openbaar ministerie opgedragen, overeenkomstig de door de minister van justitie te stellen richtlijnen. Het huidige art. 553 Sv, dat tegelijkertijd met de Pbw in werking is getreden, bepaalt dat de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen door het openbaar ministerie geschiedt 'dan wel op voordracht van deze' door de minister.

Taalkundig gezien betekent het huidige art. 553 Sv dat de voordracht van de minister zelf dient uit te gaan, maar lezing van de Kamerstukken leert dat is beoogd dat het openbaar ministerie bepaalt wanneer het de tenuitvoerlegging aan de minister 'overlaat'.²⁹ Gelet op de hiërarchische verhoudingen, waarin de minister leden van het openbaar ministerie algemene en concrete aanwijzingen kan geven over de uitoefening van de aan het openbaar ministerie toegekende taken en bevoegdheden (art. 127 RO), wekt de wettelijke constructie verwondering. De minister kan nu op papier het openbaar ministerie opdragen een voordracht te doen tot tenuitvoerlegging door de minister.

De wetgever heeft beoogd de regeling van art. 553 Sv te doen aansluiten bij de in de praktijk gegroeide situatie, waarin de tenuitvoerlegging van met name de vrijheidsstraf door het ministerie van justitie – thans het agentschap de Dienst Justitiële Inrichtingen – ter hand werd genomen. In juridisch opzicht betekent deze ontwikkeling dat het openbaar ministerie, nadat het een last tot tenuitvoerlegging heeft gegeven, bij beslissingen als die tot overplaatsing van gedetineerden niet het laatste woord heeft. Wel is in de Penitentiaire maatregel (Pm) voorzien in de mogelijkheid dat het openbaar ministerie bij vrijheidsstraffen een exe-

29. Kamerstukken II 1994/95, 24263, nr. 3, p. 20.

cutie-indicator geeft. Hiermee geeft het openbaar ministerie aan dat het wil adviseren over besluiten over het toekennen van vrijheden aan de desbetreffende gedetineerde (art. 1, onder c, Pm). In het kader van de tenuitvoerlegging van een aantal andere strafrechtelijke sancties is het openbaar ministerie wel de instantie die bij uitstek met de tenuitvoerlegging is belast.

Het openbaar ministerie is verplicht tot tenuitvoerlegging van door de rechter opgelegde sancties.³⁰ In deze lijn staat het het openbaar ministerie niet vrij aan een kroongetuige toe te zeggen dat een eventueel door de strafrechter op te leggen gevangenisstraf niet zal worden geëxecuteerd. Een dergelijke toezegging miskent zozeer de verhouding tussen het openbaar ministerie en de rechter bij de sanctietoepassing, dat niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de vervolging van de kroongetuige is geïndiceerd.³¹

Zodanige verplichting tot tenuitvoerlegging doet recht aan het hiervoor beschreven uitgangspunt, dat de rechter de sanctie bepaalt. In een stelsel waarin de rechter de grenzen van de sanctionering bepaalt door het afgeven van een machtiging, zal het openbaar ministerie daarentegen bevoegd maar niet verplicht zijn tot tenuitvoerlegging over te gaan. Herbezinning op de positie van de strafrechter in het kader van de sanctionering raakt dan ook rechtstreeks de rol van de instantie die met de tenuitvoerlegging is belast. Ook rijst de vraag in hoeverre de tenuitvoerlegging van de sanctie kan worden gemodificeerd zonder dat de strafrechter zich daarover zal moeten uitspreken. Zowel in het kader van de beslissing op een gratieverzoek als bij de besluitvorming inzake vermindering of kwijtschelding van het opgelegde bedrag ter ontneming van het wederrechtelijk verkregen voordeel op de voet van art. 577b, tweede lid, Sv, wordt de rechter die de straf heeft opgelegd ingeschakeld, als adviserende respectievelijk als beslissende instantie. Indien echter de tot een taakstraf veroordeelde de onbetaalde arbeid niet (naar behoren) verricht dan wel het leerproject niet (voldoende) volgt, is het openbaar ministerie bevoegd de tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis te bevelen. Dit is een nieuwe, ingrijpende bevoegdheid, die is geënt op de regeling van de geldboete. Indien een veroordeelde een voorwaarde bij een voorwaardelijke veroordeling niet heeft nageleefd, kan het openbaar ministerie een vordering tot tenuitvoerlegging doen waarop de rechter beslist. Deze verschillende regelingen maken de

30. HR 1 februari 1991, NJ 1991, 413. Zie ook de in dat arrest genoemde specifieke uitzondering.

31. HR 1 juni 1999, NJ 1999, 567, m.nt. Sch.

vraag actueel of afstemming van de reactiemogelijkheden wenselijk is.

Het openbaar ministerie is bij de tenuitvoerlegging van bepaalde sancties mede afhankelijk van andere instanties, zoals het Centraal Justitieel Incassobureau en de reclassering. De geschiedenis van de reclassering leert hoezeer een effectieve tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties door deze afhankelijkheid kan worden belemmerd. In de jaren zeventig van de vorige eeuw werd binnen de reclassering de gedachte dominant dat het melden van overtredingen van voorwaarden bij een voorwaardelijke veroordeling of een voorwaardelijke invrijheidstelling ten koste kon gaan van de vertrouwensrelatie met de cliënt en daardoor achterwege moest blijven. Deze – intussen goeddeels verlaten – gedachtegang heeft een negatieve invloed gehad op de praktische betekenis van de voorwaardelijke modaliteiten. Een soortgelijke afhankelijkheid bestaat thans bij de tenuitvoerlegging van taakstraffen en bij de uitvoering van penitentiaire programma's. In het kader van een heroriëntatie zal moeten worden gezien in hoeverre dergelijke organisatorische kwetsbaarheden kunnen worden vermeden.

3.3 Maatgevende onderverdelingen van sancties

Uit het voorafgaande volgt dat de taakverdeling tussen de verschillende instanties in het kader van een herziening van het sanctiestelsel een belangrijk thema zal dienen te zijn. Deze taakverdeling hangt ten dele samen met de wijze waarop de sancties en modaliteiten als zodanig worden geregeld en tot elkaar in verhouding staan. De mate van overzichtelijkheid van een sanctiestelsel wordt niet in de laatste plaats bepaald door de wijze waarop de verschillende sancties zich tot elkaar verhouden. In ons sanctiestelsel zijn verschillende onderverdelingen van sancties te onderkennen, zoals het onderscheid tussen straffen en maatregelen en tussen voorwaardelijke en onvoorwaardelijke sancties. Deze onderverdelingen vormen belangrijke kenmerken van ons huidige stelsel. Door verschillende factoren, in het bijzonder de groei van het aantal strafrechtelijke sancties en de variaties in de wijze van tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf, is een aantal van deze onderverdelingen minder vanzelfsprekend geworden. In deze paragraaf wordt hierop nader ingegaan.

3.3.1 Straf en maatregel

De meest kenmerkende onderverdeling van sancties in ons stelsel is die van straffen en maatregelen. In boek I van het Wetboek van Strafrecht hebben beide sanctiesoorten een afzonderlijke titel toebedeeld gekregen. De dogmatische achtergrond van dit onderscheid is de volgende.

Met de straf wordt de dader persoonlijk verantwoordelijk gesteld voor een door hem begaan delict. De grondslag van de straf is gelegen in de vergelding van de schuld van de verdachte aan dit feit, die plaatsvindt door de verdachte intentioneel leed toe te voegen. Het beginsel 'geen straf zonder schuld' vloeit daaruit voort. Vergelding vormt niet alleen de grondslag van de straf, maar ook een omschrijving van de betekenis van het straffen als zodanig.³² Schuld betekent naar mijn mening in een 'schuldstrafrecht' niet alleen een legitimatie, maar ook een limitering van de straf: de bestraffing wordt begrensd door de mate van schuld van de dader.³³

De inhoud van het begrip 'schuld' is in dit verband overigens niet altijd even helder. Kort en onvolledig samengevat wijs ik daarbij op het volgende. Enschedé heeft het vergeldende karakter van de straf in het bijzonder betrokken op de ernst van het feit.³⁴ Erkend moet worden dat een zo scherpe scheiding tussen wederrechtelijkheid en schuld als in het beslissingsschema van art. 350 Sv ligt besloten in het kader van de straftoemeting niet goed denkbaar is. De ernst van het feit zal immers in het algemeen de mate waarin de verdachte een verwijt kan worden gemaakt inkleuren. Door een beperking tot de ernst van het feit alleen komt evenwel de ethische dimensie van de straf, het persoonlijk verantwoordelijk stellen van de dader, minder goed tot uitdrukking. Het verschil in benadering wordt in het bijzonder manifest in geval van verminderde toerekenbaarheid van de dader. Juist in die gevallen lopen de ernst van het feit en de mate van verwijtbaarheid uiteen. Maar de rechtspraak biedt een meermomvattend beeld van de

32. Zie het standaardwerk van W.H.A. Jonkers over de strafrechtelijke straf in Het penitentiair recht, Arnhem: Gouda Quint, suppl. 32 (1991), hoofdstuk III. Zie ook G. Knigge, *Het irrationele van de straf*, (oratie Groningen), Arnhem: Gouda Quint 1988.

33. Zie ook E.J. Hofstee, 'Straf naar de mate van schuld?', in: *Naar eer en geweten* (Rommeling-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 195-214.

34. Ch.J. Enschedé, 'De ernst van het feit, de persoon en de persoonlijke omstandigheden van de dader', in: *Bij deze stand van zaken* (Melai-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 81-85. Zie ook J.C.M. Leijten, 'Straf naar de mate van schuld', in: *Straffen in gerechtigheid*, (Jonkers-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1987, p. 61-69.

betekenis van de schuld voor de strafoplegging, bijvoorbeeld tot uitdrukking komend door persoonlijke factoren als de mate van berouw en recidive, die ten dele een verklaring biedt voor de verschillen in straftoemeting bij qua ernst vergelijkbare strafbare feiten. Wellicht zou beter kunnen worden verdedigd dat zowel de ernst van het feit als de mate van schuld – in de zin van verwijtbaarheid – in concreto de bovengrens van de straf bepalen.

Voor een goed begrip van de straf als sanctiesoort dient de strafgrond te worden onderscheiden van de doeleinden die met de straf worden nagestreefd. Een aantal strafdoeleinden kan worden onderscheiden, zoals normhandhaving, speciale preventie, generale preventie en conflictoplossing. Deze strafdoeleinden, die in concrete gevallen met elkaar op gespannen voet kunnen staan, zijn medebepalend voor de vaststelling van de hoogte van de straf.³⁵ Doordat doeleinden van de straf in concreto kunnen samenvallen met die van maatregelen, kunnen beide sanctiesoorten in de praktische uitvoering gelijkenis met elkaar vertonen.

Onze huidige maatregelen kunnen worden onderverdeeld in beveiligingsmaatregelen en op herstel gerichte maatregelen. Beveiligingsmaatregelen zijn in algemene zin bestemd als aanvulling op de straffen en verschillen daarvan onder meer doordat de toepassing ervan niet wordt begrensd door de ernst van het gepleegde feit en de mate van schuld, maar door de mate van gevaar die de veroordeelde dan wel een bepaald voorwerp voor de samenleving wordt geacht te betekenen. Onder deze categorie maatregelen zijn, voor wat het commune strafrecht, te brengen de terbeschikkingstelling (tbs), de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis, de onttrekking aan het verkeer en – zij het met enige moeite – de sov. De onttrekking aan het verkeer onderscheidt zich van de andere beveiligingsmaatregelen doordat deze is toegespitst op een gevaarlijk voorwerp in plaats van op een gevaarlijk persoon. Met de sov wordt beoogd overlast van de zijde van veelvuldig recidiverende drugsverslaafden terug te dringen. Niet de ernst van de misdrijven waarvan herhaling wordt gevreesd, maar de mate waarin de misdrijven elkaar opvolgen en de maatschappelijke overlast die deze met zich brengen, vormen de voornaamste grondslagen voor de met deze maatregel voorziene bescherming van de samenleving.

In de loop van de tweede helft van de twintigste eeuw is in het betrekkelijk eenduidige systeem van beveiligingsmaatregelen naast straffen

35. De Keijzer concludeert overigens dat in de praktijk van de rechterlijke straftoemeting weinig overeenstemming bestaat over de na te streven strafdoeleinden. Zie J.W. de Keijser, *Punishment and purpose: from moral theory to punishment in action* (diss. Leiden), Leiden 2000.

verandering gekomen door de invocering van maatregelen waarmee niet primair beveiliging wordt nagestreefd. Voor het commune strafrecht kan in het bijzonder worden gedacht aan de maatregel ter ontneeming van het wederrechtelijk verkregen voordeel en de schadevergoedingsmaatregel. Deze maatregelen zijn meer retrospectief van aard dan de beveiligingsmaatregelen en weerspiegelen de sterkere nadruk op de gevolgen van het strafbaar feit voor het concrete slachtoffer en de samenleving. Met deze maatregelen wordt getracht deze gevolgen ongedaan te maken, hetzij aan de kant van de veroordeelde (voordeelsontneming), hetzij in de vorm van schadevergoeding ten behoeve van het slachtoffer. Door deze ontwikkeling heeft zich een tweedeling in het spoor van de maatregelen voltrokken tussen beveiligingsmaatregelen, die *toekomstgericht* zijn en waarmee wordt getracht de oorzaken van het strafbare gedrag weg te nemen, en reparatoire maatregelen, die juist (primair) *retrospectief* zijn en waarmee wordt getracht de *gevolgen* van het feit te beperken.

Hoewel het spoor van de maatregel de nodige variatie te zien geeft, kan de maatregel als sanctiesoort van de straf worden onderscheiden. In plaats van een beoogde leedtoevoeging, dient de toevoeging van leed bij maatregelen zoveel als de grondslag van de maatregel toelaat te worden voorkomen. Bij maatregelen is veel minder scherp onderscheid te maken tussen grondslag en doeleinden. Zo is voor een beveiligingsmaatregel als de tbs de bescherming van de samenleving aan te merken als de grondslag voor de toepassing, maar ook als het doel dat met de maatregel wordt nagestreefd. De maatregel mist de natuurlijke grenzen van de mate van schuld en de ernst van het feit. De wetgever kan wel de reikwijdte van de maatregelen beperken door nadere voorwaarden aan de toepassing daarvan te verbinden, bijvoorbeeld in relatie tot de ernst van het gepleegde delict, maar deze beperkingen zijn niet als wezenlijk aan te merken voor de maatregel als zodanig. Zowel de wetgever als de Hoge Raad heeft herhaaldelijk de actuele betekenis van het onderscheid tussen straffen en maatregelen benadrukt en daaraan rechtsgevolgen verbonden.³⁶ Toch is het tweesporstelsel door verschillende ontwikkelingen minder vanzelfsprekend geworden. Zowel bij de vermogenssancties als bij de vrijheidsontnemende sancties is een zekere mate van convergentie tussen straffen en maatregelen zichtbaar. Zo zijn de vrijheidsstraf en de tbs dichter naar elkaar gegroeid. In het kader van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf bestaan thans vormen van bijzondere opvang en begeleiding van gedetineerden die bijzondere zorg behoeven, bij-

36. Zie bijv. HR 6 juni 1995, NJ 1995, 645.

voorbeeld omdat zij lijden aan een psychiatrische stoornis. Ook kan een tot gevangenisstraf veroordeelde in geval van een gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens worden geplaatst in een justitiële inrichting voor verpleging van ter beschikking gestelden (art. 13, eerste lid, Sr). Aan de andere kant is de tbs, die naar haar aard niet wordt beperkt door delictsevenredigheid, in sterkere mate gekoppeld aan de ernst van het gepleegde strafbaar feit doordat de wetgever de toepassing van tbs in het algemeen slechts heeft toegelaten bij misdrijven van een zekere ernst³⁷ en de duur ervan in bepaalde gevallen mede met het oog op de relatie met het gepleegde misdrijf heeft beperkt. Voor wat de vermogenssancties betreft, kan de financiële situatie van de veroordeelde relevant zijn voor de vaststelling van de hoogte van de ontnemingsmaatregel. Hoewel het draagkrachtbeginsel van art. 24 Sr dogmatisch is verbonden met het spoor van de straffen, heeft de Hoge Raad benadrukt dat de rechter in geval sprake is van betalingsonmacht bij de veroordeelde, op het moment van oplegging van de maatregel en naar redelijke verwachting ook in de toekomst, het te betalen bedrag lager moet vaststellen dan het geschatte voordeel.³⁸

Deze ontwikkelingen tasten het tweesporenstelsel als zodanig niet aan. Een andere opvatting is slechts vol te houden bij een karikaturale voorstelling van dit stelsel, waarbij wordt verondersteld dat dit inhoudt dat straffen en maatregelen niets met elkaar gemeen hebben. Eén van de voornaamste pleitbezorgers van het tweesporenstelsel, de (latere) Utrechtse hoogleraar Pompe, zag de verhouding tussen straffen en maatregelen veeleer als twee elkaar snijdende cirkels, waarbij zich in het snijvlak doelstellingen bevinden die beide soorten sancties met elkaar gemeen hebben.³⁹ De plicht tot het zoveel mogelijk beperken van detentieschade kan in concrete gevallen nopen tot een vorm van bejegening in het kader van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf die gelijkenis vertoont met de tenuitvoerlegging van een maatregel. Een zodanige bejegening is nog niet in strijd met de uitgangspunten van het tweesporenstelsel, alleen al omdat speciale preventie een algemeen aanvaard strafdoel kan zijn.⁴⁰ Hetzelfde geldt voor discussies over de plaats van bepaalde nieuwe sancties in het tweesporen-

37. Zie art. 37a, eerste lid, onder 1, Sr voor de hoofdregel en de uitzonderingen daarop.

38. HR 16 april 1996, NJ 1998, 631.

39. W.P.J. Pompe, *Beveiligingsmaatregelen naast straffen*, Utrecht: Dekker en Van de Vogt 1921, m.n. p. 46.

40. Zie nader P.C. Vegter, *Behandelen in de gevangenis* (oratie Nijmegen), Deventer: Gouda Quint 1999.

stelsel. Gelet op het beeld van de snijdende cirkels, behoeft de mogelijkheid van zodanige discussie geen verwondering te wekken.

Een deel van de kritiek op het tweesporenstelsel is terug te voeren tot het onvoldoende maken van het onderscheid tussen grondslag en doeleinden. Indien dit onderscheid onvoldoende wordt gemaakt, is de stelling dat straffen en maatregelen een aantal doeleinden en kenmerken met elkaar gemeen hebben even weinigzeggend als de opmerking dat zowel mannen als vrouwen armen en benen hebben. Evenals Enschedé meen ik dan ook dat de vraag of het onderscheid tussen straffen en maatregelen moet worden gehandhaafd een schijnvraag is, omdat twee instituten welke een verschillende rechtsgrond hebben onder het oogpunt van toepasselijkheid zijn te onderscheiden.⁴¹

Slechts één ontwikkeling heeft naar mijn overtuiging het tweesporenstelsel in zijn kern aangetast. Dat is de opvatting van de Hoge Raad dat de stelling dat geen straf mag worden opgelegd die zwaarder is dan door de schuld van de dader wordt gerechtvaardigd, geen steun vindt in het recht.⁴² Onbetwist is dat het adagium 'geen straf zonder schuld' één van de grondslagen van ons strafrecht vormt.⁴³ Hoewel dit adagium vanwege de veelheid aan strafdoeleinden niet kan worden vertaald met 'straf naar de mate van schuld', zal het wel moeten betekenen dat niet zwaarder kan worden gestraft dan de schuld rechtvaardigt. Jonkers merkt hierover op dat waar het strafkwaad is geworteld in en wordt gerechtvaardigd door de schuld, dit de mate van schuld nimmer mag overschrijden, op 'straffe' zelf tot onrecht te worden.⁴⁴

Bij het bovenstaande moet acht worden geslagen op de specifieke context waarin deze rechtspraak tot ontwikkeling is gekomen. In verscheidene uitspraken hadden feitenrechters langere gevangenisstraffen opgelegd dan gerechtvaardigd was op grond van de schuld van de dader, omdat zij onvoldoende vertrouwen hadden dat de beveiligingsdoelstelling van de tbr in de praktijk werd waargemaakt. Zij oordeelden derhalve, ook in gevallen van verminderde toerekenbaarheid, een lange gevangenisstraf aangewezen. De Hoge Raad sanctioneerde deze praktijk, voor het eerst bij arrest van 10 september 1957, NJ 1958, 5

41. Ch.J. Enschedé, *Dienen de strafrechtelijke bepalingen betreffende psychisch gestoorden te worden gewijzigd?*, Preadvies NJV 1964, m.n. p. 73. Deze constatering laat volgens Enschedé onverlet dat in de feitelijke uitvoering bij zowel de vrijheidsstraf als bij de tbr speciaalpreventieve oogmerken overheersen.

42. HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63.

43. Zie reeds: HR 14 februari 1916, NJ 1916, p. 681.

44. Jonkers, in: *Het penitentiair recht*, a.w., hoofdstuk III.

(‘Zwarte ruiter’).⁴⁵ Deze lijn in de rechtspraak raakt het fundament van het tweesporenstelsel. De Hoge Raad licht zijn oordeel in bedoelde arresten doorgaans niet verder toe dan met de apodictische formulering dat een andere opvatting ‘geen steun vindt in het recht’. Leijten beschrijft de vermoedelijke reden daarvoor als volgt: ‘M.i. is de simpele reden voor dit tekortschieten van motivering hierin gelegen, dat geen bevredigende motivering te geven is, omdat de door de Hoge Raad verworpen stelling niet alleen enige steun vindt in het recht, maar door een strafrecht, dat voor straf schuld eist, dwingend wordt voorgeschreven.’⁴⁶

Uit deze lijn in de rechtspraak kan overigens niet worden afgeleid dat het onderscheid tussen straffen en maatregelen in de rechtspraak van weinig waarde zou zijn. Zoals hiervoor is aangegeven, stelt de Hoge Raad in andere arresten het onderscheid voorop en verbindt hij daaraan consequenties. Het onderscheid lijkt in het algemeen ook overigens te worden gevoeld en gchantoord. In een evaluatieonderzoek naar juridische knelpunten in de uitvoering van de Wet-Terwee wordt zelfs geconstateerd dat de geïnterviewde leden van de rechterlijke macht in het algemeen benadrukken dat straf en maatregel (geldboete en schadevergoedingsmaatregel) niets met elkaar te maken hebben.⁴⁷

De dogmatische ondergrond van het tweesporenstelsel vormt naar mijn mening een waardevol uitgangspunt van ons sanctiestelsel, mits zowel de legitimerende als de limiterende betekenis van schuld wordt aanvaard. In het kader van een herbezinning op het sanctiestelsel zal een heroriëntatie op dit tweesporenstelsel evenwel niet mogen ontbreken. In het bijzonder zal aandacht worden besteed aan voorstellen om het tweesporenstelsel te vervangen door een monistisch stelsel.

3.3.2 Voorwaardelijk en onvoorwaardelijk

Een ander belangrijk kenmerk van ons huidige sanctiestelsel is het onderscheid tussen voorwaardelijke en onvoorwaardelijke modaliteiten. In alle fasen van de strafrechtelijke afdoening – van sepot tot en met gratie – zijn voorwaardelijke modaliteiten te onderkennen. De invulling daarvan is veelal afgestemd op de regeling van de voorwaardelijke veroordeling (art. 14a e.v. Sr). In het kader van een herbezinning

45. De Hoge Raad heeft in latere uitspraken zijn opvatting, dat de gevangenisstraf niet wordt gelimiteerd door de mate van schuld, bevestigd. Zie bijvoorbeeld HR 12 november 1985, NJ 1986, 327.

46. Leijten, a.w., p. 65.

47. R. Kool en M. Moerings, *De Wet Terwee, Evaluatie van juridische knelpunten*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 62.

ning op het sanctiestelsel is het om verschillende redenen interessant de verhouding tussen de diverse voorwaardelijke modaliteiten onderling en die tussen de voorwaardelijke en de onvoorwaardelijke modaliteiten nader te bezien.

In de eerste plaats is de positie van de voorwaardelijke veroordeling in ons sanctiestelsel sinds de wettelijke introductie in 1915 betrekkelijk ingrijpend veranderd.⁴⁸ In 1915 was de voorwaardelijke vrijheidsstraf bij uitstek het instrument om de publieke afkeuring van het begane delict door middel van oplegging van onze zwaarste straf kenbaar te maken, zonder dat behoefde te worden overgegaan tot de zo ingrijpende eenzame opsluiting. In plaats daarvan kon worden volstaan met de algemene voorwaarde, dat de veroordeelde geen strafbare feiten begaat, eventueel gecombineerd met bijzondere voorwaarden, die konden worden afgestemd op de persoon van de dader en de omstandigheden waaronder het delict was begaan. Deze bijzondere voorwaarden kleuren de opgelegde straf in en kunnen slechts worden toegepast binnen de grenzen van de straf. Zij kunnen in concreto ook gelijkenis vertonen met maatregelen, aangezien zij strekken tot gedragsbeïnvloeding, veelal ter voorkoming van nieuwe strafbare feiten dan wel ter bevordering van maatschappelijk betamelijk gedrag.

Zowel door het 'opener worden' van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf als door de ontwikkeling van andere vrijheidsbeperkende alternatieven, zoals de taakstraf, is de kloof tussen de voorwaardelijke en de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf kleiner geworden. Het aantal vrijheidsbeperkende alternatieven voor vrijheidsbeneming is gestegen. Andere voorwaardelijke straffen ondervonden andersoortige 'concurrentie', bijvoorbeeld van de transactie en de schuldigverklaring zonder oplegging van straf of maatregel (art. 9a Sr). Daarnaast bleken de aanvankelijke hoge verwachtingen over de mogelijkheden die de bijzondere voorwaarden zouden bieden voor een positieve sturing van het gedrag van de veroordeelde moeilijk waar te maken. Het uitoefenen van toezicht bleek in veel gevallen een lastige opgave en genoot in het algemeen niet de prioriteit van het openbaar ministerie. Daar kwam nog bij dat de reclassering, die als hulp- en steunverlenende instelling van cruciale betekenis was voor het informeren van het openbaar ministerie, in de jaren zeventig van de vorige eeuw niet langer wenste mee te werken aan het melden van overtredingen van voorwaarden aan het openbaar ministerie. De reclassering voelde er niet (meer) voor de 'vertrouwensrelatie' met de veroordeelde op het spel

48. Zie uitvoeriger: F.W. Bleichrodt, *Onder voorwaarde. Een onderzoek naar de voorwaardelijke veroordeling en andere voorwaardelijke modaliteiten*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 253-257.

te zetten door te opereren als verlengstuk van de justitiële autoriteiten. De bijzondere voorwaarde kreeg aan de andere kant een nieuwe impuls door te fungeren als juridisch kader voor de experimenten met nieuwe sancties, zoals de dienstverlening en het volgen van een leerproject.

De voorwaardelijke invrijheidstelling, die in 1915 en in latere wijzigingswetten in vergaande mate op de voorwaardelijke veroordeling was afgestemd, kende vergelijkbare problemen in de praktijk. De reclassering gaf het ministerie van Justitie, belast met de beslissing over het al dan niet toekennen van v.i. en met het (zo nodig) stellen van bijzondere voorwaarden, in 1971 onomwonden te kennen niet langer medewerking te verlenen aan rapportage die schorsing of herroeping van de voorwaardelijke invrijheidstelling zou kunnen bewerkstelligen.⁴⁹ In de praktijk werd verlening van voorwaardelijke invrijheidstelling steeds minder vaak geweigerd, een ontwikkeling die werd versterkt toen het Hof Arnhem vanaf 1976 werd belast met het beoordelen van bepaalde voor de veroordeelde negatieve beslissingen. Het hof prefereerde, ook in geval reclasseringsperspectieven ongunstig waren, veelal ontslag boven voortgezette detentie. Deze ontwikkelingen leidden ertoe dat begin jaren tachtig van de vorige eeuw ongeveer 99% van de in aanmerking komende gedetineerden voorwaardelijk in vrijheid werd gesteld. Herroeping vond zelden plaats.⁵⁰ Door deze ontwikkelingen daalde de waarde van de v.i. als middel om de overgang van detentie naar vrijheid te verzachten met het oog op het voorkomen van recidive. De wetgever heeft in 1986, toen de noodzaak van bezuinigingen en van vermindering van de druk op de penitentiaire capaciteit ten departemente sterk werd gevoeld, deze ontwikkeling in de praktijk aangegrepen om de v.i. te vervangen door een systeem van – onvoorwaardelijke – vervroegde invrijheidstelling. Dat de wetgever niet heeft besloten tot afschaffing van iedere vorm van reguliere eerdere invrijheidstelling, kan worden toegeschreven aan de vrees dat de rechter het straftoematingsniveau niet evenredig zou verlagen, waardoor de penitentiaire capaciteit juist zwaarder zou worden belast dan voorheen. Toepassing van v.i. vindt thans automatisch plaats, tenzij het Hof Arnhem op vordering van het openbaar ministerie besluit tot uit- of afstel op grond van de limitatief in art. 15a, eerste lid, Sr opgenomen gronden. Ondanks het bestaan van een richtlijn ter

49. Zie nader over deze ontwikkeling: G.J. Fleers, *Voorwaardelijk in vrijheid*, (diss. Groningen), Groningen: RUG 1976.

50. Zie het rapport van de Commissie Voorwaardelijke invrijheidstelling, 'Vi tenzij ...', Den Haag: Ministerie van justitie 1982, bijlage D.

zake,⁵¹ maakt het openbaar ministerie zelden van zijn vorderingsbevoegdheid gebruik.⁵²

In het kader van een heroriëntatie op het sanctiestelsel kan dit stelsel van vervroegde invrijheidstelling niet ongemoeid blijven. Doordat een overtuigende grondslag ontbreekt, trekt het instituut een zware wissel op de geloofwaardigheid van het sanctiestelsel. De regeling van vervroegde invrijheidstelling kan in het bijzonder geen rol spelen bij het bevorderen van een geleidelijke overgang van de detentie naar het verblijf in de samenleving. Door de nagenoeg automatische toekenning en het ontbreken van een mogelijkheid van herroeping heeft een substantieel gedeelte van de door de rechter opgelegde straf – bij straffen van meer dan een jaar bestaande uit een derde – hoofdzakelijk een symbolische betekenis. Het verwondert dan ook niet dat in de literatuur en door de Staten-Generaal met regelmaat is aangedrongen op herziening van het stelsel.⁵³ Thans bestaat een grote mate van constemigheid over de noodzaak van herziening van de regeling.⁵⁴ In dit verband kunnen twee hoofdlijnen worden onderscheiden. In sommige pleidooien voor herziening staat de roep om herstel van het voorwaardelijk karakter van de invrijheidstelling centraal, waardoor ook het laatste gedeelte van de straftijd een meer dan symbolische betekenis kan toekomen. Ook wordt, in het bijzonder door leden van het parlement, gepleit voor afschaffing van de nagenoeg automatische verlening, waardoor bijvoorbeeld meer betekenis kan worden toegekend aan het gedrag van de veroordeelde tijdens de detentie. Deze twee hoofdlijnen zouden ook gecombineerd kunnen worden.

Uit het voorafgaande volgt dat het niet zozeer de vraag is of het stelsel van vervroegde invrijheidstelling herzien moet worden, maar op welke wijze de herziening gestalte moet krijgen. Daarbij zullen de voornaamste gebreken van de huidige regeling, te weten het ontbreken van een deugdelijke grondslag en de gebrekkige afstemming op de uitgangspunten en de verschillende onderdelen van het sanctiestelsel, centraal moeten staan. In het bijzonder zal aandacht moeten worden

51. Gepubliceerd in *Stert*, 1994, 109.

52. In zijn uitspraak van 2 mei 2001, *Sancties* 2001, 34, m.nt. H. Elzinga constateerde het Arnhemse hof dat in 1999 slechts één en in 2000 geen enkele vordering was ingediend. Het hof zag in deze vorderingspraktijk grond de vervroegde invrijheidstelling met slechts één maand uit te stellen in plaats van met de gevorderde twee jaar.

53. Zie bijvoorbeeld C. Kelk, 'Het zwalkende bestaan van de voorwaardelijke invrijheidstelling', *DD* 25 (1995), p. 103-108, *Kamersstukken II* 1991/92, 22 536, nr. 2 en *Handelingen I* 16 juni 1998, 33-1706.

54. Zie het onderzoeksrapport *Vervroegde invrijheidstelling onder voorwaarden*, van het Seminarium voor Bewijsrecht van de Universiteit Leiden, Leiden 2001, p. 9.

besteed aan de relatie tot de vormgeving van de voorwaardelijke vrijheidsstraf, die tot 1986 zo nauw verbonden is geweest met de regeling van de v.i.

Ook de regeling van de voorwaardelijke vrijheidsstraf zelf zal tegen het licht moeten worden gehouden. Het is opmerkelijk dat bij de introductie van nieuwe vrijheidsbeperkende sancties en extramurale vormen van tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf geen of nauwelijks aandacht is besteed aan de relatie tot de voorwaardelijke vrijheidsstraf. Daardoor is de onderlinge verhouding ondoorzichtig. In het kader van een heroriëntatie op het sanctiestelsel zal deze verhouding moeten worden verduidelijkt. Bedacht moet daarbij worden dat de voorwaardelijke vrijheidsstraf niet op zichzelf staat, maar dat deze moet worden beoordeeld in samenhang met andere voorwaardelijke sancties en met de overige voorwaardelijke modaliteiten. In dit verband valt het bijvoorbeeld op dat de tbs een 'pseudo-voorwaardelijke' variant kent in de tbs met voorwaarden. Bestaat voor deze eigen structuur, die afwijkt van het normale patroon van de voorwaardelijke veroordeling, een overtuigende grond? Ten slotte zal de verhouding van de bevoegdheid van de rechter tot het stellen van bijzondere voorwaarden moeten worden bezien tegen de achtergrond van het hiervoor besproken 'nulla poena'-beginsel.

3.3.3 *Vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking*

In ons sanctiestelsel wordt uitgegaan van een tweedeling van (vormen van tenuitvoerlegging van) de vrijheidsstraf en (vrijheidsbeperkende) alternatieven voor de vrijheidsstraf. Deze tweedeling was te begrijpen in een stelsel waarin de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf bestond in opsluiting van de veroordeelde in een penitentiaire inrichting en de alternatieven voor de vrijheidsstraf werden gekenmerkt door voorwaarden ten aanzien van het gedrag van de veroordeelde in de vrije samenleving. De uitersten van deze twee vormen waarbij werd ingegrepen in de vrijheid van de veroordeelde, werden gevormd door eenzame opsluiting aan de ene kant en toepassing van de voorwaardelijke veroordeling met uitsluitend de algemene voorwaarde, dat de veroordeelde voor het einde van de proeftijd geen strafbaar feit begaat, aan de andere kant. Een dergelijke tweedeling wordt evenwel minder vanzelfsprekend naarmate de verschillende inbreuken op de vrijheid dichter naar elkaar toe groeien. In de loop van de twintigste eeuw is het streven in het kader van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf verschoven van het zoveel mogelijk isoleren van de gedetineerde naar het zoveel mogelijk aansluiting zoeken bij het leefritme in de vrije

samenleving, zoals met name zichtbaar wordt bij de regimes in zeer beperkt beveiligde inrichtingen. Het accent van de bestraffing verschuift bij deze executievarianten van het opsluiten van de veroordeelde naar het binden van de betrokkene aan gedragsvoorschriften, waarbij opsluiting uiteindelijk hoofdzakelijk fungeert als tuchtrechtelijke sanctie op de overtreding van de toepasselijke gedragsvoorschriften.⁵⁵ De (vooralsnog) uiterste consequentie van deze ontwikkeling is het penitentiair programma, waarbij de veroordeelde niet langer zijn hoofdverblijf in een penitentiaire inrichting heeft. Een onderscheid op inhoudelijke gronden tussen bepaalde vormen van tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf en bepaalde alternatieven voor diezelfde vrijheidsstraf is niet langer goed te maken. Illustratief is het experiment met elektronisch toezicht, dat zowel in het kader van de voorwaardelijke vrijheidsstraf als in dat van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf kan worden toegepast.

Deze convergentie van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, in de verschillende vormen waarin zij wordt ten uitvoer gelegd, aan de ene kant en de voorwaardelijke vrijheidsstraf en andere alternatieven voor vrijheidsbeneming aan de andere kant is slechts voor een beperkt aantal gedetineerden daadwerkelijk voelbaar. Zij gaat bijvoorbeeld niet op voor degenen die verblijven in een extra beveiligde inrichting of een sober regime. Niettemin doet de geconstateerde convergerende tendens verschillende vragen rijzen. In het bijzonder is de vraag actueel hoe ver de differentiatie in de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf kan gaan zonder dat deze straf wordt gedenatureerd. Deze vraag is vanzelfsprekend relevant met het oog op het bevorderen van de overzichtelijkheid van de consistentie binnen het sanctiestelsel. Dat deze consistentie thans te wensen overlaat, blijkt bijvoorbeeld uit een eenvoudige rekensom waarbij de taakstraf wordt afgezet tegen het penitentiair programma. Ingevolge art. 22d, derde lid, Sr wordt voor elke twee uren van de taakstraf ten hoogste een dag vervangende hechtenis vastgesteld. Uitgaande van dit maximum, wordt in de regeling van de taakstraf een week hechtenis gelijkgeschakeld met veertien uur taakstraf. Art. 5, eerste lid, Pm bepaalt daarentegen dat een penitentiair programma minimaal 26 uur per week aan activiteiten omvat. Deze activiteiten zijn veelal vergelijkbaar met die welke in het kader van een (zware) taakstraf kunnen worden toegepast. De onderlinge verhouding wordt nog extra gecompliceerd doordat de periode gedurende welke de veroordeelde deelneemt aan een penitentiair programma vol-

55. Zie ook G.E. Mulder, 'Vrijheid en onvrijheid in het strafrecht', in: Om het recht, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 1-20, m.n. p. 10 en Th.W. van Veen, 'Tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf', *Proces* 1984, p. 197-207, m.n. p. 204.

gens de minister wel wordt meegerekend bij het bepalen van de datum van vervroegde invrijheidstelling – hoewel twijfelachtig is of kan worden gesproken van ‘vrijheidsbeneming’ als bedoeld in art. 15 Sr⁵⁶ – terwijl de regeling van de vervroegde invrijheidstelling niet van toepassing is op de vervangende hechtenis bij de taakstraf.⁵⁷ De vraag rijst of dergelijke verschillen bij een inhoudelijk gelijksoortige invulling van verschillende sancties kunnen worden gerechtvaardigd. Aangevoerd zou kunnen worden dat daar waar de rechter kiest voor onze zwaarste straf, de concrete invulling een zwaardere last voor de veroordeelde moet betekenen dan de uitvoering van de taakstraf, die door de wetgever als lichter is aangemerkt. Daar kan evenwel tegenover worden gesteld dat de rechter zich met de strafoplegging niet alleen uitsprekt over de mate van ingrijpendheid van de straf, maar ook over de aard daarvan. De vrijheidsstraf onderscheidt zich van oudsher juist van andere sancties doordat zij erop is gericht de veroordeelde te onttrekken aan het vrije maatschappelijk verkeer door hem fysiek zijn vrijheid te ontnemen. Bij de herbezinning op de verhouding met andere sancties en met de voorwaardelijke vrijheidsstraf zal deze specifieke functie in het oog moeten worden gehouden.

Uit het voorafgaande volgt dat de vraag naar de verschillende sancties en modaliteiten raakt aan de verdeling van bevoegdheden binnen de ‘trias poenalis’. De keuze voor de administratie als verantwoordelijke instantie voor de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf krijgt een andere betekenis indien wordt aanvaard dat de diversiteit van de tenuitvoerlegging zodanig kan zijn, dat de aard van de straf materieel verandert. Dan kan immers in een situatie waarin de rechter bijvoorbeeld bewust heeft gekozen voor een vrijheidsstraf en niet voor een taakstraf de tenuitvoerlegging van die vrijheidsstraf (ten dele) inhoudelijk overeenkomen met een taakstraf. Uitsluitend in geval de taak van de strafrechter primair wordt gezien als het geven van een machtiging voor de uiterste vorm van tenuitvoerlegging, zou deze consequentie kunnen worden aanvaard. In geval evenwel een ander uitgangspunt wordt gekozen – zoals dat ten grondslag ligt aan ons huidige sanctiestelsel – zal een herbezinning op het karakter van de vrijheidsstraf niet mogen uitblijven.

56. Zie de niet onderbouwde, bevestigende beantwoording in Kamerstukken I 1997/98, 24 263, nr. 62, p. 6.

57. Zie voor een uitwerking van de waarde van taken in de verschillende modaliteiten nader: F.W. Bleichrodt en A.M. van Kalmthout, ‘Wetsvoorstel taakstraffen; een taak voor de wetgever of voor de rechter?’, *Sancties* 1999, p. 6-26, alsmede A.M. van Kalmthout, ‘Meten met geijkte maten’, in: *Justitiële Verkenningen* 2000, nr. 4, p. 33-43.

De onduidelijke afbakening tussen extramurale vormen van tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf en alternatieven voor de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf vormt één van de voornaamste oorzaken van de onoverzichtelijkheid van ons sanctiestelsel. Eén van de centrale uitdagingen in het kader van een herziening van het stelsel is dan ook te komen tot een onderverdeling van sancties en modaliteiten die recht doet aan de onderlinge taakverdeling van de verschillende organen en aan de functies en kenmerken van de onderscheiden sancties en modaliteiten. In het vervolg van dit preadvies zal hiertoe een poging worden gedaan.

3.3.4 Andere onderverdelingen

Ons sanctiestelsel kent nog enkele andere dan de hiervoor behandelde onderverdelingen. Ik beperk me in deze paragraaf tot twee onderverdelingen die in art. 9 Sr zijn neergelegd, te weten het onderscheid tussen hoofdstraffen en bijkomende straffen en dat tussen de gevangenisstraf en de hechtenis.

Het onderscheid tussen hoofdstraffen en bijkomende straffen stamt uit 1886 en moet worden begrepen tegen de achtergrond van de keuze om aan de toepassing van de vrijheidsstraffen niet langer van rechtswege bepaalde onterende gevolgen, zoals het verval van bepaalde rechten, te verbinden.⁵⁸ In het stelsel van 1881/1886 kon de rechter bepaalde onterende gevolgen aan de veroordeling verbinden door de toepasselijke bijkomende straffen op te leggen, maar hij behoeft dat niet te doen. De bijkomende straffen onderscheidden zich in dit stelsel van de hoofdstraffen doordat zij uitsluitend in combinatie met een hoofdstraf konden worden opgelegd. Verschillende hoofdstraffen konden juist niet gezamenlijk worden opgelegd.

Dit systeem is sedert 1886 geërodeerd. Het huidige art. 9, vijfde lid, Sr bepaalt dat een bijkomende straf, in geval de wet oplegging daarvan toelaat, zowel afzonderlijk als tezamen met hoofdstraffen en andere bijkomende straffen kan worden opgelegd. Het uitgangspunt dat hoofdstraffen niet kunnen cumuleren is verlaten. Het is nu omgekeerd: art. 9, derde lid, Sr maakt in het algemeen mogelijk dat een geldboete wordt opgelegd naast een gevangenisstraf, hechtenis of een taakstraf, terwijl het vierde lid van art. 9 Sr voorziet in een (beperkte) mogelijkheid van cumulatie van een vrijheidsstraf met een taakstraf. De meeste bijkomende straffen zijn slechts toepasbaar bij een beperkt aantal delicten. Ook dat is evenwel geen overtuigend onderscheidend kenmerk,

58. Zie hierover nader: Mevis, Hoofdpijnen van het strafrechtelijk sanctiestelsel, a.w., p. 10-15.

reeds omdat de verbeurdverklaring, een bijkomende straf, wel kan worden uitgesproken bij een veroordeling wegens willekeurig welk strafbaar feit (art. 33, eerste lid, Sr).

Geconcludeerd moet dan ook worden dat aan de rubricering als hoofdstraf of als bijkomende straf in het commune strafrecht geen relevante rechtsgevolgen meer zijn verbonden.⁵⁹ Overwogen kan worden het onderscheid tussen beide typen straffen te doen vervallen. Handhaving van het onderscheid zou een verschil in toepassingsgrond dan wel in rechtsgevolg suggereren dat niet in overeenstemming is met de wettelijke regeling.

In art. 9 worden twee vrijheidsbenemende hoofdstraffen onderscheiden: gevangenisstraf en hechtenis. In het wetboek van Strafrecht van 1881/1886 was als uitgangspunt gehanteerd dat doleuze misdrijven met gevangenisstraf werden bedreigd en culpose misdrijven en overtredingen met hechtenis. Dit verschil tussen de twee vrijheidsbenemende hoofdstraffen had gevolgen voor de uitvoering van de straf: hechtenis werd in beginsel ten uitvoer gelegd in een huis van bewaring, in gemeenschap, terwijl de gevangenisstraf als uitgangspunt door middel van eenzame opsluiting in een gevangenis werd ondergaan.

In de loop van de twintigste eeuw zijn deze verschillen in de wijze van tenuitvoerlegging van beide straffen opgeheven. In de Penitentiaire beginselenwet is de tenuitvoerlegging van beide straffen onder de algemene noemer 'vrijheidsstraf' in vergaande mate geharmoniseerd. De minister stelt dan ook in de nota *Sancties in perspectief* (p. 53) voor het onderscheid te doen vervallen en de benaming van beide straffen te vervangen door de algemene term 'vrijheidsstraf'.⁶⁰ Dit voorstel biedt een logische vereenvoudiging van het sanctiestelsel. Door de keuze van de neutrale term 'vrijheidsstraf' acht ik het geen overwegend nadeel dat de lichtere aard van de normovertreding waarop hechtenis staat niet langer wordt geaccentueerd. Met een aparte term wordt juist een verschil in rechtsgevolg gesuggereerd dat niet langer bestaat. Wel zal, overeenkomstig het advies van de toenmalige Centrale Raad voor Strafrechtstoepassing, acht moeten worden geslagen op de gevolgen die deze wijziging heeft voor bijkomende gevolgen, zoals de justitiële documentatie en de verklaring omtrent het gedrag.⁶¹

59. Art. 59 en 60 Sr bevatten een specifieke regeling voor de toepassing van bepaalde bijkomende straffen in geval van samenloop. Van een algemeen, onderscheidend rechtsgevolg van de bijkomende straf is ook in dit verband geen sprake.

60. Ook denkbaar is de term 'gevangenisstraf' voor de gezamenlijke vrijheidsstraffen. Zie P.A.M. Mevis, 'Voorwaardelijke veroordeling en vrijheidsbeperkende straf: elkaar uitsluitende modellen?', *Sancties* 2001, p. 6-21, m.n. p. 10.

61. Advies van 5 juni 2000, p. 7.

3.3.5 Tussenbalans; de diagnose

Ons sanctiestelsel is gegrond op uitgangspunten, die samenhangen met de verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen de verschillende bij de sanctietoepassing betrokken instanties en met de verhouding tussen diverse soorten sancties en modaliteiten. De in het voorafgaande besproken uitgangspunten zijn zonder uitzondering, door de wijze waarop de wettelijke vormgeving en de toepassing in de praktijk van de verschillende sancties en modaliteiten zich hebben ontwikkeld, minder vanzelfsprekend geworden. Doordat verschillende ingrijpende wijzigingen in het sanctiestelsel zijn doorgevoerd zonder dat de betekenis daarvan voor het sanctiestelsel als zodanig afdoende is onderkend, heeft dit aan consistentie ingeboet. Mevis stelt in zijn studiepocket over de hoofdlijnen van het strafrechtelijk sanctiestelsel, dat de wetgever vrijwel alle oude hoofdlijnen van het stelsel van 1886 heeft afgeschaft zonder er nieuwe voor in de plaats te stellen.⁶²

Het sanctiestelsel is onoverzichtelijk en weinig consistent geworden. Een heroriëntatie op de grondslagen van het stelsel is noodzakelijk. Daarbij ligt het in de rede dat de nadruk ligt op de hiervoor besproken onder druk staande uitgangspunten. Een heroriëntatie betekent niet automatisch dat de oude uitgangspunten door nieuwe moeten worden vervangen. Daar waar onvoldoende grond bestaat afstand te doen van het bestaande – al was het maar omdat geen betere uitgangspunten voorhanden zijn – zal de nadruk moeten liggen op het toetsen van de vormgeving van de verschillende sancties aan de grondslagen.

De onoverzichtelijkheid van het stelsel geldt in het bijzonder voor het grensgebied tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming. De formele tweedeling in vrijheidsbenemende en vrijheidsbeperkende sancties doet onvoldoende recht aan de realiteit van de sanctietoepassing. Daarbij is ook de rolverdeling tussen rechter en administratie in het geding. Het is opmerkelijk dat de onoverzichtelijkheid waarvoor ten tijde van de indiening van de wetsvoorstellen die het penitentiair programma en de taakstraf brachten tevergeefs is gewaarschuwd, in de nota *Sancties in perspectief* volmondig wordt erkend.⁶³ Nu juist deze nieuwe wetten in sterke mate aan de ontstane onduidelijkheid hebben bijgedragen, zullen deze in het kader van een herijking van het sanctiestelsel niet buiten schot mogen blijven. Bij een herziening van het

62. Mevis, a.w., p. 8.

63. Nota *Sancties in perspectief*, a.w., p. 1-2.

sanctiestelsel mag een analyse van de aard van de vrijheidsstraf – en daarmee van alternatieven daarvoor – niet ontbreken.

In het bovenstaande kwamen reeds andere voorwaarden voor een herziening ter sprake. In het vervolg van dit preadvies zal de nadruk komen te liggen op voorstellen tot herziening. De nota *Sancties in perspectief* behelst een actuele departementale poging tot herziening van het stelsel. Op deze nota zal kort worden ingegaan. Daarbij zal in het bijzonder worden getoetst in hoeverre met de voorstellen in de nota de hiervoor belichte wankelende uitgangspunten worden hersteld dan wel worden vervangen door nieuwe, betere uitgangspunten. Vervolgens zal een alternatief voorstel worden gepresenteerd en uitgewerkt.

De uitgangspunten in de revisie

4.1 De nota *Sancties in perspectief*

Op 21 september 2000 heeft de minister van Justitie de nota *Sancties in perspectief* aan de Tweede Kamer aangeboden. Met de nota tracht de minister een antwoord te geven op kritische vragen die leden van de Eerste Kamer bij de behandeling van het voorstel voor een Penitentiaire beginselenwet stelden over de samenhang tussen vrijheidsbeperkende sancties enerzijds en extramurale vormen van tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf anderzijds. Maar de nota strekt verder. Daarin wordt een poging gedaan tot vereenvoudiging en verduidelijking van het sanctiestelsel. De minister geeft aan dat geen sprake is van een fundamentele herbezinning, waarbij onafhankelijk van de 'actualiteit' het sanctiestelsel opnieuw zal worden opgebouwd (p. 3). Het blikveld wordt in zoverre beperkt, dat in de nota onder 'sanctiestelsel' slechts het geheel aan vrijheidsbeperkende straffen en vrijheidsstraffen voor volwassenen wordt verstaan (p. VI).⁶⁴ Binnen deze marges doet de minister verschillende ingrijpende voorstellen, waarop in het onderstaande wordt ingegaan. Eerst bespreek ik de hoofdlijnen van de nota.

64. Elders in de nota wordt overigens onder 'sanctiestelsel' verstaan: 'het geheel aan strafrechtelijke interventiemogelijkheden en de onderlinge positionering ervan.' Deze veel ruimere definitie wordt gedeeltelijk ontkracht doordat wordt toegevoegd dat de maatregelen en het jeugdstrafrecht buiten beschouwing blijven.

4.1.1 Inhoud

Het theoretisch kader van de nota wordt gevormd door een beschouwing over doelen en ontwerpcriteria van het sanctiestelsel. De minister stelt voorop dat aan ons sanctiestelsel de verenigingstheorie ten grondslag ligt, die volgens de nota inhoudt dat wordt gestraft om het aangerichte kwaad te vergelden en om te voorkomen dat herhaling optreedt (p. 26-27). In de nota worden de doelstellingen van vergelding, speciale en generale preventie onderscheiden en uitgewerkt. Terecht wordt de ethische lading van het vergeldingsprincipe benadrukt, waardoor straf en schuld niet zijn te scheiden. Verder lijkt de minister vergelding gelijk te schakelen met het streven naar meer punitiviteit. In geval de nadruk wordt gelegd op vergelding, leidt dat volgens de minister tot een bont scala aan – als zodanig niet door hem onderschreven – acties, zoals het herkenbaar maken van compensatie van slachtoffers en samenleving in de tenuitvoerlegging en versobering in de regimesvoering. De doelstelling van speciale preventie wordt in verband gebracht met het verder ontwikkelen van alternatieven voor de gevangenisstraf en het begeleiden van de delinquent bij zijn terugkeer in de samenleving. De doelstelling van generale preventie houdt in dat wordt getracht anderen dan de dader van strafbaar gedrag te weerhouden. De minister verklaart op deze doelstelling eenvoudigweg ‘de acties genoemd onder vergelding’ van overeenkomstige toepassing.

De minister onderscheidt voorts een aantal ontwerpcriteria voor het sanctiestelsel, te weten beveiliging, legaliteit, menswaardigheid, transparantie, flexibiliteit (innovatieve kracht), doelmatigheid en slagvaardigheid. Ook aan deze ontwerpcriteria worden verschillende consequenties voor de inrichting van het sanctiestelsel verbonden. Daarbij wordt opgemerkt dat de ‘logische consequenties’ van de verschillende ontwerpcriteria soms met elkaar op gespannen voet staan of zelfs onverenigbaar zijn (p. 33). In de nota wordt getracht een evenwicht tot stand te brengen tussen de vaak tegengestelde eisen die de doelstellingen van speciale preventie en vergelding aan het sanctiestelsel stellen. In dit spanningsveld worden de verschillende ontwerpcriteria bezien. Aan de hand van dit ‘dynamisch systeem perspectief’ worden bestaande sancties en modaliteiten, voor zover zij vrijheidsbeperking dan wel vrijheidsbeneming inhouden, besproken. Dat leidt tot een groot aantal, soms verstrekkende voorstellen. Ik beperk mij tot de meest in het oog springende voorstellen.

Met name de voorwaardelijke modaliteiten moeten het in de nota ontgelden. De voorwaardelijke vrijheidsstraf met alleen de algemene voorwaarde heeft volgens de minister door de ontwikkeling van ande-

re alternatieven voor de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf geen toegevoegde waarde meer. Hij noemt de tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke straf op grond van een schending van de algemene voorwaarde, naast de zelfstandige veroordeling wegens dit feit, zelfs een 'oneigenlijke en onnodige vorm van strafverhoging' (p. 40). Voorgesteld wordt de mogelijkheid van oplegging van een voorwaardelijke vrijheidsstraf met uitsluitend de algemene voorwaarde af te schaffen. Ook de bijzondere voorwaarde van opneming ter verpleging in een inrichting zou geen toegevoegde waarde meer bezitten en voor afschaffing in aanmerking komen. Ten slotte stelt de minister voor wettelijk te verankeren dat waar een specifieke sanctie wettelijk is geregeld, deze niet als voorwaarde bij een voorwaardelijke vrijheidsstraf mag worden gesteld. Wel zal als voorwaarde gesteld moeten kunnen worden dat de veroordeelde onder reclasseringstoezicht wordt geplaatst, maar deze voorwaarde zou weer niet mogen inhouden dat de veroordeelde zich heeft te gedragen naar de aanwijzingen van de reclassering omdat daarmee een 'niet voorzienbare' sanctie door de rechter zou worden opgelegd (p. 42).

De schorsing van de voorlopige hechtenis wordt in de nota eveneens zeer kritisch bejegend. Deze zou uitsluitend mogelijk moeten zijn indien deze wordt gecombineerd met een waarborgsom. Andere bijzondere voorwaarden worden in de ban gedaan, met name uit vrees voor vermenging van voorwaarden in het kader van de schorsing van de voorlopige hechtenis en door de rechter bij eindvonnis op te leggen sancties (p. 37-38). De recent tot stand gekomen wettelijke regelingen inzake het penitentiair programma en de – ten tijde van het aanbieden van de nota – vergevorderde voorstellen voor de invoering van de taakstraf als zelfstandige hoofdstraf worden opmerkelijk mild behandeld. Gepleit wordt voor uitbreiding van het toepassingsgebied van het penitentiair programma, zodat die deelname ook bij kortere vrijheidsstraffen mogelijk wordt. De mogelijkheid van combinatie van een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf met een taakstraf zou moeten worden beperkt tot de duur van de ondergane voorlopige hechtenis.⁶⁵ Op den duur zouden de voorwaardelijke vrijheidsstraf met bijzondere voorwaarden en de taakstraf moeten worden ondergebracht in een nieuwe wettelijke straf van vrijheidsbeperking. In een algemene maatregel van bestuur zouden de verschillende soorten sancties die in dat kader kunnen worden toegepast moeten worden aangewezen.

Verder wordt voorgesteld elektronisch toezicht als controlemiddel in

65. Nu de regeling van art. 27 Sv ziet op aftrek van voorarrest, zal met het voorstel wel zijn bedoeld dit bijvoorbeeld ook te doen uitstrekken tot de ondergane invorderingstelling.

de wet te verankeren. Als zodanig ziet de minister ruimte voor drie toepassingsmogelijkheden: in het kader van het penitentiair programma, als onderdeel van een straf van vrijheidsbeperking en als modaliteit van de voorlopige hechtenis in gevallen waarin opsluiting in een huis van bewaring te zwaar wordt geacht. Ten slotte bevat de nota een voorstel tot herziening van de regeling van vervroegde invrijheidstelling in een stelsel waarbij de invrijheidstelling onder voorwaarden kan geschieden. De voorwaarden zouden betrekking moeten hebben op vormen van 'monitoring' of begeleiding, waarbij de reclassering een belangrijke rol zal moeten vervullen.

4.1.2 Reactie

De nota *Sancties in perspectief* biedt nauwelijks oplossingen voor de geconstateerde onoverzichtelijkheid van en de inconsistenties binnen ons sanctiestelsel. Daaraan zijn zowel de gehanteerde methodiek als de gepresenteerde voorstellen debet. Ten eerste de methodiek. De minister heeft het sanctiestelsel gedefinieerd als het geheel aan vrijheidsbeperkende straffen en vrijheidsstraffen voor volwassenen. In deze definitie blijven alleen al de vermogenssancties, de maatregelen en de sancties voor minderjarigen buiten beschouwing. Het is begrijpelijk dat een heroriëntatie op het sanctiestelsel niet vanaf 'het nulpunt' begint en bovendien beperkt blijft tot de gebieden waarop de noodzaak tot herziening het grootst is, te weten tot de terreinen van vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming. Dat neemt niet weg dat ook als de herziening wordt toegespitst op bepaalde onderdelen van het sanctiestelsel, deze onderdelen in onderlinge samenhang met andere onderdelen zullen moeten worden bezien. In het andere geval dreigt een verschuiving of zelfs een versterking van de onoverzichtelijkheid.

Juist aan een oriëntatie op het sanctiestelsel als geheel ontbreekt het in de nota. Centrale uitgangspunten als het onderscheid tussen straffen en maatregelen blijven onbesproken. De voorwaardelijke vrijheidsstraf wordt geïsoleerd ten opzichte van andere voorwaardelijke veroordelingen besproken. Uit politiek oogpunt is het tot op zekere hoogte wel te begrijpen dat recente wetgevingsprojecten waarbij het penitentiair programma en de taakstraf zijn geïntroduceerd relatief mild worden behandeld. In de nota wordt erkend dat in deze afzonderlijke wetgevingstrajecten niet steeds de dwarsverbanden zijn gelegd die nodig zijn vanuit een eenduidige, brede visie op het geheel (p. VI). Het gevolg van deze houding is wel dat de wetgevingsproducten die in belangrijke mate hebben bijgedragen aan de ontstane onoverzichtelijkheid

lijkheid min of meer als een gegeven worden beschouwd, waardoor de kans op succes van de herzieningspoging sterk vermindert.

Juist op het grensvlak van vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming bestaat behoefte aan een duidelijke ordening. De nota voorziet echter niet in een heldere afbakening van vrijheidsbeperkende en vrijheidsbenemende sancties en modaliteiten. Door deze aanpak wordt de kernproblematiek in het sanctiestelsel ongemoeid gelaten en wordt de nagestreefde transparantie niet verwezenlijkt. Ook een fundamentele en uitgewerkte visie op de verhouding tussen wetgever, rechter, openbaar ministerie en andere deelnemers in de strafrechtspleging ontbreekt.

Het theoretische kader van de nota, in het bijzonder de wijze van omgaan met de genoemde doelstellingen en ontwerpcriteria, is in de literatuur op kritiek gestuit. In het bijzonder is aangevoerd dat voor nagenoeg elke denkbare aanpassing in het sanctiestelsel wel bij één of meer strafdoelen of ontwerpcriteria kan worden aangesloten, waardoor de ruimte voor concrete beleidsbeslissingen maximaal wordt, maar geen samenhangend geheel wordt geschetst.⁶⁶ Illustratief is dat de uitkomsten van de toetsing aan de doelen en de ontwerpcriteria van de taakstraf en de voorwaardelijke vrijheidsstraf elkaar niet veel ontlopen, maar dat de voorstellen ten aanzien van beide sancties radicaal van elkaar verschillen. Ook de betekenis van de rechtspraak in de nota is niet eenduidig. Voor handhaving van de korte onvoorwaardelijke vrijheidsstraf met een minimumduur van een dag wordt aangevoerd dat de korte vrijheidsstraf veel wordt toegepast en dat de voor de hand liggende conclusie is dat deze sanctie in een duidelijke behoefte voorziet (p. 52). De voorwaardelijke vrijheidsstraf met uitsluitend de algemene voorwaarde wordt evenwel eveneens zeer frequent toegepast, maar aan deze omstandigheid wordt niet de conclusie verbonden dat deze strafvorm in een duidelijke behoefte voorziet. Integendeel: deze wordt voor afschaffing voorgedragen.

Eén van de kanttekeningen die bij het theoretisch kader kan worden geplaatst, is dat vergelding als grond van de straf niet goed uit de verf komt.⁶⁷ Vergelding wordt met name als doelstelling van de straf gezien en kennelijk gelijkgeschakeld met 'harsh punishment', terwijl speciale preventie met name in het kader van de 'softere' resocialisatiedoelstelling wordt besproken. Daarmee wordt miskend dat het erkennen van vergelding als grondslag van de straf kan juist een grens van het straffen kan betekenen. Bovendien moet worden benadrukt dat spe-

66. D.H. de Jong, 'Het maatschappelijk raakvlak van het sanctiestelsel', DD 30 (2000), p. 583-592.

67. Zie ook J.A.W. Lensing, 'De doelstellingen van het strafrecht volgens *Sancties in perspectief* en *Punishment and purpose*', *Sancties* 2000, p. 316-329.

ciale preventie niet alleen kan worden nagestreefd door projecten die zijn gericht op reïntegratie van de veroordeelde, maar ook door deze onschadelijk te maken, bijvoorbeeld door hem lange tijd op te sluiten. Zo was de draconische maatregel ter langdurige bewaring van beroeps- en gewoontemisdadigers bij uitstek speciaal-preventief van aard.⁶⁸ Ten slotte ontbreken andere aanvaarde strafdoeleinden, zoals conflictoplossing, in het theoretisch kader van de nota.

De naar aanleiding van de nota uitgebrachte adviezen zijn onverdeeld kritisch. Zo concludeerde de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak dat de voorstellen in de nota uiteindelijk zullen leiden tot minder flexibiliteit en verworvenheden schrappen zonder dat de noodzaak daarvan is aangetoond. De voorstellen zullen naar haar oordeel tot een onevenwichtig sanctiestelsel leiden.⁶⁹ Ook het College van procureurs-generaal oordeelde dat op een aantal punten afbreuk zou worden gedaan aan de kwaliteit van het sanctiestelsel, met name bestaande in een belemmering van het creatief, maat- en persoonsgericht sanctioneren.⁷⁰ Geen enkel adviesorgaan toonde zich een voorstander van de afschaffing van de voorwaardelijke veroordeling met uitsluitend de algemene voorwaarde. De voorstellen zijn niettemin naar de Tweede Kamer gestuurd. Op 11 juni 2001 debatteerde de minister met de vaste Kamercommissie over de nota. De commissie sprak op onderdelen, zoals de aangekondigde omvorming van de vervroegde invrijheidstelling in een invrijheidstelling met voorwaarden, waardering uit. Voor het in de nota prominent gepresenteerde voorstel de voorwaardelijke vrijheidsstraf met uitsluitend de algemene voorwaarde af te schaffen, kreeg de minister geen enkele fractie mee. De minister zal zich op dit voorstel en op het – eveneens scherp bekritiseerde – voorstel inzake de schorsing van de voorlopige hechtenis nader beraden.

Het voorstel tot afschaffing van de voorwaardelijke veroordeling zonder bijzondere voorwaarden mist naar mijn mening een goede grond. Deze straf wordt veelvuldig opgelegd en voorziet dan ook in de rechtspraktijk in een duidelijke behoefte.⁷¹ In lang niet alle gevallen is een taakstraf een bevredigend alternatief, laat staan het 'rechterlijk par-

68. Deze maatregel was geregeld bij Wet van 25 juni 1929, Stb. 362. Deze wet is evenwel nooit in werking getreden en bij Wet van 19 november 1986, Stb. 587 ingetrokken.

69. Advies van 22 september 2000.

70. Advies van 7 juni 2000.

71. Volgens gegevens in de nota wordt meer dan 40% van de gevangenisstraffen geheel of gedeeltelijk voorwaardelijk opgelegd (p. 6), de meerderheid zonder bijzondere voorwaarden.

don' (art. 9a Sr), waarmee juist van bestraffing wordt afgezien. De voorwaardelijke vrijheidsstraf met slechts de algemene voorwaarde is geschikt voor gevallen waarin de rechter de ernst van het feit wil onderstrepen door het opleggen van een gevangenisstraf, terwijl hij de tenuitvoerlegging van deze straf in beginsel niet nodig oordeelt. De strafdreiging wordt geconcretiseerd. De logische consequentie van het niet naleven van de voorwaarde, te weten de tenuitvoerlegging van het voorwaardelijk deel, wordt evenwel in de nota als een 'oneigenlijke en onnodige vorm van strafverhoging' beschouwd. Uit de unaniem negatieve reacties op dit voorstel volgt dat dit standpunt – terecht – niet wordt gedeeld. Het voorstel levert bovendien in het kader van een heroriëntatie geen winst op. De voorwaardelijke vrijheidsstraf met alleen de algemene voorwaarde bevindt zich niet in het grensgebied tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming, maar heeft een eigen, duidelijk van andere sancties af te bakenen betekenis.

Aan de voorstellen inzake de bijzondere voorwaarden bij schorsing van de voorlopige hechtenis en de voorwaardelijke vrijheidsstraf ligt met name de constatering ten grondslag dat de rechter incidenteel voorwaarden stelt die overeenkomen met specifiek geregelde sancties. Een dergelijke toepassing van voorwaarden acht de minister onwenselijk. De beperking van de mogelijkheid bijzondere voorwaarden te stellen lijkt evenwel verder te gaan dan op basis van deze ratio zou worden verwacht. Niet wordt ingegaan op rechtspraak van de Hoge Raad waarin expliciet criteria zijn ontwikkeld voor voorwaarden bij een voorwaardelijke veroordeling die verwant zijn aan een wettelijk geregelde sanctie.⁷² Opmerkelijk is dat het vertrouwen in de rechter, dat één van de uitgangspunten van het sanctiestelsel vormt, bij dit type sanctie lijkt te worden opgezegd. Ook wordt een afstemming van de nieuw in te voeren voorwaardelijke invrijheidstelling op de voorwaardelijke vrijheidsstraf gemist. Geconcludeerd kan worden dat wat aan de voordeur wordt weggehaald, in zekere zin aan de achterdeur weer wordt binnengehaald met, bijvoorbeeld ten aanzien van het reclasseringstoezicht, opvallende verschillen in argumentatie.

Ook van het voorstel tot invoering van een straf van vrijheidsbeperking ben ik geen voorstander. De straf van vrijheidsbeperking zal volgens de minister een veelheid aan ongelijksoortige sancties moeten bevatten, zoals de werkstraf en een straatverbod. De typering als straf van deze verscheidenheid aan sanctievormen doet geen recht aan het tweesporenstelsel. Huidige bijzondere voorwaarden die onder de vlag van

72. HR 13 november 1979, NJ 1980, 107. In het vervolg van dit preadvies wordt nader op deze rechtspraak ingegaan.

de straf van vrijheidsbeperking zouden moeten worden gebracht, zoals een voorwaarde tot verplicht reclasseringscontact, kunnen bezwaarlijk als straf worden aangemerkt. Door de toe te passen sancties te fixeren in een algemene maatregel van bestuur wordt voorts de mogelijkheid van een geïndividualiseerde sanctionering beperkt. Het belangrijkste bezwaar tegen de voorgestelde straf van vrijheidsbeperking is evenwel dat deze geen oplossing biedt voor het geconstateerde afbakningsprobleem tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbenaming. Een inhoudelijke afbakening tussen beide ontbreekt. Welke is de gemeenschappelijke noemer van de sanctievormen die kunnen worden ondergebracht in de straf van vrijheidsbeperking? Zij zullen wellicht alle kunnen worden aangemerkt als vormen van ondergezagstelling, maar deze definitie biedt geen inhoudelijke afbakening ten opzichte van de vrijheidsstraf. Een bevredigende materiële afbakening van de voorgestelde straf ten opzichte het penitentiair programma als een wijze van tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf lijkt niet goed mogelijk. Daarmee kan ook dit voorstel niet bijdragen aan een meer overzichtelijk sanctiestelsel.

4.1.3 Conclusie

Geconcludeerd moet worden dat de nota *Sancties in perspectief* geen geschikte basis biedt voor een herijking van het sanctiestelsel. Door de geïsoleerde wijze waarop sancties en modaliteiten worden behandeld, bergt deze zelfs het gevaar in zich van een verdergaande onoverzichtelijkheid en inconsistentie. De nota zet de schop in sancties die voorheen niet ter discussie hebben gestaan, zonder dat de toegevoegde waarde daarvan in het oog springt en zonder dat nieuwe hoofdlijnen worden gepresenteerd. In het onderstaande wordt getracht een ander kader voor herijking te ontwikkelen.

4.2 Aanknopingspunten voor een herijking

4.2.1 Inleiding

Herijking van het sanctiestelsel is eerst zinvol als het stelsel als geheel en de verschillende sancties en modaliteiten in onderlinge samenhang worden gezien. De uitgangspunten die in het voorafgaande aan de orde zijn gekomen, worden dan ook in deze paragraaf in relatie tot elkaar besproken. In het vervolg van dit preadvies worden verschillende concrete onderdelen van het stelsel getoetst aan de geformuleerde grondslagen.

4.2.2 *Straf en maatregel*

In het bovenstaande is betoogd dat straffen en maatregelen dogmatisch van elkaar kunnen worden onderscheiden. Aangegeven is dat de straf een andere grondslag kent dan de maatregelen. Geconstateerd is voorts dat een tweedeling is aan te brengen tussen beveiligingsmaatregelen en op herstel gerichte maatregelen.

Sommige auteurs bepleiten een monistisch systeem, waarin één type strafrechtelijke sanctie is ondergebracht, die veelal als 'straf' wordt aangeduid.⁷³ Een dergelijk stelsel vraagt, in geval (een aantal van) de huidige maatregelen behouden zouden blijven, om een ruimer strafbegrip dan het begrip dat aan ons stelsel ten grondslag ligt. In een monistisch stelsel zal naar gemeenschappelijke kenmerken en grenzen van de daarin ondergebrachte sancties moeten worden gezocht. Daartoe zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de doeleinden van de sancties, bij de ernst van het delict dat tot de strafvervolgning heeft geleid dan wel bij de mate van schuld van de veroordeelde. De sanctie zou bepaald kunnen worden door een veelheid aan factoren, waaronder de mate van verwijtbaarheid, de persoon van de verdachte, de ernst van het feit en het belang van een adequate beveiliging van de samenleving.

Een dergelijke benadering roept de vraag op waardoor de sanctionering in zodanig stelsel wordt begrensd. Volgens Van der Landen is een randvoorwaarde voor een monistisch stelsel dat de in concreto opgelegde sanctie niet onevenredig zwaar mag zijn ten opzichte van het delict.⁷⁴ Deze eis ligt evenwel bepaald niet voor de hand voor de oplegging van bijvoorbeeld de schadevergoedingsmaatregel en voor maatregelen die uit proces-economische overwegingen aan de strafrechter zijn toevertrouwd, zoals de onttrekking aan het verkeer en de plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis. De ernst van het delict kan toch geen zelfstandige maatstaf vormen bij de toepassing van een sanctie waarmee wordt beoogd de samenleving te beveiligen respectievelijk het slachtoffer in de geleden schade tegemoet te komen?⁷⁵ De omstandigheid dat een dergelijke grens weinig logisch voorkomt, is een rechtstreeks gevolg van het verschil in grondslag tussen de huidige

73. Zie D. van der Landen, *Straf en maatregel*, (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1992.

74. Van der Landen, a.w., p. 487.

75. De stelling van Van der Landen (diss., p. 460), dat naar hedendaags inzicht de maatregel niet disproportioneel mag zijn ten opzichte van het gepleegde feit, wordt door wetgever noch Hoge Raad gedeeld. Zie bijvoorbeeld HR 26 augustus 1960, NJ 1960, 566 en de recent ingevoerde sov.

straffen en maatregelen. In geval dit onderscheid zal komen te vervallen, zal naar verwachting tevergeefs naar een heldere gemeenschappelijke noemer worden gezocht.

Indien niet naar een overkoepelende grondslag en begrenzing wordt gezocht, kan beter van een pluriform dan van een monistisch stelsel worden gesproken. In zodanig stelsel moet worden gevreesd voor een lappendeken van naast elkaar bestaande sancties, waardoor de samenhang in het sanctiestelsel eerder wordt verzwakt dan versterkt. Door het ontbreken van de ernst van het feit en de mate van schuld als bovengrenzen, wordt de betekenis van de rechterlijke sanctietoemeting meer ongewis en zal deze naar verwachting aan betekenis inboeten.

Een andere mogelijkheid is dat in een monistisch stelsel het sanctiespectrum zodanig wordt verengd dat de huidige maatregelen daaruit worden verwijderd. In zodanig stelsel zouden uitsluitend sancties worden opgenomen die aan het hiervoor besproken strafbegrip voldoen. Een dergelijke ontwikkeling acht ik niet wenselijk. Uit proceseconomisch oogpunt, alsmede gelet op de relatie met het strafbaar feit en het onderzoek daarnaar, ligt het in de rede dat de strafrechter zich onder omstandigheden moet kunnen uitspreken over bijvoorbeeld de onttrekking van voorwerpen aan het verkeer en de aan het slachtoffer te vergoeden schade. Dat laat onverlet dat het wenselijk kan zijn deze maatregelen ook in andere kaders toe te passen, zoals bij wege van transactievoorwaarde.⁷⁶

Een monistisch stelsel waarin wordt uitgegaan van een maximering van de sanctie overeenkomstig de ernst van het feit en de mate van schuld van de dader, roept de noodzaak in het leven terug te vallen op andere voorzieningen daar waar de noodzaak tot ingrijpen de ernst van het feit of de mate van schuld te boven zou gaan. Zo zal de rol van de tbs in een dergelijk systeem (ten dele) moeten worden overgenomen door de reguliere geestelijke gezondheidszorg (ggz), het gevangeniswezen dan wel door een combinatie van beide.⁷⁷ Het resultaat van een dergelijke verstrekkende wijziging van het stelsel is zeer ongewis. Nu voor een dergelijke wijziging dogmatisch geen grond bestaat en deze bovendien stuit op nader te bespreken praktische bezwaren, geef ik de

76. In de medio 2002 te verwachten dissertatie van T. Kooijmans wordt hierop uitvoerig ingegaan en worden in dit verband verschillende voorstellen gedaan. Daarbij toont Kooijmans zich tegenstander van een monistisch stelsel. Zie voor huidige mogelijkheden art. 74, tweede lid, onder b en c, Sr.

77. De Commissie Beleidsvisie tbs (Commissie-Kosto) adviseert op langere termijn te streven naar integratie van de tbs-klinieken in de ggz, zij het veeleer op basis van beleidsmatige overwegingen dan vanuit een monistisch perspectief. Zie het rapport *Veilig en wel, Een beleidsvisie op de tbs*, Den Haag 2001.

voorkeur aan handhaving van het huidige onderscheid tussen de vrijheidsstraf en de tbs.

Een monistisch stelsel lijkt ook om een andere reden weinig aanlokkelijk. Uitgangspunt van de hiervoor verdedigde 'tweesporendoctrine' is dat de vergelding door middel van beoogde leedtoevoeging, die de straf kenmerkt, een limitering van de leedtoevoeging in zich bergt.⁷⁸ Bij de maatregel, die wordt toegepast ter verwezenlijking van een bepaald doel, moet leedtoevoeging juist zoveel mogelijk worden vermeden. Deze grenzen aan de leedtoevoeging worden in een monistisch stelsel minder vanzelfsprekend.⁷⁹ Andere grenzen, die samenhangen met de specifieke grondslagen van de verschillende maatregelen, zijn evenzeer in een tweesporenstelsel te hanteren. Een wijziging naar een monistisch stelsel biedt ook in dat opzicht geen voordelen.

Gelet op het voorafgaande pleit ik voor handhaving van het tweesporenstelsel. Daarbij passen twee opmerkingen. In de eerste plaats wordt, zoals hiervoor is betoogd, aan de betekenis van het tweesporenstelsel afbreuk gedaan indien niet wordt aanvaard dat de straf niet alleen wordt gelegitimeerd, maar ook wordt gelimiteerd door de mate van schuld. In het kader van een herziening van het sanctiestelsel verdient het aanbeveling dat deze limiterende werking uitdrukkelijk in titel II van het eerste boek van het Wetboek van Strafrecht wordt neergelegd.

Ten tweede is het maatregelkarakter van bepaalde sancties door de wetgever soms aangegrepen ter rechtvaardiging van verstrekkende constructies, zoals de bewijsconstructies in het kader van de ontnemingswetgeving en de langdurige vrijheidsbeneming voor relatief lichte feiten bij de sov. Om 'misbruik' van het rechtskarakter van de maatregel te voorkomen, zal een helderder onderverdeling moeten worden gemaakt aan de hand van het rechtskarakter van de verschillende maatregelen. Daarbij zal in sterkere mate dan thans onderscheid kunnen worden gemaakt tussen op herstel gerichte maatregelen en beveiligingsmaatregelen. Binnen deze twee 'subsporen' zal zoveel mogelijk naar consistentie moeten worden gestreefd. De grondslagen van de diverse soorten maatregelen zullen in het bijzonder maatgevend moeten zijn. Bij het zoeken naar criteria die voor de verschillende maatregelen uit de beide 'subsporen' gelden, valt op dat de herstelgerichte maatregelen naar hun aard op een meer bevredigende wijze in hun toepassing zijn te begrenzen dan de beveiligingsmaatregelen. Een natuurlijke grens van de toepassing van eerstgenoemde soort maatre-

78. Zie ook J. Dhondt, 'Resocialisatie en dwang', *Sancties 2000*, p. 267-271.

79. Zie ook M.J. Borgers, *De ontnemingsmaatregel* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom 2001, p. 84.

gelen is immers gelegen in de hoogte van de aangerichte schade dan wel het verworven voordeel. Wel verschilt het perspectief van beide op herstel gerichte maatregelen: met de schadevergoedingsmaatregel wordt herstel beoogd door het slachtoffer schadeloos te stellen, met de ontneming door te ontnemen hetgeen de dader wederrechtelijk heeft verkregen.

De vraag naar de grenzen van de beveiliging heeft meer een open einde. Het is dan ook wenselijk ten aanzien van laatstgenoemd type maatregelen aanvullende criteria te ontwikkelen. De ratio van de beveiligingsmaatregelen kan worden vergeleken met de rechtvaardigingsgrond noodweer. De rechtvaardiging voor dit type maatregel kan zijn gelegen in (zelf)bescherming van de samenleving tegen een dreigend (groter) gevaar dat – gelet op de strafrechtelijke context van de maatregel – bestaat in een reële dreiging van strafbaar gedrag. Deze strafrechtelijke context kan worden gezien als een eerste grens. Evenals bij noodweer zal het middel ter afwending van de dreiging proportioneel moeten zijn en moeten voldoen aan het subsidiariteitsbeginsel. Proportionaliteit moet hierbij niet worden begrepen in relatie tot het gepleegde delict, maar in relatie tot het delict waarvoor wordt gevreesd. Het ligt in de rede dat naarmate het middel ter beveiliging zwaarder is de bescherming van de samenleving meer in het geding zal moeten zijn. Er moet een redelijke verwachting bestaan dat (voortgezette) toepassing van de maatregel geboden dan wel functioneel is met het oog op de bescherming van de samenleving.

Daarbij komt een derde beperking, te weten dat enigerlei verband dient te bestaan tussen het gepleegde delict en een stoornis dan wel een verslaving. Zonder dat verband zou de deur worden opengezet voor een (onwenselijke) ontwikkeling in de richting van langdurige bewaring van hardnekkige recidivisten. Daarmee dringt zich een volgend uitgangspunt voor de inrichting van dit type maatregel op, te weten dat in het kader van de tenuitvoerlegging moet worden gestreefd naar een behandeling die dusdanig bijdraagt aan het inperken van recidivegevaar dat de veroordeelde na verloop van tijd in vrijheid kan worden gesteld. De tbs-regeling ademt dit streven. Enschedé merkt over de geneeskundige behandeling in verband met de tbs op: 'moge dat geen rechtsgrond of doel van de maatregel zijn, zij behoort wel tot het ethos van de maatregel.'⁸⁰ Zelfs in de uitzonderingsgevallen, waarin de samenleving niet anders dan door voortdurende vrijheidsontneming kan worden beveiligd, dient dit streven voorop te staan. De blik

dient naar buiten gericht te zijn. In dat opzicht dienen ontwikkelingen in het kader van een 'long stay' in de tbs kritisch te worden gevolgd. In de huidige wettelijke vormgeving van de beide 'subsporen' zijn verschillende incongruenties te bespeuren. Zo kan de rechter de maatregel van plaatsing in een sov uitsluitend opleggen na een daartoe strekkende eis van het openbaar ministerie. Deze beperking is opgenomen met het oog op de uitvoerbaarheid van de maatregel, waarbij de wetgever als uitgangspunt heeft gehanteerd dat het openbaar ministerie beter dan de rechter in staat is te beoordelen of voldoende capaciteit beschikbaar is.⁸¹ Deze beperking is echter niet gesteld aan de oplegging van tbs. In dat kader wordt, evenals bij de vrijheidsstraf, verondersteld dat voldoende inrichtingen beschikbaar zijn voor de tenuitvoerlegging van de door de strafrechter noodzakelijk geachte sanctie. Afstemming ligt in de rede. In de regelingen van de op herstel gerichte maatregelen zijn (onder meer) inconsistenties te onderkennen in de bepalingen over de vervangende hechtenis. In het vervolg van dit preadvies doe ik voorstellen ter afstemming. Daarbij zal ook worden gezien of de huidige rangschikking van bepaalde sancties als straf of als maatregel voldoet.

4.2.3 *Rechter en administratie*

Vogter stelt dat geen helder ordeningsprincipe voorhanden is waaruit zou kunnen worden afgeleid in welke gevallen rechterlijke bemoeienis bij de toepassing van strafrechtelijke sancties noodzakelijk is. Hij karakteriseert de taak van de strafrechter in de huidige praktijk als controlerend en beleidstoetsend, ter onderscheiding van een sturende en beleidsvoerende rechter.⁸² Deze benadering is praktijkgericht. Daarin wordt onder meer acht geslagen op de betekenis van adviezen van deskundigen in de rechtspraktijk.

Deze betekenis in de praktijk neemt niet weg dat de positie van de rechter bij de oplegging van straf of maatregel in het wettelijk systeem even autonoom en actief is als bij de beantwoording van de andere vragen van art. 350 Sv. Als uitgangspunt geldt dat de rechter de soort en de hoogte van de straf en de maatregel bepaalt. Wanneer dit uitgangspunt zou worden verlaten, zou dat velerlei consequenties kunnen hebben. Zo zou er dan veel voor te zeggen zijn de eis van de officier

81. Kamerstukken II 1998/99, 26 023, nr. 5, p. 23-24.

82. P.C. Vogter, 'Het sanctiestelsel op de schop?', *Justitiële Verkenningen* 2000, nr. 4, p. 19-32, m.n. p. 24-26. Zie ook Y. Buruma, 'Sanctionering, een autonome beslissing van de rechter?', in: K. Lünemann e.a. (red.), *Diversiteit van sanctionering*, a.w., p. 2001, p. 11-34, m.n. p. 29.

van Justitie als 'petitum' op te vatten, waarboven de rechter niet zou mogen straffen, terwijl de eis van het openbaar ministerie ook ten aanzien van de sanctiesoort uit capaciteitsoogpunt een randvoorwaarde zou kunnen zijn voor de oplegging van bepaalde sancties, zoals thans het geval is bij de sov. Voorts zou het openbaar ministerie dan wel het ministerie van Justitie in het kader van de tenuitvoerlegging meer speelruimte kunnen worden geboden. De rechter zou een machtigende, toetsende rechter worden in plaats van een sanctiebepalende.

Evenals de minister van Justitie volgens de nota *Sancties in perspectief* (p. 21), acht ik een wijziging van de rol van de rechter in de bedoelde richting onwenselijk. Deze zou een inbreuk betekenen op het genoemde beslissingsschema van art. 350 Sv. Vanuit een oogpunt van rechtszekerheid is het niet aan te bevelen dat de taak van de strafrechter in het kader van het bepalen van de sanctie wordt gemarginaliseerd. De aard en de zwaarte van de in concreto toegepaste sanctie dienen in redelijke mate uit de door de rechter opgelegde sanctie kenbaar te worden. Deze eis is met name van belang voor sancties waarvan de tenuitvoerlegging de nodige tijd vergt. De aard en zwaarte daarvan worden niet alleen bepaald door de duur van de opgelegde sanctie, maar ook door de mate van inbreuk op de vrijheid van de veroordeelde. Art. 113, derde lid, van de Grondwet eist dat een rechter de straf van vrijheidsontneming oplegt. Deze eis behelst naar mijn mening meer dan het geven van een machtiging voor het – de facto sterk uiteenlopende en voor de rechter in onvoorzienbare mate – inperken van de vrijheid van de veroordeelde. Het is wenselijk dat in beginsel overeenkomst bestaat tussen de opgelegde en de ten uitvoer gelegde sanctie. In een ander stelsel bestaat het risico dat de rechter tot oplegging van hogere straffen overgaat.

Aan de andere kant lijkt er in het algemeen ook weinig reden te zijn voor een actievere rol van de rechter die de straf heeft opgelegd in het kader van de tenuitvoerlegging van de opgelegde sancties. In het bijzonder wanneer met de tenuitvoerlegging van een sanctie de nodige tijd is gemoeid, is het in het algemeen onpraktisch en dient het geen zinnig doel de strafrechter die de sanctie heeft opgelegd te adïëren in geval zich wijzigingen in de omstandigheden voordoen. Ook dit uitgangspunt in het kader van de taakverdeling tussen de verschillende instanties voor wat betreft het opleggen en het ten uitvoer leggen van sancties behoeft geen fundamentele wijziging. Wel dienen daaraan consequenties te worden verbonden voor de inrichting van de soorten sancties. Deze taakverdeling boet immers sterk aan betekenis in wanneer de vrijheid van de administratie bij het uitvoeren van de door de rechter opgelegde sanctie zo groot wordt dat de rechter nauwelijks

weet op welke wijze de straf zal worden ten uitvoer gelegd en dus wat die straf feitelijk inhoudt. Het uitgangspunt wordt zelfs in wezen ontkracht indien een bepaalde vorm van de straf inhoudelijk overeenkomt met een andere strafsoort, die de rechter bewust niet heeft opgelegd. Een keuze voor het uitgangspunt in de taakverdeling langs de lijnen van de oplegging en de tenuitvoerlegging van een sanctie betekent dat ook in de praktijk een wezenlijke overeenkomst zichtbaar moet zijn tussen de opgelegde en de uitgevoerde sanctie. Dat roept voor de wetgever de plicht in het leven tot een duidelijke afbakening van de verschillende sanctiesoorten en -modaliteiten. Daaraan schort het in het huidige sanctiestelsel, in het bijzonder op de terreinen van vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming.

Als orderingsprincipe kan worden gehanteerd dat de rechter die de straf heeft opgelegd zich moet hebben uitgesproken in geval in wezen de grenzen van de soort of de modaliteit van de sanctie worden overschreden. Bij sancties waarbij de tenuitvoerlegging geruime tijd in beslag neemt, is het wenselijk dat de administratie enige vrijheid heeft de concrete sanctionering aan te passen aan recente ontwikkelingen, bijvoorbeeld met het oog op de resocialisatie van de veroordeelde. In het kader van een reguliere verlening van v.i. zou een uitzondering kunnen worden gemaakt op dit orderingsprincipe. Wanneer de mogelijkheid van een verdergaande omzetting van de ene in de andere sanctie of modaliteit zich tijdens de tenuitvoerlegging wordt overwogen, zal uit praktisch oogpunt kunnen worden volstaan met een systeem waarin de rechter in het vonnis of arrest een machtiging daartoe verleent. Daarmee kan recht worden gedaan aan de omstandigheid dat de rechter zich over de zwaarte van de straf uitlaat, terwijl de administratie kan inspelen op veranderingen die zich in de loop van de tijd voordoen.

Bij een dergelijke visie op de rol van de rechter en de plicht tot tenuitvoerlegging van door de rechter opgelegde sancties bestaat geen behoefte de eis van het openbaar ministerie als een 'petitum' op te vatten dan wel deze als voorwaarde voor de oplegging van bepaalde sancties te beschouwen. Evenmin bestaat grond voor een wijziging van het verplichte karakter van de tenuitvoerlegging. De regeling van de sov, mocht deze behouden blijven, zal in dit opzicht moeten worden aangepast aan die van andere vrijheidsbenemende sancties, waarin het openbaar ministerie evenmin een 'veto'-recht toekomt voor de oplegging van bepaalde sancties.

In het voorafgaande is de problematische redactie van art. 553 Sv aan de orde gekomen. Overwogen zou kunnen worden deze bepaling aldus te wijzigen dat als uitgangspunt geldt dat het openbaar ministerie is

belast met de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen. Als uitzondering zou kunnen worden opgenomen dat de minister van Justitie verantwoordelijk is voor de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf.

4.2.4 De vrijheidsstraf

Zowel in ons huidige sanctiestelsel, als in de voorstellen in de nota *Sancties in perspectief*, ontbreekt een heldere inhoudelijke afbakening van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf enerzijds en alternatieven daarvoor die eveneens een inbreuk op de vrijheid van de veroordeelde betekenen anderzijds. In de nota *Taakstraffen* wordt het onderscheid tussen taakstraffen en vrijheidsstraffen vooral daarin gezocht, dat taakstraffen in de samenleving worden ten uitvoer gelegd.⁸³ Zoals aangegeven, doet deze voorstelling van zaken geen recht aan de variatie die thans in het kader van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf mogelijk is. De Pbw bevat een formele definitie van het begrip vrijheidsstraf.⁸⁴ Minister Sorgdrager stelde in deze lijn gedurende de behandeling van het voorstel voor een Penitentiaire beginselenwet, dat een penitentiaal programma een onderdeel van de vrijheidsstraf uitmaakt en niet een afzonderlijke straf inhoudt, en bracht daarmee tot uitdrukking dat de administratie verantwoordelijk blijft voor de tenuitvoerlegging daarvan.⁸⁵ Deze stelling moge formeel juist zijn, materieel verliezen de hiervoor besproken uitgangspunten van een heldere verhouding tussen de verschillende sancties en van de taakverdeling tussen de instanties, door een zo ruime opvatting over wat de vrijheidsstraf inhoudt veel van hun betekenis. De mate van ingrijpendheid en diversiteit van de (tenuitvoerlegging van) de vrijheidsstraf is daarmee afhankelijk van de uitwerking in de uitvoeringswetgeving en de wijze waarop daaraan in de praktijk invulling wordt gegeven. Inhoudelijke overlap van zware taakstraffen met het penitentiaal programma is daardoor mogelijk. De omstandigheid dat de plaatsing in een penitentiaal programma thans eerst in de laatste fase van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf aan de orde kan komen laat onverlet dat het loslaten van fysieke vrijheidsontneming in de uitvoeringswet, die de Pbw vormt, aangeeft dat de wetgever van oordeel is dat de vrijheidsstraf een groot aantal vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende varianten kan omvatten. In een dergelijke opvatting is het niet uitgesloten dat de administratie in de uit-

83. Kamerstukken II 1995/96, 24 807, nrs. 1-2, p. 5.

84. Zie art. 1 onder s van de Pbw, waar onder vrijheidsstraf wordt verstaan: gevangenisstraf, (vervangende) hechtenis, militaire detentie en (vervangende) jeugddetentie.

85. Kamerstukken II 1994/95, 24 263, nr. 3, p. 15 en Handelingen II 1996/97, p. 4881.

voeringswet de bevoegdheid krijgt toegekend de gehele vrijheidsstraf ten uitvoer te leggen door middel van deelname aan een penitentiair programma of zelfs van minder ingrijpende vormen van beperking van de vrijheid van de veroordeelde. Tekenend is dat reeds korte tijd na inwerkingtreding van de Pbw een concept wetsvoorstel naar verschillende adviesinstanties is gezonden met als strekking het toepassingsgebied van het penitentiair programma in het kader van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf aanzienlijk te verruimen.⁸⁶

Het is denkbaar dat de definitie van vrijheidsstraf aan deze ontwikkelingen wordt aangepast. In de literatuur is wel gepleit voor een zo ruime definitie van de vrijheidsstraf, dat deze alle vrijheidsbeperkende en vrijheidsontnemende varianten zou omvatten.⁸⁷ De vrijheidsstraf strekt zich in die visie uit van de korte werkstraf tot het verblijf in een extra beveiligde inrichting. Als onderscheidend kenmerk van een dergelijke straf ziet Tulkens dat de veroordeelde onder gezag van de overheid wordt gesteld. Deze ondergezagstelling bestaat uit het vervullen van zinvolle verplichtingen. Boone toont zich eveneens voorstander van een ruime definitie van de vrijheidsstraf, maar zij ziet juist het ontnemen of beperken van de vrijheid als de kern daarvan.

Om verschillende redenen acht ik een zo ruime opvatting van wat een vrijheidsstraf is niet wenselijk. In de eerste plaats bevordert deze niet de nagestreefde overzichtelijkheid van het sanctiestelsel, waarin de aard van de opgelegde straf zou moeten worden weerspiegeld in de tenuitvoerlegging daarvan. Een dergelijke ruime opvatting over de vrijheidsstraf doet bovendien geen recht aan de specifieke functie van fysieke vrijheidsontneming in het kader van de sanctionering. De voornaamste reden dat de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf, of die nu kort of lang duurt, niet geheel gemist kan worden is dat deze de mogelijkheid biedt de veroordeelde enige tijd aan de vrije samenleving te onttrekken. Met de taakstraffen en de voorwaardelijke vrijheidsstraf wordt daarentegen beoogd bepaalde sanctiedoeleinden te verwezenlijken zonder de veroordeelde aan het vrije maatschappelijk verkeer te onttrekken. De onttrekking aan het vrije maatschappelijk verkeer door middel van opsluiting kan aansluiten bij verschillende strafdoelen, zoals het dempen van de ontstane maatschappelijke onrust, speciale preventie en (wellicht) generale preventie. Deze strafvorm komt daarmee een eigen betekenis toe, waarover de strafrechter het laatste woord moet hebben. Een dergelijke opvatting doet recht aan het hiervoor besproken art. 113, derde lid, GW. Indien de tenuitvoerlegging van de vrijheids-

86. Zie daarover: Kamerstukken II 2001/02, 28000 VI, nr. 44, p. 4.

87. Zie onder meer J.J.J. Tulkens, *Graden van vrijheid*, Groningen 1988, m.n. p. 18-19 en Boone (2000), hoofdstuk IV.

straf ten dele inhoudelijk kan overeenkomen met – door de rechter bewust niet opgelegde – zwaardere taakstraffen, wordt tekort gedaan aan het hiervoor verdedigde uitgangspunt dat een wezenlijke overeenkomst dient te bestaan tussen de opgelegde en de uitgevoerde sanctie. Onzekerheid over de wijze van tenuitvoerlegging bergt het risico in zich dat de rechter hogere straffen zal opleggen. De hiervoor besproken 'Zwarte Ruiters'-jurisprudentie is in dit verband veelzeggend.

Erkend moet worden dat elke scheidslijn tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming iets willekeurig heeft. Dat neemt niet weg dat ergens de grenzen moeten worden getrokken. Daarbij moet worden gekozen voor een juridisch kader dat recht doet aan de verschillende gradaties van inbreuken op de persoonlijke vrijheid en aan de taakverdeling tussen de verschillende instanties. Van Veen heeft erop gewezen dat de werkstraf en de vrijheidsstraf gemeen hebben dat zij een ondergezagstelling van de veroordeelde inhouden, maar hij heeft daaraan toegevoegd dat de vrijheidsstraf impliceert dat de veroordeelde in een regime wordt geplaatst waarbij de verwijdering uit de samenleving essentieel is.⁸⁸ Daarmee doet hij recht aan het gemeenschappelijke element, zonder beide straffen in juridische zin gelijk te schakelen.

Juist de door de minister zo kritisch bejegende voorwaardelijke modaliteiten bieden naar mijn mening het aangewezen kader voor een afbakening die aan deze verschillende elementen recht doet. Meer dan bij de taakstraf, waar de straf bestaat in het verplicht verrichten van bepaalde concrete taken, biedt de voorwaardelijke veroordeling een kader voor een algemene, strafrechtelijk relevante beïnvloeding van het gedrag van de veroordeelde, die kan worden aangeduid als een algemene ondergezagstelling. De algemene voorwaarde, dat de veroordeelde geen strafbare feiten begaat, is daarvoor typerend en weerspiegelt het algemene kader waarbinnen meer specifieke gedragsvoorwaarden kunnen worden gesteld. Nu deze algemene voorwaarde gedurende vierentwintig uur per dag van toepassing is, kan tevens worden gesproken van een voortdurende ondergezagstelling. Bij de voorwaardelijke veroordeling met uitsluitend de algemene voorwaarde is sprake van de lichtste variant van een ondergezagstelling, die geen nieuwe verplichtingen voor de veroordeelde in het leven roept en evenmin een bijzonder toezicht meebrengt, maar die wel een concretisering van de strafbedreiging betekent. De onvoorwaardelijke vrijheidsstraf behelst in deze opvatting een algemene en voortdurende ondergezagstelling, die primair bestaat uit fysieke vrijheidsontneming en waarbij

88. Zie onder meer Th.W. van Veen, 'Gedenken van Jonkers; herdenken over de vrijheidsstraf', NJB 1987, p. 603-604.

nagenoeg voortdurend toezicht op de gedragingen van de veroordeelde wordt gehouden. Deze afbakening vormt een uitgangspunt voor een model waarin een bevredigende plaats moet worden gevonden voor vormen van sanctionering in het grensgebied van vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming. Dit model wordt in het onderstaande geschetst.

4.2.5 *Een verscherpte vorm van de voorwaardelijke vrijheidsstraf*

Op grond van het voorafgaande wordt ervan uitgegaan dat varianten als het penitentiair programma, de voormalige inrichtingen voor dagdetentie en zware leerstraffen of combinaties van werk- en leerstraffen de reikwijdte van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf te buiten gaan. Dat neemt niet weg dat het na een periode van intramurale tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf in het algemeen wenselijk zal zijn de blik meer op de toekomst dan op het verleden te richten en de veroordeelde met dat oogmerk in voorkomende gevallen zelfs zoveel vrijheden toe te staan dat hij niet langer zijn hoofdverblijf in een penitentiaire inrichting heeft. Daarvoor is evenwel een ander juridisch kader wenselijk.

Eerder stelde ik voor een semi-voorwaardelijke modaliteit van de vrijheidsstraf aan ons sanctiestelsel toe te voegen, die de juridische basis zou moeten bieden voor verschillende sanctievormen in het grensgebied tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming, zoals vormen van huisarrest, ingrijpende arbeidstoeleidsprojecten en de plaatsing in een dagtrainingscentrum.⁸⁹ Deze worden in ons huidige sanctiestelsel soms in het kader van de voorwaardelijke vrijheidsstraf, soms in dat van de taakstraf en soms in het kader van de tenuitvoerlegging van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf toegepast.⁹⁰ Kenmerkend voor deze modaliteit is dat deze voor wat betreft de mate van inbreuk op de vrijheid van de veroordeelde, door controle op zijn doen en laten en door het aantal uren en de te verrichten activiteiten, het midden houdt tussen vrijheidsbeperking, door een werkstraf of bijvoorbeeld een voorwaardelijke vrijheidsstraf met verplicht contact met de reclassering, en intramurale vrijheidsbeneming.

De semi-voorwaardelijke vrijheidsstraf zou als een verzwaarde voor-

89. Zie 'Onder voorwaarde', a.w., m.n. p. 247 e.v.

90. De Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming toont zich een voorstander van een dergelijke constructie. Zie het advies: Enkele gedachten over de vrijheidsstraf, Den Haag 2000. Zie ook: Mevis, Hoofddijnen van het strafrechtelijk sanctiestelsel, a.w., p. 79-80 en Vegter (2000).

waardelijke modaliteit van de vrijheidsstraf vorm kunnen krijgen. Juridisch is dan sprake van een bijzondere wijze van niet-tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf, die niet bij andere voorwaardelijke veroordelingen, bijvoorbeeld tot geldboete, mogelijk is en die ingrijpender is dan een reguliere voorwaardelijke invrijheidstelling. Toepassing in dit kader betekent dat een proeftijd wordt vastgesteld. De vraag kan worden gesteld of de term 'semi-voorwaardelijk' in dit verband voldoende helder is. Deze klinkt ingewikkelder dan nodig. In de opleggingsvariant kan wellicht beter worden gesproken van een verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf, terwijl de einde detentie variant kan worden aangeduid als een verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling.

Bij vrijheidsstraffen van een door de rechter overzienbare duur zou de rechter de vrijheid moeten hebben de verhouding tussen het voorwaardelijk, verscherpt voorwaardelijk en onvoorwaardelijk strafdeel zelfstandig moeten bepalen. Bij langere straffen beslist de administratie over de toepassing van een verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling. Daarbij kan worden gedacht aan toepassing na bijvoorbeeld de helft van de (bruto) straftijd met wellicht een maximum van bijvoorbeeld achttien maanden. Overeenkomstig de hiervoor besproken uitgangspunten van de taakverdeling tussen de rechter en de administratie, zou de toepassing bij lange vrijheidsstraffen afhankelijk moeten worden gemaakt van een machtiging van de strafrechter. Wordt deze machtiging in het vonnis of het arrest niet gegeven, dan kan slechts tot toepassing van de einde detentie variant worden overgegaan indien de rechter die de straf heeft opgelegd, na een daartoe strekkend verzoek, alsnog een machtiging heeft verstrekt. Evenals bij de huidige penitentiaire programma's, zouden de activiteiten in deze variant moeten zijn gericht op arbeidstoeleiding, het stimuleren van zelfredzaamheid (zwaardere leerprojecten, intensieve reclasseringsbegeleiding) en/of op behandeling van een psychische stoornis of verslaving. V.i. zou logisch op deze variant moeten aansluiten. Indien geen machtiging is gegeven voor toepassing van een verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf dan wel de administratie daarvan geen gebruik heeft gemaakt en tevens contra-indicaties voor v.i. aanwezig zijn, zou in plaats daarvan onder omstandigheden een verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf na tweederde van de straftijd mogelijk moeten zijn.

Het gevangeniswezen treedt in het kader van deze verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf en de verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling terug. De formele verantwoordelijkheid voor de uitvoering berust, overeenkomstig de hoofdregel van art. 553 Sv, bij het openbaar ministerie, terwijl de reclassering bij het houden van toezicht en het begeleiden van de veroordeelde een centrale positie toekomt.

Deze bevoegdheidsverdeling sluit aan bij andere vrijheidsbeperkende sancties, zoals de werkstraf en de voorwaardelijke veroordeling met verplicht reclasseringscontact. In boek I van het Wetboek van Strafrecht – en niet slechts in een uitvoeringswet – zou de basis moeten worden gelegd voor de verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf en de verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling. Nu het in het kader van de tussenvorm gaat om relatief ingrijpende inbreuken op de persoonlijke vrijheid, zouden de uitvoeringsvormen daarvan in een algemene maatregel van bestuur nader kunnen worden omschreven.

Op een vraag van de Tweede Kamer over het voorstel voor invoering van een semi-voorwaardelijke modaliteit, antwoordde minister Kort-hals: 'What's in a name?'. Een dergelijke modaliteit zou volgens hem inhoudelijk identiek zijn aan een voorwaardelijke invrijheidstelling met programmatische voorwaarden.⁹¹ Uit het voorafgaande volgt evenwel dat de voorgestelde modaliteit niet is beperkt tot het laatste deel van de vrijheidsstraf, maar een eenvormig juridisch kader biedt voor het onderbrengen van interventies in het grensgebied tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming. De huidige juridische kaders – leerstraf, penitentiair programma, voorwaardelijke veroordeling – zijn zeer ongelijksoortig. In het hier gedane voorstel kunnen de juridische kaders beter op elkaar afgestemd, hetgeen de overzichtelijkheid van het sanctiestelsel bevordert. Ook een instituut als de v.i. wordt daardoor beter inpasbaar. In de voorgestelde regeling wordt eveneens het onderscheid tussen een algemene en voortdurende ondergezagstelling (vrijheidsstraf) en een specifieke en in tijd afgebakende ondergezagstelling (werkstraf) meer benadrukt. Dat wil zeggen dat misdragingen, in het bijzonder het begaan van een strafbaar feit, op welk moment van de dag ook gepleegd, in een modaliteit van de vrijheidsstraf kunnen leiden tot bijvoorbeeld terugplaatsing in een gesloten inrichting. Bij werkstraffen is deze mogelijkheid beperkt tot de uren bestemd voor de uit te voeren taken (naast additionele verplichtingen, zoals het verschijnen op het intakegesprek).

Uit het voorafgaande volgt reeds dat de voorgestelde constructie ook een andere betekenis heeft dan het penitentiair programma. Deze andere betekenis geldt onder meer voor de verhouding tussen de rechter en de administratie. De rechter die de straf heeft opgelegd, behoudt in hoofdlijnen de zeggenschap over de mate waarin inbreuk wordt gemaakt op de vrijheid van de veroordeelde. De functie van de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf als middel om de veroordeelde aan de vrije samenleving te onttrekken wordt benadrukt, zonder dat tekort wordt

91. Kamerstukken II 2000/01, 27 419, nr. 4, p. 25.

gedaan aan de verworvenheden met het oog op het bevorderen van een geleidelijke terugkeer in de samenleving.

De voorgestelde constructie zou ook in de verhouding in verantwoordelijkheden tussen reclassering en gevangeniswezen meer duidelijkheid kunnen scheppen. Uit een evaluatieonderzoek komt naar voren dat in de praktijk van de penitentiaire programma's aanzienlijke startproblemen optreden.⁹² Het aantal uitgevoerde penitentiaire programma's bedraagt ongeveer de helft van het geraamde aantal (p. 82). Met name de onduidelijkheden in de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van het penitentiair programma tussen reclassering en het gevangeniswezen worden door de betrokkenen in de praktijk als problematisch beschouwd (p. 112-113 en p.118).⁹³ Maar liefst 80% van de ondervraagde unitdirecteuren was van mening dat het penitentiair programma aan waarde zou winnen indien dit gekoppeld zou worden aan een opnieuw in te voeren systeem van voorwaardelijke invrijheidstelling. In een verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf – in de einde detentie variant in de vorm van een verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling – kan naar mijn mening vorm worden gegeven aan de geconstateerde problemen.

Een mogelijke tegenwerping tegen het voorgestelde systeem zal zijn dat alsdan reeds na de helft van de straftijd een verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling zal kunnen plaatsvinden, hetgeen maatschappelijk moeilijk aanvaardbaar zal zijn en het gevaar in zich bergt dat het rechterlijk vonnis wordt uitgehold. Deze tegenwerping is evenwel niet sterk. In de huidige regeling kan immers ook zodanige invrijheidstelling plaatsvinden door deelname aan een penitentiair programma, terwijl de strafopleggende rechter daarover – in tegenstelling tot in het hier gedane voorstel – geen zeggenschap heeft.⁹⁴ Daaraan doet niet af dat die deelname formeel als een wijze van tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf wordt aangemerkt. Juist indien dát argument zou worden gebruikt, zou sprake zijn van een woordenspel. Transparantie – een ontwerpcriterium in de nota *Sancties in perspectief* – vereist herkenbaarheid van de bestraffing: wat invrijheidstelling is, dient invrijheidstelling te worden genoemd.

92. T.A.B. Laemers, P.C. Vegter en J.P.S. Fiselier, *Evaluatie Penitentiaire beginselenwet en Penitentiaire maatregel*, Nijmegen: ITS 2001.

93. Zie ook J. Reidnied, *De doelgroep en de doelstelling van het penitentiair programma onder de Pbw*, in: M. Boone e.a. (red.), *De Penitentiaire beginselenwet in werking*, Deventer: Gouda Quint, 2001, p. 35-58, m.n. p. 46-48 en Kamerstukken II 2001/02, 28 000 VI, nr. 44, p. 4.

94. Wel kan hij ingevolge art. 15, vierde lid, Pbw een bepaalde aanwijzing geven. Deze is evenwel niet bindend.

Toetsing en uitwerking

5.1 Inleiding

In het voorafgaande zijn enkele uitgangspunten van het sanctiestelsel besproken en heroverwogen. Gebleken is dat de onoverzichtelijkheid van het sanctiestelsel in belangrijke mate is terug te voeren tot de omstandigheid dat nieuwe sancties en executievarianten zijn ontwikkeld zonder dat daarbij de onderlinge samenhang met andere sancties en modaliteiten is betrokken. Dat betekent dat diverse uitgangspunten niet behoeven te worden vervangen, maar dat bestaande sancties en modaliteiten juist in sterkere mate daaraan moeten worden getoetst en aangepast. Daartoe zal in het onderstaande een aanzet worden gegeven. Ingegaan wordt onder meer op de vraag of de tbs en de sov als beveiligingsmaatregelen behouden dienen te blijven. Ook zal het hiervoor voorgestelde model voor een juridisch kader voor het grensgebied van vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming worden uitgewerkt.

De keuze van de te bespreken sancties en modaliteiten is voornamelijk bepaald door de verdeling van onderwerpen tussen de preadviseurs. Deze verdeling brengt onder meer mee dat de ontnemingsmaatregel buiten beschouwing blijft.

5.2 Vrijheidsbeperking en vrijheidsontneming

5.2.1 De werkstraf en het volgen van een leerproject

De taakstraf, die kan bestaan uit een werkstraf, een leerstraf of een combinatie van beide, is sedert 1 februari 2001 als zelfstandige hoofdstraf in art. 9 Sr opgenomen. De rubricering van de werkstraf als een zelfstandige hoofdstraf is niet onlogisch. De werkstraf heeft zich onder de eerdere noemers van dienstverlening en onbetaalde arbeid ten algemenen nutte een zelfstandige positie verworven. Ook met de rubricering als straf in ons tweesporenstelsel heb ik geen moeite.

Het rechtskarakter van de leerstraf roept meer vragen op. De werkstraf en de leerstraf zijn in de wettelijke regeling in juridisch opzicht vrijwel gelijkgeschakeld.⁹⁵ Dat lag niet voor de hand. Leerstraffen zijn bij uitstek gericht op gedragsbeïnvloeding, het wegwerken van tekorten, bijvoorbeeld op het gebied van sociale vaardigheden of budgettering,

95. Het voornaamste verschilpunt vormt de maximumduur van de straffen: de leerstraf kan ten hoogste 480 uur bedragen, terwijl de werkstraf voor maximaal 240 uur kan worden opgelegd.

met het oog op een adequater functioneren van de deelnemer in de samenleving en daarmee met het oog op het voorkomen van strafbare feiten. Het is onaannemelijk dat de oplegging van deze sanctie zal plaatsvinden ter vergelding van schuld. In de Aanwijzing taakstraffen van het College van procureurs-generaal⁹⁶ komt dit onderscheid in rechtskarakter tussen de werkstraf en de leerstraf goed tot uitdrukking. Volgens het College leent de leerstraf zich door haar persoonsgerichte karakter, evenals de voorwaardelijke veroordeling en anders dan de werkstraf, niet voor opname in een richtlijn. De leerstraf verkeert voorts in een andere fase van ontwikkeling dan de geleidelijk uitgekristalliseerde werkstraf.

De juridische gelijkschakeling van de leerstraf met de werkstraf in de huidige regeling wreekt zich in verschillende opzichten. In de eerste plaats is de rechter, anders dan onder de oude regeling, niet langer verplicht de aard van de werkstraf dan wel de leerstraf in zijn vonnis te vermelden. De mogelijkheid dat de rechter een leerstraf oplegt zonder de aard van het te volgen project te vermelden is met het persoonsgerichte karakter van de leerstraf, waarmee een specifieke gedragsbeïnvloeding wordt nagestreefd, moeilijk te verenigen. Ten tweede is de rechter bij het opleggen van een taakstraf verplicht het eventueel ondergane voorarrest in mindering te brengen. Deze verplichting is bij een leerproject, met een tevoren vaststaande duur, moeilijk voor te stellen. Het zal er in de praktijk wel op neerkomen dat de rechter die bijvoorbeeld een arbeidsmotivatietraining van veertig uur wil opleggen, en die nog (omgerekend) zes uur voorarrest in mindering moet brengen, een leerstraf zal opleggen van zesenzeventig uur.

Leerprojecten lenen zich voor een brede variatie. Naar verluidt waren in de 'hoogtijdagen' medio jaren negentig van de vorige eeuw meer dan tweehonderd afzonderlijke projecten te onderkennen. De reclasering heeft de zinvolle taak op zich genomen deze wildgroei te beteugelen. Zij heeft in de 'Nationale menukaart leerstraffen' elf landelijk beschikbare leerprojecten geformuleerd, die door het College van procureurs-generaal zijn geaccordeerd. Daarnaast zijn verschillende arrondissementale leerprojecten te onderkennen, die goedkeuring van de hoofdofficier van Justitie behoeven.

Juist bij een dergelijke mogelijkheid tot variatie is het, gelet op het legaliteitsbeginsel, van belang dat de wetgever grenzen stelt aan het ontwikkelen van soorten leerprojecten. In het Wetboek van Strafrecht wordt de aard van het leerproject niet nader afgebakend. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel taakstraffen worden wel be-

96. Aanwijzing van 9 januari 2001, Stcrt. 2001, 28.

staande leerprojecten besproken, maar wordt in normatief opzicht niet veel meer opgemerkt dan dat een leerstraf het deelnemen aan een leerproject inhoudt.⁹⁷ Dat biedt niet al te veel houvast. Voorts wordt in de Kamerstukken opgemerkt dat leerstraffen een 'zeer humaan' karakter hebben.⁹⁸ De wettelijke regeling bevat daarvoor evenwel geen enkele garantie: de wetgever heeft de invulling van de leerstraffen volledig afhankelijk gemaakt van de uitvoeringsinstanties. In art. 6 van het Besluit tenuitvoerlegging taakstraffen⁹⁹ worden louter procedurele voorwaarden gesteld aan te ontwikkelen leerprojecten. Deze bieden geen normering van de aard van de projecten als zodanig. De wetgever heeft de rechter en zichzelf dan ook een weinig prominente rol gegund bij de concrete invulling van de leerstraf.

Geconcludeerd moet worden dat de regeling van de taakstraf, in het bijzonder ten aanzien van de leerstraf, zowel voor wat betreft de verhouding tot andere sancties als voor wat betreft de inpassing in de 'trias poenalis', te kort schiet. De overzichtelijkheid van het sanctiestelsel, met name bezien vanuit het tweesporenstelsel, is gediend met het wijzigen van de rubricering van de leerstraf als hoofdstraf. Een alternatief zou kunnen zijn de kortere leerprojecten een plaats te geven in het kader van de bijzondere voorwaarde bij een voorwaardelijke vrijheidsstraf. Zodanige rubricering sluit beter aan bij het rechtskarakter van het volgen van een leerproject, welke sanctie niet als straf kan worden aangemerkt en waarmee een op maat gesneden gedragsbeïnvloeding wordt beoogd.

De leerprojecten zouden als afzonderlijke categorie voorwaarden kunnen worden omschreven. De rechter zal zich over de concrete voorwaarde dienen uit te laten. De proportionaliteit ten opzichte van het begane strafbaar feit is in zodanig kader gewaarborgd doordat de voorwaarde logischerwijze niet zwaarder mag zijn dan de voorwaardelijk opgelegde straf. In deze constructie is de rechter eveneens bevoegd te beslissen of, in geval van een (vermeende) mislukking van de leervoorwaarde, alsnog een last tot tenuitvoerlegging moet volgen. Bij een zo geïndividualiseerde sanctie als het volgen van een leerproject ligt het in de rede dat de rechter terzake beslissingsbevoegd is. Ook sluit de modaliteit van de voorwaardelijke vrijheidsstraf beter dan de huidige regeling aan bij de algemene gedragsbeïnvloeding, in het bijzonder met het oog op het voorkomen van strafbare feiten, die uiteindelijk

97. Kamerstukken II 1997/98, 26 114, nr. 3, p. 8. In de memorie van toelichting wordt verder opgemerkt dat leerstraffen pedagogische en resocialiserende elementen bevatten (p. 1-2).

98. Kamerstukken II 1998/99, 26 114, nr. 5, p. 3.

99. Besluit van 15 januari 2001, Stb. 33.

wordt beoogd. Ten slotte kan het leerproject in het voorgestelde juridisch kader op een meer logische wijze worden gecombineerd met een verplicht reclasseringscontact. Zwaardere leerprojecten zouden in het kader van de hiervoor genoemde verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf een plaats kunnen krijgen. Zij zouden in een algemene maatregel van bestuur dan wel in een uitvoeringsregeling kunnen worden geconcretiseerd.

In de Wet taakstraffen is een vorm van vervangende hechtenis opgenomen voor het geval de werk- of leerstraf niet (naar behoren) is uitgevoerd. Voor de leerstraf heb ik een ander juridisch kader bepleit, waarin de rechter zal oordelen over omzetting van vrijheidsbeperking in vrijheidsontneming. Het is voorts de vraag of de regeling van de vervangende hechtenis voor de werkstraf een gelukkige is. De wetgever heeft aansluiting gezocht bij de regeling van vervangende hechtenis bij een geldboete. Om drie redenen ligt deze vergelijking niet voor de hand. In de eerste plaats kan de vervangende hechtenis bij de werkstraf niet als pressiemiddel dienen. De veroordeelde kan, anders dan bij de geldboete, niet alsnog aan zijn primaire verplichting voldoen en aldus zijn invrijheidstelling bewerkstelligen. In de tweede plaats gaat het bij de vraag of de vrijheidsbeperkende straf naar behoren is vervuld vaker om een geïndividualiseerde beslissing; het is veel meer een kwestie van wegen dan van tellen. Ten derde komt het openbaar ministerie geen beleidsvrijheid toe van tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis af te zien in geval de boete niet wordt betaald en geen verhaal kan worden genomen (art. 573, derde lid, Sv). Het openbaar ministerie is daarentegen niet verplicht tot tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis over te gaan indien een opgelegde taakstraf niet naar behoren is vervuld (art. 22g, eerste lid, Sr).¹⁰⁰ In deze aspecten vertoont de vervangende hechtenis bij de werkstraf meer gelijkenis met de procedure tot tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke straf dan met de toepassing van vervangende hechtenis bij een geldboete. Overwogen zou kunnen worden in het kader van een herziening van het sanctiestelsel de beslissingsbevoegdheid inzake de omzetting van vrijheidsbeperking in vrijheidsbeneming ook bij de werkstraf in handen te geven van de rechter die de straf heeft opgelegd. Een dergelijke constructie heeft bovendien als voordeel dat de rechter een minder fragmentarisch beeld krijgt van de (mislukte) werkstraffen.

Indien toch wordt gekozen voor handhaving van de beslissingsbe-

100. Opmerkelijk is dat de rechter, ondanks deze beleidsvrijheid van het openbaar ministerie, bij de oplegging van de taakstraf wel een bevel tot tenuitvoerlegging geeft (art. 22d, eerste lid, Sr).

voegdheid van het openbaar ministerie met de mogelijkheid voor de veroordeelde tot het indienen van een bezwaarschrift, zal een daarop toegespitste procedure in het Wetboek van Strafvordering moeten worden omschreven in plaats van een enkele verwijzing naar de procedure van art. 14i Sr inzake de voorwaardelijke veroordeling. Het wekt immers verwondering dat de wetgever op deze bestuursrechtelijk getinte procedure de wel specifiek strafvorderlijke procedure van de behandeling van een vordering tot tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke veroordeling eenvoudigweg van overeenkomstige toepassing heeft verklaard (art. 22h jo. art. 14h, 14i en 14j Sr).

Ingevolge de hiervoor genoemde Aanwijzing taakstraffen van het College van procureurs-generaal vindt in de regel voor het aangaan van een transactie met een 'taakstraf' als voorwaarde een officierszitting plaats. Het verdient aanbeveling zodanige zitting eveneens te houden voordat wordt besloten tot tenuitvoerlegging van de vervangende hechtenis. Dat schept voor de veroordeelde mogelijkheden zijn standpunt over de al dan niet verrichte werkzaamheden naar voren te brengen. Daarmee kunnen onder omstandigheden onjuiste beslissingen worden voorkomen. Ten slotte zou aan het indienen van een bezwaarschrift opschortende werking moeten toekomen, overeenkomstig het oorspronkelijke wetsvoorstel. Dit voorstel werd bij amendement gewijzigd, omdat Kamerleden vreesden dat veroordeelden bezwaarschriften zouden indienen teneinde tijd te winnen.¹⁰¹ Het algemene belang van een spoedige tenuitvoerlegging van sancties en het tegengaan van (enkele weken) vertraging doordat de veroordeelde een hem toekomend rechtsmiddel aanwendt, wegen naar mijn mening niet zwaarder dan het belang van het voorkomen van onterechte vrijheidsbeneming.

5.2.2 Voorwaardelijke veroordeling en de verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf

In de regeling van de voorwaardelijke veroordeling uit zich de spanning tussen de behoefte aan individualisering en maatgerichte sanctionering enerzijds en klassieke uitgangspunten als het legaliteitsbeginsel en het streven naar een eenvoudig, op delictsevenredigheid geënte sanctionering anderzijds. In de wettelijke regeling van art. 14a e.v. Sr, die model heeft gestaan voor de vormgeving van andere voorwaardelijke modaliteiten, ligt de nadruk op individualisering. Die wordt het meest helder geïllustreerd door de mogelijkheid die art. 14c, tweede lid, onder 5 Sr biedt om bijzondere voorwaarden 'het gedrag van de veroordeelde be-

101. Kamerstukken II 1999/2000, 26 114, nr. 16.

treffende' te stellen. De tekst van de wet beperkt het stellen van dit type voorwaarden slechts in zoverre, dat naleving van de voorwaarde afhankelijk dient te zijn van het gedrag van de veroordeelde en dat de voorwaarde de vrijheid van de veroordeelde zijn godsdienst of levensovertuiging te belijden en de staatkundige vrijheid niet mag beperken (art. 14c, derde lid, Sr). In de rechtspraak zijn evenwel nadere grenzen bepaald. Bestudering van deze rechtspraak levert een betrekkelijk heldere, algemene normering van te stellen voorwaarden op.¹⁰²

Ook de vraag in hoeverre het stellen van voorwaarden op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel, kan aan de hand van de rechtspraak in afdoende mate worden beantwoord. Vooropgesteld moet worden dat een voorwaarde niet in strijd is met het legaliteitsbeginsel als de wetgever de mogelijkheid van toepassing van een sanctie als straf én als bijzondere voorwaarde heeft opengesteld. Deze spanning ontstaat eerst als rechters de oplegging van sancties die een plaats hebben gekregen als hoofdstraf en waarvan de oplegging in dat kader aan specifieke criteria is gebonden, toepassen in het veel minder gedetailleerde kader van de bijzondere voorwaarde. De Hoge Raad heeft evenwel een dergelijke toepassing van bijzondere voorwaarden genormeerd. Aangenomen kan worden dat een bijzondere voorwaarde slechts inhoudelijk mag overeenstemmen met een wettelijk geregelde strafrechtelijke sanctie indien de wetgever de mogelijkheid daartoe uitdrukkelijk heeft geopend, de voorwaarde betrekking heeft op gedrag waartoe de veroordeelde reeds was gehouden dan wel de sanctie is opgenomen in een bijzonder rechtsgebied – bijvoorbeeld het jeugdstrafrecht – en niet is gebleken dat de wetgever van toepassing buiten dit rechtsgebied niet heeft willen weten. Een niet door de wetgever specifiek geregelde voorwaarde die neerkomt op een lichtere vorm van een wettelijk geregelde sanctie, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan de partiële ontzegging van de rijbevoegdheid, is geoorloofd indien deze past binnen de overige criteria van de bijzondere voorwaarden en niet is gebleken dat de wetgever van deze variant niet heeft willen weten.

Uit dit normatieve kader voor de toepassing van bijzondere voorwaarden als varianten op wettelijk geregelde sancties volgt dat bijvoorbeeld het stellen van de verplichting tot het verrichten van onbetaalde arbeid als bijzondere voorwaarde, van welke duur ook, niet is toegestaan. Het voorstel in de nota *Sancties in perspectief* tot inperking van de bijzondere gedragsvoorwaarde opdat geen voorwaarden meer kunnen worden gesteld die vergelijkbaar zijn met zelfstandige hoofdstraffen en die qua inhoud, zwaarte en lengte zelfs ontstijgen, is dan ook

102. Zie nader Bleichrodt (1996), hoofdstuk 4, m.n. p. 97-98.

strikt genomen overbodig. Dat in de rechterlijke praktijk kennelijk toch incidenteel zodanige niet toegelaten voorwaarde is gesteld, doet daaraan niet af. Roemrucht is geworden het vonnis van de Zutphense politierechter waarbij hij de verdachte tot zeven maanden gevangenisstraf veroordeelde.¹⁰³ Daarna is de mogelijkheid voor politierechters om gevangenisstraffen op te leggen toch ook niet afgeschaft?

Teneinde rechterlijke misslagen te voorkomen zouden de grenzen van de mogelijk te stellen bijzondere voorwaarden duidelijker dan in de huidige regeling in de wet moeten worden verankerd. In het kader van een heldere afbakning van de onvoorwaardelijke en de voorwaardelijke modaliteit ligt het in de rede geen wettelijk geregelde straffen en maatregelen als bijzondere voorwaarde mogelijk te maken. Te overwegen valt in titel II van boek I van het Wetboek van Strafrecht een algemene regeling ten aanzien van de te stellen voorwaarden op te nemen. Door niet elke bijzondere voorwaarde afzonderlijk en specifiek te benoemen blijft de mogelijkheid van maatgericht reageren in stand, zonder dat daarmee tekort wordt gedaan aan het legaliteitsbeginsel. In deze regeling zullen leerprojecten kunnen worden benoemd en nader omschreven als één afzonderlijke categorie bijzondere voorwaarden.

De toepassing van voorwaarden in andere voorwaardelijke modaliteiten, zoals het voorwaardelijk sepot, wordt in belangrijke mate begrensd door de criteria die in de rechtspraak ten aanzien van de voorwaarden bij een voorwaardelijke veroordeling zijn ontwikkeld. Het ligt, met name vanwege het principe van legaliteit, voor de hand het algemene kader daarvoor in boek I van het Wetboek van Strafrecht neer te leggen. In de diverse bijzondere regelingen van de verschillende voorwaardelijke modaliteiten kan naar dit algemene kader worden verwezen, onder vermelding van afwijkingen die uit het karakter van de diverse instituten voortvloeien. Daarnaast ligt het voor de hand het wettelijk kader van de voorwaardelijke veroordeling te moderniseren, door bijvoorbeeld niet voor elke wijziging van de voorwaarden en de proeftijd een rechterlijke beslissing te eisen.¹⁰⁴ De rechter blijft wel exclusief beslissingsbevoegd over het al dan niet geven van een last tot tenuitvoerlegging.

In aansluiting op deze algemene bepalingen over de voorwaardelijke veroordeling, zou een regeling van de verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf kunnen worden opgenomen, die ook als basis kan dienen voor de verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling. Daarin zou moeten worden geregeld in hoeverre de inbreuken op de vrijheid in dat

103. Vgl. HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 841, m.nt. MS en C.

104. Voor een uitwerking van deze stelling verwijs ik naar mijn dissertatie 'Onder voorwaarde', a.w., in het bijzonder naar hoofdstuk 11.

kader kunnen variëren. Als uitgangspunt daarvoor geldt dat de veroordeelde niet zijn hoofdverblijf in een penitentiaire inrichting heeft, maar dat, anders dan bij de (reguliere) voorwaardelijke veroordeling, wel is voorzien in een aanzienlijke mate van vrijheidsbeperking die enerzijds bestaat in een verzwaarde controle – bijvoorbeeld door elektronisch toezicht – en anderzijds door een programma aan activiteiten, in het bijzonder gericht op reïntegratie en (daarmee) op speciale preventie. In de algemene regeling zal tot uitdrukking moeten komen dat sprake is van een naar de mate van vrijheidsbeperking te onderscheiden driedeling in een (reguliere) voorwaardelijke, een verscherpte voorwaardelijke en een onvoorwaardelijke vrijheidsstraf. Deze kunnen onder omstandigheden aansluitend worden toegepast. De regelingen inzake het penitentiair programma en de vervroegde invrijheidstelling kunnen dan worden afgeschaft. De verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling vervangt het penitentiair programma, terwijl de vervroegde invrijheidstelling plaats maakt voor een v.i.-regeling.

Bij de vormgeving van de verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling zal een probleem dat in de praktijk van het penitentiair programma is opgetreden, moeten worden ondervangen. Deelname aan een penitentiair programma volgt in voorkomende gevallen op de plaatsing in een zeer beperkt beveiligde inrichting. Doordat het penitentiair programma in het algemeen gepaard gaat met elektronisch toezicht, terwijl de veroordeelde tijdens het regime in een voormalige open inrichting bij werkgevers buiten de inrichting kan werken zonder 'enkelband', wordt deze volgorde als weinig gelukkig aangemerkt.¹⁰⁵ In een verscherpte voorwaardelijke invrijheidstelling zal een meer geleidelijke overgang naar de vrijheid moeten worden gecreëerd, waarbij de vraag naar de toepassing en de mate van elektronisch toezicht van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld. Daardoor kan een betere aansluiting op het verblijf in een zeer beperkt beveiligde inrichting plaatsvinden.

5.2.3 Voorwaardelijke invrijheidstelling

Zoals hiervoor aangegeven, verdient het aanbeveling de vervroegde invrijheidstelling om te vormen tot een voorwaardelijke invrijheidstelling. Door invoering van een v.i.-regeling kan aan het laatste gedeelte van de straftijd een meer dan symbolische invulling worden gegeven. Daarbij ligt het voor de hand de oorspronkelijke doelstelling van de v.i. in ere te herstellen, te weten het meer geleidelijk maken van de

105. Zie Laemers, Vegter en Fiselier, a.w., p. 80-81.

overgang van detentie naar vrijheid met het oog op de reïntegratie van de veroordeelde en het verminderen van recidive. De commissie-Van Veen onderscheidde daarnaast een verjaringsgrondslag, waarmee tot uitdrukking wordt gebracht dat de behoefte aan straffen vermindert naarmate de tijd verstrijkt.¹⁰⁶ Deze gedachte vormt evenwel eerder een verklaring waarom na verloop van tijd ruimte bestaat voor een instituut als de v.i. dan dat deze een bruikbaar uitgangspunt vormt voor een nadere invulling van dit instituut. Omgekeerd kan daaruit wel worden afgeleid dat v.i. niet te snel na aanvang van de tenuitvoerlegging van de straf in aanmerking komt. Zulks volgt ook uit het uitgangspunt dat een logische samenhang dient te bestaan tussen de opgelegde en de uitgevoerde straf.

Tegen de achtergrond van het voorafgaande, kan het huidige uitgangspunt van toepassing na tweederde van de straftijd worden gehandhaafd. Het voornaamste verschil met de huidige regeling zal moeten zijn dat de invrijheidstelling altijd gepaard gaat met de toepassing van ten minste één voorwaarde, te weten dat voor het einde van de proeftijd geen strafbaar feit dan wel dat geen misdrijf zal worden begaan. Deze voorwaarde is als 'stok achter de deur' onontbeerlijk bij een instituut dat in het teken staat van het voorkomen van recidive en daarmee van de bescherming van de samenleving. Daarnaast zouden bijzondere voorwaarden kunnen worden gesteld die moeten voldoen aan de algemene normering, zoals hiervoor voorgesteld, en die zijn gericht op het meer gelcidelijk doen zijn van de overgang naar de vrijheid. Daarbij kan enerzijds gedacht worden aan verplicht reclasseringscontact en aan 'positieve' verplichtingen, zoals het volgen van een budgetteringscursus, en anderzijds aan meer 'negatief' bepaalde voorwaarden die verboden inhouden, zoals een straatverbod of een stadionverbod. Teneinde het toezicht op de naleving van deze voorwaarden te vergemakkelijken, zou kunnen worden gedacht aan additioneel toezicht, zoals een beperkt elektronisch toezicht. Deze vorm van elektronisch toezicht zal bijvoorbeeld in geval van voetbalvandalisme kunnen worden beperkt tot die uren waarop een voetbalwedstrijd plaatsvindt. Daarmee is dit toezicht minder ingrijpend dan in de verscherpte voorwaardelijke variant.

Een uitvoerige uitwerking van de door mij voorgestane v.i.-regeling gaat het bestek van dit preadvies te buiten. Ik beperk mij tot de hoofdlijnen die met name betrekking hebben op de hiervoor besproken uitgangspunten in verband met de beoogde overzichtelijkheid van ons sanctiestelsel. Een v.i.-regeling die in het teken staat van speciale pre-

106. Zie het rapport van de Commissie Voorwaardelijke invrijheidstelling, 'V.i. tenzij ...', Den Haag 1982, p. 11.

ventic zal verleningscriteria moeten kennen die daarop zijn toegespitst. De samenhang tussen de voorwaardelijke vrijheidsstraf en de v.i. zal in de hier voorgestelde regeling moeten worden benadrukt, met inachtneming van de verschillen die voortvloeien uit het verschillende moment van toepassen en de specifieke gerichtheid op het verzachten van de overgang van onvrijheid naar vrijheid die kenmerkend is voor de v.i. V.i. zal achterwege kunnen blijven in geval, bijvoorbeeld op grond van een tijdens de detentie begaan misdrijf dan wel op grond van enigerlei vorm van risicotaxatie, de kans op het begaan van misdrijven van een zekere ernst groot is en naar verwachting niet kan worden ondervangen door bijzondere voorwaarden en een specifiek toezicht. Als alternatief voor v.i. voor risicovolle groepen zou kunnen worden gedacht aan verzwaaard toezicht in een verscherpte voorwaardelijke vorm. Indien reeds vóór het verstrijken van tweederde van de straftijd de onvoorwaardelijke vrijheidsstraf is vervangen door een verscherpte voorwaardelijke vorm, zou v.i. in de regel van rechtswege kunnen plaatsvinden.

Als uitzondering op het uitgangspunt dat de rechter die de straf heeft opgelegd zich moet uitspreken over een verandering van een modaliteit van de vrijheidsstraf, zou een administratieve instantie met de beslissing over v.i. kunnen worden belast. Het ligt uit praktisch oogpunt en met het oog op het voorkomen van een onnodige belasting van de rechterlijke macht niet in de rede de beslissing over v.i. aan deze rechter op te dragen. Wel zou de veroordeelde tegen voor hem ongunstige beslissingen beroep moeten kunnen instellen bij de rechter die de straf heeft opgelegd. In geval van een vordering tot herroeping zal de rechter die de straf heeft opgelegd beslissingsbevoegd kunnen zijn, tenzij een vordering wordt gebaseerd op overtreding van de algemene voorwaarde. Voor dat geval zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de regeling inzake een vordering tot tenuitvoerlegging van de voorwaardelijke straf wegens een nieuw feit (art. 14g, derde lid, Sr). De vordering tot herroeping zou in dat geval gezamenlijk met de vervolging terzake van het gepleegde feit moeten worden behandeld. In een dergelijk stelsel zal moeten worden voorzien in een bevoegdheid tot aanhouding, die de mogelijkheid biedt de veroordeelde van zijn vrijheid te beroven nadat de verdenking van een overtreding van een voorwaarde is ontstaan. Een dergelijke vrijheidsberoving ter aanhouding zal vergelijkbaar kunnen zijn met het strafvorderlijk voorarrest, waarbij eveneens zou kunnen worden voorzien in een tussentijdse rechtmatigheidstoetsing. Daarbij zal moeten worden aanvaard dat de periode van aanhouding soms het gehele strafrestant zal bestrijken en de veroordeelde in die gevallen reeds op vrije voeten zal zijn op het moment dat over de herroeping van de v.i. ten gronde is beslist.

De vraag rijst in hoeverre het gevaar bestaat dat de voorgestelde regeling, evenals de in 1986 vervangen oude v.i.-regeling, in de praktijk van geringe waarde zal blijken te zijn. Om diverse redenen behoeft daarvoor niet te zeer te worden gevreesd. In de eerste plaats heeft de reclasseringsinstelling een cultuuromslag doorgemaakt, die meer ruimte biedt voor een adequaat toezicht op de naleving van voorwaarden. Met moderne technieken, zoals een beperkt elektronisch toezicht, kan het toezicht meer effectief worden ingevuld. Bovendien lijkt het openbaar ministerie zijn taken in het kader van de executie meer prioriteit toe te kennen dan in de jaren vóór 1986. Weliswaar worden nauwelijks vorderingen tot uit- of afstel van vervroegde invrijheidstelling ingediend, maar deze omstandigheid kan ook te maken hebben met de onbevredigende huidige regeling. Door een consistente regeling te ontwerpen, waarbij de v.i. onder meer een logisch sluitstuk van de uit toenemende graden van vrijheid en verantwoordelijkheid bestaande vrijheidsstraf betekent, kunnen betere randvoorwaarden worden gecreëerd voor een zinvolle werkwijze van het instituut. Uiteindelijk blijft evenwel ook het succes van een nieuwe v.i.-regeling afhankelijk van een adequaat functioneren van de uitvoeringsinstanties.

5.2.4 Terbeschikkingstelling

Afschaffing van de tbs, waarbij deze (ten dele) opgaat in de gevangenisstraf en ten dele in de ggz, wordt veelal als een consequentie van een monistisch stelsel gezien. In het voorafgaande is betoogd dat goede gronden bestaan voor handhaving van het dogmatische onderscheid tussen de vrijheidsstraf en de tbs als straf respectievelijk als maatregel. Ook om andere redenen ben ik geen voorstander van afschaffing van de tbs.

De waarde van de tbs is grotendeels terug te voeren tot het, met het oog op de beveiliging van de samenleving, bieden van een klimaat van verpleging, dat de voorwaarden kan scheppen voor een behandeling van de veroordeelde. In het algemeen ontbreekt zodanig klimaat in de gevangenis. Vanzelfsprekend dient ook in het gevangeniswezen, gelet op de relatief grote hoeveelheid gedetineerden met een psychiatrisch te duiden problematiek, te worden voorzien in adequate crisisopvang. Het gevangeniswezen als zodanig lijkt evenwel ongeschikt voor een zodanig verstrekkende behandeling van gedetineerden, dat deze gelijkens vertoont met vormen van behandeling in de huidige tbs-klinieken. Het detentieklimaat in een gevangenis is, anders dan in een tbs-kliniek, niet gericht op verpleging. In de penitentiaire inrichting zijn orde, veiligheid en rust sleutelbegrippen. In geval het gevangeniswe-

zen en de reguliere geestelijke gezondheidszorg de rol van de tbs zouden overnemen, ligt het dan ook in de lijn van de verwachting dat de moeilijkste patiënten terecht zullen komen in een regime dat voor hun opvang het minst is toegerust, te weten de gevangenis.

Een aanpassing van de penitentiaire inrichtingen, in die zin dat zij wel voor de bedoelde opvang geschikt worden gemaakt, laat zich gelet op de zeer gemengde detentiepopulatie alsmede de opleiding en de achtergrond van het personeel, moeilijk denken. Een dergelijke omschakeling zou betekenen dat de gevangenis moet worden ingesteld op een op behandeling gericht regime en dat moet worden voorzien in (socio)therapeutisch geschoold personeel. Daarmee zou in feite een voorziening als de tbs ten dele worden verplaatst naar de gevangenis, zonder dat bij de oplegging van de sanctie wordt gedifferentieerd naar gelang de verdachte al dan niet ontoerekenbaar is. Het verblijf in de gevangenis wordt voorts beheerst door een vaste einddatum, waarbij hooguit het al dan niet toepassen van vervroegde invrijheidstelling een variabele kan betekenen. Ook zodanige vaste einddatum is moeilijk te rijmen met de gerichtheid op het tegengaan van gevaar en op behandeling, die in de tenuitvoerlegging van de tbs aan de orde zijn.

Indien de ggz (een gedeelte van) de huidige tbs-populatie onder haar hoede zou nemen, kan worden betwijfeld of in afdoende mate kan worden voorzien in beveiliging van de samenleving, die zowel adequate gebouwelijke voorzieningen, als een (mede) op beveiliging gerichte attitude van het personeel vergt. De geschiedenis heeft geleerd dat een dergelijke onzekerheid over de wijze van uitvoering van een beveiligingsmaatregel leidt tot de oplegging van hogere vrijheidsstraffen. Afschaffing van de tbs acht ik dan ook een zeer risicovolle onderneming, die noch in het belang van de veroordeelde noch in dat van de samenleving lijkt te zijn. Het verdient de voorkeur te streven naar een verdergaande samenwerking van tbs-klinieken en de ggz, waarbij de tbs-klinieken hun aparte status behouden.

Wel zou de tbs-regeling in diverse opzichten verder kunnen worden aangepast aan het karakter van deze beveiligingsmaatregel en aan de hiervoor beschreven uitgangspunten. Ik beperk mij in dit verband tot twee voorbeelden. Oplegging van tbs is slechts mogelijk als de veiligheid van anderen dan wel de algemene veiligheid van personen of goederen tot de oplegging daarvan noopt (art. 37a, eerste lid, onder 2, Sr). Voorts dient op het door de verdachte begane feit ten minste vier jaren gevangenisstraf te zijn gesteld, dan wel dient het te gaan om een specifiek in art. 37a, eerste lid, Sr genoemd delict. Met laatstgenoemde bepaling komt tot uitdrukking komt dat de aanleiding voor de vrijheidsbeneming niet te licht mag zijn, maar ook dat de ernst van het

gevaar niet zelden wordt weerspiegeld in het gepleegde delict.¹⁰⁷ Deze maatregel wordt thans in het algemeen slechts opgelegd bij ernstige misdrijven met een gewelddadige en/ of een seksuele component.¹⁰⁸ Overwogen zou kunnen worden de grenzen voor de toepassing van de tbs aan te passen aan deze ontwikkeling, bijvoorbeeld door de grens van vier naar zes jaren te verhogen en de maatregel niet langer mogelijk te maken wegens de overtreding van art. 432, onder 3, Sr (soute-neurschap).

In de tweede plaats zou kunnen worden overwogen de tbs met voorwaarden en de voorwaardelijke beëindiging van de verpleging beter af te stemmen op de (andere) voorwaardelijke modaliteiten. Thans zijn deze geregeld als een wijze van tenuitvoerlegging van de tbs in plaats van als een wijze van niet-tenuitvoerlegging daarvan. Een goede grond voor deze afwijkende constructie lijkt te ontbreken. Deze constructie heeft tot gevolg dat geen proeftijd wordt bepaald, maar dat de termijnen zoals geregeld in art. 38d en 38e Sr, in verband met het bepaalde in art. 38j Sr, gelden. Deze, van (andere) voorwaardelijke modaliteiten afwijkende regeling heeft enkele minder logische gevolgen. Zo is de maatregel als zodanig door een tussentijdse opheffing van de voorwaarden krachtens art. 38b Sr niet geëindigd.

Vanuit een oogpunt van consistentie in het sanctiestelsel, verdient het aanbeveling dat de tbs met voorwaarden wordt omgevormd tot een voorwaardelijke tbs. De rechter stelt daarbij een proeftijd vast, die eventueel kan worden verlengd en waarbij een differentiatie kan worden aangebracht in de werkingsduur van bepaalde voorwaarden. De voorwaarde van art. 14c, eerste lid, Sr zou standaard moeten gelden. De voorwaardelijke beëindiging van de verpleging zou kunnen worden gewijzigd in een v.i., die een voorwaardelijke beëindiging van de tbs inhoudt en niet slechts een beëindiging van de verpleging. Ook in dat voorstel zal een proeftijd van toepassing zijn en gelden niet de reguliere bepalingen over termijnen en verlenging van de tbs.

5.2.5 *Strafrechtelijke opvang verslaafden*

De sov kent volgens de parlementaire geschiedenis een tweeledige doelstelling.¹⁰⁹ Met deze maatregel wordt in de eerste plaats beoogd

107. Zie nader E.J. Hofstee, *Tbr en tbs*, (diss. Nijmegen), Arnhem: Gouda Quint 1987, m.n. p. 459.

108. Zie nader de Trendanalyse tbs, opgenomen als bijlage 6 in het hiervoor aangehaalde rapport Veilig en wel.

109. Kamerstukken II 1997/98, 26 023, nr. 3, p. 1 en Kamerstukken II 1998/99, 26 023, nr. 5, p. 24.

de maatschappelijke overlast terug te dringen die een aantal drugsverslaafden veroorzaakt, onder meer door het veelvuldig plegen van strafbare feiten. In de tweede plaats is de sov gericht op het beheersbaar maken van de individuele verslavingsproblematiek van de veroordeelde met het oog op het tegengaan van recidive. Kenmerkend is dat de misdrijven naar aanleiding waarvan de maatregel zal worden opgelegd in het algemeen slechts een betrekkelijk lage straf rechtvaardigen. Met de uitoefening van dwang in een gesloten setting gedurende een relatief geruime periode, die als zodanig niet als evenredig ten opzichte van de afzonderlijk gepleegde feiten kan worden aangemerkt, beoogt de wetgever de hiervoor genoemde doelstellingen te verwezenlijken. De maatregel kan ten hoogste twee jaar duren (art. 38n Sr). Beoogd wordt de tenuitvoerlegging in drie fasen te doen plaatsvinden, een gesloten, een half-open en een extramurale fase.

De wetgever heeft met de ontwikkeling van de sov een zware wissel getrokken op de consistentie van het 'subspoor' van de beveiligingsmaatregelen. Dat is met name het gevolg van de genoemde tweeledige doelstelling. Maatschappelijke overlast is een ruimer begrip dan het tegengaan van strafbare feiten en is onmiskenbaar ten dele een probleem van openbare orde, zonder dat sprake is van strafrechtelijk te duiden gedrag. De maatregel heeft dan ook slechts ten dele een strafrechtelijke achtergrond. Ook de doelstelling van het beheersbaar maken van de individuele verslavingsproblematiek gaat de strafrechtelijke grenzen deels te buiten. Beide doelstellingen kunnen voorts, in geval de betrokkene moeilijk te resocialiseren is, tot tegengestelde uitkomsten leiden voor de concrete sanctionering. In de Kamerstukken komt tot uitdrukking dat onvoldoende succes in het kader van de resocialisatiedoelstelling geen grond oplevert tot beëindiging van de maatregel. In deze visie zal voortgezette tenuitvoerlegging evenwel kunnen worden vergeleken met de nooit ingevoerde maatregel van bewaring van beroeps- en gewoontemisdadigers.¹¹⁰

In het bovenstaande is betoogd dat terughoudendheid is geboden bij de introductie van beveiligingsmaatregelen. Hoewel moet worden erkend dat de sov is gericht op een categorie maatschappelijk problematische verslaafden, kan naar mijn mening de overlast die deze verslaafden veroorzaken noch hun individuele verslavingsproblematiek een zo scherpe breuk met de proportionaliteit ten opzichte van de gepleegde delicten rechtvaardigen als met deze maatregel wordt gerealiseerd. Bij de tbs vormt het ernstig gevaar dat de ter beschikking gestelde

110. Zie ook P.A.M. Mevis, 'Vrijheidsbeneming ter bestrijding van overlast: inderdaad uniek drugbeleid', *Sancties* 1996, p. 208-220, m.n. p. 216-216 en T. Kooijmans, 'Strafrechtelijke opvang verslaafden', *DD* 30 (2000), p. 593-609, m.n. p. 600.

wordt geacht te vormen een rechtvaardiging voor het overschrijden van de grenzen van de ernst van het feit en de mate van schuld. De overlast waarvoor bij de sov wordt gevreesd, is, ook als deze zo hardnekkig is als bij de betrokken doelgroep, van een geheel andere orde. Naar mijn mening is deze onvoldoende om een zo langdurige vrijheidsbeneming te rechtvaardigen, waarbij de proportionaliteit ten aanzien van het gepleegde delict wordt verlaten.¹¹¹ Het verdient dan ook aanbeveling in het kader van een herbezinning op het sanctiestelsel het bestaansrecht van de sov te heroverwegen.

5.3 Vermogenssancties

5.3.1 Schadevergoeding

Synchroon aan de toegenomen aandacht voor de positie van het slachtoffer in het strafproces, heeft de strafrechter meer mogelijkheden gekregen tot het toekennen van schadevergoeding aan het slachtoffer. De Wet-Terwee bracht een uitbreiding van de mogelijkheden tot toewijzing van de vordering van de benadeelde partij doordat de grenzen van het maximaal uit te keren bedrag werden geschrapt. Daarnaast werd de schadevergoedingsmaatregel ingevoerd (art. 36f Sr). Ten slotte heeft de rechter ingevolge art. 14c, tweede lid, onder a, Sr de mogelijkheid aan een voorwaardelijke veroordeling de voorwaarde van schadevergoeding te verbinden.

Voor het slachtoffer heeft de schadevergoedingsmaatregel als voordeel dat het openbaar ministerie in eerste instantie is belast met de tenuitvoerlegging van de sanctie (art. 572, eerste lid, Sv). Wordt het bedrag na toepassing van de ter beschikking staande middelen, waaronder vervangende hechtenis, niet voldaan, dan keert de verantwoordelijkheid voor de tenuitvoerlegging terug naar het slachtoffer, waarbij regels van burgerlijk recht bepalend zijn (art. 554, tweede lid, Sv). Voorts vormt de schadevergoedingsmaatregel, als volwaardige strafrechtelijke sanctie, duidelijker dan de toewijzing van de vordering van de benadeelde partij, een uitdrukkelijke erkenning van het belang van het slachtoffer in het kader van de strafrechtelijke afdoening van delicten. Daar staat tegenover dat het initiatief bij de voeging van de civiele vordering in het strafproces bij het slachtoffer berust: de rechter is verplicht de vordering te beoordelen.

De omstandigheid dat drie mogelijke titels voor schadevergoeding

111. Zie ook P.C. Vegter, 'Strafrechtelijke opvang verslaafden', in: K.D. Lünemann e.a. (red.), *Diversiteit van sanctionering*, Deventer: Kluwer 2001, m.n. p. 61 en de in de in de voorafgaande noot genoemde bijdragen.

naast elkaar bestaan komt de overzichtelijkheid van het sanctiestelsel niet ten goede.¹¹² Dat geldt temeer doordat de verschillende titels kunnen cumuleren. In de praktijk wordt de schadevergoedingsmaatregel nogal eens opgelegd naast een toewijzing van de vordering benadeelde partij.¹¹³ Een dergelijke cumulatie van titels zal zich in de uitvoeringsfase moeten oplossen. Zodanige cumulatie kan tot verwarring leiden. Het verdient aanbeveling de verschillende juridische kaders voor schadevergoeding samen te smelten in één wijze van afdoening, waarbij de voordelen van de onderscheiden kaders worden gecombineerd. De schadevergoedingsmaatregel is daarvoor het meest logische kader, daar deze een volwaardige strafrechtelijke sanctie betreft en als voordeel heeft dat het openbaar ministerie in eerste instantie is belast met de tenuitvoerlegging. De ratio van de mogelijkheid tot voeging was van oudsher uitsluitend proceseconomisch van aard. Bij het voordeel dat het slachtoffer een betrekkelijk eenvoudige en goedkope ingang verkreeg, behoorde het nadeel dat de benadeelde partij afhankelijk was van het verloop van de strafrechtelijke procedure. Dit accessoire karakter is in zekere zin doorbroken doordat de mogelijkheid voor de benadeelde partij in het leven is geroepen zelfstandig appèl in te stellen tegen de beslissing op haar vordering, ook als het openbaar ministerie en de verdachte afzien van het instellen van hoger beroep (art. 421, vierde lid, Sv). Een dergelijk hoger beroep wordt behandeld door de civiele kamer. Met proceseconomie en een accessoir karakter heeft dit weinig van doen, terwijl de belangen van eenvoud en inzichtelijkheid door het verspringen van de strafrechtelijke naar de civielrechtelijke procedure tekort worden gedaan.

De eigen status van de beslissing op de vordering van de benadeelde partij kan komen te vervallen, mits aan bepaalde voorwaarden is voldaan. De verworvenheden van de Wet-Terwee op het gebied van het betrekken van het slachtoffer bij het strafproces zullen moeten worden behouden. Tevens zal moeten worden voorzien in een verplichting voor de rechter zich uit te laten over de vraag of schadevergoeding is aangewezen in geval het slachtoffer zulks verzoekt. Het slachtoffer kan een zodanig verzoek kenbaar maken door invulling van een formulier dat vergelijkbaar is met het huidige voegingsformulier. In dat geval zou de rechter – voor zover hij op grond van het beslissingsche-

112. Overigens behoort de toewijzing van de vordering van de benadeelde partij strikt genomen niet tot het strafrechtelijk sanctiestelsel. Deze beïnvloedt evenwel de overzichtelijkheid van het stelsel door de mogelijke cumulatie met andere vormen van schadevergoeding die in elk geval tot dat stelsel behoren.

113. Zie R. Kool en M. Moerings, *De Wet Terwee, Evaluatie van juridische knelpunten*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 60-61.

ma van art. 348 en 350 Sv aan die vraag toekomt – verplicht moeten worden zich uit te laten over de vraag of oplegging van de schadevergoedingsmaatregel is geïndiceerd op een vergelijkbare wijze als thans het geval is bij een vordering van de benadeelde partij. Ook zouden bepaalde processuele bevoegdheden die thans aan de benadeelde partij zijn toegekend, zoals de toegang tot de processtukken (art. 51d Sv), van toepassing moeten zij indien het slachtoffer gemotiveerd kenbaar maakt dat hij schadevergoeding in het kader van de strafprocedure verzoekt. Daarnaast kan de mogelijkheid blijven bestaan dat de schadevergoedingsmaatregel wordt opgelegd zonder dat het slachtoffer een desbetreffend verzoek heeft gedaan.

De afzonderlijke vermelding van de voorwaarde tot schadevergoeding in art. 14c, tweede lid, onder 1, Sr kan daarmee eveneens komen te vervallen. In twee opzichten resteert ruimte voor een schadegerelateerde bijzondere voorwaarde. In de eerste plaats kan de rechter ingevolge art. 14c, tweede lid, onder 4, Sr de veroordeelde verplichten tot betaling van een bedrag aan het Schadefonds geweldsmisdrijven dan wel aan een instelling die zich ten doel stelt de belangen van slachtoffers van strafbare feiten te behartigen (art. 14c, tweede lid, onder, 4 Sr). Deze voorwaarde ziet in het bijzonder op gevallen waarin het slachtoffer schadeloosstelling heeft afgewezen dan wel waarin een individualiseerbaar slachtoffer ontbreekt.¹¹⁴ Daarnaast blijft de mogelijkheid bestaan dat een voorwaarde strekt tot een gedraging waartoe de veroordeelde uit een oogpunt van maatschappelijke betamelijkheid is gehouden en aldus valt onder de reikwijdte van art. 14c, tweede lid, onder 5 Sr.¹¹⁵ Onder deze noemer kunnen verplichtingen worden geschaard die niet zijn aan te merken als vergoeding van schade die in causaal verband staat tot de gepleegde onrechtmatige daad.

5.3.2 *Draagkracht en betalingsonmacht*

De betekenis van de draagkracht van de veroordeelde verschilt naar gelang de vermogenssanctie een straf of maatregel betreft. Enigszins cryptisch geformuleerd: bij vermogensstraffen is zowel de 'bovenkant' als de 'onderkant' van de draagkracht van belang, bij vermogensmaatregelen uitsluitend de 'onderkant'. Dat wil zeggen dat de rechter ten aanzien van een gefortuneerde verdachte – binnen de grens van de ernst van het feit en de mate van schuld – een relatief hoge boete kan opleggen teneinde de beoogde leedtoevoeging die de straf inhoudt tot

114. Kamerstukken II 1989/90, 21 345, nr. 3, p. 21.

115. Zie bijv. HR 7 oktober 1986, NJ 1987, 441.

haar recht te doen komen. Zodanige bovenwaartse aanpassing van de hoogte van de sanctie op grond van draagkracht is bij maatregelen niet goed denkbaar. Dan zou de veroordeelde immers kunnen worden verplicht tot betaling van een bedrag dat de geleden schade dan wel het behaalde voordeel te boven gaat. Dat is niet te rijmen met de grondslag van de herstelgerichte maatregelen.

Bij op herstel gerichte maatregelen speelt uitsluitend eventuele betalingsonmacht een rol. In het bijzonder bij de ontneming kan van betalingsonmacht een matigende werking op de sanctietoemeting uitgaan. Bij de executie van zowel de schadevergoedingsmaatregel als de ontnemingsmaatregel zal een situatie van betalingsonmacht relevant moeten zijn voor de afweging of vrijheidsbeneming dient plaats te vinden, waarover in de volgende paragraaf meer. De term 'draagkracht' zou uitsluitend in de context van de straftoemeting moeten worden gebruikt, terwijl bij maatregelen in deze context over betalingsonmacht zou moeten worden gesproken.¹¹⁶

5.3.3 Vervangende hechtenis bij vermogenssancties

Vrijheidsbeneming is het sluitstuk van de oplegging maar ook van de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke sancties. Als regel stelt de wet op het niet naleven van een voorwaarde in het kader van een voorwaardelijke vrijheidsstraf en het niet voldoen van andere vrijheidsbeperkende en vermogensontnemende sancties vrijheidsbeneming in het vooruitzicht.¹¹⁷ Bij de voorwaardelijke veroordeling kan de voorwaardelijk opgelegde vrijheidsstraf alsnog worden ten uitvoer gelegd, bij andere sancties bestaat de mogelijkheid of de verplichting tot executie van de vervangende hechtenis. Het rechtskarakter van de vervangende hechtenis volgt dat van de 'primaire' sanctie. De vervangende hechtenis bij de vermogensstraffen heeft een hybride karakter: enerzijds strekt deze ertoe pressie uit te oefenen op de veroordeelde opdat deze alsnog voldoet aan de primaire verplichting, anderzijds vervangt de vrijheidsbeneming de primaire straf. Dat betekent dat de primaire verplichting vermindert al naar gelang meer dagen hechtenis worden ondergaan. Het uitzitten van de vervangende hechtenis brengt mee dat de betalingsverplichting is komen te vervallen. Evenals de geldboete en de verbeurdverklaring zelf, heeft de vervangende hechtenis bij deze

116. Zie ook het advies van de Raad van State in Kamerstukken II 2001/02, 28 079, A, p. 7.

117. Een wat merkwaardige uitzondering vormt art. 33 WED, dat strafbaar stelt het opzettelijk handelen of nalaten in strijd met bepaalde in die wet voorziene bijkomende straffen en maatregelen.

straffen een punitief karakter. Dit karakter komt in de huidige wettelijke regeling van art. 24c Sr goed uit de verf.

Minder helder is de regeling van de vervangende hechtenis bij de op herstel gerichte vermogensmaatregelen. Dogmatisch bestaat bij deze maatregelen het probleem dat de vervangende hechtenis, anders dan bij de vermogensstraffen, niet aan de strekking van de maatregel kan voldoen, doordat het beoogde herstel niet kan worden bereikt: door vrijheidsbeneming wordt de schade van het slachtoffer niet vergoed en het wederrechtelijk genoten voordeel niet ontnomen. Van 'vervangende' hechtenis is dan ook geen sprake.

Deze andere aard van de 'vervangende' hechtenis bij de maatregelen blijkt ten dele uit de wettelijke regeling. Ingevolge art. 24d, tweede lid, Sr wordt de duur van de vervangende hechtenis niet verminderd door het voldoen van slechts een gedeelte van het verschuldigde bedrag uit hoofde van de voordeelsontneming.¹¹⁸ De betalingsverplichting blijft in stand, ook al heeft de veroordeelde de volledige duur van de bij de schadevergoedingsmaatregel bevolen vervangende hechtenis ondergaan. Het pressie-clement heeft de vervangende hechtenis bij de vermogensstraffen met die bij de maatregelen gemeen, het punitieve, vervangende karakter niet.

Het verschillende rechtskarakter van de vervangende hechtenis bij de vermogensstraffen en -maatregelen komt in de huidige regeling onvoldoende tot uitdrukking. Uit systematisch oogpunt verdient het de voorkeur dat niet langer wordt gesuggereerd wat niet is, door de term vervangende hechtenis niet te bezigen voor vrijheidsbeneming als pressiemiddel bij maatregelen. Om die reden kan ik mij vinden in het op 7 november 2001 ingediende wetsvoorstel waarin onder meer wordt voorgesteld de regeling van de vervangende hechtenis bij de ontnemingsmaatregel te vervangen door een regeling van (strafvorderlijke) lijfswang in een nieuw art. 577c Sv.¹¹⁹ In de voorgestelde regeling kan de rechter eerst na het uitblijven van het voldoen van het opgelegde bedrag beslissen lijfswang toe te passen van ten hoogste drie jaar. Ook uit het voorstel dat de toepassing van de lijfswang de verschuldigdheid van het bedrag niet opheft blijkt dat wordt gebroken

118. Zie ook HR 6 juni 1995, NJ 1995, 645, waarin de Hoge Raad het desbetreffende onderscheid in de regelingen van de ontneming en de geldboete gerechtvaardigd acht op grond van het verschil in rechtskarakter tussen de straf van geldboete en de maatregel van voordeelsontneming.

119. Kamerstukken II 2001/02, 28 079, nrs. 1-2. Zie voor vergelijkbare voorstellen: B.F. Keulen, *Crimineel vermogen en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1999, p. 54-59, F.W. Bleichrodt, *Gevangen tussen twee sporen*, Sancties 2000, p. 143-145 en Borgers, a.w., p. 462-465.

met het sanctie-‘vervangende’ karakter van de vrijheidsbeneming. Lijfswang wordt niet toegepast in geval de veroordeelde aannemelijk maakt dat hij buiten staat is aan de betalingsverplichting te voldoen. Met het voorstel wordt recht gedaan aan het rechtskarakter van de maatregel van voordeelsontneming en de plaats van de vrijheidsbeneming als pressiemiddel in het kader van de executie.

In het kader van een herziening van het sanctiestelsel verdient het evenwel aanbeveling de hiervoor genoemde regeling van lijfswang ook van toepassing te verklaren op de schadevergoedingsmaatregel. De betekenis van de (subsidiare) vrijheidsbeneming ex art. 36f, zesde lid, Sr is vergelijkbaar met de vervangende hochtenis bij de ontneming. Ook deze vrijheidsbeneming vervangt de betalingsverplichting niet. Er is bovendien ook bij deze maatregel geen rechtvaardiging te vinden voor tenuitvoerlegging van vrijheidsbeneming in geval van betalingsonmacht en in geval redelijkerwijze niet kan worden verwacht dat verhaal resultaat zal opleveren. Het verdient dan ook aanbeveling in art. 577c Sv een algemene regeling te treffen voor lijfswang bij vermogensmaatregelen. Een dergelijke regeling kan bijdragen aan een meer maatgerichte en consistente tenuitvoerlegging van de betrokken maatregelen.

Afronding

De afgelopen twee decennia zijn op het gebied van de strafrechtelijke sancties verstrekken wijzigingen doorgevoerd. Daarbij zijn niet steeds in voldoende mate de uitgangspunten van ons strafrechtelijk sanctiestelsel en de verhouding tot andere onderdelen van dat stelsel in acht genomen. Het stelsel heeft daardoor aan consistentie en overzichtelijkheid ingeboet. Zowel de verhouding van de verschillende organen in het kader van de strafrechtspleging, als de onderlinge verhouding van de diverse sancties en modaliteiten is minder helder geworden.

In dit preadvies is getracht te bezien of de grondslagen van ons huidige sanctiestelsel kunnen voldoen in een sanctiestelsel in beweging. Daarbij is in aanmerking genomen dat het geen zin heeft oude uitgangspunten overboord te gooien zolang de dogmatische en functionele waarde daarvan als zodanig niet is achterhaald en zich bovendien geen betere orderingsprincipes aandienen.

Geconcludeerd is dat verschillende uitgangspunten, zoals de centrale positie van de strafrechter in het kader van de sanctietoemeting en het onderscheid tussen straffen en maatregelen, behouden kunnen blijven.

In dit verband zijn voorstellen gedaan teneinde concrete onderdelen van het stelsel beter af te stemmen op deze grondslagen. Gepleit is voor het behoud van de mogelijkheid tot voorwaardelijke veroordeling, zowel met als zonder bijzondere voorwaarden. Voorts is een voorstel gedaan tot de vervanging van de huidige regeling inzake de vervroegde invrijheidstelling door een regeling van voorwaardelijke invrijheidstelling. Naast deze 'reguliere' voorwaardelijke modaliteiten, verdient het aanbeveling te voorzien in een verscherpte vorm van de voorwaardelijke vrijheidsstraf, die een juridisch kader kan vormen voor sanctievormen in het grensgebied tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsbeneming. De inhoudelijk met de verscherpte voorwaardelijke vrijheidsstraf verwante einde detentie variant zal het penitentiair programma moeten vervangen. Ook op andere onderdelen van het stelsel zijn voorstellen tot wetswijziging gedaan.

Het voorafgaande betekent dat het huis niet behoeft te worden gesloopt en van de grond af dient te worden opgebouwd. De fundering is goddeels in orde. Wel zal het achterstallig onderhoud ingrijpende wetgevingsoperaties vergen.

De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht

Enkele beschouwingen over het bestraffende deel daarvan

*Mr. O.J.D.M.L. Jansen*¹

Inhoud

1.	<i>Inleiding</i>	171
	Dynamiek	171
	Vragen van Knigge	173
	Plan van aanpak	175
2.	<i>Enkele contouren van het publiekrechtelijk sanctie- recht</i>	176
	Publiekrechtelijke sanctie	176
	Buitenlandse literatuur	177
	De plaats van het bestraffende bestuursrecht in het pu- bliekrechtelijke sanctierecht	178
	Straf- en strafprocesrecht toepassen op bestuurlijke boe- te?	181
	Bestuursstrafrecht	183
	Wet bestuursstrafrecht	184
	Spanje	186
	Boeteregeling in de Algemene wet bestuursrecht	187
3.	<i>Enkele uitgangspunten en beginselen voor het publiek- rechtelijk sanctiestelsel</i>	190
3.1.	Algemeen	190
3.2.	Legaliteitsbeginsel	192

[1. Dit preadvies is tot stand gekomen mede dankzij een financiële ondersteuning van het NWO. Ik dank Alessandro Bernardi, Franck Moderne, Manuel Rebollo Puig, John Vervaele, Joachim Vogel, Rob Widdershoven en de medewerkers van het Max Planck Instituut te Heidelberg voor de geboden hulp.

De dynamiek van het publiekrechtelijke sanctierecht

3.3	Rechtszekerheidsbeginsel	195
3.4	Evenredigheidsbeginsel	197
4.	<i>EU-sanctierecht</i>	201
4.1	Algemeen	201
4.2	EG-rechtelijke sancties	202
	Gemeenschapstrouw	203
	Verscherping	204
	Milieurichtlijn	206
	Bescherming financiële belangen EG	210
4.3	Derde-pijlcreisen aan nationale sancties	215
5.	<i>Sanctie, constitutie en bestraffende sancties – enkele opmerkingen</i>	218
6.	<i>Enkele opmerkingen over de sanctie in het bestuursrecht</i>	222
6.1	Algemeen	222
6.2	De bestuurlijke boete	224
	Handhaven op niveau	224
	Haarlemmerolie?	225
	Indicaties	226
	Indicaties met betrekking tot de norm	226
	Indicaties met betrekking tot de handhavingspraktijk	226
	Indicaties met betrekking tot het handhavingsbeleid	226
	Een blik op het boeterecht	228
	Strafmaxima voor vermogenssancties	230
	Klikboete	232
6.3	Andere bestraffende sancties	234
7.	<i>Enkele opmerkingen over de sanctie in het strafrecht</i>	236
7.1	Algemeen	236
7.2	OM-boete	236
	Derde interimrapport Strafvordering 2001	238
	Illustratie	241
7.3	De executabele transactie	243
7.4	De transactie in handen van het bestuur	244
7.5	De gevolgen voor het onderscheid tussen overtreding en misdrijf	247

8.	<i>Enkele opmerkingen over de verhouding tussen de sancties in het bestuursrecht en die in het strafrecht</i>	247
8.1	Algemeen	247
8.2	Herstel	250
8.3	De intrekking en de ontzetting	251
8.4	De bestuurlijke boete	252
9.	<i>Afronding</i>	253

1. Inleiding

In de Nederlandse literatuur wordt al geruime tijd aandacht besteed aan de handhaving van wet- en regelgeving. Daarbij wordt de rechtshandhaving als een opgave gezien waarbij niet alleen strafrechtelijke, maar ook bestuursrechtelijke, tuchtrechtelijke en civielrechtelijke instrumenten met de daarbij behorende waarborgen en rechtsbescherming kunnen worden ingezet. Het concept 'rechtshandhaving' lijkt binnen Europa typisch Nederlands te zijn.² In toenemende mate speelt in deze benadering de onderlinge afstemming van handhavingsbevoegdheden een rol. Deze afstemming is niet alleen een opgave voor de bestuursorganen met handhavingsbevoegdheden, maar evenzeer voor de wetgever en de rechter.

Dynamiek

Het strafrechtelijke sanctiestelsel is samen met het bestuursrechtelijke en het europeesrechtelijke onderdeel van het publiekrechtelijke sanctiesysteem. Er hebben zich de afgelopen tijd belangrijke ontwikkelingen voorgedaan in dat systeem. Het valt niet te verwachten dat ze na 2002 zullen stoppen. Er zit met andere woorden een dynamiek in het publiekrechtelijke sanctiestelsel, die er voorlopig nog wel in zal blijven zitten. De dynamiek doet zich overigens niet alleen in elk onderdeel afzonderlijk voor maar ook in de onderlinge verhouding.

De dynamiek binnen het strafrechtelijk stelsel en de wijze waarop daarmee moet worden omgesprongen is in de preadviezen van De Hullu en Bleichrodt uitvoerig aan de orde geweest. De taakverdeling van de preadviseurs heeft voor mij dan ook het voordeel dat ik de diepgaande bespreking van de veranderingen in dat systeem kan laten zitten.

Bij de dynamiek in het europeesrechtelijke sanctiestelsel denk ik niet alleen aan de ontwikkelingen met de sancties in het kader van het EG-Mededingingsrecht, maar ook aan de regelgeving inzake bijvoorbeeld de bestrijding van EG-fraude,³ milieu en het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Ik zal deze zaken bespreken in het bredere kader van de Europese Unie. De bevoegdheden om iets te bepalen over het na-

2. Het begrip 'rechtshandhaving' is dan ook erg lastig te vertalen. Vervaele wees er terecht op dat 'law enforcement', 'mise en oeuvre du droit' en 'Rechtsdurchsetzung' of 'Rechtsvollzug' niet dezelfde lading dekken (J.A.E. Vervaele, *Handen en tanden van het (Gemeenschaps)recht*, oratie UU, Kluwer, Deventer 1994, p. 4).
3. Vo. 2988/95, Pb 1995 L 312.

tionale publiekrechtelijke sanctierecht zijn verdeeld over de supranationale eerste pijler (het zojuist genoemde EG-recht) en de intergouvernementele derde pijler. De Europese Unie heeft ter bereiking van betere samenwerking in het strafrechtelijke deel van de Europese rechtsruimte zichzelf de doelstelling gesteld bepaalde delen van het strafrecht van de lidstaten te harmoniseren. Dat gebeurt met kaderbesluiten, waarvan ik er een aantal bespreek die van belang zijn voor ons sanctiestelsel. Deze besluiten zijn de harmonisatie-instrumenten van de derde pijler. Ze zijn in juridische binding vergelijkbaar met de richtlijnen in de eerste pijler.

Bij dynamiek in het bestuursrechtelijk sanctiestelsel denk ik met name aan de opmars van nieuwe algemeen-bestuursrechtelijke sancties, zoals de bestuurlijke dwangsom en de bestuurlijke boete en de introductie en uitbouw van de Algemene wet bestuursrecht, met daarin een hoofdstuk over handhaving. Het zijn enkele voor ons onderwerp belangrijke symptomen van de emancipatie van het (algemeen) bestuursrecht. Deze emancipatie is in het algemeen van belang voor het straf- en strafprocesrecht, nu immers opnieuw een afbakening (of doorwerking) tussen de twee codificaties en rechtsgebieden moet worden gezocht.

Zowel in het bestuursrechtelijke als in het strafrechtelijke sanctiestelsel bestaat een wisselwerking tussen de algemene codificatie en de bijzondere wet- en regelgeving, tussen het constitutionele en het Europese recht en het sanctiesysteem. De Hullu (§ 1.7) wees al op de noodzaak het sanctiestelsel voor rechtspersonen nader te onderzoeken. De strafrechtelijke aansprakelijkheid van rechtspersonen is uit de Wet op de economische delicten verhuisd naar het Wetboek van Strafrecht, maar de bijbehorende sancties zijn niet meeverhuisd. De last onder dwangsom heeft een razendsnelle carrière doorgemaakt vanuit bijzonder naar algemeen, van de toenmalige Hinderwet, via de Wet milieubeheer, Gemeentewet, Provinciewet en Waterschapswet naar de Algemene wet bestuursrecht. De bijzondere wet wordt als proeftuin gehanteerd voor de bestuurlijke boete. De bestuurlijke boete zal zo vanuit vele bijzondere wetten naar de Algemene wet bestuursrecht, en wellicht ook de Wetboeken van Strafrecht of Strafvordering en de Wet op de economische delicten doorstoten.

Zoals gezegd doet de dynamiek zich ook voor in de onderlinge verhouding van de sanctiestelsels. Het denken over de bestuurlijke boete roept de vraag op welke strafrechtelijke normen behoren te gelden. De vaststelling dat bestuursorganen in een toenemend aantal gevallen over de bevoegdheid beschikken deze sanctie op te leggen, roept de vraag op of niet ook de tot het openbaar ministerie behorende bestuurs-

organen over deze bevoegdheid behoren te beschikken. In het kader van het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* is het voorstel gedaan een 'OM-boete' te introduceren.⁴ Door het Ministerie van Justitie wordt over een vergelijkbaar thema nagedacht: de executabele transactie.⁵ Dit roept weer de vraag op welke gevolgen deze ontwikkelingen zouden kunnen hebben voor de verhouding van deze 'OM-boete' tot de bevoegdheid van andere bestuursorganen dan die van het OM en de politie om een strafrechtelijke transactie aan te bieden (bijvoorbeeld de *Milieutransactie*).⁶

Vragen van Knigge

Knigge heeft in zijn algemene beschouwing over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht een aantal vragen opgeworpen die van belang zijn voor ons onderwerp.⁷ Hij acht het niet inzichtelijk waarom voor de strafrechtelijke geldboete de procesverplichting (kort samengevat: het uitgangspunt dat de sanctie door de (straf)rechter moet worden opgelegd) geldt en voor de bestuurlijke niet. Hij stelt vast dat de rechtsbescherming in het bestuursrecht nooit de vorm aanneemt van een procesverplichting, terwijl de spiegelbeeldige situatie zich in het strafrecht meer en meer voordoet.⁸

Met de Wet op de economische delicten kreeg de (economische) strafrechter allerlei sanctiebevoegdheden die uit handen moesten blijven van het bestuur. De *rechter* kreeg een 'bestuurlijk' sanctiepakket.⁹ Dit

4. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, RUG, Groningen, p. 41-42. Zie ook A.R. Hartmann, *Buitengerechtelijke afdoening*, in hetzelfde rapport, p. 59 t/m 90.
5. Dit is een transactie die na verloop van enige tijd executabel wordt, tenzij de verdachte bezwaar maakt (of beroep instelt).
6. Art. 37 Wet op de economische delicten en het Transactiebesluit milieudelicten (Besluit van 8 juli 2000, houdende aanwijzing van lichamen en personen, met een publieke taak belast, die bevoegd zijn tot het aanbieden van een strafrechtelijke transactie inzake milieudelicten en vaststelling van de grenzen waarbinnen die bevoegdheid kan worden uitgeoefend, Stb. 2001, 165).
7. G. Knigge, *De verkalking voorbij. Over de verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht*, RMThemis 2000, p. 83-96.
8. Steeds vaker worden in het strafrecht op die in het bestuursrecht gelijkende rechtsbeschermingsystemen geïntroduceerd. Naast de door Knigge genoemde voorbeelden (o.a. het beklag over de inbeslagneming (art. 552a Sv) en het bezwaarschrift tegen de onthouding van processtukken (art. 32 Sv)) valt te denken aan de bezwaarschriftprocedure in de regeling van de taakstraffen (art. 22f, derde lid, 22g, derde lid, Sr).
9. G. Knigge, p. 87.

was een reactie op de ervaringen uit de periode daarvoor.¹⁰ De strafrechter kan het recht ontzeggen van een verleende vergunning gebruik te maken (art. 7, aanhef en onder f Wed) en de veroordeelde tot herstel verplichten (art. 8, aanhef en onder c, Wed). Hij kan echter niet een bestuursorgaan bevelen een bestuursdwang- of dwangsombeschikking te nemen of een vergunning in te trekken.¹¹ De economische strafrechter beschikt over de bevoegdheid een onderneming stil te leggen en onder toezicht te stellen en over de verbeurdverklaring. Alleen *regulators* in het financiële bestuursrecht beschikken over de – uit de Wet op de economische delicten overgenomen – bevoegdheid een onderneming onder curatele te plaatsen.¹² Buiten dit rechtsgebied en het overige economische sanctierecht beschikken noch rechter noch bestuursorganen over deze nuttige sanctiebevoegdheid.

Bij alle genoemde sancties kan de vraag worden gesteld waarom de rechter wel en het bestuursorgaan meestal niet over de bevoegdheid tot het opleggen daarvan beschikt. Indien bestuursorganen in veel gevallen bevoegd worden geacht sanctiebesluiten te nemen als bestuursdwang, last onder dwangsom, intrekking van vergunningen en de bestuurlijke boete, is de vraag of de tot het openbaar ministerie behorende bestuursorganen niet ook over dezelfde bevoegdheden zouden moeten kunnen beschikken. Indien de hobbels zou kunnen worden genomen dat deze bestuursorganen zelfstandig en niet als afgeleide van de bevoegdheid van de strafrechter, sanctiebesluiten kunnen nemen is de vraag welke sancties ook op deze wijze zouden kunnen worden opgelegd.¹³ In hoeverre is daarop het bestuursrecht van toepassing? Wat betekent dit alles voor de toetsing door de (straf)rechter?

Dit alles levert voldoende stof op voor een verhaal dat de gewenste omvang van dit preadvies zal overstijgen. Mijn bijdrage aan dat verhaal is dan ook beperkt tot het bestraffende sanctierecht binnen het publiekrechtelijke sanctierecht. De taakverdeling tussen de drie pre-

10. Zie hierover B.F. Keulen, *Economisch strafrecht*, p. 208 e.v.; R.J.G.M. Widdershoven, *De handhaving van sociaal-economisch recht in Nederland*, RMThemis 1995, p. 205-218 en mijn *La legge olandese sugli illeciti in materia economica (economici) festeggia il suo cinquantesimo anniversario* te verschijnen in: *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia* 2002.

11. Zie G.J.M. Corstens, D.R. Doorenbos en J.F.L. Roording, *NJB* 1992, p. 1335 t/m 1345, met name p. 1339 nt. 17.

12. Zie bijvoorbeeld art. 28, vierde lid, Wet toezicht effectenverkeer, 22 Wet toezicht beleggingsinstellingen, 28 en 35 Wet toezicht kredietwezen 1992.

13. De zelfstandige sanctiebevoegdheid betekent niet dat er vervolgens geen toegang tot de rechter zou zijn. Het betekent slechts dat die toegang door de betrokkene moet worden ingeroepen met het instellen van beroep.

adviseurs brengt met zich dat mijn aandeel zich bovendien vooral concentreert op de bestuursrechtelijke invalshoek.

Plan van aanpak

De hierna volgende paragrafen 2 en 3, en in iets mindere mate de paragrafen 4 en 5, hebben een algemeen karakter. In § 2 schets ik enkele contouren van het publiekrechtelijke sanctierecht. Daarbij komen zaken aan de orde als het sanctiebegrip, de plaats van het bestraffende bestuursrecht in het publiekrechtelijke sanctierecht, de vraag of en in hoeverre het straf- en strafprocesrecht op de bestuurlijke boete moet worden toegepast, of moet worden gesproken van bestuursstrafrecht of niet en of deze materie in een afzonderlijke wet zou moeten worden geregeld, dan wel in de Algemene wet bestuursrecht. In § 3 bespreek ik enkele uitgangspunten en beginselen voor het publiekrechtelijk sanctiestelsel, waarbij ik me concentreer op het legaliteitsbeginsel (§ 3.2), het rechtszekerheidsbeginsel (§ 3.3) en het evenredigheidsbeginsel (§ 3.4).

In § 4 komt een aantal voor ons onderwerp relevante thema's uit het EG-recht aan de orde. Daarbij gaat het om sancties in het EG-recht, EG-rechtelijke eisen aan nationale sancties, de mogelijkheid om met richtlijnen de nationale strafrechten te harmoniseren en die om dit met EU-kaderbesluiten te doen.

In § 5 komt een aantal constitutionele thema's aan de orde die deel uitmaken van het publiekrechtelijke sanctierecht. Het gaat hierbij niet alleen om de Grondwet, maar ook om mensenrechtenverdragen, met name het EVRM. Ik heb overigens nagelaten om art. 6 EVRM uitgebreid te bespreken, dat is elders al regelmatig zeer uitvoerig gedaan. De bespreking in § 5 is beperkt tot de vraag of het constitutionele recht eist dat bestraffende sancties door de rechter moeten worden opgelegd en of bij de beantwoording daarvan onderscheid moet worden gemaakt tussen vrijheidsbenemende en andere sancties, zoals vermogenssancties. Rechtszekerheid, legaliteit en evenredigheid maken uiteraard ook deel uit van het constitutionele recht. De drie beginselen worden evenwel niet in § 5, maar in § 3 besproken.

In de paragrafen 6 en 7 komen het bestuursrechtelijke en het strafrechtelijke sanctiesysteem aan bod. Mijn opmerkingen over het bestuursrechtelijke systeem hebben uitsluitend betrekking op de bestuurlijke boete (§ 6.2) en andere bestraffende sancties (§ 6.3). Mijn bespreking van het strafrechtelijke sanctiesysteem is met name gericht op het

voorstel van de onderzoekers van het project Strafvordering 2001 om een 'OM-boete' in te voeren, het idee om de transactie executabel te maken, de transactie in handen van het bestuur en de gevolgen van dit alles voor het onderscheid tussen overtreding en misdrijf. In § 8 ten slotte, knoop ik wat lijnen samen bij een bespreking van de verhouding tussen de sancties in het bestuursrecht en die in het strafrecht. De lezer met een minimum aan tijd en een maximum aan nieuwsgierigheid verwijs ik naar de afronding in § 9.

2. Enkele contouren van het publiekrechtelijk sanctierecht

Het publiekrechtelijk sanctierecht verschaft de overheid een deel van de middelen om het recht te handhaven, alsmede de waarborgen die de overheid daarbij in acht moet nemen, terwijl het de burger rechtsbescherming biedt. Het maakt deel uit van de publiekrechtelijke rechtshandhaving, waarvoor al sinds de jaren '80 van de vorige eeuw erg veel aandacht bestaat. Het onderwerp van dit preadvies is beperkt tot de sancties in het strafrecht, het bestuursrecht. Hoewel de gebieden evenzeer van het publiekrechtelijke sanctierecht deel uitmaken, betekent dit dat het publiekrechtelijke tuchtrecht, alsmede publiekrechtelijke normering van handhaving van publiekrechtelijke normen met privaatrechtelijke middelen buiten beschouwing blijven. Zoals gezegd is mijn focus binnen de bespreking van het publiekrechtelijke sanctierecht gericht op bestraffende sancties. Dat betekent ongetwijfeld dat de andere sancties ('herstelsancties: een bestuurlijke sanctie die strekt tot het geheel of gedeeltelijk ongedaan maken of beëindigen van een overtreding, tot het voorkomen van herhaling van een overtreding, dan wel tot het wegnemen of beperken van de gevolgen van een overtreding'¹⁴) minder aandacht krijgen dan ze verdienen.

Publiekrechtelijke sanctie

Om de contouren van dat publiekrechtelijk sanctierecht te kunnen beschrijven, is het noodzakelijk na te gaan welke overheidsreactie als publiekrechtelijke sanctie kan worden beschouwd. De bestuurlijke boete en de herstelsancties zijn bestuurlijke sancties, in art. 5.0.2 voorontwerp vierde tranche Awb omschreven als 'een door een bestuursorgaan wegens een overtreding bij beschikking opgelegde verplichting of genomen maatregel.'

14. Voorgesteld art. 5.0.2, eerste lid, aanhef en onder b, Awb.

Gelet op het onderwerp van mijn preadvies ligt het voor de hand te zoeken naar een sanctiebegrif dat zowel bruikbaar is in het strafrecht als in het bestuursrecht en in het Europese recht.

Een sanctie is de publiekrechtelijke reactie van een overheidsorgaan op de overtreding van een rechtsregel, waardoor degene die daarvoor aansprakelijk wordt gesteld, in zijn belang wordt getroffen.¹⁵ Om zowel in het bestuursrecht als in het strafrecht bruikbaar te zijn, moet het sanctiebegrif worden losgekoppeld van het soort overheidsorgaan dat de sanctie oplegt. Met dit sanctiebegrif lijkt het me mogelijk om zowel de door de bestuursorganen als de door de rechter opgelegde sanctie in zowel het bestuursrecht als in het strafrecht te vangen. Naar de huidige opvatting dienen de sancties te worden onderverdeeld in strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sancties. De strafrechtelijke sancties worden op verschillende manieren onderverdeeld: straffen en maatregelen, vermogenssancties, bedrijfssancties en vrijheidsbenemende sancties. De bestuursrechtelijke worden veelal onderverdeeld in herstelsancties¹⁶ en bestraffende sancties.¹⁷ Ook wordt er wel een derde categorie toegevoegd, de regressieve sancties, waarbij de overheidsreactie bestaat uit het afnemen van een bij beschikking toegekend recht (intrekking en wijziging van een begunstigende beschikking).¹⁸

Buitenlandse literatuur

In buitenlandse literatuur wordt regelmatig een ander sanctiebegrif gehanteerd. Zo worden in het Spaanse recht met '*sanciones*' uitsluitend bestraffende sancties bedoeld. In de Franse literatuur wisselt het begrip nogal eens. Moderne lijkt het begrip '*sanction administrative*' te reserveren voor bestuurlijke bestraffende sancties en '*mésure*' voor wat wij herstelsanctie noemen.¹⁹ Degoffe²⁰ hanteert '*punition*' voor

15. P. Hazewindus, *Administratieve sancties en vreemdelingenrecht*, proefschrift UvA, Gouda Quint, Arnhem 1994, p. 13. Zie ook W. Duk, *Recht en slecht. Beginselen van een algemene rechtsleer*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1999, p. 212.
16. Ik hanteer hier de met het Voorontwerp vierde tranche Awb voorgestelde term voor '*reparatoire sanctie*,' die het termengevecht lijkt te gaan winnen.
17. Oostenbrink, Konijnenbelt en Hazewindus hanteren voor niet-bestruffende sancties wel de terminologie '*situatieve sancties*.' Duk voor bestraffende sancties '*retributief*.'
18. J.B.J.M. ten Berge en F.C.M.A. Michiels, *Besturen door de overheid*, Nederlands algemeen bestuursrecht I, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 2001, p. 407.
19. Franck Moderne, *La sanction administrative et droit comparé*, binnenkort te verschijnen in de *Revue française de droit administratif*.
20. Michel Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris 2001. →

deze bestraffende sancties en lijkt 'sanction' en 'mésure' door elkaar te gebruiken. Böse²¹ onderscheidt 'Strafe' ('Kriminalstraf' en 'Ordnungswidrigkeit') en 'Sanktionen'. 'Sanktion' is de 'Androhung von Rechtsnachteilen für den Fall von Verstößen.' Kadelbach definieert 'Sanktion' als 'eine gegen rechtlich mißbilligtes Verhalten gerichtete Maßnahme (...), durch die dem Verantwortlichen nötigenfalls durch Zwang ein Nachteil zugefügt wird.'²² Röhl en Schmidt-Aßmann geven aan dat in het Duitse publiekrecht wordt onderscheiden tussen 'Strafen (Kriminalstrafen), Geldbußen wegen Ordnungswidrigkeiten und anderen Sanktionen wie z.B. Verwaltungszwang oder der Aufhebung von Begünstigungen.'²³

In het Europese recht lijkt het hanteren van het begrip 'sanctie' zeer politiek gevoelig te zijn. In Verordening 2988/95 wordt onderscheid gemaakt tussen maatregelen, niet zijnde sancties, sancties, niet zijnde strafrecht en strafrechtelijke sancties. De tweede categorie omvat zo'n beetje onze bestuurlijke bestraffende sancties.²⁴

De plaats van het bestraffende bestuursrecht in het publiekrechtelijke sanctierecht

Elke regeling van de bestuurlijke boete is gesitueerd in het bestuursrecht. Dat geldt natuurlijk ook voor de met de vierde tranche voorgestelde regeling daarvan in de Algemene wet bestuursrecht. Er is in de literatuur wel voorgesteld om de regeling van vergelijkbare materie op te nemen in een afzonderlijke wet, dan wel in de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering.²⁵ Voor de toepasselijkheid van de normen die in art. 6 EVRM besloten liggen, maakt het in beginsel niet uit waar de regeling van de bestuurlijke boete wordt neergelegd. Voor de

→ Zie ook zijn *Actualité des sanctions non pénales*, *Les petites Affiches* 2002, nr. 3, p. 6-12, nr. 4, p. 4-12.

21. Martin Böse, *Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Carl Heymans Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 1996, p. 35 t/m 53.
22. Stefan Kadelbach, *Verwaltungsrechtliche Sanktionen bei Verstößen einzelner gegen das Gemeinschaftsrecht*, in: Walter van Gerven en Manfred Zuleeg (Hrsg.), *Sanktionen als Mittel zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts*, Europäische Rechtsakademie, Bundesanzeiger, Köln 1996, p. 81.
23. Eberhard Schmidt-Aßmann en Hans Christian Röhl, *Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, *Europarecht* 1997, p. 87 t/m 111, met name p. 93.
24. Zie overigens over het sanctiebegrip in het gemeenschapsrecht; Helmut Satzger, *Die Europäisierung des Strafrechts*, *Habilitationsschrift Passau*, Carl Heymans Verlag, Köln/Berlin/Bonn/München 2001, p. 64-87.
25. Een overzicht van de voorstellen is te vinden in A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1998.

toepasselijkheid van de wettelijke codificatie van het bestuursrecht en die van het straf- en strafprocesrecht daarentegen in beginsel wel.

De wetgever heeft in de meeste regelingen van de bestuurlijke boete een aantal voorzieningen getroffen om te voldoen aan de normen uit art. 6 EVRM. Dat is ook gebeurd in het Voorontwerp vierde tranche Awb. Met het Voorontwerp wordt bovendien voorgesteld om een aantal strafrechtelijke normen in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen waarvan een aantal in beginsel niet geldt buiten die wet (zoals bijvoorbeeld de voorgestelde omschrijving van overtreders in art. 5.0.1, eerste en tweede lid, Awb), een aantal niet buiten het hoofdstuk waarin ze zijn opgenomen (bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel in art. 5.0.4, de rechtvaardigingsgronden in art. 5.0.5 en samenloop in art. 5.0.8 Awb) en een aantal zelfs uitsluitend voor de regeling van de bestuurlijke boete (bijvoorbeeld verwijtbaarheid in art. 5.4.1.2 en het ne bis in idembeginsel in art. 5.4.1.4 Awb).²⁶

De afbakening tussen het privaatrecht en het bestuursrecht heeft een regeling gevonden in art. 3:1, tweede lid, Awb en 3:14 BW. De afbakening tussen het strafprocesrecht en het privaatrecht is eigenlijk in beginsel op dezelfde wijze geregeld, zij het dat art. 3:14 BW geen uitzondering (althans een bepaling vergelijkbaar met art. 3:1, tweede lid, Awb) kent in het strafprocesrecht. Bij de afbakening tussen het strafprocesrecht en het bestuursrecht heeft de wetgever met de Algemene wet bestuursrecht in art. 1:6, aanhef en onder a, Awb aanvankelijk een formeelwettelijke blokkade gelegd. Met het opnemen van het hoofdstuk over klachtrecht in de Algemene wet bestuursrecht is deze een klein beetje geslecht: de definitiebepalingen en de bepalingen over het klachtrecht gelden ook voor de strafvordering (opsporing, vervolging van strafbare feiten en de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen).

De blokkade is overigens uitsluitend op praktische gronden gelegd, de wetgever heeft er geen achterliggende dogmatische bedoeling mee gehad. Dat kunnen we afleiden uit de opmerkingen die de regering maakte in de toelichtende stukken bij het wetsvoorstel derde tranche Awb:

‘Gelet op de eigenstandige positie van het strafrecht, onder meer tot uitdrukking komende in afzonderlijke wetboeken en een eigen systeem van rechtspraak, zou het de systematiek van het strafrecht kunnen

26. De wijze waarop dit is gebeurd, heeft vaak terecht aanleiding gegeven tot kritiek, maar daar kom ik nog op.

doorkruisen, en dus verwarrend zijn indien naast die wetboeken de regels van de Awb zonder meer van toepassing zouden zijn. Om die reden is art. 1:6 opgenomen. Dat neemt echter niet weg dat de verhouding tussen de burger en de bestuursorganen die met opsporing, vervolging en executie in de sfeer van het strafrecht zijn belast, in verschillende opzichten wordt beheerst door dezelfde uitgangspunten als die in het bestuursrecht een rol spelen. Dat geldt niet alleen voor de gevolgen van beleidsregels, maar ook voor de werking van bijvoorbeeld de beginselen van behoorlijk bestuur in het algemeen. Het lijkt ons dan ook juist dat in het strafrecht aansluiting wordt gezocht bij het bestuursrecht indien niet specifiek in het strafrecht geregelde aspecten van de verhouding bestuur-burger aan de orde komen. In de jurisprudentie is die aansluiting duidelijk te onderkennen, zoals ook valt af te leiden uit de benadering van de richtlijnen van het Openbaar Ministerie.

Art. 1:6 heeft niet de bedoeling een dergelijke toepassing van bestuursrechtelijke regels in het strafrecht uit te sluiten. Het geeft echter aan dat een directe en algehele toepassing van de Awb in de sfeer van het strafrecht vooralsnog niet in aanmerking komt omdat daarmee het systeem van het strafrecht te zeer zou worden doorkruist. Wij vertrouwen er echter op dat het strafrecht ook in de toekomst waar mogelijk bij het bestuursrecht zal trachten aan te sluiten.²⁷

Voor alle duidelijkheid: art. 1:6, aanhef en onder a, Awb speelt geen rol bij de doorwerking van het straf(proces)recht in het bestuursrecht, het ziet uitsluitend op de doorwerking van het in de Algemene wet bestuursrecht neergelegde bestuursrecht in het strafprocesrecht en het penitentiaire bestuursrecht.²⁸ De Algemene wet bestuursrecht geldt niet voor strafwetgeving in formele zin, echter wel voor overige strafregelgeving. Deze besluiten, inhoudende algemeen verbindende voorschriften met strafbepalingen moeten worden genomen met inachtneming van zowel de Algemene wet bestuursrecht als het algemeen deel

27. Kamerstukken II 1994/95, 23 700, nr. 5, p. 28-29; PG Awb III, p. 282-283.

28. De uitsluiting van het penitentiaire bestuursrecht van het werkingsbereik van de Algemene wet bestuursrecht vind ik onjuist. Zie O.J.D.M.L. Jansen, De koudc uitsluiting van het penitentiaire bestuursrecht, NJB 1995, p. 1107-1114. De in de toelichtende stukken bij de Penitentiaire beginselenwet opgenomen uitleg over deze uitsluiting overtuigt allerminst. Zie O.J.D.M.J. Jansen, Commentaar artikel 1:6 Awb, in: N.S.J. Koeman e.a., Handboek Algemene wet bestuursrecht. Zie hierover ook G. Knigge, De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport Strafvordering 2001, p. 106.

van het Wetboek van Strafrecht. Een in een dergelijk algemeen verbindend voorschrift opgenomen strafbaarstelling zou bijvoorbeeld wegens strijd met art. 3:1, eerste lid, jo. 3:4, tweede lid, Awb of wegens misbruik van bevoegdheid (art. 3:1, eerste lid, jo. 3:3 Awb) buiten toepassing kunnen blijven.

Straf- en strafprocesrecht toepassen op bestuurlijke boete?

Bij bestraffende sancties komt de vraag op of het straf- en strafprocesrecht op de bestuurlijke boete behoren te worden toegepast. Zoals gezegd, is in het Voorontwerp een aantal straf- en strafprocesrechtelijke normen opgenomen die in ieder geval voor bestraffende sancties gelden, en soms ook voor bestuursdwang en de last onder dwangsom. In de toelichting bij dat voorontwerp wordt terecht gesteld dat het enkele feit dat art. 6 EVRM en 14 IVBPR gelijkelijk van toepassing zijn op bestuurlijke boeten en strafrechtelijke sancties betekent dat de regeling van de bestuurlijke boete op enkele wezenlijke punten met het strafrecht overeen moet komen. De opsteller van deze toelichting vervolgt terecht:

'Meer in het algemeen roept de omstandigheid dat het opleggen van een bestuurlijke boete in essentie niet verschilt van het opleggen van een straf, de vraag op in hoeverre allerlei onderwerpen uit het algemeen deel van het strafrecht een parallelle regeling moeten vinden in het bestuursrecht. (...) Natuurlijk is het uitgangspunt, dat het punitieve bestuursrecht niet nodeloos moet afwijken van het strafrecht, en daarvan gelet op art. 6 EVRM op een aantal punten ook niet kan afwijken. Niettemin brengt het gegeven dat de bestuurlijke boete vooral bedoeld is voor relatief eenvoudige delicten, mee dat aan bepaalde leerstukken in het bestuursrecht geen behoefte bestaat.'²⁹

Bestuursrechtelijke normen werken reeds zonder daartoe strekkende bepaling van de wetgever door in het strafprocesrecht; een interessante vraag is of dit ook geldt voor het doorwerken van strafrechtelijke normen in het bestraffende bestuursrecht. Vanzelfsprekend gelden de mensenrechtelijke strafrechtelijke normen ook voor bestraffende sancties buiten het strafrecht. De vele jurisprudentie over art. 6 EVRM en het recente golfje uitspraken over het *lex certa*-beginsel met art. 7 EVRM en 15 IVBP als rechtsbasis zijn daarvan voorbeelden. We zien echter ook uitspraken waar een dergelijke kapstok door de rechter niet werd

29. Voorontwerp p. 100.

gehanteerd om een strafrechtelijke norm door te laten werken en toe te passen.

In een aantal gevallen zien we immers dat de administratieve rechter aan een strafrechtelijke norm de inspiratie ontleent om een bestuursrechtelijke norm in te vullen. In een uitspraak van de rechtbank Rotterdam³⁰ wordt aansluiting gezocht bij art. 56, tweede lid, Sr om een tweede sanctiebesluit wegens schending van het evenredigheidsbeginsel te vernietigen, omdat sprake was van een voortgezette handeling waarvoor met het eerste sanctiebesluit reeds was gestraft. In een uitspraak van de rechtbank Groningen³¹ wordt op een interessante manier een parallel gezocht met de jurisprudentie volgens welke bepaalde privaatrechtelijke leerstukken zich als algemeen rechtsbeginsel in het publiekrecht, en met name het bestuursrecht, 'doen gevoelen'.³² De rechtbank formuleerde het aldus:

'De vraag of de norm van artikel 1, lid 2, Sr rechtstreeks op de straftoemeting middels de bestuurlijke boete dient te worden toegepast, kan niet zonder meer positief worden beantwoord. In dat verband wijst de rechtbank, vergelijkenderwijs, op de rechtspraak van de Hoge Raad in belastingzaken, waaruit valt af te leiden dat de oplegging van de fiscale, administratieve boete niet hoeft te worden getoetst aan de nationale regels van strafrecht en strafvordering, voor zoverre deze niet zijn verankerd in het EVRM, danwel in andere een ieder verbindende verdragsbepalingen.

De rechtbank deelt dit oordeel in algemene zin, maar ziet in de in artikel 1, lid 2, Sr geformuleerde regel *uitdrukking van een in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel dat zijn werking ook in het administratieve strafrecht doet gevoelen*. (cursivering van mij)'

Aangezien we – anders dan bijvoorbeeld Duitsland, Frankrijk, Italië en Spanje – niet beschikken over een constitutionele rechter (die bijvoorbeeld zou kunnen vaststellen dat art. 113, eerste lid, Grondwet zich niet verzet tegen de attributie van de bevoegdheid bestraffende sancties op te leggen, mits een aantal strafrechtelijke waarborgen in acht wordt genomen), moeten we het doen met mensenrechtelijke verdragen als het EVRM, een verstandige wetgever (bijvoorbeeld die van de Vierde tranche Awb) en voor alle zekerheid ook een paar mooie aanvullende instrumenten voor de administratieve rechter (bijvoorbeeld het uitgangspunt dat een aantal strafrechtelijke normen zich

30. Rechtbank Rotterdam 28 april 2000, JB 2000, 152 nt, C.L.G.F.H. Albers.

31. Rechtbank Groningen 2 september 1999, USZ 292 nt, Albers; Rawb 2000, 126 nt, O.J.D.M.L. Jansen.

32. Zie Abr 6 mei 1997, AB 1997, 229 en Abr 21 oktober 1996, AB 1996, 496.

steeds in het bestraffende bestuursrecht 'doen gevoelen' en de invulling van het evenredigheidsbeginsel).

Bestuursstrafrecht

Veel auteurs duiden het bestraffende bestuursrecht aan als bestuursstrafrecht. Kennen we in Nederland wel een namentwist 'bestuursstrafrecht' en 'punitief bestuursrecht',³³ à la française is dit 'droit administratif pénal' en 'droit pénal administratif'.³⁴ Hartmann en Van Russen Groen hebben het bestuursstrafrecht omschreven als 'het van het strafrecht en het bestuursrecht te onderscheiden deel van het recht waarin publiekrechtelijke bestuursorganen, zonder tussenkomst van de betrokkene of een onafhankelijke rechter, sancties met een bestraffend karakter kunnen opleggen'.³⁵ De twee auteurs beschouwen het als een afzonderlijk rechtsgebied. 'Als men het opleggen van bestraffende bestuurlijke sancties beschouwt als een bijzondere vorm van strafrecht, zou dit strafrechtelijk genormeerd dienen te worden. Als men het opleggen van bestraffende bestuurlijke sancties beschouwt als een onderdeel van het bestuursrecht zou dit bestuursrechtelijk dienen te worden genormeerd. Indien men het bestuursstrafrecht als een apart rechtsgebied beschouwt en daartoe als zodanig definieert, ontstaat een kader waarbinnen vragen met betrekking tot de normering zoals bijvoorbeeld betreffende de bewijsvoering en het soort rechtsbescherming dat moet worden geboden, meer eenduidig kunnen worden beantwoord'.³⁶ Uiteindelijk concluderen zij dat het rechtsgebied noch onder het bestuursrecht, noch onder het strafrecht valt.

Al eerder heb ik (samen met Hazewindus) betoogd dat ik deze opvat-

33. Dat mijn voorkeur uitgaat naar 'punitief', althans 'bestraffend' bestuursrecht, is de lezer niet ontgaan. Eenzelfde voorkeur heeft bijvoorbeeld F.C.M.A. Michiels, Bestuurlijke handhaving in ontwikkeling, in: J.T.K. Bos e.a., Handhaving van het bestuursrecht (VAR-pleidooien), Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1995, p. 62.

34. Franck Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du *jus puniendi* de l'Etat dans les démocraties contemporaines, Economica, Paris 1993, p. 43-55. Mireille Delmas-Marty en Catherine Teitgen-Colly, Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal, Economica, Paris 1992.

35. A.R. Hartmann en P.M. van Russen Groen, Contouren van het bestuursstrafrecht, Gouda Quint, Arnhem 1998, p. 74. Zie ook hun Bestuursstrafrecht in: H. de Boelder en L.J.J. Rogier (red.), Opstellen over bestuursstrafrecht, Arnhem 1994, p. 48-49.

36. Hartmann en Van Russen Groen, p. 75.

ting niet onderschrijft.³⁷ Naar geldend recht behoort het recht ten aanzien van bestraffende niet-strafrechtelijke sancties tot het bestuursrecht, niet tot het strafrecht. Een andere vraag is of de keuze van de opstellers van het voorontwerp vierde tranche Awb gelukkig is om de regeling van de bestraffende sancties, althans die van de bestuurlijke boete,³⁸ in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen. Nogal wat auteurs hebben bij deze keuze vraagtekens geplaatst.

Wet bestuursstrafrecht

Hartmann, Van Russen Groen en Rogier pleiten voor een Wet bestuursstrafrecht.³⁹ De vraag naar de wenselijkheid daarvan is ook opgeworpen door de VAR-werkgroep vierde tranche Awb.⁴⁰ Ook Albers pleit voor een aparte regeling van het bestuursstrafrecht. Deze zou volgens haar geheel los moeten komen te staan van het bestuursprocesrecht, terwijl de waarborgen van het nationale straf(proces)recht daarbij in acht moeten worden genomen. 'Er is namelijk geen sprake van een magische lijn maar van een duidelijke scheidslijn tussen het straf(proces)recht en het bestuurs(proces)recht. Het straf(proces)recht en het bestuurs(proces)recht verschillen dermate van elkaar dat oplegging van een (van oorsprong) strafrechtelijke sanctie door een bestuursorgaan op basis van het huidige bestuurs(proces)recht niet zonder problemen mogelijk is.'⁴¹ Corstens heeft gepleit voor een algemene wet op de bestuursboete, een 'soort WED voor de bestuursboete,' die geen onderdeel zou moeten vormen van de Algemene wet bestuursrecht.⁴² Bestraffende sancties zouden niet in de Algemene wet bestuursrecht

37. O.J.D.M.L. Jansen en W.G.A. Hazewindus, Inleiding: de bestuurlijke boete in de derde tranche! in: W.G.A. Hazewindus en O.J.D.M.L. Jansen (red.), *Van boeteatelier tot boetefabriek*, Kluwer, Deventer 1995, p. 5-8.

38. Ik wijs er op dat de regeling van de bestuurlijke boete zodanig is opgesteld dat ze ook voor andere sancties kan gelden (art. 5.4.2.7 Awb).

39. Zie Hartmann en Van Russen Groen, p. 115 t/m 133, met name p. 128 t/m 133, A.R. Hartmann, *De bestuurlijke boete. Naar een zelfstandige wettelijke regeling*, Trema 1995, p. 318-322 en zijn *De wettelijke regeling van de bestuurlijke boete naar vorm en inhoud*, p. 42-46, L.J.J. Rogier, *Het boetestelsel van de Wet Mulder*, in: W.G.A. Hazewindus en O.J.D.M.L. Jansen (red.), *Van boeteatelier tot boetefabriek*, Kluwer, Deventer 1995, p. 127 t/m 141, met name p. 140 (voorstel voor een Nederlands Ordnungswidrigkeitengesetz, een Wetboek van bestuursstrafrecht).

40. VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, *De vierde tranche Awb. Commentaar en vraagpunten*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2000, p. 77 t/m 79.

41. C.L.G.F.H. Albers, *De bestuurlijke boete. Magische lijn of hellend vlak?*, JBPlus 2000, p. 138 t/m 152, met name p. 152.

42. G.J.M. Corstens, *Een stille revolutie in het strafrecht*, Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 27 t/m 29.

moeten worden geregeld, omdat bestraffende sancties verder gaan dan het herstellen van de rechtsorde. Er zou een secundaire rechtsbetrekking ontstaan. Dit zou als gevolg hebben dat er allerlei bijzondere eisen gelden en een grote hoeveelheid bepalingen nodig is om een deugdelijke regeling te verkrijgen. Dit zou een zeer uitgebreide en weinig overzichtelijke regeling als gevolg hebben. Met een afzonderlijke wet zouden deze nadelen zich niet voordoen. Een regeling van bestraffende sancties zou een vreemde eend in de bijt van de Algemene wet bestuursrecht zijn, omdat deze wet uit gaat van een wederkerige rechtsbetrekking en bestraffende sancties zijn eenzijdig. Het karakter van de Algemene wet bestuursrecht zou veranderen indien daarin bestraffende sancties zouden worden opgenomen. Bestrafen zou een aparte, scherp te onderscheiden overheidsactiviteit zijn. Een systeem waarin de uitleg van strafrechtelijke bepalingen aan vier hoogste rechters (Afdeling bestuursrechtspraak, Centrale Raad van Beroep, College van Beroep voor het Bedrijfsleven en Hoge Raad) wordt overgelaten, zou moeten worden afgewezen. De rechtsbescherming tegen alle bestraffende sancties, strafrechtelijke en bestuursrechtelijke, zou in de handen moeten worden gelegd van één rechter: de strafrechter. Dit kan moeilijk met een regeling in de Algemene wet bestuursrecht worden gerealiseerd.

Interessant zijn hier ook de voorbeelden uit het buitenland. Duitsland, Oostenrijk en Portugal hebben een wet vergelijkbaar met de door een aantal auteurs voorgestelde Wet bestuursstrafrecht.⁴³ Het Ordnungswidrigkeitengesetz heeft model gestaan voor de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften (Wet Mulder) en die speelt op de achtergrond een voorbeeldrol bij een aantal boeteregelingen, zoals bijvoorbeeld de regelingen van de bestuurlijke boete in de financiële toezichtwetgeving. In Frankrijk is er behoorlijk wat aandacht voor het thema van doctrine, constitutionele en andere rechtspraak, maar een algemene regeling ontbreekt.⁴⁴ In Italië ontbreekt

43. Het Ordnungswidrigkeitengesetz in Duitsland, het Verwaltungsstrafgesetz in Oostenrijk en het Regime Geral das Contra-Ordnações in Portugal.

44. Zie onder andere Franck Moderne, *La sanction administrative et droit comparé*, in 2002 te verschijnen in *Revue française de droit administratif*; Les sanctions administratives. Actualité et perspectives, special van het tijdschrift AJDA van 20 oktober 2001; Michel Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris 2000; Georges Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, proefschrift Paris II, LGDJ, Paris 1997; Franck Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle. Contribution à l'étude du jus puniendi de l'Etat dans les démocraties contemporaines*, Economica, Paris 1993 en Mireille Delmas-Marty en Catherine Teitgen-Colly, *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, Paris 1992.

een algemene kaderwet evenzeer. Wel geldt daar de Legge 24 novembre 1981, n. 689 Modifiche al sistema penale waarin een aantal algemene normen is neergelegd voor bestuurlijke (bestraffende) sancties (die uit het strafrecht zijn gelicht) en is er een grote hoeveelheid literatuur verschenen over het thema.⁴⁵

Spanje

In Spanje, en dat is gelet op de door de Commissie Scheltema voorgestelde regeling in de Algemene wet bestuursrecht interessant, is een algemene regeling van de potestad sancionador (de bevoegdheid bestraffende sancties op te leggen) opgenomen in titel IX van de daar geldende Algemene wet bestuursrecht (Ley 30/1992 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).⁴⁶ Opvallend is ook dat deze regeling in de bestuursrechtelijke handboeken⁴⁷ als onderdeel van het bestuursrecht wordt beschreven, terwijl dat in een aantal andere landen (Duitsland bijvoorbeeld⁴⁸) bij vergelijkbare regelingen veelal niet het geval is. De genoemde titel bestaat uit twee hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk behandelt de *principios de la potestad sancionadora*, het tweede de *principios del procedimiento sancionador*. In het eerste hoofdstuk zijn het legaliteitsbeginsel (*principio de legalidad*: art. 127) geregeld, evenals het verbod van terugwerkende kracht en de regeling van de

45. Zie bijvoorbeeld Tullio Padovani, *Lectio brevis sulla sanzione*, in: Francesco D. Busnelli en Gianguido Scaffi (red.), *Le pene private*, Giuffrè, Milano 1985, p. 55 t/m 70, Carlo Enrico Paliero en Aldo Travi, *La sanzione amministrativa*, Giuffrè, Milano 1988, Giovanni Grasso, *Italie. Le système des sanctions administratives dans l'ordre juridique italien*, in: Commission of the European Communities, *The system of administrative and penal sanctions in the member states of the European Communities*, p. 263 e.v. en Colla Giorgio en Manzo Gianfranco, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano 2001.

46. Daarover vooral Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, herdruk tweede editie, Madrid 2000. Zie ook Tomás Cobo Olvera, *El procedimiento administrativo sancionador tipo. Legislación, jurisprudencia, doctrina y formularios*, tweede editie, Bosch, Barcelona 2001; Ignacio Pemán Gavín, *El Sistema Sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, proefschrift Universidad de Alcalá de Henares, Cedecs, Barcelona 2000.

47. Zie bijvoorbeeld Eduardo García de Enterría en Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo*, Editorial Civitas, Madrid 2001, Tomo 2, p. 172 e.v. en Luis Morell Ocaña, *Curso de derecho administrativo*, Tomo II, Aranzadi, 1999, p. 56-62.

48. Zie ik het goed, dan is er in Duitsland sinds kort één uitzondering: Wolff/Bachoff/Stober, *Verwaltungsrecht*, Band 2, Beck 2000, p. 475 t/m 515.

meest gunstige bepaling (*irretroactividad*: art. 128), het bepaaldheidsgebod (*principio de tipicidad*: art. 129), de strafrechtelijke aansprakelijkheid (*responsabilidad*: art. 130), het evenredigheidsbeginsel (*principio de proporcionalidad*: art. 131), de verjaring (*Prescripción*: art. 132) en de samenloop van sancties (*concurrency de sanciones*: art. 133). In het tweede hoofdstuk zijn bepalingen opgenomen over procedurele waarborgen (bijvoorbeeld de scheiding tussen de onderzoeksfase en de sanctiefase: art. 134, tweede lid), het recht van de beklaagde (*presunto*) om geïnformeerd te worden over de tegen hem gerichte beschuldiging (art. 135), de onschuldpresumptie (art. 137) en de eisen die aan de sanctiebeschikking (*resolución*) worden gesteld (art. 138), waaronder de opschortende werking ervan (art. 138, derde lid).

Deze algemene regeling gaat uit van nadere regels in andere wet- en regelgeving. De sanctiebevoegdheid ten aanzien van ambtenaren en contractanten in het kader van het ambtenarenrecht is van de werking van de regeling uitgezonderd (art. 127, derde lid). Opvallend is dat het sanctiebegrif niet is omschreven. Er moet worden teruggevallen op jurisprudentie en doctrine. Zodra er sprake is van een *sancion*, geldt de regeling van titel IX. Het begrip *sancion* wordt onderscheiden van politie maatregelen en bestuursdwang (*medidas de policía o de restablecimiento de la legalidad*), belastingheffing (*recargos retributarios*), last onder dwangsom (*multas coercitivas*), boetebedingen (*penalidades contractuales*) en de intrekking van begunstigende beschikkingen (*revocaciones de actos administrativos favorables*).⁴⁹

Boeteregeling in de Algemene wet bestuursrecht

Wat mij betreft zou er bij het plaatsen van een algemene regeling van de bestuurlijke boete moeten worden gekozen tussen drie codificaties: de strafrechtelijke, de strafprocesrechtelijke of de bestuursrechtelijke. Het ontwerpen van een vierde codificatie, een soort Wet beboetbare feiten (Wbb), heeft als voordeel dat al het boeterecht rond die codificatie is geconcentreerd. De bijzondere wetgever heeft hierin zo min mogelijk vrijheid en dat is mooi. De bijzondere wet- en regelgever kan

49. Zie over dit sanctiebegrif onder andere: Ignacio Pemán Gavin, *El sistema sancionador Español. Hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas*, Cedecs, 2000, p. 33-102. Enige jurisprudentie: SSTs 5 juli 1999, Secc. 5a, Ar. 6057 en 6058 en STSJ Andalucía/Sevilla 5 mei 1999, Ar. 1406; STSJ Castilla y León/Valladolid 20 mei 1999, Ar. 1429; STS 30 juni 1999, Secc. 3a, Ar. 5487; STS 20 oktober 1999, Secc. 3a, Ar. 7446; STS 5 oktober 1999, Secc. 3a, Ar. 7437 en STS 11 mei 1999, Secc. 7a, Ar. 5032.

alleen met een wijziging van die wet een bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan het arsenaal van een bestuursorgaan toevoegen.

Een groot nadeel vind ik dat bij het opleggen van een bestuurlijke boete tenminste één bijzondere wet en vier codificaties moeten worden toegepast: de bijzondere wet regelt het materiële recht dat met de beboetbaarstelling in de Wet beboetbare feiten moet worden meegenomen. De Wet beboetbare feiten regelt het materiële en formele boeterecht, terwijl bovendien het recht rondom de Wetboeken van Strafrecht en Strafvordering en de Algemene wet bestuursrecht erop ingrijpen. Het kan eenvoudiger (en gelet op de voortgang in het wetgevingsproces praktischer).

Mijn voorkeur heeft regeling in de Algemene wet bestuursrecht, omdat de essentie van de regeling van de bestuurlijke boete nu eenmaal het bestuursrechtelijk vormgeven van een bestraffende sanctie is: het doorbreken van de procesverplichting is een belangrijk kenmerk daarvan. Hier komt bij dat het me zo eenvoudiger lijkt om met de regeling van de overige bestraffende sancties bij die van de bestuurlijke boete aansluiting te zoeken, de regeling van de bestuurlijke boete moet daarop immers wat mij betreft van overeenkomstige toepassing zijn. Binnen deze categorie van overige bestraffende sancties bevindt zich een aantal sanctiebesluiten die normaal gesproken niet bestraffend zijn, maar dat bij een bepaalde uitoefening daarvan worden (zoals de tijdelijke intrekking van een begunstigende beschikking). De Algemene wet bestuursrecht heeft al een hoofdstuk over handhaving en het ligt erg voor de hand dat de algemene regeling van de bestuurlijke boete daarin wordt opgenomen, nu deze sancties deel uitmaakt van het algemeen deel van het bestuursrecht.

De regering moet maar uitleggen hoe de bestuurlijke boete past in een wet die de wederkerige rechtsbetrekking hoog in het vaandel zou hebben. Het werkelijke bestaan van dit vaandel in de Algemene wet bestuursrecht is in de bestuursrechtelijke doctrine al zodanig stevig bekritiseerd, dat ik het niet als argument tegen het opnemen van de regeling van de bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht zou kunnen beschouwen. En voor wat het waard is: ook in het strafrecht wordt de wederkerige rechtsbetrekking, althans de consensualiteit of horizontalisering wel gesignaleerd. Dat bestraffing of bestraffende sancties te eenzijdig zouden zijn om in overeenstemming te kunnen worden gebracht met het concept wederkerige rechtsbetrekking dat nog wel in de Algemene wet bestuursrecht zou kunnen worden gevonden, lijkt me daarmee niet op voorhand een gegeven.

Of er met bestraffing een secundaire rechtsbetrekking wordt gecreëerd of niet, acht ik niet doorslaggevend voor de vraag of regeling van de bestuurlijke boete en bestraffende bestuurlijke sancties in de Algemene wet bestuursrecht dient plaats te hebben. Het uitgangspunt blijft besluitvorming door een bestuursorgaan over een tot het algemeen bestuursrecht behorend onderwerp, waarbij openheid dient te worden betracht, beginselen van behoorlijk bestuur in acht worden genomen, feiten en belangen zorgvuldig worden onderzocht, evenals belangen zorgvuldig afgewogen en motieven helder uiteengezet en waarbij deugdelijke en (voor burger en overheid) efficiënte rechtsbescherming mogelijk is.

De laatste resultaten van de onderzoeksgroep in het onderzoeksproject Strafvordering 2001 laten zien waartoe regeling van de bestuurlijke boete in de wetboeken van strafrecht en strafvordering op dit moment leidt. Weliswaar wordt door de onderzoekers een zo groot mogelijke afstemming op het bestuursrecht gezocht op dit punt, maar toch wordt een aantal afwijkingen noodzakelijk gevonden.⁵⁰ In de voorstellen van de onderzoekers zal de officier van justitie moeten kunnen kiezen tussen dagvaarden of het opleggen van een 'OM'-sanctie. Het regelen van een bezwaarschrift tegen een OM-sanctie voorafgaand aan een beroep op de strafrechter wordt afgewezen. Bovendien wordt *reformatio in peius* niet uitgesloten. Dit, omdat het bestuursrechtelijke model van rechtsbescherming niet geschreven zou zijn voor de oplegging van punitieve sancties. Het zou alleen met enig kunst en vliegwerk in overeenstemming kunnen worden gebracht met de eisen die art. 6 EVRM stelt.

In § 8 hoop ik de hoofdlijnen van een stelsel te kunnen schetsen waarin de bestuurlijke boetebevoegdheid van zowel justitiële als niet-justitiële organen wordt geregeld, met een algemeen regeling in de Algemene wet bestuursrecht. In het door mij geschetste model worden – net als bij de voorstellen van de zojuist genoemde onderzoekers het geval is – ook andere zelfstandige sanctiebevoegdheden aan de justitiële bestuursorganen gegeven. Het is dan ook niet meer dan een kleine aanpassing van de voorstellen van de genoemde onderzoeksgroep en voorstellen die de ideeën die in kringen van het ministerie van Justitie leven over een executabele transactiebevoegdheid, in wezen een zelfstandige sanctiebevoegdheid.

50. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen*, Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, algemeen deel (concept), p. 15 e.v.

3. Enkele uitgangspunten en beginselen voor het publiekrechtelijk sanctiestelsel

3.1. Algemeen

In de nota *Sancties in perspectief* wordt het sanctiestelsel opgevat als een 'dynamisch geheel van mogelijke sancties, de situaties waarin zij kunnen worden opgelegd en de wijzen waarop zij ten uitvoer worden gelegd'.⁵¹ Om deze dynamiek in goede banen te leiden worden in de nota sanctiedoeleinden omschreven (vergelding, speciale preventie en generale preventie) en ontwerpcriteria (beveiliging, legaliteit, menswaardigheid, transparantie, flexibiliteit/ innovatieve kracht, doelmatigheid, slagvaardigheid/snelheid). In de nota wordt wel de opkomst van de bestuurlijke boete, de strafrechtelijke transactie in handen van het bestuur en de 'OM-boete' als ontwikkeling geschetst die van belang is voor het strafrechtelijk sanctiestelsel, maar ze wordt bij het formuleren van de sanctiedoeleinden en ontwerpcriteria niet betrokken. De omschrijving daarvan is uitsluitend bedoeld voor het strafrechtelijke sanctiestelsel. Ik beperk me in het kader van dit preadvies tot het formuleren van enkele normen die uit de drie belangrijkste rechtsbeginselen voortvloeien die voor het publiekrechtelijke sanctiestelsel gelden: het legaliteitsbeginsel (§ 3.2), het rechtszekerheidsbeginsel (§ 3.3) en het evenredigheidsbeginsel (§ 3.4). Deze beginselen zijn alle ook neergelegd in Grondwet en mensenrechtenverdragen.

Bij het publiekrechtelijke sanctiestelsel is een belangrijk uitgangspunt dat de wetgever de bevoegdheid heeft sancties in het leven te roepen en de bevoegdheid tot het opleggen ervan ook aan andere staatsorganen te attribueren dan de onafhankelijke rechter. Het uitgangspunt geldt zowel voor herstelsancties als bestraffende sancties, maar niet voor sancties waarbij de vrijheidsbeneming langer duurt dan enkele dagen.

De bevoegdheid van de wetgever is overigens nader genormd. Zodra de wetgever een bestraffende sanctie aan een bestuursorgaan attribueert, dient toegang tot de onafhankelijke rechter te zijn verzekerd die een toereikende bevoegdheid moet hebben om de sanctie te toetsen (*full jurisdiction*). Voor andere sancties geldt overigens dezelfde norm, zij het dat de toetsingsbevoegdheid – gelet op art. 6 EVRM – iets

51. Ministerie van Justitie, Directie Preventie, Jeugd en Sancties en Directie Wetgeving, *Sancties in perspectief*. Beleidsnota inzake de heroriëntatie op de toepassing van vrijheidsstraffen en vrijheidsbeperkende straffen bij volwassenen, Den Haag, februari 2000, p. 26.

minder 'vol' kan zijn.⁵² Ook dienen bij bestraffende sancties uiteraard een aantal fundamentele normen uit de Grondwet en bijvoorbeeld art. 6 en 7 EVRM in acht te worden genomen, zoals de onschuldpresumptie en het verdedigingsbeginsel. Voorts dient de bijzondere wetgever de algemene wetgeving in acht te nemen (bijvoorbeeld het Algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht en de Algemene wet bestuursrecht, met name hoofdstuk 5 daarvan).

Vele richtlijnen voor de wetgever zijn neergelegd in de Aanwijzingen voor de regelgeving.⁵³ Dat geldt bijvoorbeeld ook voor Aanwijzing 11 over de keuze tussen een strafrechtelijke en een bestuursrechtelijke sanctie:

1. Tot het treffen van een regeling wordt niet besloten dan nadat is nagegaan of in voldoende mate handhaving te realiseren valt.
2. Hierbij wordt onderzocht of handhaving het beste langs bestuursrechtelijke, civielrechtelijke of strafrechtelijke weg dan wel op andere wijze kan plaatsvinden.

In de toelichting bij deze aanwijzing wordt opgemerkt dat de keuze bij de handhaving voor het strafrecht in het algemeen slechts valt te rechtvaardigen indien aannemelijk wordt gemaakt dat bestuursrechtelijke, privaatrechtelijke en tuchtrechtelijke oplossingen te kort schieten. Bestuursrechtelijke handhaving kan een goed alternatief bieden, mits aan de eisen die uit art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de mens en de fundamentele vrijheden volgen, wordt voldaan.

Van belang is nog Aanwijzing 139:

'Als bestuursrechtelijke sancties worden met name de volgende mogelijkheden overwogen: intrekken of schorsen van een beschikking, toepassen van bestuursdwang, opleggen van een last onder dwangsom of opleggen van een bestuurlijke boete.'

52. Indien sancties niet bestraffend zijn, is in het kader van art. 6 EVRM van belang of de sanctie een inbreuk maakt op 'civil rights and obligations.' Niet alle bestuursrecht, en vermoedelijk ook niet alle bestuursrechtelijke sancties vallen daaronder. De norm geldt dan ook deels op basis van aanvullend nationaal recht.
53. Circulaire van de Minister-President van 18 november 1992, Stert. 230. Gewijzigd: Stert. 1996. 177; 1998, 45 en 2001, 191.

3.2 Legaliteitsbeginsel⁵⁴

Het legaliteitsbeginsel is een beginsel dat vanzelfsprekend deel uitmaakt van het publiekrechtelijke sanctierecht. Het omvat de volgende normen, die voor een belangrijk deel ook voortvloeien uit andere beginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel:

- a. de bevoegdheid om een sanctie op te leggen moet bij of krachtens de wet zijn bepaald;
- b. de gedraging waarvoor de sanctie kan worden opgelegd moet bij wet zijn bepaald;
- c. het verbod op terugwerkende kracht (rechtszekerheidsbeginsel);
- d. het gebod de voor de betrokkene meest gunstige bepaling toe te passen bij het opleggen van een bestraffende sanctie (evenredigheidsbeginsel);
- e. het bepaaldheidsgebod (rechtszekerheidsbeginsel);
- f. het analogieverbod (bij strafrechtelijke sancties en wellicht ook bij andere bestraffende sancties).

De bevoegdheid om een sanctie in het leven te roepen moet, net als die om deze ook op te leggen, op een wettelijk voorschrift berusten. Dat is voor straffen neergelegd in de Grondwet (art. 16 en 89, tweede lid, tweede volzin) en art. 1, eerste lid, Sr. Art. 7, eerste lid, EVRM en 15, eerste lid, IVBPR hebben een vergelijkbare strekking, maar hebben een ruimer toepassingsbereik: ze gelden voor straffen, bestuurlijke boeten en andere bestraffende sancties. Op dit moment wordt voor bestuursdwang en de last onder dwangsom 5:22 (jo. 5:32, eerste lid, Awb) een wettelijke grondslag geëist. Naar komend recht geldt dit voor elke bestuurlijke sanctie die in de Algemene wet bestuursrecht is geregeld (voorgesteld art. 5.0.4, eerste lid, Awb): de bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete.

In art. 16 Grondwet, art. 1, eerste lid, Sr en in voorgesteld art. 5.0.4, tweede lid, Awb is het verbod op terugwerkende kracht neergelegd: een publiekrechtelijke sanctie wordt slechts opgelegd wegens een gedraging die in strijd is met hetgeen voorafgaand aan de gedraging bij of krachtens enig wettelijk voorschrift is bepaald.

54. Zie hierover ook het preadvies van Bleichrodt (§ 32 over de trias poenalis). Zie de oratie van prof. mr. S.E. Zijlstra op 30 november 2001 met het thema 'Bestaat het legaliteitsbeginsel?'.

In het Kirk-arrest⁵⁵ stelde het Hof van Justitie vast dat het verbod van terugwerkende kracht van strafbepalingen een gemeenschappelijk beginsel is dat door het Hof moet worden toegepast. Het maakt deel uit van de in art. 6, tweede lid, EUV genoemde beginselen. In art. 2, tweede lid, van verordening nr. 2988/95⁵⁶ valt het eveneens terug te vinden: 'Geen administratieve sanctie kan worden opgelegd dan uit kracht van een aan de onregelmatigheid voorafgegaan Gemeenschapsbesluit. In geval van latere wijziging van de bepalingen van een Gemeenschapsbesluit waarin administratieve sancties zijn vastgesteld, worden de minder strenge bepalingen met terugwerkende kracht toegepast.' De onderzoekers belast met het vervolgonderzoek naar de mogelijkheden van een Europese strafrechtelijke regeling ter bestrijding van EG-fraude (Corpus Juris)⁵⁷ stellen voor een nieuw art. 9 in de laatste versie op te nemen, luidende:

- (1) The offences set out in Articles 1 to 8 (Corpus Juris offences) are punishable subject to the rules set out in Article 7 § 1 ECHR.
- (2) In particular, the following rules apply:
 - (a) Corpus Juris offences must be construed strictly. The analogy in *malam partem* is excluded.
 - (b) Corpus Juris offences do not apply retroactively unless Corpus Juris is *lex mitior* with regard to pertinent national law. Modifications of Corpus Juris offences do not apply retroactively unless the modified Corpus Juris law is *lex mitior*.
 - (c) If a Corpus Juris offence refers, explicitly or implicitly, to extra-penal law, the applicable extra-penal law is that of the time when the offence was committed.

In art. 1, tweede lid, Sr is bepaald dat bij verandering van wetgeving na het tijdstip waarop het strafbare feit is begaan de voor de verdachte gunstigste bepalingen worden toegepast (*lex mitior*). In voorgesteld art. 5.4.1.7, vierde lid, Awb is een vergelijkbare bepaling neergelegd die overigens uitsluitend voor de bestuurlijke boete geldt met uitsluitend

55. HvJEG 10 juli 1984 C 63/83. Zie recent GEA 11 maart 1999 T-134/94 NMH Stahlwerke.
56. Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/95 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, PB. L 312 van 23 december 1995, p. 1-4.
57. Zie M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele (eds.), *The implementation of the corpus juris in the member states*, Volume 1, p. 268. Zie bijvoorbeeld ook Alessandro Bernardi, *Corpus Juris e formazione di un diritto penale europeo*, in: Mario P. Chiti en Guidi Greco (red.), *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Giuffrè, Milano 2001, p. 283-303.

het bestuursorgaan als normadressaat: indien de bestuurlijke boete wegens een bepaalde overtreding bij wettelijk voorschrift wordt verlaagd, past het bestuursorgaan de verlaging voortaan ook toe op bestuurlijke boeten wegens overtredingen die voor de verlaging hebben plaatsgevonden. Er is inmiddels enige jurisprudentie voorhanden waarin dit beginsel is toegepast.⁵⁸ De administratieve rechter verlaat het uitgangspunt van toetsing *ex tunc* om bij bestraffende sancties de meest gunstige bepaling toe te passen.⁵⁹ De transformatie van een strafbaar feit naar een beboetbaar feit betekent vrijwel nooit een gewijzigd inzicht van de wetgever omtrent de strafwaardigheid van het feit. Het is dan ook meestal niet mogelijk om met succes bij een hogere rechter de eerdere veroordeling aan te vechten met een beroep op art. 1, tweede lid, Sr omdat inmiddels het strafbare feit beboetbaar is geworden.⁶⁰

Uit art. 1, eerste lid, Sr en art. 7 EVRM wordt voorts het bepaaldheidsgebod (*lex certa*) afgeleid. In de woorden van de Hoge Raad:

'Dit houdt in dat de burger moet kunnen weten ter zake van welke gedragingen hij kan worden gestraft. De rechtszekerheid eist dit. Van de wetgever mag worden verlangd dat hij met het oog daarop op een zo duidelijk mogelijke wijze delicten omschrijft. Daarbij moet niet uit het oog worden verloren dat de wetgever soms met een zekere vaagheid, bestaande in het bezigen van algemene termen, delicten omschrijft om te voorkomen dat gedragingen die strafwaardig zijn buiten het bereik van de delictsomschrijving vallen. Die vaagheid kan onvermijdelijk zijn, omdat niet altijd te voorzien is op welke wijze de te beschermen belangen in de toekomst zullen worden geschonden en omdat, indien dit wel is te voorzien, delictsomschrijvingen anders te verfijnd worden met als gevolg dat de overzichtelijkheid wegvalt en daarmee het belang van de algemene duidelijkheid van de wetgeving schade lijdt.'⁶¹ Het bepaaldheidsgebod geldt overigens niet alleen voor

58. Rechtbank Groningen 2 september 1999, USZ 292 nt. Albers; Rawb 2000, 126 nt. Jansen; rechtbank Amsterdam 28 januari 2000, JB 81 nt. Albers; CRvB 1 maart 2000, USZ 113; JB 107; CRvB 14 februari 2001, JB 80; USZ 75; CRvB 14 februari 2001, USZ 96 en CRvB 14 februari 2001, USZ 97.

59. Zie CRvB 1 maart 2000, USZ 113; JB 107; RSV 87; Rawb 24 en CRvB 14 februari 2001, USZ 75; JB 80; Rawb 52; CRvB 14 februari 2001, USZ 96 en AB 152, alsmede I. de Raat en R.J.G.M. Widdershoven, De bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht, NJCM-Bulletin 2000, p. 771 t/m 788, met name p. 784-786.

60. Zie HR 26 oktober 1999, NJ 2000, 240 nt. G. Knigge.

61. HR 31 oktober 2000, NJ 2001, 14; Rawb 2001, 41 nt. Jansen. Zie ook HR 5 december 2000, NJ 2001, 98; Rawb 2001, 44 nt. Jansen alsmede Jean Pradel →

bestraffende sancties, maar ook voor herstelsancties. Het wordt dan overigens niet uit art. 1, eerste lid, Sr of art. 7 EVRM afgeleid, maar uit het rechtszekerheidsbeginsel.

3.3 Rechtszekerheidsbeginsel

Ook het rechtszekerheidsbeginsel maakt deel uit van het publiekrechtelijke sanctierecht. Uit het beginsel kan een aantal normen en eisen worden afgeleid. In de eerste plaats eist het rechtszekerheidsbeginsel duidelijke normen: regels moeten duidelijk en precies worden geformuleerd⁶²; kenbaarheid en handhaafbaarheid. Het is het onderdeel van het rechtszekerheidsbeginsel dat ik zojuist bij het legaliteitsbeginsel heb besproken (bepaaldheidsgebod; *lex certa*). Voor het sanctiestelsel vloeien uit het rechtszekerheidsbeginsel wat mij betreft onder andere de volgende eisen voort:

- a. de wetgever dient zoveel mogelijk te kiezen tussen de sancties die voor een bepaalde gedraging (kunnen) gelden en niet meer dan noodzakelijk ruimte te laten aan de bevoegde bestuursorganen om deze keuze ad hoc te doen. In de woorden van de nota Sancties in Perspectief: 'heldere, kenbare en zoveel mogelijk geobjectiveerde criteria voor sanctietoepassing.'⁶³
- b. de wetgever dient het sanctiestelsel zoveel mogelijk te harmoniseren: de algemene wetgever dient een sanctiestelsel in te richten dat zo min mogelijk ruimte laat aan de bijzondere wetgever, de bijzondere wetgever dient zijn sanctie zo duidelijk mogelijk af te stemmen op het algemene sanctiestelsel.
- c. de wetgever dient een stelsel te ontwerpen dat transparant is: inzichtelijk en overzichtelijk met een heldere rolverdeling tussen betrokken actoren.⁶⁴

Met de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten (CTW) ben ik van mening dat in het publiekrechtelijk sanctiestelsel uitgangs-

→ en Geert Corstens, *Droit pénal européen*, Dalloz, Paris 1999, p. 317-318, M.S. Groenhuijsen en F.G.H. Kristen, Het Bestimmtheitsgebot bepaald, DD 2001, p. 330-346 en Alessandro Bernardi, *Nessuna pena senza legge* (art. 7), in: S. Bartole, B. Conforti en G. Raimondi, *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Milaan 2001, p. 249-306, met name p. 278-280.

62. Zie I.C. van der Vlies, *Handboek Wetgeving*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1987, p. 213 en recent M.J.C. Visser, *Zorgplichtbepalingen in het strafrecht*, proefschrift Maastricht, Gouda Quint, Deventer 2001, p. 79.

63. *Sancties in perspectief*, p. 30.

64. *Sancties in perspectief*, p. 31.

punt moet zijn dat de wetgever duidelijkheid schept, zodat voor alle betrokkenen kenbaar is op welke wijze gesanctioneerd wordt.⁶⁵ Dat betekent dat ik op het niveau van de gedraging de voorkeur heb voor een duidelijke keuze tussen het strafrechtelijke en het bestuursrechtelijk handhaven daarvan, waarbij de bestuursrechtelijke handhaving de voorkeur heeft.⁶⁶

Het massaal introduceren van de bestuurlijke boete dient naar mijn oordeel te leiden tot een aanzienlijke afname van het aantal strafbaarstellingen.⁶⁷ De wetgever zou zich bij het introduceren van de bestuurlijke boete in een bepaald regelsysteem meer moeite dienen te getroosten om de meest principiële, primaire, norm in zo min mogelijk deliktsomschrijvingen te vatten. De wetgever dient zich daarbij af te vragen of bepaalde gedragingen het predikaat misdrijf, strafbaar feit of beboetbaar feit verdienen. Ik bepleit op het niveau van de gedraging dan ook een combinatie van beboetbaarstelling en (ambitieuze) concentratie van strafbaarstellingen, bij voorkeur in het Wetboek van Strafrecht, desnoods in (of onder) de Wet op de economische delicten. Dit wetgevingsbeleid draagt aanzienlijk bij aan de rechtszekerheid en revitaliseert het ambitieuze harmonisatiegebod dat voor het strafrecht geldt (art. 107 Grondwet). In situaties waarin een bepaalde gedraging toch zowel strafbaar als beboetbaar dient te zijn, moet de wetgever voorzien in een regeling voor *una via*, waarbij de keuze voor één van de twee sanctiemodaliteiten (a) zo vroeg mogelijk in de procedure moet worden gemaakt⁶⁸ en (b) zoveel mogelijk in een algemene regeling (AMvB, beleidsregel of convenant) voorafgaand aan het plegen van het feit is omschreven.

Wellicht ten overvloede: uit mijn voorstel vloeit niet voort dat de bestuursorganen van het openbaar ministerie worden buitengesloten. De wenselijke situatie van samenwerking tussen justitiële en niet-justitiële

65. Handhaving door bestuurlijke boeten, p. 70.

66. Indien 'zelfhandhaving' of handhaving overgelaten aan privaatrechtelijke partijen, dan wel tuchtrechtelijke handhaving niet geschikt worden bevonden.

67. Zie reeds O.J.D.M.L. Jansen en W.G.A. Hazewindus, Inleiding: de bestuurlijke boete in de derde tranche!, in: W.G.A. Hazewindus en O.J.D.M.L. Jansen, Van boeteatelier tot boetefabriek, Kluwer, Deventer 1995, p. 14.

68. Zie ook L.J.J. Rogier, *Una via*, in: L.J.J. Rogier (red.), Commentaren op het Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht vierde tranche, Gouda Quint, Deventer 2000, p. 102 en VAR-werkgroep Vierde tranche Awb, De Vierde tranche Awb. Commentaar en vraagpunten, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2000, p. 42 en 68-69. Het door deze werkgroep geformuleerde vraagpunt 4.5 luidt: 'Dient artikel 5.4.1.5 al in een eerder stadium van de vervolging de weg van de bestuurlijke boete te blokkeren?'

le bestuursorganen blijft in stand binnen een rechtsgebied, maar niet noodzakelijkerwijs per gedraging of feit.

De eis dat een sanctiestelsel de rechtszekerheid bevordert en transparant moet zijn, betekent mijns inziens ook dat de vrijheid van de bijzondere wetgever om boetemaxima te stellen moet worden beteugeld. In het strafrecht gelden de geldboetecategorieën van art. 23 Sr en de bijzondere wetgever dient deze zoveel mogelijk te hanteren. De strafwetgever is dus beperkt in zijn mogelijkheden om eigen geldboetemaxima in het leven te roepen. Iets dergelijks geldt voor de bijzondere wetgever die een bestuurlijke boete in het leven wil roepen niet. Hierna (§ 6.2) zal ik betogen dat de maxima van de bestuurlijke boete moeten worden gelijkgeschakeld met die van de strafrechtelijke geldboete: de categorieën van art. 23 Sr dienen van overeenkomstige toepassing te zijn op de bestuurlijke boete.

3.4 Evenredigheidsbeginsel

Het evenredigheidsbeginsel maakt uiteraard ook deel uit van het publiekrechtelijke sanctierecht. Uit dit beginsel kan een aantal normen worden afgeleid:

- ne bis in idem/una via/nemo debet bis vexari ⁶⁹
- normen met betrekking tot de cumulatie van sancties, waaronder: eendaadse samenloop, voortgezette handeling, meerdaadse samenloop
- normen met betrekking tot de zwaarte van de sanctie, zoals het gebod de sanctie af te stemmen op de ernst van de gedraging, de mate van verwijtbaarheid en de persoon van de dader;
- normen met betrekking tot de keuze tussen sancties;

Het beginsel is in het strafrecht en het materiële boeterecht meer uitgewerkt dan in het overige publiekrechtelijke sanctierecht. Art. 3:4, tweede lid, Awb kan worden beschouwd als een algemene codificatie van het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht. Voor de last onder dwangsom geldt bovendien art. 5:32, vierde lid, laatste volzin, Awb: het bedrag van de dwangsom dient in een redelijke verhouding te staan tot de zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van

69. J.A.W. Lensing, *Ne bis in idem in strafzaken: een rechtsvergelijkende en internationaal strafrechtelijke oriëntatie*, preadvies Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, Kluwer, Deventer 2000, p. 102 en E. Schmidt-Aßmann, commentaar artikel 103 GG. in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, 1993.

de dwangsomoplegging. Op grond van het evenredigheidsbeginsel dient het bestuursorgaan de hoogte van de bestuurlijke boete af te stemmen op de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid. Bij de bestuurlijke boete in de sociale zekerheidswetgeving is art. 3:4, tweede lid, Awb opzijgezet door het in de betrokken regelgeving opgenomen gebod de hoogte van de boete af te stemmen op de ernst van de gedraging en de mate van verwijtbaarheid (en de persoon van de betrokkene).⁷⁰ Voorgesteld art. 5.4.1.7 Awb regelt een hardheidsclausule voor boetestelsels waar de hoogte van de bestuurlijke boete in een wettelijk voorschrift is vastgelegd (tarifiering) en het gebod de hoogte af te stemmen op de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid. Overigens kan de rechter bij bestraffende sancties met een beroep op het evenredigheidsbeginsel in art. 6 EVRM de door de wetgever in een tariefsysteem 'vastgetimmerde' zwaarte van een bestraffende sanctie in concrete gevallen opzijzetten.

We zullen hierna dat de administratieve rechter het evenredigheidsbeginsel geschonden kan achten, indien bij een besluit tot het opleggen van een bestuurlijke boete een in het strafrecht uitgewerkte en uit het evenredigheidsbeginsel voortvloeiende norm, zoals die met betrekking tot de voortgezette handeling, niet is nageleefd. Het evenredigheidsbeginsel is voorts een beginsel dat verankerd is in het EU-recht: het is een gemeenschapsrechtelijk rechtsbeginsel⁷¹ dat zowel bij sanctiebesluiten genomen door de Commissie als die genomen door de bestuursorganen van de lidstaten in acht moet worden genomen en besloten ligt in art. 6 EVRM.⁷²

Uit het evenredigheidsbeginsel vloeit voort dat iemand niet twee maal mag worden geconfronteerd met een vervolging voor hetzelfde strafbare feit (*non bis in idem*). In ons recht geldt *non bis in idem* op basis van art. 68 Sr en de daaraan gegeven uitleg uitsluitend binnen het strafrecht. Mede daarom is in vrijwel elke boeteregeling een *una via*-regeling opgenomen: een regeling om te voorkomen dat iemand

70. Zie hierover nader mijn Punitief en evenredig? Jurisprudentiële ontwikkelingen bij punitieve sancties en het evenredigheidsbeginsel, JBPlus 2000, p. 38 t/m 49.

71. Hierover onder andere A.J.C. de Moor-van Vugt, Europees bestuursrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1998, p. 80-85 en 136, alsmede A.J.C. de Moor-van Vugt, Maten en gewichten, proefschrift Tilburg, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1995, p. 75-111 en 259-263.

72. EHRM 23 juni 1981 Le Compte, Van Leuven en De Meyere, NJ 1982, 602; EHRM 10 februari 1983 Albert en Le Compte, NJ 1987, 315 en EHRM 23 september 1998 Malige. Sancties die inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer dienen op grond van art. 8, tweede lid, EVRM in overeenstemming te zijn met het evenredigheidsbeginsel.

voor hetzelfde feit zowel een straf als een bestuurlijke boete krijgt opgelegd. In situaties waarin een feit zowel strafbaar als beboetbaar is, dient door het boetebevoegde bestuursorgaan met de bestuursorganen van het openbaar ministerie te worden overlegd. Een vergelijkbare regeling geldt bij bestuursdwang en de last onder dwangsom.⁷³

Los van de – in ieder geval voor leken niet altijd te volgen⁷⁴ – mogelijkheid dat de betrokkene zonder schending van art. 68 Sr wordt geconfronteerd met de vervolging voor een aantal wel zeer verwante strafbare feiten die net niet als hetzelfde feit in art. 68 Sr kunnen worden beschouwd, gaat de beteugeling van de sanctionerende overheid naar huidig recht mij niet ver genoeg. Indien iemand zijn inkomsten niet opgeeft aan de belastinginspecteur en de instanties die hem huursubsidie, een kleine WW- en/of WAO-uitkering en een aanvullende bijstandsuitkering verstrekken, dan kan de betrokkene met een groot aantal sancties (bestuurlijke boeten) worden geconfronteerd.⁷⁵ Steeds heeft de betrokkene een andere norm geschonden, dus er is geen sprake van hetzelfde feit.⁷⁶ De bestuursorganen met een boetebevoegdheid zijn veelal niet bevoegd om af te zien van een boetebeschikking, uitsluitend omdat de betrokkene gelet op het totaal aan reeds opgelegde boetebeschikkingen reeds genoeg is gestraft. Dat geldt ook voor het in verband daarmee lager vaststellen van de bestuurlijke boete. Een vergelijkbaar probleem kan zich bij de externe samenloop van herstel sancties voordoen.⁷⁷

De (externe) samenloopproblemen doen zich in de verhouding tussen het strafrecht en het bestuursrecht niet uitsluitend voor bij de bestuurlijke boete.⁷⁸ Inmiddels hebben we samenloopcasus gezien

73. Zie recent A.B. Blomberg, *Cumulatie van sancties*, Jbplus 2001, p. 138-147 en haar *Integrale handhaving van milieurecht*. Een juridische studie over de handhaving van milieurecht in een democratische rechtsstaat, proefschrift VU, Boom Juridische Uitgevers, Den Haag 2000, p. 203-219. Uit de iets oudere literatuur o.a.: Jaap Roording, *Sanctierecht in de belastingen en de sociale zekerheid*, proefschrift Nijmegen, Ars Acqui Lirbi, Nijmegen 1994, p. 107-118, 233-243.

74. Damen heeft het in zijn noot onder Abr 6 september 1999 in AB 2000, 149, waarbij sprake is van een ander maar vergelijkbaar verband, over het 'mogelijk vervreemdend effect bij de burger die ongecoördineerd door meerdere bestuursorganen wordt "besprongen" '.

75. Ik schrijf dit met in het achterhoofd Abr 10 februari 1997, AB 427 nt. N. Verheij.

76. Ik ga gemakshalve voorbij aan de door de Werkgroep Vierde tranche Awb (p. 37 t/m 43) gesignalcerde problemen met de tekst van de nu voorgestelde regeling.

77. Zie bijvoorbeeld Abr 6 september 1999, AB 2000, 149 nt. L.J.A. Damen.

78. Zie ook G.J.M. Corstens, D.R. Doorenbos en J.F.L. Roording, *Samenloop van sancties op strafrechtelijk terrein*, NJB 1992, p. 1335-1344, met name p. 1338.

van een strafrechtelijke voorlopige maatregel met een inmiddels vernietigd bestuurlijk sanctiebesluit,⁷⁹ van een last onder dwangsom met een strafrechtelijke voorwaardelijke geldboete,⁸⁰ van een punitieve intrekking van een standplaatsvergunning met een strafrechtelijke taakstraf⁸¹ en van een ontroeping van wederrechtelijk verkregen voordeel met een terugvordering van de genoten uitkering wegens dezelfde inkomsten uit één strafbaar feit.⁸² Naar huidige recht is de betrokkene bij ongelijksoortige bestuursorganen eenvoudigweg te vaak de pineut, de met het voorontwerp vierde tranche Awb voorgestelde samenloop- en una via-regeling en het gecodificeerde evenredigheidsbeginsel bieden niet de door mij gewenste bescherming tegen overkill door al dan niet bewust krachtig langs elkaar werkende bestuursorganen.

Zoals ik eerder al schreef, wordt in het Voorontwerp vierde tranche Awb voorgesteld om een regeling op te nemen van samenloop en una via. Deze is voor verbetering vatbaar.⁸³ Met de vierde tranche Awb dient echter ook de verplichting voor bestuursorganen te worden opgenomen om rekening te houden met bestuurlijke en strafrechtelijke sancties die wegens vergelijkbare feiten of gedragingen, alsmede de bevoegdheid voor het bestuursorgaan om op grond daarvan af te zien van het nemen van het sanctiebesluit of een ander (minder zwaar) sanctiebesluit te nemen en de bevoegdheid voor de administratieve rechter om dat desnoods *ex nunc* oordelend af te dwingen.⁸⁴ Ook voor het strafrecht kan erkenning van het evenredigheidsbeginsel nuttig zijn.⁸⁵ Corstens, Doorenbos en Roording stelden dat voor in 1992: 'De rechter (en de officier van Justitie in het kader van zijn sanctiebevoegdheden) zou zich bij cumulatie van sancties steeds dienen af te vragen of het totaal van sancties nog wel in een redelijke verhouding staat tot hetgeen de dader heeft misdaan en tot hetgeen van hem persoonlijk en maatschappelijk kan worden

79. Abr 16 januari 1996, AB 409 nt G. Jurgens.

80. Abr 11 februari 2000, AB 185 nt. A.B. Blomberg; JB 2000, 75 nt. Albers; M&R 2000, 78k.

81. Abr 30 maart 2001, AB 189 nt. L.J.A. Damen.

82. CRvB 15 oktober 1999, Rawb 2000, 95 nt. O.J.D.M.L. Jansen. Zie ook CRvB 6 november 2001, AB kort 2002, 11.

83. Ik volsta met de verwijzing naar de VAR-werkgroep vierde tranche Awb, Commentaar en vraagpunten, Boom Juridische Uitgevers, 's-Gravenhage 2000, p. 37-43.

84. Wellicht dat de voorgestelde regeling inzake complexe besluitvorming hier onder omstandigheden een rol zou kunnen spelen?

85. Vergis ik mij niet dan is het bij een enkel arrest van de Hoge Raad gebleven waarin een dergelijk beginsel leek te zijn herkend.

gevoegd.⁸⁶ Een dergelijke regeling zou voorts sporen met het EG-recht, waarin een dergelijke norm al wel is erkend. Zo overwoog het Hof van Justitie in het Walt Wilhelm-arrest over een mededingingszaak:

‘overwegende dat de mogelijkheid van cumulatie van sancties niet uitsluit, dat twee parallel lopende, ter verwezenlijking van verschillende doelstellingen aanhangig gemaakte procedures mogen worden ingesteld; dat wanneer aldus (...) tweeërlei procedure mag worden gevoerd, zulks in feite een gevolg is van de bijzondere wijze, waarop voor wat de ondernemersafspraken betreft, de bevoegdheden tussen de gemeenschap en de lid-staten zijn verdeeld, dat wanneer de mogelijkheid van tweeërlei procedure tot oplegging van tweeërlei sanctie zou leiden, algemene billijkheidsgronden (...) medebrengen, dat bij bepaling der straf met eerdere beslissingen van repressieve aard rekening dient te worden gehouden.’⁸⁷

4. EU-sanctierecht

4.1 Algemeen

De Europese Unie is gegrond op drie pijlers: de gemeenschap, het gemeenschappelijke buitenlands en veiligheidsbeleid en de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken. Voor ons thema zijn de eerste en de derde pijler van belang. De bevoegdheden van de instellingen van de Europese Unie iets te bepalen op het terrein van de rechtshandhaving zijn verdeeld over de communautaire ‘eerste’ pijler en de intergouvernementele ‘derde’ pijler (titel IV, art. 29 tot en met 42 EU-Verdrag: bepalingen inzake politieke en justitiële strafzaken). De bevoegdheden op het terrein van het strafrecht bevinden zich vooral in de derde pijler, maar niet uitsluitend.

Gelet op het onderwerp van mijn bijdrage beperk ik me tot de bevoegdheden ten aanzien van sancties. In de eerste plaats gaat het hier om de sanctiebevoegdheden die het communautaire recht aan communautaire instellingen geeft. In de tweede plaats om de eisen die het communautair recht stelt aan nationale sanctiebevoegdheden en tenslotte om de normen die in de derde pijler met betrekking tot nationale sancties zijn gesteld.

86. G.J.M. Corstens, D.R. Doorenbos en J.F.L. Roording, Samenloop van sancties op strafrechtelijk terrein, NJR 1992, p. 1344.

87. HvJEG 13 februari 1969 c-14/68, jur. 1969, p. 1.

4.2 EG-rechtelijke sancties

De Europese Commissie en de Europese Centrale Bank beschikken over bevoegdheden om niet-strafrechtelijke sancties, herstelsancties en bestraffende sancties zoals de bestuurlijke boete op te leggen. Van een algemene codificatie daarvan is evenwel geen sprake.

De mogelijkheden van de Europese Commissie om zelf sancties op te leggen zijn gering. Bekende sanctiebevoegdheden van de Europese Commissie zijn de bevoegdheden in het Europese mededingingsrecht. De Commissie beschikt daar over de bevoegdheid een last onder dwangsom op te leggen of een bestuurlijke boete (art. 83, tweede lid, aanhef en onder a, EG-Verdrag).⁸⁸ De Europese Centrale Bank beschikt over dezelfde sanctiebevoegdheden op haar terrein (art. 110, derde lid, EG-Verdrag).⁸⁹

De handhaving van gemeenschapsrecht is een gedeelde verantwoordelijkheid,⁹⁰ waarbij de lidstaten meestal over de sanctiebevoegdheden beschikken. De communautairrechtelijke eisen aan de nationale handhaving en de sancties in het nationale recht nemen in belang steeds verder toe. Het strafrecht kan zich daaraan niet onttrekken.

De lidstaten van de Europese Unie mogen met de uitoefening van hun sanctiebevoegdheden geen ongeoorloofde inbreuk maken op de vrijheden binnen de Europese Gemeenschap (de vrijheden van goederenverkeer, personenverkeer, dienstenverkeer en kapitaalverkeer). Deze eis geldt evenzeer voor het strafrecht als voor het bestuursrecht. Zo overwoog het Hof van Justitie in het *Casati*-arrest⁹¹ dat de lidstaten in beginsel verantwoordelijk zijn voor de regels van straf- en strafprocesrecht, maar dat volgens vaste rechtspraak het gemeenschapsrecht daaraan grenzen stelt voorzover het de fundamentele vrijheden betreft: 'The administrative measures must not go beyond what is strictly necessary, the control procedures must not be conceived in such a way as to restrict the freedom required by the treaty and they must not be accompanied by a penalty which is so disproportionate to the gravity of the infringement that it becomes an obstacle to the exercise of that

88. Zie ook Vo. 11/60 en 1017/68 en art. 14 Vo. 4064/89.

89. Ook het EGKS-verdrag voorzag in bevoegdheden van de Commissie op dwangsommen of boeten op te leggen. Zie J. Pradel en G. Corstens, *Droit pénal européen*, Dalloz, 1999, p. 501-502 en A.J.C. de Moor-van Vugt, *Europees bestuursrecht*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1998, p. 133.

90. B. Swart, *From Rome to Maastricht: the problem of enforcing community law*, in: C. Harding en B. Swart, *Enforcing European community rules*, Dartmouth, Aldershot 1996, p. 1.

91. HvJEG 11 november 1981 C-203/80, Jur. p. 2595.

freedom.⁹² Ook de strafrechter is verplicht het gemeenschapsrecht toe te passen en zorg te dragen voor de volle werking daarvan en desnoods een nationale wettelijke regeling buiten toepassing te laten.⁹³

Gemeenschapstrouw

De Lid-Staten van de Europese Unie zijn voorts verplicht het gemeenschapsrecht loyaal te handhaven (art. 10 EG-Verdrag: gemeenschaps-trouw).⁹⁴ Indien een gemeenschapsregeling geen specifieke sanctie op de overtreding van de bepalingen daarvan vaststelt of daartoe naar nationale regelgeving verwijst, zijn de lidstaten verplicht de toepassing van het gemeenschapsrecht zeker te stellen. De door een lidstaat gekozen handhaving dient te voldoen aan de vereisten van non-discriminatie, evenredigheid, effectiviteit en afschrikwekkendheid.⁹⁵ Deze eisen gelden niet alleen voor de bestuursrechtelijke handhaving. Voor het strafrecht geldt dat de gemeenschapstrouw met zich brengt dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van nationaal recht. 'Zij zijn daarbij weliswaar vrij in hun keuze van de op te leggen sancties, doch deze moeten hoe dan ook doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn.'⁹⁶ Heel duidelijk is het arrest Nunes de Matos inzake Portugese ESF-fraude:⁹⁷

92. Zo ook bijvoorbeeld HvJEG 16 juni 1998 C-226/97 Lemmens; HvJEG 19 januari 1999 C-348/96 Calfa, HvJ EG 24 november 1998 C-274/96 Bickel en Franz, HvJEG 29 oktober 1998 C-230/97 Awoyemi; HvJEG 2 februari 1989, Cowan, 186/87, Jurispr. p. 195. Zie voorts J.H. Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Ars Aequi, Nijmegen 1999, p. 225 e.v.

93. HvJEG 9 maart 1978, 106/77, Simmenthal, Jurispr. p. 629 en recent HvJEG 8 juni 2000 C-258/98.

94. Zie ook art. 280 EG-Verdrag.

95. Jans e.a., Inleiding europees bestuursrecht, p. 230.

96. HvJEG 18 oktober 2001 C-354/99 Ierse dierproeven. Zie ook HvJEG 21 september 1989 C-68/88 Grickse Maïs, Jur. 1989, 2965 en HvJEG 5 juni 1997 C-105/94 Celestini Jur. 1997 I-2971. Zie hierover onder andere: Gerhard Dannecker, Die Entwicklung des Wirtschaftsrechts unter dem Einfluß des Europarechts, in: Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts, C.H. Beck, München 2000, p. 446 e.v.; Jens Jokisch, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren. Die Überlagerung des deutschen Strafprozeßrechts durch das Europäische Gemeinschaftsrecht, dargestellt anhand ausgewählter Problemfälle, proefschrift Passau, Duncker & Humblot, Berlin 2000, p. 78 e.v. en Martin Böse, Strafen und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, proefschrift Göttingen, Carl Heymans Verlag, Köln 1996, p. 409 e.v.

97. HvJEG 8 juli 1999 C-186-98 Jur. 1999 I-4883.

'Wanneer een gemeenschapsregeling geen specifieke strafbepaling met betrekking tot een overtreding bevat of daarvoor verwijst naar de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, zijn de lidstaten ingevolge artikel 10 EG (ex artikel 5) verplicht, alle passende maatregelen te nemen om de draagwijdte en de doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht te verzekeren (...).

Daartoe dienen de lidstaten er met name op toe te zien, dat overtredingen van het gemeenschapsrecht onder gelijke materiële en formele voorwaarden worden bestraft als vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht. Zij zijn daarbij vrij in hun keuze van de op te leggen straffen, maar deze moeten wel doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn (...).

Verder dienen de nationale autoriteiten even energiek op te treden tegen overtredingen van het gemeenschapsrecht als wanneer het gaat om de handhaving van een overeenkomstige nationale wettelijke regeling (...). Hetzelfde geldt wanneer een gemeenschapsregeling wel in bepaalde sancties bij overtreding voorziet, maar niet uitputtend regelt, welke sancties de lidstaten kunnen opleggen. (...)

Op de tweede vraag moet mitsdien worden geantwoord, dat artikel 10 EG de lidstaten verplicht tot het nemen van alle maatregelen waarmee kan worden opgetreden tegen gedragingen die de financiële belangen van de Gemeenschap schaden. Dergelijke maatregelen kunnen strafrechtelijke sancties inhouden, ook wanneer de gemeenschapsregeling enkel voorziet in een civielrechtelijke sanctie. De vastgestelde sanctie moet overeenkomen met die welke van toepassing is bij vergelijkbare en even ernstige overtredingen van het nationale recht, en dient doeltreffend, evenredig en afschrikkend te zijn.'

Verscherping

Sinds ongeveer 1995 is de Gemeenschap de eisen aan de lidstaten op het terrein van de handhaving gaan verscherpen.⁹⁸ Van belang zijn hier HvJEG 27 oktober 1992 (zaak C-240/90) en Verordening 2988/95.⁹⁹ In het arrest overwoog het Hof van Justitie ondermeer:

98. Zie de mededeling van de Commissie over de rol van sancties bij de tenuitvoerlegging van de communautaire wetgeving op het gebied van de interne markt (COM (95) 162 def. en de resolutie van de Raad van 29 juni 1995 over de eenvormige en doeltreffende toepassing van het Gemeenschapsrecht en over sancties op overtredingen daarvan op het gebied van de interne markt, PB C 188 van 22 juli 1995, p. 1-3;

99. PB L 312 van 23 december 1995, p. 1-4.

'Het Hof heeft herhaaldelijk verklaard, dat de Gemeenschap bevoegd is tot het instellen van alle sancties die nodig zijn voor de doeltreffende toepassing van de regelingen op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid. Deze bevoegdheid is gebaseerd op art. 40, lid 3, en 43, lid 2, EEG-Verdrag.

Blijkens de rechtspraak kan het om verschillende soorten sancties gaan. Zo heeft het Hof bij voorbeeld de rechtmatigheid erkend van maatregelen die inhielden, dat een ondernemer een ten onrechte ontvangen voordeel met rente moest terugbetalen (...) dan wel de met dat voordeel overeenkomende waarborg verbeurde (...). Ook heeft het Hof vastgesteld, dat de verbeurde van een waarborg een met het gemeenschapsrecht verenigbare sanctie is, indien die waarborg slechts de nakoming van een door de betrokkenen vrijwillig aangegane verplichting garandeert en dezen geen financieel voordeel van de Gemeenschap hebben ontvangen (...).

Deze sanctiebevoegdheid impliceert, dat de Gemeenschap op het gebied van het gemeenschappelijk landbouwbeleid gemachtigd is, sancties in te stellen die door de nationale autoriteiten kunnen worden toegepast tegen marktdeelnemers die zich schuldig hebben gemaakt aan fraude.¹⁰⁰

In het arrest stonden de uitsluiting van een subsidie centraal en de toeslag op terug te vorderen bedragen aan ten onrechte ontvangen subsidie. De vragen of deze sancties strafrechtelijk van aard zijn en of de Gemeenschap op dat terrein bevoegd is, werden door het Hof ontweken.

Verordening 2988/95 is een gemeenschappelijk juridisch kader voor alle communautaire beleidsgebieden ter bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen.¹⁰¹ Het gemeenschap-

100. Het HvJEG verwijst naar HvJEG 5 februari 1987, zaak 288/85, Plange Kraftfut-terwerke, Jur. 1987, p. 611; HvJEG 27 november 1991, zaak C-199/90, Italtrade, Jurispr. 1991, p. I-5545; HvJEG 17 december 1970, zaak 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, Jurispr. 1970, p. 1125 en HvJEG 18 november 1987, zaak 137/85, Maizena, Jur. 1987, p. 4587.

101. Zie over deze verordening (toen nog een voorstel) J.A.E. Vervaele, Administratieve sanctiebevoegdheden van en in de Gemeenschap. Naar een systeem van Europese bestuurs sancties? In: J.A.E. Vervaele (red.), Bestuursrechtelijke toepassing en handhaving van gemeenschapsrecht in Nederland, Kluwer, Deventer 1993, p. 167-211 en J.A.E. Vervaele, Het gemeenschapsrecht en de bestuurlijke boete in de nationale handhavingsselsels, in: W.G.A. Hazewindus en O.J.D.M.L. Jansen (red.), Van boeteatelier tot boetefabriek, Kluwer, Deventer 1995 p. 83 t/m 125, met name p. 92 t/m 96; Santiago González-Varas Ibañez, Los problemas del derecho sancionador en el derecho comunitario, Gaceta Jurídica de la Unión →

pelijk landbouwbeleid is een belangrijke wortel van deze verordening. In art. 4 en 5 wordt een aantal maatregelen en sancties opgesomd die in dit kader door een sectorregeling van toepassing zouden kunnen worden verklaard. De verordening bevestigt slechts de bevoegdheden die de commissie al heeft. De verordening is een codificatie.

De maatregelen bestaan uit het ontnemen van wederrechtelijk verkregen voordeel met de verplichting de verschuldigde bedragen te betalen of de wederrechtelijk verkregen bedragen terug te betalen, het volledige of gedeeltelijke verlies van de gestelde zekerheid (art. 4).

De administratieve sancties zijn: bestuurlijke boete, toeslag naast terug te vorderen bedrag (met afschrikkend karakter), volledige of gedeeltelijke intrekking van een toegekend voordeel van ook dat deel dat niet wederrechtelijk is genoten, uitsluiting, tijdelijke intrekking van een goedkeuring of erkenning, het verlies van een zekerheid of borgsom of het opnieuw verschaffen van het bedrag van een ten onrechte vrijgegeven zekerheid en eventuele andere vergelijkbare bij sectorregeling geregelde vermogenssancties.

De Gemeenschap is met andere woorden in beginsel bevoegd een groot aantal bestuurlijke, ook bestraffende, sancties op te leggen of de oplegging daarvan aan lidstaten voor te schrijven. Er zijn weinig problemen indien de Commissie in een richtlijn vrij gedetailleerde voorschriften opneemt over sancties en de keuze laat aan de Lidstaten om strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sancties te regelen. Zijn de Gemeenschappen echter ook bevoegd om strafrechtelijke sancties voor te schrijven?

Twee recent voorgestelde richtlijnen hebben de discussie over de vraag of de EG bevoegdheden ten aanzien van het nationale strafrecht heeft, doen oplaaien.

Milieurichtlijn

In de voorgestelde richtlijn van 13 maart 2001 inzake milieubescherming door het strafrecht wordt voorgesteld minimumnormen aan de bestanddelen van strafbare feiten vast te stellen die een inbreuk vor-

→ *Europea y de la Competencia* 2000, p. 39 t/m 46, met name p. 43; S. González-Varas Ibañez, *El Derecho administrativo europeo*, Sevilla, 2 edición, 2002; Adán Nieto Martín, *El Derecho sancionador administrativo comunitario*, Justicia Administrativa 2001, p. 259 t/m 277; Pasquale Cerbo, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, Milano 1999, p. 319 t/m 349, met name p. 325 t/m 333. Zie ook Pisaneschi, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, CEDAM, Padova 1998.

men op het gemeenschapsrecht ter bescherming van het milieu. Voor ons onderwerp is vooral voorgesteld art. 4 van belang. Daarin wordt voorgeschreven dat de lidstaten ervoor zorgen dat op de voorgeschreven strafbare feiten (die weer in nauwe relatie staan tot een vijftigtal EG-richtlijnen en verordeningen op milieugebied) doeltreffende, evenredige en afschrikkende straffen worden gesteld. Ten aanzien van natuurlijke personen moeten de lidstaten voorzien in strafrechtelijke sancties, die in ernstige gevallen tot vrijheidsstraf kunnen gaan. Ten aanzien van natuurlijke personen en rechtspersonen dienen de lidstaten in voorkomend geval te voorzien in dezelfde sancties die ook in het zojuist weergegeven art. 11 van de voorgestelde richtlijn financiële EG-belangen werden genoemd.

Tot nu toe heeft de Raad voorstellen van de Commissie waarin de lidstaten werden verplicht uitsluitend met strafrechtelijke middelen te handhaven kunnen tegenhouden. Er zijn geen communautaire bepalingen met een dergelijke inhoud van kracht geworden ook al waren ze voorgesteld.¹⁰² Op het terrein van de strafrechtelijke bescherming van het milieu ligt er een voorstel-Kaderbesluit van Denemarken¹⁰³ dat aansluit bij de Overeenkomst inzake de bescherming van het milieu door het strafrecht¹⁰⁴ van de Raad van Europa.

Als motief voor het desondanks doen van een voorstel voor een richtlijn voert de Commissie aan dat uit ervaring zou zijn gebleken, dat de op dit moment door de lidstaten gehanteerde sancties niet steeds volstaan om een volledige conformiteit met het gemeenschapsrecht te bewerkstelligen. Zo schrijft de Commissie:

‘Niet alle lidstaten voorzien in strafrechtelijke sancties tegen de meest ernstige inbreuken op de bepalingen van het Gemeenschapsrecht ter bescherming van het milieu. Er zijn nog steeds vele vormen van ernstige overtreding van het Gemeenschapsrecht op het gebied van de milieubescherming waarop geen voldoende afschrikwekkende en doeltreffende straffen staan. (...)

In vele gevallen zullen enkel strafrechtelijke sancties een voldoende afschrikkende werking hebben. In de eerste plaats is het opleggen van strafrechtelijke sancties een vorm van sociale afkeuring van een kwalitatief andere orde dan administratieve sancties of een civielrechtelijk-

102. D.E. Comijs, *Communautair strafrecht?*, NTER 2001, p. 267-271, met name p. 267.

103. PB EG 2000, C 39.

104. Overeenkomst inzake de bescherming van het milieu door het strafrecht dd. 9 september 1998.

ke vergoedingsregeling. Strafrechtelijke sancties spreken duidelijke taal ten opzichte van overtreeders en zij hebben een veel groter afschrikkend effect. (...)

In de tweede plaats zijn de middelen waarover in het kader van de strafrechtelijke vervolging en strafrechtelijk onderzoek (en de bijstand tussen lidstaten) kan worden beschikt krachtiger dan de instrumenten van het bestuurs- en burgerlijke recht en kunnen zij het onderzoek dus doeltreffender maken. Voorts is er de bijkomende garantie van onpartijdigheid van de instanties die het onderzoek verrichten, omdat andere dan de administratieve instanties die exploitatie- of lozingsvergunningen hebben afgegeven bij het strafrechtelijk onderzoek zullen zijn betrokken.

Er moet bijgevolg een minimumnorm worden vastgesteld wat betreft de bestanddelen van strafbare feiten die een inbreuk vormen op het Gemeenschapsrecht ter bescherming van het milieu. Met het oog op een betere en geharmoniseerde toepassing ervan in alle lidstaten verdient het de voorkeur op communautair in plaats van op nationaal [niveau] op te treden (art. 5, lid 2, EGV).¹⁰⁵

Het is de Commissie uiteraard niet ontgaan dat het uitsluitend voorschrijven van strafrechtelijke sanctionering problematisch is:

'Hoewel het Gemeenschapsrecht in bepaalde gevallen de lidstaten reeds kan verplichten om te voorzien in strafrechtelijke sancties uit hoofde van art. 10 EGV, is er op het ogenblik nog geen communautaire bepaling die dit soort sancties uitdrukkelijk voorschrijft. Bijgevolg is er niet alleen een gebrek aan rechtszekerheid in verband met de verplichting van de lidstaten om te voorzien in strafrechtelijke sancties, maar is er evenmin sprake van een minimumnorm of een *acquis communautaire* ten aanzien van misdrijven ten nadele van het milieu.'¹⁰⁶

De Commissie kiest als rechtsbasis art. 175 van het EG-verdrag en niet art. 34 van het EU-Verdrag, omdat het gemeenschapsrecht voorrang heeft. De Commissie verwijst daartoe naar art. 47 en 29 EU-Verdrag.

De voorgestelde verordening is door een aantal auteurs kritisch besproken.¹⁰⁷ Buruma en Somsen stellen vast dat de in de richtlijn voorgestelde verplichting om met strafrechtelijke middelen te handhaven

105. COM (2001) 139 def., p. 2-3.

106. COM (2001) 139 def., p. 2.

107. G.J.M. Corstens, strafrecht in de eerste pijler?, in: [bundel Mok] (nog te verschijnen); A. de Lange, Naar een Europees milieustrafrecht, in: Handhaving milieurecht (losbladig), Elsevier Juridisch, Den Haag, p. B 10.2-1 t/m B 10.2.13 →

in strijd komt met het fundamentele uitgangspunt bij richtlijnen dat lidstaten over procedurele en institutionele autonomie beschikken bij de implementatie en handhaving daarvan. Ze vervolgen:

‘Het is een vergissing het principe van nationale autonomie bij de implementatie en handhaving van EG richtlijnen af te doen als bewijs van de koppigheid waarmee lidstaten hun soevereiniteit pogen te beschermen. Het uitgangspunt dient eerder haar grondslag in doelmatigheidsoverwegingen van rechtseconomische aard, die uitgaan van de legitimiteit en waarde van bestaande procedurele en materiële verschillen tussen nationale rechtssystemen, en is daarom ook niet absoluut. Niettemin, omdat mag worden verondersteld dat deze verschillen het product zijn van weldoordachte nationale keuzes, is een bijzondere rechtvaardiging vereist voor het doorkruisen van deze keuzes door middel van harmonisatie.’¹⁰⁸

De door de Commissie aangevoerde rechtvaardigingen zijn volgens de twee auteurs niet toereikend. De verwachtingen van de Commissie van het strafrecht zijn te hoog gespannen, terwijl ten onrechte voorbij wordt gegaan aan de mogelijkheden van andere handhavingsmodaliteiten die in het milieurecht en ook daarbuiten hun nut hebben bewezen, zoals zelfregulering, bestuursrechtelijke handhaving en privaatrechtelijke middelen. De gekozen rechtsbasis van art. 175 EG-Verdrag is opmerkelijk: voor het aannemen van voorstellen op basis daarvan is slechts een meerderheid van stemmen in de Raad vereist, terwijl voor voorstellen tot harmonisatie van het strafrecht op basis van het EU-Verdrag (kaderbesluiten: de ‘richtlijnen’ van de EU) eenparigheid van stemmen is vereist (art. 23-EU-Verdrag). Het is inderdaad maar zeer de vraag of de richtlijn in deze vorm zou moeten worden ingevoerd. Invoering ervan zou wellicht een forse streep kunnen betekenen door onze huidige praktijk van een afgewogen keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhavinginstrumenten. Het EG-recht eist weliswaar dat handhaving doeltreffend, evenredig en afschrikkend moet zijn, maar dat betekent niet automatisch dat strafrechtelijke handhaving is vereist. Uit deze eisen alleen kan geen bevoegdheid worden afgeleid voor de Gemeenschap om dwingend uitsluitend strafrechtelijke handhaving aan de lidstaten voor te schrijven.¹⁰⁹

→ (supplement december 2001); Y. Buruma en J. Somsen, Een strafwetgever te Brussel inzake milieubescherming, *NJB* 2001, p. 795-797.

108. P. 795-796.

109. D. Comijs, *Communautair strafrecht?*, *NTER* 2001, p. 269-270.

Het moet worden aangenomen dat de Gemeenschap de lidstaten de strafrechtelijke handhaving kan voorschrijven van regels die een onderwerp regelen dat onder de bevoegdheid van de Gemeenschap valt. De Gemeenschap kan echter niet de soort en de hoogte van toepasselijke sancties met een eerste-pijlerinstrument voorschrijven, omdat dit een derde-pijleraangelegenheid is.¹¹⁰

Bescherming financiële belangen EG

In het voorstel van 23 mei 2001 voor een richtlijn betreffende de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap¹¹¹ wordt voorgesteld het materiële strafrecht te harmoniseren voor wat betreft de definitie van fraude, corruptie, het witwassen van geld waardoor de financiële belangen van de Gemeenschappen worden geschaad, alsmede de strafrechtelijke aansprakelijkheid en de strafrechtelijke sancties.

Voor ons onderwerp is van belang dat de voorgestelde richtlijn enkele bepalingen bevat ten aanzien van strafrechtelijke sancties. In art. 10 wordt ten aanzien van natuurlijke personen bepaald dat op de voorgescreven strafbare feiten doeltreffende, evenredige en afschrikkende strafrechtelijke sancties worden gesteld, met inbegrip, tenminste bij ernstige fraude, van vrijheidsstraffen. Bij geringe fraude (minder dan € 4000) en bij het ontbreken van strafverzwarende omstandigheden kunnen ook sancties van andere aard worden toegepast. In art. 11 wordt ten aanzien van rechtspersonen bepaald dat de lidstaten de nodige maatregelen nemen om sancties te kunnen treffen die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn; deze sancties omvatten al dan niet strafrechtelijke geldboetes. Ze kunnen ook andere maatregelen omvatten, zoals de uitsluiting van het voordeel van een gunstige regeling van de overheid of van overheidssteun, het tijdelijk of permanent verbod op het uitoefenen van commerciële activiteiten, de plaatsing onder toezicht van de rechter en een gerechtelijke maatregel tot liquidatie. Art. 12 schrijft ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel (confiscatie) voor.

Op het terrein van de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap zijn al een Verordening (2988/95) en een (derde pijler)Overeenkomst tot stand gekomen met een aantal daarbij behorende

110. D. Comijs, *Communautaire strafrecht?*, NTER 2001, p. 271.

111. COM (2001) 272 def. Pb. EG 2001 C240.

protocollen.¹¹² De Commissie komt met een richtlijn met vergelijkbare inhoud omdat de ratificatie van de genoemde overeenkomst en protocollen de beschikbaarheid van het benodigde instrumentarium ter bestrijding van EG-fraude onwenselijk vertraagt: het zal waarschijnlijk niet vóór 2002 in werking treden. De Commissie vervolgt:

'Bijna zes jaar na de vaststelling van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen moet worden geconstateerd dat de doelstelling inzake harmonisatie niet is bereikt en dat het ontbreken van minimumnormen voor de strafrechtelijke bescherming die daadwerkelijk in de hele Europese Unie van toepassing zijn, nog steeds in het nadeel werkt van de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap.'¹¹³

De Commissie kiest als rechtsgrond voor de richtlijn art. 280, vierde lid, EG-Verdrag. Met de wijziging van art. 280 EG-Verdrag (voorheen art. 209A EG-Verdrag) werd de Gemeenschap op dezelfde voet verplicht maatregelen te nemen om de financiële belangen van de Gemeenschap te beschermen. Het betrokken artikellid luidt, voor zover van belang:

'De Raad neemt (...) de nodige maatregelen aan op het gebied van de preventie en bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, om in de lidstaten een doeltreffende en gelijkwaardige bescherming te bieden. Deze maatregelen hebben geen betrekking op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling.'

De Commissie besteedt uiteraard bijzondere aandacht aan de interpretatie van de daarin opgenomen uitzondering op de bevoegdheid van de Raad. De interpretatie daarvan is immers van groot belang voor de vraag of de materie van de richtlijn inderdaad als eerste pijler- en niet als derde pijler-instrument mag worden geregeld. Volgens de Commissie hebben de voorgestelde bepalingen geen betrekking op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling. De genoemde uitzondering in art. 280, vierde lid, EG-Verdrag heeft volgens

112. Overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen van 26 juli 1995 (PB EG C 316 van 27 november 1995) en de aanvullende protocollen van 27 september 1996 (PB EG C 313 van 23 oktober 1996), 29 november 1996 (PB EG C 151 van 20 mei 1997) en 19 juni 1997 (PB EG C 221 van 19 juli 1997).

113. COM (2001) 272 def., p. 5.

haar geen betrekking op het gehele strafrecht en het strafrecht in het algemeen, maar slechts op twee bijzondere aspecten die bovendien strikt moeten worden uitgelegd. 'Noch de formulering, noch de juridische context van deze bepaling staan eraan in de weg dat maatregelen worden goedgekeurd die een bepaalde strafrechtelijke harmonisatie ten doel hebben, zolang deze 'geen betrekking hebben op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling'.¹¹⁴ De Commissie schrijft:

'De bepalingen van de BFB-instrumenten die de harmonisatie van de definitie van strafbare feiten, de aansprakelijkheid en de sancties ten doel hebben, hebben immers noch betrekking op de toepassing van het nationale strafrecht noch op de nationale rechtsbedeling, aangezien zowel de omzetting van deze bepalingen in nationaal recht als de vervolging en de bestraffing van deze inbreuken door de nationale autoriteiten onder de bevoegdheid van de lidstaten vallen.'¹¹⁵

In een recente bijdrage bespreekt Corstens deze 'Brusselse' redenering terecht kritisch. Het valt toch moeilijk in te zien dat de bepalingen in de richtlijn niets van doen hebben met de 'toepassing van nationaal strafrecht' en 'rechtsbedeling'.¹¹⁶ Hij wijst er bovendien op dat er bij de bescherming van de financiële belangen een eerste pijler-verordening tot stand is gekomen met regels voor de bestuursrechtelijke (tevens bestraffende) sanctionering en een derde pijler-overeenkomst met betrekking tot de strafrechtelijke sanctionering. Gelet op art. 47 EU-Verdrag zou dit betekenen dat het verdrag in strijd daarmee komt, zodra wordt aanvaard dat deze richtlijn bevoegdlijk kan worden vastgesteld. Comijs wijst nog op het arrest van het Hof van Justitie van 12 mei 1998¹¹⁷ waarin het Hof zich bevoegd verklaart een derde pijler-beslissing te vernietigen wegens strijdigheid met een eerste pijler-bevoegdheid.

Comijs wijst er voorts terecht op dat artikel 280, vierde lid, EG-Verdrag de bevoegdheid aan de Gemeenschap geeft om de strafrechtelijke handhaving dwingend voor te schrijven:

114. COM (2001) 272 def. Toelichting, p. 6.

115. COM (2001) 272 def., p. 7.

116. Zie overigens de uiteenlopende interpretaties van art. 280 EG-Verdrag door Baci-galupo, Delmas-Marty, Grasso, Spencer, Spinellis, Tiedemann, Vervaele en Van den Wyngaert, in: M. Delmas-Marty en J.A.E. Vervaele (eds.), *The implementation of the Corpus Juris in the member states*, Volume I, Intersentia, Antwerpen/Groningen/Oxford 2000, p. 369-394.

117. HvJEG 12 mei 1998 C-170/96 Luchthaventransitregeling, Jur. 1998, p. 2782-2792.

‘Gelet op de eigen bevoegdheden van de Gemeenschap om harmonisatie te stimuleren op een terrein waar van oudsher weinig nationale regelgeving bestaat – de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap – en gelet op het feit dat het gaat om een terrein – financiële fraude – waar strafrechtelijke handhaving traditioneel een belangrijke rol speelt, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat het hier gaat om een situatie waar de naleving van gemeenschapsregels alleen gewaarborgd kan worden door (via het gemeenschapsrecht op te leggen) strafrechtelijke sancties.’¹¹⁸

Het is interessant om vast te stellen dat de Europese Commissie in het Groenboek inzake de strafrechtelijke bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap en de instelling van een Europese officier van justitie¹¹⁹ voorstelt om het vierde lid van art. 280 enigszins te wijzigen¹²⁰ en een nieuw artikel 280bis in het EG-Verdrag op te nemen, dat luidt:

1. Ten einde hij te dragen tot de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 280, lid 1, benoemt de Raad op voorstel van de Commissie met gekwalificeerde meerderheid van stemmen en met instemming van het Europees Parlement voor een niet-hernieuwbare termijn van zes jaar een Europees officier van justitie. De Europese officier van justitie wordt belast met de opsporing, de vervolging en de inbeschuldigingstelling van de daders of medeplichtigen van inbreuken waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, en met de strafvordering wegens deze inbreuken voor de bevoegde rechterlijke instanties van de lidstaten, onder de voorwaarden die zijn vastgesteld bij de in lid 3 bedoelde voorschriften.

2. De Europese officier van justitie wordt gekozen onder personen die alle waarborgen voor onafhankelijkheid bieden en die aan alle gestelde eisen voldoen om in hun onderscheidene landen de hoogste rechterlijke ambten te bekleden. Bij de vervulling van zijn taken vraagt noch aanvaardt hij enigerlei instructies. Indien hij niet meer aan de

118. D. Comijs, *Communautair strafrecht?*, NTER 2001, p. 270.

119. COM (2001) 715 def.

120. Dat vierde lid komt te luiden: De Raad neemt volgens de procedure van artikel 251, na raadpleging van de Rekenkamer, de nodige maatregelen aan op het gebied van de preventie en bestrijding van fraude waardoor de financiële belangen van de Gemeenschap worden geschaad, om in de lidstaten een doeltreffende en gelijkwaardige bescherming te bieden. *Onverminderd het bepaalde in artikel 280bis*, hebben deze maatregelen geen betrekking op de toepassing van het nationale strafrecht of de nationale rechtsbedeling (cursivering van mij).

eisen voor de uitoefening van zijn ambt voldoet of op ernstige wijze is tekortgeschoten kan hij op verzoek van het Europees Parlement, de Raad of de Commissie door het Hof van Justitie van zijn ambt ontheven worden verklaard. De Raad stelt volgens de procedure van artikel 251 het statuut van de Europese officier van justitie vast.

3. De Raad stelt volgens de procedure van artikel 251 van het Verdrag de voorwaarden vast voor de uitoefening van de functie van de Europese officier van justitie, en geeft met name

(a) voorschriften waarbij de elementen worden vastgesteld van de strafrechtelijke inbreuken betreffende fraude en iedere andere onwetige activiteit die nadelig is voor de financiële belangen van de Gemeenschap, evenals de straffen die op elk daarvan worden gesteld;

(b) procedurevoorschriften van toepassing op de activiteiten van de Europese officier van justitie, alsmede voorschriften betreffende de toelaatbaarheid van bewijzen;

(c) voorschriften inzake de rechterlijke toetsing van de procedurele handelingen die de Europese officier van justitie in de uitoefening van zijn functie verricht.

We zien dat in het voorgestelde derde lid onder andere uitdrukkelijk de bevoegdheid wordt gegeven om in het kader van de eerste pijler bepaalde onderdelen van het materiële strafrecht te harmoniseren, zoals de omschrijving van de strafbare feiten en de daarop gestelde straffen. Dat zijn bevoegdheden die nu tot de derde pijler behoren.

Politiek is de vraag naar de bevoegdheid van de Gemeenschap om de richtlijn bescherming financiële belangen EG in deze vorm vast te stellen natuurlijk van groot belang. Immers: de verhouding tussen eerste en derde pijler wordt verduidelijkt. Met het creëren van de twee genoemde pijlers is er een competentiestrijd ingebouwd tussen de Gemeenschap en de Unie. Ik hoop dat het Hof van Justitie zal vaststellen dat de richtlijn bevoegdelijk kan worden uitgevaardigd, bijvoorbeeld omdat het hof een interpretatie van de uitzondering geeft die uitsluitend betrekking heeft op het strafprocesrecht en de justitiële organisatie en niet op het materiële strafrecht. Dat komt de handhaving ten goede, want ook het EU-recht moet worden gehandhaafd. Zonder duidelijke bevoegdheden van de instellingen van de EU en met een vrijwel uitsluitende verantwoordelijkheid van de lidstaten komt er van die handhaving op dit terrein maar weinig terecht.

4.3 Derde-pijlereisen aan nationale sancties¹²¹

Voor ons onderwerp is met name van belang dat de Europese Raad van Tampere van 16 oktober 1999 concludeerde dat de intensivering van de justitiële en politieke samenwerking met twee middelen moet worden bereikt: (gedeeltelijke) harmonisatie van het strafrecht van de lidstaten en het beginsel van wederzijdse erkenning van rechterlijke beslissingen. De voortgang van de voornemens bij die top van Tampere is geëvalueerd op de top van Laken van 14 en 15 december 2001. In de periode tussen deze twee toppen is een aantal halfjaarlijkse bijwerkingen van het scoreboard verschenen van de vorderingen op het gebied van de totstandbrenging van de Europese rechtsruimte.

Uit deze bijgewerkte scoreboards komt grote activiteit naar voren. Een van deze activiteiten betreft de beoogde (beperkte) harmonisatie van het strafrecht. Zo treffen we voornemens aan tot het formuleren van gemeenschappelijke definities, strafbaarstelling en sancties met betrekking tot illegale drugshandel, corruptie, milieucriminaliteit, voetbalvandalisme, vreemdelingenhaat, high-tech-criminaliteit, diverse vormen van fraude (met overheidsopdrachten, belastingfraude, financiële belangen van de EG) en valsemunterij met de euro.

Voor ons onderwerp zijn vooral de kaderbesluiten van belang, die immers de harmonisatie van het strafrecht van de lidstaten ten doel hebben. Uit deze (voorgestelde) kaderbesluiten komt bij het voorschrijven van bepaalde sancties steeds ongeveer het volgende systeem naar voren. Nadat de voor te schrijven deliktsomschrijving wordt geschetst, wordt bepaald welke maximumstraffen ten minste behoren te gelden voor natuurlijke personen en welke voor rechtspersonen.

Zo luidt art. 4 van het voorstel-Kaderbesluit Mensenhandel bijvoorbeeld:

‘Elke lidstaat moet de maatregelen nemen die nodig zijn om ervoor te zorgen dat een misdrijf, zoals bedoeld in de artikelen 1, 2 en 3 strafbaar is, en wel met daadwerkelijke, evenredige en afschrikkende straffen, inclusief hechtenis, met een maximumstraf die niet minder dan zes jaar mag bedragen.

121. De besluitvorming kan worden gevolgd aan de hand van kamerstuknummer 23 490 waar vooraf de geannoteerde agenda wordt gepubliceerd en achteraf een verslag. Zie voor een helder, compact en betrekkelijk recent overzicht van EU en strafrecht: Steve Peers, *EU Justice and Home affairs law*, Pearson Education 2000, p. 139-187.

2. Onverminderd bijkomende definities in de nationale wetgeving, moet elke lidstaat de maatregelen nemen die nodig zijn om ervoor te zorgen dat een misdrijf zoals bedoeld in de artikelen 1, 2 en 3 strafbaar is, en wel met hechtenis, met een maximumstraf die niet minder mag bedragen dan tien jaar, wanneer:

- sprake is van bijzondere ruwheid, of
- een en ander aanzienlijke opbrengsten meebrengt, of
- het misdrijf is begaan in het kader van een criminele organisatie.⁷

Vergelijkbare voorschriften (met andere minimale maxima) kunnen bijvoorbeeld worden aangetroffen in art. 4 en 5 voorstel-kaderbesluit illegale drugshandel,¹²² art. 5 voorstel-Kaderbesluit terrorismebestrijding¹²³ en art. 5 voorstel-Kaderbesluit kinderpornografie.¹²⁴

Art. 9 van het voorstel-Kaderbesluit terrorisme luidt:

‘De lidstaten zorgen ervoor dat aan rechtspersonen die ingevolge artikel 8, lid 1, aansprakelijk worden geacht, sancties kunnen worden opgelegd die doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn, waartoe strafrechtelijke of niet-strafrechtelijke geldboetes behoren; tevens kunnen andere sancties worden opgelegd zoals:

- (a) uitsluiting van aanspraak op uitkeringen of steun van de overheid;
- (b) tijdelijke of blijvende uitsluiting van commerciële activiteiten;
- (c) plaatsing onder gerechtelijk toezicht;
- (d) gerechtelijke surveillance van betaling;
- (e) tijdelijke of blijvende sluiting van de vestiging die is gebruikt voor het plegen van de strafbare feiten.’

Vergelijkbare bepalingen treffen we aan in art. 8 Voorstel-kaderbesluit illegale drugshandel, 6 Voorstel-kaderbesluit Mensenhandel en art. 7 voorstel-Kaderbesluit kinderpornografie.

De opsomming van de sancties die aan rechtspersonen zouden kunnen

122. Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad betreffende de vaststelling van minimumvoorschriften met betrekking tot de bestanddelen van strafbare feiten en met betrekking tot straffen op het gebied van de illegale drugshandel, COM (2001) 259 def., PB. C 304E van 30 oktober 2001.

123. COM (2001) 521 def. Voorstel voor een kaderbesluit van de Raad inzake terrorismebestrijding.

124. Voorstel voor een Kaderbesluit van de Raad ter bestrijding van seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie, COM (2000) 854 def. PB. C 62 van 27 februari 2001.

worden opgelegd is facultatief.¹²⁵ Ik kan me echter voorstellen dat het opnemen van een verbeterde regeling van sancties voor rechtspersonen in het Wetboek van Strafrecht leidt tot de vaststelling dat de in deze opsomming opgenomen sancties daarbij zouden kunnen worden opgenomen. Een aantal van deze sancties is overigens geschikt om niet door de rechter, maar door een al dan niet justitieel bestuursorgaan te worden opgelegd. Maar daarover later meer.

Interessant is nog dat de vergadering van de JBZ-raad van 6 en 7 december 2001 zich heeft gebogen over het systeem dat moet worden gekozen bij de harmonisatie van de straffen. Er is nog geen volledige overeenstemming bereikt: het Spaanse voorzitterschap is nu aan zet. Het Belgische voorzitterschap stelde naar aanleiding van de discussies en de opties ter tafel voor om uit te gaan van een systeem volgens welke de door de Unie voor te schrijven strafsanctie bestaat uit een keuze tussen vier niveaus minimale strafmaxima:

Niveau 1: straffen die tot uitlevering kunnen leiden (algemene regel);
Niveau 2: straffen waarbij het maximum tussen 1 en 5 jaar ligt (specifieke criteria);

Niveau 3: straffen waarbij het maximum tussen 5 en 10 jaar ligt (specifieke criteria);

Niveau 4: straffen waarbij het maximum meer bedraagt dan 10 jaar (gevallen waarop de zwaarste straffen van toepassing zijn).¹²⁶

Dit systeem zou de lidstaten voldoende ruimte bieden om de sanctie in te passen in het nationale rechtssysteem. De keuze voor een bepaald niveau zou dienen te worden gebaseerd op een onderzoek naar de relevante wettelijke straffen waarin de wetgeving van de lidstaten voorziet. De Nederlandse regering¹²⁷ meent dat de bandbreedte te ruim is en heeft benadrukt dat minimumstraffen niet aanvaardbaar zijn voor Nederland. In de kaderbesluiten tot nu toe en het hier voorgestelde harmonisatiesysteem wordt steeds uitgegaan van minimale maximumstraffen en niet van strafminima.

Deze korte schets laat zien dat de invloed van het EU-recht op het nationale strafrecht al aanzienlijk is en dat het EU-recht al belangrijke

¹²⁵. Dat geldt ook voor de opsomming in de zoëven besproken richtlijnen bescherming financiële belangen EG en strafrechtelijke bescherming milieu.

¹²⁶. Persbericht 14581/01 (Presse 444) van de 2396^e sessie van de JBZ-Raad.

¹²⁷. Kamerstuknummer II 2001/2002, 23 490, nr. 223, p. 5.

eisen stelt of zal stellen aan het nationale strafrecht en het publiekrechtelijk sanctierecht. De in de richtlijnen en EU-kaderbesluiten genoemde mogelijke sancties voor rechtspersonen kunnen inspiratie bieden bij de door De Hullu in § 1.7 van zijn preadvies terecht bepleite bezinning op het sanctiearsenaal voor rechtspersonen in het Wetboek van Strafrecht.

5. Sanctie, constitutie en bestraffende sancties – enkele opmerkingen

Het constitutioneel recht is een belangrijk onderdeel van het publiekrechtelijke sanctierecht. Onze Grondwet bevat vrij weinig materiële normen en dat geldt ook voor de voor het sanctierecht belangrijke normen. Daar komt bij dat we geen constitutionele rechter kennen en zelfs moeten uitgaan van het toetsingsverbod (art. 120 Grondwet). Anders dan in andere landen het geval is waar wel een vorm van constitutionele rechtspraak bestaat, heeft de Grondwet de ontwikkelingen op het terrein van het sanctierecht niet erg gestuurd. Het EVRM en het IVBPR zijn van veel groter belang, vooral voor bestraffende sancties. Ik wil me in het kader van dit preadvies beperken tot de meest actuele vragen van dit moment en die lijken mij samen te hangen met de door een bestuursorgaan opgelegde bestraffende sanctie, met name de bestuurlijke boete.¹²⁸ Zoals bekend, heeft de wetgever inmiddels een grote hoeveelheid bevoegdheden tot het opleggen van een bestuurlijke boete gecreëerd. Ook is er jurisprudentie voorhanden waarin bepaalde sancties met enige regelmaat als bestraffend worden aangemerkt.

In de literatuur is wel de vraag opgeworpen of de transformatie van strafbare naar beboetbare feiten betekent dat de waarborg van sanctiëring door de rechter (ook wel procesverplichting genoemd) wordt geschonden en of in dit opzicht aan art. 113, eerste lid, Grondwet normen kunnen worden ontleend. Indien de bepaling met zich zou brengen dat niet alleen strafbare feiten, maar ook beboetbare feiten door een tot de rechterlijke macht behorende rechter zouden moeten worden opgelegd, dan zou het huidige wetgevingsbeleid ongrondwettig zijn. Art. 113, eerste lid, Grondwet is echter uitsluitend bedoeld voor 'echte' strafbare feiten.¹²⁹

128. Ik beperk me hier tot de niet-vrijheidsbenemende sanctie.

129. R.J.G.M. Widdershoven, *De bestuurlijke boete in de Grondwet*, NJB 1998, →

Deze vragen zijn ook gesteld in de landen met constitutionele rechtspraak en een boetestelsel, bijvoorbeeld Frankrijk en Spanje.

In Frankrijk¹³⁰ is het sinds 1989¹³¹ vaste rechtspraak van de constitutionele rechter dat de wetgever de vrijheid heeft om het opleggen van bestraffende sancties ('sanction ayant le caractère d'une punition'¹³²) op te dragen aan bestuursorganen, mits het opleggende bestuursorgaan wordt verplicht bij het opleggen ervan een aantal beginselen in acht te nemen, te weten: le principe de légalité des délits et des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère, le principe de nécessité des peines en le principe du respect des droits de la défense.¹³³

In Spanje heeft art. 25 van de Grondwet van 1978¹³⁴ de jurisprudentie

→ p. 236-237. Zie over het onderwerp onder andere ook P.A.M. Mevis, Constitutioneel strafrecht, Oratie Rotterdam, Gouda Quint, Deventer 1998; M.J.H.T. Rikmenspoel, De bestuursrechtelijke boete en artikel 113 Gw, Gst. 7023 (1996), p. 11 en P.J.J. van Buuren, De bestuurlijke boete geregeld, in: W.G.A. Hazewindus en O.J.D.M.L. Jansen (red.), Van boeteatelier tot boetefabriek, Kluwer, Deventer 1995, p. 47.

130. Franck Moderne, Sanctions administratives et justice constitutionnelle, p. 183-187; Mireille Delmas-Marty en C. Teitgen-Colly, Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal. *Economica*, 1992, p. 32-34. Standaardwerken zijn op dit terrein overigens: Jacques Mourgeon, La répression administratives, LGDJ, 1967 en J.M. Auby, Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publiques, in: *Mélanges Brethe de la Gressaye*, p. 1 e.v.

131. De twee standaarduitspraken van de Conseil constitutionnelle zijn die van 17 januari 1989 inzake de sanctiebevoegdheid van de Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en die van 28 juli 1989 inzake de sanctiebevoegdheid van de Commission des opérations de bourse (COB).

132. CC 28 juli 1989.

133. CC 17 januari 1989 CSA. De strafrechtelijke beginselen van séparation des fonctions en het verbod du cumul des fonctions de réglementation et de répression werden juist niet van toepassing geacht op het punitieve bestuursrecht. Michel Degoffe, p. 71-72. Zie ook C. Teitgen-Colly, Sanctions administratives et autorités administratives indépendantes, *Les petites Affiches*, 17 januari 1990, p. 25.

134. De bepaling luidt, voorzover van belang: 1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento. (...) 3. La administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad. Zie hierover onder andere: Manuel Cobo del Rosal en Manuel Quintanar Díez, Artículo 25 Garantía penal, in: Oscar Alzaga Villaamil, Comentarios a la constitución española de 1978, tomo III Artículos 24 a 38, cortes generales editoriales de derecho reunidas, 1997, p. 127 t/m 137 en 143-144.

van het Tribunal Constitucional (en van hoogste rechters)¹³⁵ opgeleverd volgens welke bepaalde op strafrechtelijke beginselen gelijkende normen ook bij de uitoefening van de Potestad administrativa sancionadora in acht moesten worden genomen.¹³⁶ Na ad hoc regelgeving was titel IX van de Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común uit 1992, een wet enigszins te vergelijken met onze Algemene wet bestuursrecht, de eerste algemene codificatie van enkele beginselen die gelden voor de Potestad administrativa sancionadora: principio de legalidad (art. 127), irretroactividad (art. 128), principio de tipicidad (art. 129), responsabilidad (art. 130), principio de proporcionalidad (art. 131), prescripción (art. 132), concurrencia de sanciones (art. 133) en principios del procedimiento sancionador (art. 134-138).

Nu art. 113, eerste lid, Grondwet geen waarborgend effect heeft voor bestraffende sancties die niet door de rechter, maar door een bestuursorgaan (justitieel of niet) worden opgelegd, moet worden teruggevallen op art. 6 EVRM en de interpretatie daarvan door het EHRM. Zoals bekend staat art. 6 EVRM toe dat een bestraffende sanctie door een bestuursorgaan wordt opgelegd, mits toegang bestaat tot een onafhankelijke rechter met *full jurisdiction*. Ook moet door het bestuursorgaan een aantal in art. 6 EVRM neergelegde waarborgen worden gerespecteerd om de gehele procedure te kunnen beschouwen als een 'fair trial.' Van dit jurisprudentiële regelsysteem is weinig terug te vinden in onze Grondwet.

Het uitgangspunt van de wetgever is dat deze waarborgen in de boeteprocEDURE worden opgenomen en de noodzaak daarvan wordt niet bestreden. Natuurlijk valt er wel te twisten over de wijze waarop de vertaalslag van deze waarborgen in de regelgeving is neergelegd. Omdat ik mij in mijn preadvies beperk tot het sanctiestelsel en de meer

135. Een handig maar wat ouder overzicht: Juan José Gonzáles Rivas, *Las sanciones administrativas en la doctrina del Tribunal Jurisprudencial del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia* 1995.

136. Het Spaanse recht met betrekking tot sancties dateert al van voor 1978. Een beschrijving: Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid 2000, p. 49 e.v.; F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, p. 16-21 en E. Bacigalupo, *Le système de sanctions administratives et l'impact du système de sanctions communautaires sur l'ordre juridique espagnol*, in: *The system of administrative and penal sanctions in the member states of the European communities*, Volume I national reports, Commission of the European communities, p. 139 t/m 173, ook gepubliceerd als E. Bacigalupo Zapater, *Sanciones administrativas*. *Derecho español y comunitario*, Madrid 1991.

materieelrechtelijke punten, laat ik de procedurele aspecten hier rusten. Ik heb bovendien de indruk dat de debatten over de invulling van deze procedurele aspecten in hoofdlijnen wel zijn gevoerd. Wel moet me van het hart dat ik het zwijgrecht graag anders geregeld zou willen zien: in plaats van de omschrijving van de jurisprudentiële regel op basis van art. 6, eerste lid, EVRM in voorgesteld art. 5.0.11 Awb, zou ik liever zien dat art. 29 Sv van overeenkomstige toepassing wordt verklaard om het strafprocesrecht en het boeteprocedurerecht niet onnodig uiteen te laten lopen. Vooral in situaties waarin één enkel onderzoek de voorbereiding kan zijn van zowel de oplegging van een herstelsanctie, als van een bestuurlijke boete en de vervolging voor een gepleegd strafbaar feit, en die zijn er nogal wat, lijkt me dit noodzakelijk.

In de recente jurisprudentie over de bestuurlijke boete valt de rol van het legaliteitsbeginsel, *lex certa* en *lex mitior* op (art. 16 Grondwet, 7 EVRM, 15 IVBPR, 1 Sr en 5.0.4 Awb). Ik heb deze in § 3 reeds besproken.

Een laatste belangrijke constitutionele vraag is nog of bestuursorganen ook vrijheidsbenemende sanctiebesluiten mogen nemen. Deze vraag heeft een belangrijke rol vervuld bij de inrichting van de inverzekeringstelling en iets recenter de bestuurlijke ophouding. Bij de herziening van de inverzekeringstelling werd uiteindelijk de procedure opgenomen van 59a Sv: de voorgeleiding binnen drie dagen en vijftien uur van de verdachte aan de rechter-commissaris. Deze werd in het Wetboek van Strafvordering opgenomen om te voldoen aan art. 5, derde lid, EVRM: een ieder die is gearresteerd of gedetineerd moet onverwijld voor een rechter worden geleid. Bij de regeling van de bestuurlijke ophouding (art. 154a en 176a Gemeentewet) speelde art. 5 EVRM uiteraard ook een belangrijke rol. Op grond van deze bepalingen is de burgemeester bevoegd bepaalde personen tijdelijk (maximaal 12 uren) te doen ophouden en naar een andere plaats te doen overbrengen. De bestuurlijk opgehouden persoon kan een voorlopige voorziening vragen, waarbij een aantal afwijkingen geldt van de regeling daarvan in art. 8:81 e.v. Awb.¹³⁷

Het lijkt niet in strijd met het constitutionele recht te zijn dat een be-

137. Zie over de bestuurlijke ophouding onder andere M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging*, proefschrift Utrecht, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 2000, p. 281-290, alsmede T. Kooijmans en P.A.M. Mevis, *Bestuurlijke detentie*, NTB 1999, p. 109-117 en T. Kooijmans en P.A.M. Mevis, *Nogmaals bestuurlijke detentie: het wetsvoorstel 'Bestuurlijke ophouding'*, NTB 1999, p. 237-240.

stuursorgaan de vrijheid van iemand beperkt en benoemt voor korte tijd, indien een spoedige toegang tot de rechter is verzekerd. Het zou dus mogelijk zijn om een dergelijke sanctiebevoegdheid te creëren. Gelet op het ingrijpende karakter van de bevoegdheid, zou ik haar echter bij voorkeur aan de rechter willen laten. Dat betekent mijns inziens ook dat vrijheidsbeneming als dwangmiddel om een vermogenssanctie te voldoen weliswaar in een bestuursrechtelijke sanctieregeling zou kunnen worden ingebouwd, maar uitsluitend door de rechter zou mogen worden opgelegd. De wetgever zou dat wat mij betreft ook inderdaad moeten regelen.

6. Enkele opmerkingen over de sanctie in het bestuursrecht

6.1 Algemeen

De grote aandacht die al meer dan twintig jaar aan rechtshandhaving wordt besteed, heeft grote invloed gehad op de vormgeving van het bestuursrechtelijke sanctiesysteem. In betrekkelijk korte tijd werd naast het strafrechtelijke sanctiesysteem, dat vanouds als dominant handhavingssysteem werd gezien, het (algemeen) bestuursrechtelijke uitgebouwd. De last onder dwangsom is razendsnel doorgestoten naar het algemeen deel van het bestuursrecht en de bestuurlijke boete is al hard op weg. De intrekking van een begunstigende beschikking (als sanctie) maakt overigens al langer deel uit van het algemeen bestuursrecht dan de dwangsom en de boete, maar op een codificatie daarvan in de Algemene wet bestuursrecht moeten we nog wachten. Het voorstellen is om die sanctie met een volgende tranche in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen als onderdeel van een regeling van het intrekken van beschikkingen in het algemeen.¹³⁸

In het bijzondere bestuursrecht komen uiteraard nog meer sancties voor. Enkel daarvan zouden wellicht in de toekomst eveneens kunnen doorstoten naar het algemene deel van het bestuursrecht. Ik denk hierbij aan de bestuurlijke waarborgsom,¹³⁹ maar ook de uitsluiting beschouw ik als een kandidaat.¹⁴⁰ Een volgende sanctie zou wellicht

138. Commissie wetgeving algemene regels van bestuursrecht, Voorontwerp Algemene wet bestuursrecht vierde tranche, Den Haag 1999, p. 91.

139. Zie over deze sanctie onder andere: M.V. van Drumpt en G.H. Addink, De bestuurlijke waarborgsom in het bestuursrecht: begrip, plaats, inhoud en karakter, NTB 1999, p. 118 t/m 126.

140. De commissie Michiels beveelt terecht aan de mogelijkheden van de

de onderbewindstelling van een rechtspersoon kunnen zijn. Deze komt in het financiële bestuursrecht voor en wordt voor zover ik weet daar ook daadwerkelijk toegepast. Uit bestuursrechtelijk oogpunt is dit een bijzondere sanctie. Ze is echter overgenomen uit een algemene strafwet: de Wet op de economische delicten.

We zullen hierna (§ 7.3) nog zien dat ik het met De Hullu eens ben, dat het opmerkelijk is dat de op rechtspersonen toegesneden sancties niet met de strafbaarstelling zijn meeverhuisd van de Wet op de economische delicten naar het algemeen deel van het strafrecht. Hiervoor heb ik een aantal EG-richtlijnen en EU-kaderbesluiten besproken waarin steeds eenzelfde groep mogelijke rechtspersonensancties wordt opgesomd. Met de genoemde verhuizing zouden deze kunnen worden 'meegenomen'.

De vaststelling dat bestuursorganen zelfstandig bestraffende sancties mogen opleggen betekent, dat ook de tot het openbaar ministerie behorende bestuursorganen dat zouden moeten mogen. Door de onderzoekers in het project *Strafvordering 2001* en het ministerie van Justitie zijn en worden voorstellen ontwikkeld voor een zelfstandige OM-sanctie (boete en executabele transactie). Het openbaar ministerie zou meer sancties zelfstandig kunnen opleggen dan alleen deze boete. Daarbij komt ook een aantal van de door mij zojuist genoemde rechtspersonensancties in beeld. Indien we deze sancties algemeen genoeg vinden voor het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht, komt de vraag op waarom deze sanctie niet geschikt zou kunnen zijn voor meer handhaving dan alleen de financieelbestuursrechtelijke. Zouden deze sancties niet eveneens een plaats behoren te krijgen in het algemeen deel van het bestuursrecht?

Niet alleen in verband met de actualiteit ligt het voor de hand om de bestuurlijke boete een prominente plaats te geven in mijn beschouwing. Het ontwerp van een algemene regeling van de bestuurlijke boete is een van de zaken die van groot belang zijn voor de verhouding tussen de algemene delen van het strafrecht, het strafprocesrecht en het bestuursrecht. Ik wijs op de keuze van de Commissie Scheltema om een aantal centrale leerstukken uit het algemeen deel van het straf-

→ uitsluiting nader te bezien (p. 77). De regering heeft daaraan op dit moment geen behoefte (kamerstukken II 1999-2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 7 en 8). De Commissie Scheltema (p. 91) geeft aan dat de bestuurlijke waarborgsom, de uitsluiting, de maatregel in het sociale zekerheidsrecht en de disciplinaire straf in het ambtenarenrecht bestuursrechtelijke sancties zijn, die nu (nog) niet behoren te worden opgenomen in de Algemene wet bestuursrecht: hun betekenis ontstijgt niet een specifiek deelterrein.

recht min of meer over te nemen en het zwijgrecht afwijkend van art. 29 Sv te regelen.

6.2 De bestuurlijke boete

Op 12 januari 1994 verschijnt het advies Handhaving door bestuurlijke boeten van de inmiddels opgeheven Commissie voor de Toetsing van Wetgevingsprojecten met als belangrijke algemene aanbeveling dat de bestuurlijke boete op grotere schaal diende te worden ingevoerd. Ze heeft ook geadviseerd over de vormgeving van de regelingen van de bestuurlijke boete. Daarbij ging ze onder meer uit van twee modellen.¹⁴¹ In model A wordt het strafrecht in beginsel geheel uitgesloten en wordt de hoogte van de boete precies vastgelegd (tarifiering). In model B zijn zowel de strafrechtelijke als de bestuursrechtelijke weg open en beschikt het bestuursorgaan over beleidsvrijheid bij het bepalen van de hoogte van de boete. De Commissie sprak een voorkeur uit voor model A omdat volgens haar het uitgangspunt moet zijn 'dat de wetgever duidelijkheid schept, zodat voor alle betrokkenen kenbaar is op welke wijze gesanctioneerd wordt. Uit rechtszekerheidsoogpunt biedt model A dan ook grote voordelen.'¹⁴² De regering volgde in grote lijnen het advies van deze commissie. Het valt overigens op dat de regering de keuze voor model A relativeert.¹⁴³

Handhaven op niveau

In 1998 verschijnt het rapport Handhaven op niveau van de commissie Michiels.¹⁴⁴ Deze commissie plaatst een aantal kanttekeningen bij het kabinetsstandpunt dat de bestuurlijke boete breed zou moeten worden ingevoerd. De regering moet volgens de commissie niet teveel verwachten van de gestelde doelmatigheidswinst. Het completeren van het handavingsinstrumentarium van het bestuur met de bestuurlijke boete draagt wel bij aan zijn slagvaardiger en geloofwaardiger optreden, maar dan moet er wel gebruik van worden gemaakt. Het bestuur zit niet altijd op het nieuwe instrument te wachten. De regering zou uit het oogpunt van rechtseenheid terughoudend moeten zijn met het attribueren van de boetebevoegdheid aan decentrale bestuursorganen. Ten aanzien van boetebevoegdheden in handen van decentrale be-

141. Handhaving door bestuurlijke boeten, p. 68 t/m 70.

142. P. 70.

143. Kamerstukken II 1993/94, 23 400 VI, nr. 48 p. 11-12.

144. Commissie bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving, Handhaven op niveau, W.E.J. Tjeenk Willink, Deventer 1998.

stuursorganen wijst de commissie op de voordelen van de strafrechtelijke transactie in handen van het bestuur of de bestuurlijke transactie, waarbij de rechtsbescherming wordt uitgesloten. Ondanks deze kanttekeningen ziet de commissie geen absolute, algemene belemmering voor bestuurlijke boeten.¹⁴⁵ De commissie constateert terecht dat de voorkeur van de Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten voor een model waarbij het strafrecht wordt uitgesloten door regering en wetgever niet of nauwelijks is nagevolgd. Omdat de commissie voorstander is van een meersporen- en samenwerkingsmodel vindt ze dit een gelukkige ontwikkeling.¹⁴⁶

Haarlemmerolie?

In het kabinetsstandpunt¹⁴⁷ wordt verklaard dat de bestuurlijke boete 'geen haarlemmerolie voor alle handhavingskwalen is.' De regering kiest in navolging van de commissie Michiels voor een 'combinatie van handhavingslijnen:' de bestuursrechtelijke en de strafrechtelijke afdoening van overtreden normen mag niet te zeer van elkaar vervreemden.¹⁴⁸ Hiervoor (§ 3.3) heb ik al betoogd dat bij dit 'en/en'-beleid kritische kanttekeningen kunnen worden geplaatst op gronden ontleend aan de rechtszekerheid. Opvallend is dat de regering de bestuurlijke boete en de strafrechtelijke transactie op één lijn plaatst. Dat lijkt me overigens terecht. Van groot belang is dat de regering in deze nota het kabinetsstandpunt over de bestuurlijke boete uit 1994 actualiseert.

Volgens de regering komt met de toepassing van een bestuurlijke boete de eigen verantwoordelijkheid van het bestuur voor de handhaving tot uitdrukking. Het bestuur wordt zo nog meer gestimuleerd bij het formuleren van beleidsvoornemens en regelgeving de handhaving aspecten tijdig mee te wegen. Zeker wanneer de bestuurlijke boete wordt geïntroduceerd voor feiten die niet werden gehandhaafd toen ze nog uitsluitend in het strafrechtelijk systeem waren ondergebracht, zal de sanctie leiden tot een groter effect voor de naleving van regelgeving. Het bestuur is meer geneigd tot handhaving om de eigen beleidsdoelstellingen te realiseren. Er valt enige doelmatigheidswinst te behalen voor bepaalde feiten, al moet dat effect volgens de regering niet worden overschat. Het bestuursrecht is volgens de regering meer toegesneden op massaal te geven beschikkingen.¹⁴⁹

145. P. 80-81. Zie ook p. 103.

146. P. 103.

147. Kamerstukken II 1999-2000, 26 800 VI, nr. 67.

148. Kamerstukken II 1999-2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 8.

149. P. 10.

Indicaties

De regering formuleert vervolgens een aantal indicaties die een rol dienen te spelen bij de afweging die in het kader van een bijzondere wet zou moeten worden gemaakt bij de beslissing om een bestuurlijke boete te introduceren:

Indicaties met betrekking tot de norm

1. Bestuurlijke boete alleen bij regel met geringe normatieve lading, waarvan in ieder geval sprake is indien de overtreding geen letsel aan personen of omvangrijke schade aan goederen veroorzaakt;
2. De norm is zo duidelijk omschreven dat het mogelijk is een vaste gedragslijn te ontwikkelen die een eenvoudige en efficiënte uitvoering waarborgt. Indien een duidelijke omschrijving niet mogelijk is, dan kan de bestuurlijke boete alleen worden toegepast indien ze kan worden opgelegd door een bijzondere, voor het opleggen van boetes toegeruste gespecialiseerde organisatie.

Indicaties met betrekking tot de handhavingspraktijk

3. transparantie en consistentie van het sanctiestelsel als geheel moeten verzekerd zijn.
'Een sanctiestelsel als geheel moet transparant zijn: wanneer normen zowel straf- als bestuursrechtelijk kunnen worden gehandhaafd is het noodzakelijk te verzekeren dat dezelfde 'tarieven' van toepassing zijn. Het is nodig dat op het desbetreffende beleidsterrein een dergelijke transparantie in stand blijft.'¹⁵⁰
4. De overtreding leent zich ervoor met vaste tarieven te bestraffen.
5. Documentatie met betrekking tot recidive is niet nodig.
6. De overtreding wordt niet in belangrijke mate door of ten dienste van criminele organisaties gepleegd.
7. Voor het opleggen van een bestuurlijke boete zijn alleen dwangmiddelen nodig met het oog op het vaststellen van de identiteit van de dader.

Indicaties met betrekking tot het handhavingsbeleid

8. De handhavende autoriteit beschikt over voldoende expertise om adequaat punitief te kunnen handhaven.

150. P. 11.

9. Het risico van accentverschuiving van repressie ten koste van herstelsancties is beheersbaar.
10. Het risico van accentverschuiving naar repressie ten koste van herstelsancties is beheersbaar.
11. Ongewenste gevolgen van monopolieposities bij sanctietoepassing zijn beheersbaar.
12. Informatievoorziening tussen toezichthouders en handhavers is voorzien.

Uiteindelijk stelt de regering vast dat een aantal normen 'aan de randen van de harde kern van het strafrecht' zonder bezwaar met een bestuurlijke boete kan worden gehandhaafd:

- secundaire bepalingen, die het toezicht door het bestuur mogelijk moeten maken;
- financiële en administratieve verplichtingen waarvan afdoening door het strafrecht geen toegevoegde waarde heeft.
- normering van gedrag op door de overheid gereguleerde markten, waarbij de wetgever gespecialiseerde instellingen belast heeft met punitieve handhaving.¹⁵¹

Het zojuist weergegeven afwegingskader van de regering is bedoeld voor de bijzondere wetgever die een 'boetewens' heeft. Indien het zou worden gehanteerd als stofkam door alle strafbare feiten met werkelijke depenalisering als doelstelling, zou een en ander neerkomen op een zeer grote wetgevingsoperatie die het '*nulla lex, sine poena-principe*' zou keren.¹⁵² Dat is echter vast niet de bedoeling. Nu kunnen we alieen vaststellen dat de deur naar de massale introductie van de bestuurlijke boete wijd open staat.

De voorgestelde Awb-regeling van de bestuurlijke boete komt dan ook op een moment dat de bevoegdheid tot het opleggen ervan reeds een groot aantal bijzondere wetten is opgenomen. De bestuurlijke boete komt voor in de belastingwetgeving, de socialezekerheidswetgeving, het financiële bestuursrecht, de Mededingingsregelgeving (Mededingingswet, Gaswet, Electriciteitswet 1998, de voorgestelde Wet markt en overheid), de vervoersregelgeving (de voorgestelde Spoorwegwet, de voorgestelde wijziging van de Wet luchtvaart), de Postwet, de Telecommunicatiewet, de Mediawet, de Arbeidsomstandighedenwet

151. P. 12.

152. S. Gutwirth en P. de Hert, Een theoretische onderbouw voor een logitisch strafproces, DD 2001, p. 1048 t/m 1087, met name p. 1076.

1998, de Infectieziektenwet, de Wet arbeid en zorg, de Wet geneesmiddelenprijzen, de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus, de Warenwet, de Wet bescherming persoonsgegevens, de Wet geneesmiddelenprijzen, de Wet inburgering nieuwkomers, de Wet op de (re)integratie arbeidsgehandicapten.

Het aantal boeteregelingen neemt alleen nog maar verder toe. Er wordt bijvoorbeeld nagedacht over de introductie van bestuurlijke boeten in de Woningwet,¹⁵³ de Wet op de ruimtelijke ordening,¹⁵⁴ de milieuregelgeving, de handhaving van 'kleine normen' in het kader van het integraal veiligheidsbeleid,¹⁵⁵ de scheepvaartregelgeving¹⁵⁶ en de regelgeving van Verkeer en Waterstaat in zijn algemeenheid.¹⁵⁷ De bevoegdheid om verkeersboeten op te leggen zal in de toekomst niet uitsluitend een zaak van de politie en justitie zijn, maar ook van andere wegbeheerders dan de Staat.

Een blik op het boeterecht

We hebben vastgesteld dat het uit constitutioneel oogpunt de wetgever vrij staat beboetbare in plaats van straffbare feiten in het leven te roepen, mits een aantal waarborgen in acht worden genomen. De beslissing om beboetbare feiten aan te wijzen is er een van de bijzondere wetgever, niet een van de wetgever van de Algemene wet bestuursrecht. Het in het leven roepen van een regeling van een aantal algemene leerstukken voor en de procedure van de bestuurlijke boete betekent dat alle bijzondere boeteregelingen moeten worden aangepast. Het ligt

153. Kamerstukken II 2001-2002, 27 157 en 27 575, nr. 45, p. 17.

154. De Nota herziening Wet ruimtelijke ordening (Kamerstukken II 1999-2000, nr. 2), p. 37.

155. Zie bijvoorbeeld de Nota criminaliteitsbeheersing (kamerstukken II 2000-2001, 27 834, nr. 2, p. 48), het kabinetsstandpunt inzake 'Handhaven op niveau' (kamerstukken II 1999-2000, 26 800 VI, nr. 67, p. 12), de Integrale Veiligheidsrapportage 2000 (kamerstukken II 2000-2001, 26 604, nr. 10, p. 3) en het Integraal Veiligheidsprogramma (kamerstukken II 1998-1999, 26 604, nr. 1, p. 33 e.v.). Zie ook M.A.J. Leenders en O.J.D.M.L. Jansen, De versterking van de bestuurlijke handhaving met de bestuurlijke boete in het kader van het integraal veiligheidsbeleid, Centrum voor rechtshandhaving en Europese integratie, Utrecht 15 mei 2000.

156. Brief inzake werkprogramma Inspectie Verkeer en Waterstaat (vw00001352 dd. 16 november 2001).

157. Zie G.H. Addink, A.P.W. Duijkersloot en F.C.M.A. Michiels, De bestuurlijke boeten in de wetgeving van Verkeer en Waterstaat. Een onderzoek naar de mogelijkheden van handhaving door middel van bestuurlijke boeten in de wetgeving van Verkeer en Waterstaat, in het bijzonder, de vervoers-, scheep- en luchtvaartwetgeving, Instituut voor Staats- en bestuursrecht, Universiteit Utrecht, januari 2002.

dan voor de hand een blik te werpen op het boeterecht dat ondertussen is ontstaan en de vraag te stellen of voldoende harmonisatie zal worden bereikt. Met het materiële boeterecht is dat niet het geval.

Met het voorontwerp wordt enige afstemming gezocht met een aantal algemene leerstukken uit het strafrecht. De wijze waarop dat is gebeurd heeft terecht stevige kritiek gekregen.¹⁵⁸ Juist omdat de bestuurlijke boete gelet op het zojuist genoemde 'en/en'-beleid naast een strafrechtelijke sanctie kan worden gekozen, dient de afstemming op het strafrecht zo groot mogelijk te zijn. De noodzaak van een zo duidelijk mogelijke afstemming op het strafrecht wordt alleen maar groter omdat met de uitleg van deze voorschriften in de regeling van de bestuurlijke boete een groot aantal uiteenlopende bestuursorganen en vier hoogste rechters zijn betrokken.

De met het Voorontwerp vierde tranche Awb voorgestelde regeling van de bestuurlijke boete is sterk afgestemd op het strafrechtelijke regime voor overtredingen. Daarom zal er geen regeling van de poging, de voorbereiding, de mislukte uitlokking en de medeplichtigheid worden opgenomen.¹⁵⁹ De afstemming is echter niet volledig. Zo gelden voor overtredingen in het strafrecht wel regels over de voortgezette toepassing, doen plegen en uitlokking. Uit de boetejurisprudentie van dit moment kan worden afgeleid dat de wetgever er goed aan zou doen om ook art. 56 Sr van overeenkomstige toepassing te verklaren.¹⁶⁰ Volgens de Commissie Scheltema is er geen behoefte aan de regeling van doen plegen en uitlokking. De achterliggende reden is waarschijnlijk het streven om bij bestuurlijke boeten de kring van aansprakelijke personen zo duidelijk mogelijk te houden. Zo schrijft Bos:

'Waar bij bestuurlijke boeten het streven erop is gericht een handhavingsvorm te kiezen waarmee betrekkelijk eenvoudig, snel en overtuigend duidelijk te maken is, dat de gestelde normen dienen te worden nageleefd, is er alle reden de kring van aansprakelijke subjecten zo duidelijk mogelijk te houden. Op die grond ligt het voor de hand ervan uit te gaan, dat de boete wordt opgelegd aan de adressaat van de ge-

158. Zie bijvoorbeeld VAR-werkgroep vierde tranche Awb, De vierde tranche Awb, p. 35-37.

159. Vergelijk art. 45, 46, 46a, 46b, 48, 49 Sr. Zie Voorontwerp Awb vierde tranche, p. 100 en 107.

160. Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 28 april 2000, JB 152 en CRvB 10 mei 2000, JB 228.

schonden norm en niet aan anderen die in wat verder verwijderd verband een bijdrage tot de normschending hebben geleverd.’¹⁶¹

Mede gelet op mijn voorstel om de OM-boete volledig door de boeteregeling in de Algemene wet bestuursrecht te laten normeren en mijn opvatting dat een groot aantal van deze leerstukken uit het evenredigheidsbeginsel kunnen worden afgeleid, stel ik voor om nog strakker aan te sluiten bij het strafrechtelijke regime voor overtredingen, eigenlijk zou dat volledig behoren te gelden voor feiten waarvoor een bestuurlijke boete kan worden opgelegd. De nu voorgestelde art. 5.0.5 en 5.4.1.2 zouden in dat kader kunnen worden aangevuld met een verwijzing naar de relevante bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht. Art. 5.0.1, tweede en derde lid, dienen te worden vervangen door een verwijzing naar art. 47 en 51 Sr.

Strafmaxima voor vermogenssancties

Voor vermogenssancties geldt in het strafrecht een vrij strak regime voor de maxima (art. 23 Sr). Er is een indeling in boetecategorieën die door de bijzondere wetgever dient te worden gevolgd bij het creëren van een strafbaar feit. Zo geldt er een indeling in zes categorieën aan de hand waarvan ook de ernst van het feit (en/of het achterliggende financiële belang) op een verfijnde manier kan worden onderverdeeld: € 250, € 2250, € 4500, € 11 250, € 45000 en € 450 000.

Een dergelijk systeem zou ook moeten gelden voor bestuurlijke boeten: de voorgestelde regeling in de Algemene wet bestuursrecht zou moeten worden aangevuld met een algemene bepaling, waarin de hoogte van de maximaal op te leggen boete in categorieën wordt verdeeld. De bijzondere wetgever dient dan zijn oordeel over het belang van het beboetbare feit uit te drukken met een categorieke keuze. Mijn voorkeur heeft zelfs dat art. 23 Sr van toepassing wordt verklaard, zodat voor alle bestraffende vermogenssancties hetzelfde regime geldt. Dan wordt bijvoorbeeld ook voorkomen, dat in de Wet Mulder aanvankelijk een maximum werd gekozen dat aansloot bij de eerste categorie uit art. 23 Sr, maar dat we nu moeten vaststellen dat het maximum hoger ligt (€ 340). De eerste categorie uit art. 23

161. J.T.K. Bos, De bestuurlijke boete, raakvlakken van bestuurs- en strafrecht, in: J.T.K. Bos e.a., Handhaving van het bestuursrecht, VAR-adviezen, Samsom H.D. Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1995, p. 150. Zie ook Voorontwerp Awb vierde tranche, p. 107.

Sr mag overigens wat mij betreft naar dat bedrag worden opgehoogd.

Voor rechtspersonen verdient mijns inziens een systeem de voorkeur dat in ieder geval in de hoogste categorie afstemming zoekt met de financiële draagkracht. Overtreden mag best bedrijfseconomisch pijn doen. Uit de (voorgestelde) regelingen van bestuurlijke boeten kunnen we een aantal systemen destileren, die bij het ontwerp inspiratie kunnen bieden.

De Mededingingswet regelt in de hoogste categorie een maximum van 1 miljoen of 10% van de omzet (art. 57, eerste lid, Mw),¹⁶² de maxima in het financieel bestuursrecht worden samengesteld op basis van een categorieïndeling naar zwaarte van het feit en een indeling naar eigen vermogen van de overtredende rechtspersoon in factoren. De indeling op basis van de Wet toezicht effectenverkeer is als volgt:

- Categorie I: natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen met een eigen vermogen van minder dan € 136 100; Factor: 1;
- Categorie II: natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen met een eigen vermogen van ten minste € 136 100 maar minder dan € 272 300; Factor: 2;
- Categorie III: natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen met een eigen vermogen van ten minste € 272 300 maar minder dan € 453 800; Factor: 3;
- Categorie IV: natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen met een eigen vermogen van ten minste € 453 800 maar minder dan € 4 538 000; Factor: 4;
- Categorie V: natuurlijke personen, rechtspersonen en vennootschappen met een eigen vermogen van ten minste € 4 538 000; Factor: 5.

Een rechtspersoon, uit categorie V die een beboothbaar feit van tariefnummer 5 pleegt, krijgt een bestuurlijke boete van € 435 625.

De boeteregeling in art. 96, tweede lid, voorstel-Spoorwegwet heeft een vergelijkbaar systeem met afwijkende maxima:

‘Indien de boete wordt opgelegd voor het overtreden van een bepaling vermeld in het eerste lid is bij de vaststelling van de hoogte van deze boete de onderstaande categorie-indeling naar omzet van toe-

162. De dg NMA heeft op 20 december 2001 de Richtsnoeren boetetoemeting gepubliceerd.

passing met de daarbij behorende factor. De omzet is de omzet in het kalenderjaar voorafgaand aan de datum van overtreding. De boete wordt vastgesteld door het in het eerste lid vermelde bedrag te vermenigvuldigen met de factor behorende bij de onderstaande omzet-categorie:

- Categorie I: ondernemingen met een omzet van minder dan € 100 000: factor: 0,25.
- Categorie II: ondernemingen met een omzet van ten minste € 100 000 maar minder dan € 200 000: factor 0,5.
- Categorie III: ondernemingen met een omzet van ten minste € 200 000 maar minder dan € 500 000: factor 1.
- Categorie IV: ondernemingen met een omzet van ten minste € 500 000 maar minder dan € 1 000 000: factor 2.
- Categorie V: ondernemingen met een omzet van meer dan € 1 000 000: factor: 3.¹⁶³

In de Algemene wet inzake rijksbelastingen gelden de volgende boetemaxima voor verzuimboeten; € 1 134 (art. 67a Awr), € 113 (art. 67b Awr) en € 4 537 (art. 67c Awr). Voor vergrijpboeten geldt een maximum van 100% van de boetegrondslag.¹⁶³

Mij staat het volgende systeem voor ogen. Gelet op de aantrekkelijkheid van de eenvoud geldt voor rechtspersonen dezelfde categorieïndeling als voor natuurlijke personen met dien verstande dat de naast hogere categorie geldt (art. 23, zevende lid, Sr). In de hoogste categorie geldt het boetemaximum van € 450 000, tenzij de omzet van de rechtspersoon meer is dan dat bedrag. Bij dergelijke rechtspersonen geldt een categorieïndeling met een systeem vergelijkbaar met dat in het financieel bestuursrecht en het wetsvoorstel Markt en overheid.

Klikboete

Op 5 maart 2002 heeft de Nederlandse mededingingsautoriteit het consultatiedocument *Richtsnoeren Clementietoezegging* gepubli-

163. Deze boetegrondslag is voor elke vergrijpboeten afzonderlijk omschreven. Zie art. 67d, tweede lid, 67e, tweede lid, en 67f, tweede lid, Awr. Art. 67d, tweede lid, Awr luidt: 'De grondslag voor de boete wordt gevormd door: a. het bedrag van de aanslag, dan wel b. indien verliezen in aanmerking zijn of worden genomen, het bedrag waarop de aanslag zou zijn berekend zonder rekening te houden met die verliezen; een en ander voor zover dat bedrag als gevolg van de opzet van de belastingplichtige niet zou zijn geheven'.

ceerd.¹⁶⁴ De directeur-generaal van de NMa beschikt over de discretionaire bevoegdheid om bestuurlijke boeten op te leggen. Op basis van de voorgestelde richtsnoeren kan hij aan ondernemingen die betrokken zijn of zijn geweest bij een kartel toezeggen dat hij afziet van het opleggen van een bestuurlijke boete ('boete-immuniteit') of de hoogte van zo'n boete vermindert ('boetevermindering'). Clementie is de verzamelnaam voor boete-immuniteit en boetevermindering. De Nederlandse mededingingsautoriteit meent dat de 'clemente behandeling van de karteldeelnemer' ten goede komt aan de opsporing, sanctionering en beëindiging van overtredingen van de Mededingingswet.

'Dit bevordert de efficiënte werking van markten en voorkomt of vermindert de benadeling van afnemers en consumenten door kartels, hetgeen naar het oordeel van de NMa zwaarder weegt dan de mogelijkheid de kennisgevende karteldeelnemer (ten volle) te beboeten.'

De NMa verwijst naar het bestaan van vergelijkbare regelingen van 'leniency' van de Europese Commissie¹⁶⁵ en van vele andere nationale mededingingsautoriteiten.¹⁶⁶ In OESO-verband is op het belang van een dergelijke regeling gewezen,¹⁶⁷ terwijl voorts het samenwerkingsverband van mededingingsautoriteiten in september 2001 Principles for Leniency Programmes heeft aangenomen.¹⁶⁸

164. Zie <http://www.nma-org.nl/overigepub/2002/consultatiedocumenten/consultatiedocumenten.htm>

165. Mededeling van de Commissie betreffende het niet opleggen of verminderen van geldboeten in zaken betreffende mededingingsregelingen (PB 1996 C 207 en C 251/3). Hierover bijvoorbeeld GEA 13 december 2001 T-45/98 en T-47/98 Krupp Thyssen Stainless en Acciai speciali Terni. Zie voorts Wouter Wils, *The optimal Enforcement of EC Antitrust Law*, proefschrift Utrecht, Kluwer Law International, Boston 2002, p. 45-66.

166. Zoals bijvoorbeeld het Leniency programma van het Office of Fair Trading (OFT) in Groot-Brittannië, the Cartel Immunity Programme van de Ierse Competition Authority, de Bonusregeling van het Bundeskartellamt en artikel L. 462-2, leden 2 en 3 van de Franse Code du Commerce. Zie over de Duitse regeling Gerhard Dannecker en Jörg Biermann, § 81, in: Immenga/Westmäckor, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Kommentar, 3. Auflage, C.H. Beck, München 2001, p. 2137-2141, randnummer 378-389.

167. OECD Competition Committee, *Report on Leniency Programmes to Fight Hard Core Cartels*, 2001 (te achterhalen via: www.oecd.org).

168. <http://www.tca.ie/eca.pdf> of via www.nma-org.nl/overigepub/2002/consultatiedocumenten/intro.htm

Bij de NMa wordt een Clementiebureau ingericht met medewerkers die niet over toezicht- of onderzoeksbevoegdheden beschikken. De Clementieregeling bevat een regeling van de aanspraak op boete-immuniteit, op een boetevermindering van ten minste 50% of een van 10 tot en met 50%. Voorts is daarin de procedure geregeld volgens welke tot een toezegging van (het clementiebureau van) de NMa kan worden gekomen.

Het voert gelet op de doelstelling van dit preadvies en het tijdstip waarop dit consultatiedocument werd gepubliceerd te ver om de inhoud uitgebreid te bespreken. Ik ga ervan uit dat bij de discussie over de Nederlandse clementieregeling niet alleen de ervaringen in het mededingingsrecht buiten Nederland worden betrokken, maar zeker ook de discussie over het wetsvoorstel 'toezeggingen aan getuigen in strafzaken' dat een enigszins vergelijkbare regeling in het strafrecht beoogt te introduceren (voorgestelde artikelen 44a Sr en 226g-226k Sv).¹⁶⁹

6.3 Andere bestraffende sancties

Het bestraffende bestuursrecht heeft een probleem dat de straffurist bespaard blijft: welk overheidsbesluit is bestraffend en welk niet. De rijke creativiteit van vele wet- en regelgevers levert een restcategorie op bestaande uit een bonte verzameling besluiten die als bestraffend zijn of kunnen worden aangemerkt. Bekende deelnemers zijn de punitieve intrekking van een begunstigende beschikking¹⁷⁰ en de TWAO-korting.¹⁷¹

De vraag of een besluit bestraffend is, is soms buitengewoon lastig. De maatregel in het sociale zekerheidsrecht wordt in stevig bekritiseerde vaste rechtspraak en door de wetgever als niet-bestruffend aangemerkt.¹⁷² Het probleem speelde onder andere bij de Tijdelijke wet arbeidsbemiddeling onderwijs (TWAO) en het werd met wisselend succes opgeworpen bij de Wet op het voortgezet onderwijs,¹⁷³ de Vee-

169. Kamerstukken I 2000-2001, 26 294, nr. 379. Zie ook kamerstukken II 2000-2001, 28 017, nrs. 1-2.

170. Zie bijvoorbeeld Abr 15 februari 2001, JB 88 nt. Albers.

171. Zie bijvoorbeeld Abr 15 april 1999, JB 151; Rawb 145.

172. CRvB 22 augustus 2001, USZ 279; CRvB 5 april 2000, JB 144; USZ 135; Rawb 133 en 134 nt. Jansen en CRvB 21 december 1993, RSV 1994, 132 nt. Demeersseman.

173. Abr 20 juni 2000, JB 221.

wet,¹⁷⁴ en de Huursubsidiewet.¹⁷⁵ Het speelt ook bij beslissingen die op intrekkingen lijken, zoals het doorhalen van een inschrijving als rechtsbijstandverlener.¹⁷⁶ Zou de ZEEP-maatregel bestraffend zijn?¹⁷⁷

Albers kenschetst de jurisprudentie over de vraag of besluiten bestraffende sancties zijn of niet als 'Etikettenschwindel'.¹⁷⁸ Zoals bekend brengt het vaststellen dat een sanctie bestraffend is met zich dat art. 6 EVRM van toepassing is. Het onderscheiden van de twee categorieën (herstelsancties en bestraffende sancties) is volgens haar 'dat Nederlandse wetgever en rechter zoveel mogelijk administratieve sancties proberen te kwalificeren als reparatoire sancties, ongeacht of deze sancties feitelijk punitief zijn. Het voorgaande lijkt met name te gebeuren teneinde de extra (strafrechtelijke) waarborgen, die in acht genomen moeten worden bij oplegging van punitieve sancties, te omzeilen. Effectieve en efficiënte handhaving is daarmee gediend'.¹⁷⁹

Ik deel haar nogal stevige kritiek niet en betwijfel of de beslissing om een sanctie als niet-bestruffende sanctie aan te merken werkelijk is ingegeven om die strafrechtelijke waarborgen te vermijden. Door de rechtsgebiedoverstijgende definitie van 'criminal charge' wordt elke staat die bij het EVRM is aangesloten met dit probleem geconfronteerd. Niet alleen in Nederland is men ermee aan het worstelen. In Spanje worstelt men bijvoorbeeld met de vraag of een bepaalde overheidshandeling een *sanción* is of niet,¹⁸⁰ in Frankrijk met de vraag of zo'n handeling een *sanction administrative* of *punition* is.¹⁸¹ Wetge-

174. Abr 1 november 1999, JB 301.

175. Rechtbank Almelo 20 november 2001 LJN AD6813 Zaaknr: AWB 00/999 BELEI H1 A; rechtbank Dordrecht 14 december 2001 LJN AD7949 Zaaknr: Awb 01/461; rechtbank Den Bosch 17 januari 2002, Awb 01/238 en rechtbank Den Bosch 17 januari 2002, Awb 01/350.

176. Abr 12 december 2001, Abkort 2002, 2.

177. Dat is de gedoeltematige weigering rijksvergoeding WSW op grond van art. 44, onder e, WSW. ZEEP staat voor zorgvuldige en evenwichtige plaatsing van kandidaat-werknemers.

178. C.L.G.F.H. Albers, 'Etikettenschwindel' in het administratieve sanctierecht?, NJB 2001, p. 1157-1162.

179. P. 1157.

180. Bijvoorbeeld Ignacio Pemán Gavín, *El Sistema Sancionador Español*, Cedecs, Barcelona 2000, p. 33-102, Manuel Rebollo Puig, *El contenido de las sanciones*, Justicia Administrativa 2001, p. 151 t/m 206.

181. Zie bijvoorbeeld Michel Degoffe, *Droit de la sanctionnon pénale*, Economie, Paris 2000, p. 128 t/m 218 en Georges Dellis, *Droit pénal et droit administratif*, LGDJ, 1997, p. 48 t/m 225.

ver, rechter en praktijk zullen vermoedelijk nog wel een tijdje blijven worstelen met de vraag of een overheidshandeling een bestraffende sanctie is. Het voorontwerp Vierde tranche Awb, met name art. 5.4.2.7 Awb, zou dan ook aangevuld kunnen worden met de bepaling dat titel 5.4 ook van toepassing is op andere bestuurlijke sancties die zijn gericht op de bestraffing van de overtreder.¹⁸²

7. Enkele opmerkingen over de sanctie in het strafrecht

7.1 Algemeen

Uit de preadviezen van Bleichrodt en De Huilu komt de interne dynamiek van het strafrecht uitvoering aan de orde. In onderling overleg zijn mijn beschouwingen over de sanctie in het strafrecht beperkt tot de 'OM-boete', de executabele transactie en de strafrechtelijke transactie in handen van het bestuur, alle onderwerpen waarmee de invloed van het denken over de bestuursrechtelijke handhaving op de strafrechtelijke naar voren komt. In mijn betoog over de sanctie in het strafrecht besteed ik ook aandacht aan de vraag of de massale invoering van de bestuurlijke boete gevolgen heeft voor het voortbestaan van het stelsel waarin overtredingen en misdrijven worden onderscheiden.

7.2 OM-boete

In zijn preadvies van 1994 schreef Knigge dat hem een *driesporen-proces* voor ogen staat, waarbij de eenvoudigste procedure betrekking heeft op de oplegging van geldboetes, de middelzware op vrijheidsstraffen van niet meer dan zes maanden en de zwaarste op vrijheidsstraffen van langere duur.¹⁸³ Hij bepleit het afschaffen van de transactie om deze te vervangen door een bestuursrechtelijk getinte procedure, waarbij de officier van justitie een boetebeschikking neemt waartegen de betrokkene beroep kan aantekenen bij de strafrechter. De strafrechter kan de opgelegde boete niet verhogen, wel verlagen.

Ik ben het met Knigge eens dat er bezwaren kleven aan de transactie.¹⁸⁴ In de praktijk wordt het aanbod de zaak te transigeren ingegeven door

182. Zie eerder mijn *Punitief en evenredig?* JBPlus 2000, p. 44.

183. G Knigge, *De strafvordering in het geding*, in: *Herbezinning op (de grondslagen) van het Wetboek van Strafvordering, Handelingen NJV 1994-I*, W.E.J. Tjeenk Wilink, Zwolle, p. 75.

184. Ik verwijs korthedshalve naar p. 58 van in de vorige noot genoemde preadvies.

de wens een ingewikkeld en tijdrovend onderzoek te voorkomen. 'En die wens spoort wonderwel met het grote belang dat in het bijzonder bedrijven hechten aan het vermijden van negatieve publiciteit. Willekeurige bestraffing is dan, juist doordat de zaak niet goed behoeft te worden uitgezocht, allesbehalve denkbeeldig.'¹⁸⁵

Ook uit het oogpunt van rechtsbescherming heb ik bedenkingen tegen de transactie. De verdachte wordt aangeboden om niet naar de rechter te gaan als hij het transactieaanbod aanvaardt. Hij kan in theorie in alle vrijheid het aanbod afslaan om zijn zaak aan de rechter voor te leggen. Dat kan hij overigens niet zelf, dat voorleggen aan de rechter moet hij aan de tegenpartij, de officier van justitie overlaten. Vervolgens loopt hij het risico dat een hogere straf wordt geëist en opgelegd dan de transactie die hij had afgeslagen.

De situatie is niet geheel vergelijkbaar, maar toch: in het bestuursrecht wordt de mogelijkheid om bij overeenkomst afstand te doen van bezwaar en beroep ontkend. De administratieve rechter kan het beroep van de belanghebbende niet niet-ontvankelijk verklaren op de grond dat hij bij overeenkomst van het recht op dat beroep afstand heeft gedaan. Licht het dan niet evenzeer voor de hand om kritische vragen te stellen bij de figuur van de transactie?

Hij schrijft terecht dat de transactie de vorm heeft van het voorkomen van strafvervolgning, maar in feite een vorm van buitengerechtelijke afdoening is. In het onderzoeksproject *Strafvordering 2001* wordt uitdrukkelijk aandacht besteed aan deze vorm van buitengerechtelijke afdoening.¹⁸⁶ De regering heeft de uitwerking van dit spoor in het wetgevingsprogramma opgenomen.¹⁸⁷ Het gaat volgens haar om het verbeteren van het juridisch kader, het verbreden van de wettelijke basis voor de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken en het omvormen van het transactieinstrument. Hiermee heeft ze kennelijk het eerdere voornemen naar aanleiding van het rapport van de Commissie Korthals-Altes meegenomen om een wetsvoorstel in te dienen waarin de executabele transactie wordt ingevoerd.¹⁸⁸

185. G. Knigge, *De strafvordering in het geding*, in: *Herbezinning op (de grondslagen) van het Wetboek van Strafvordering*, Handelingen NJV 1994-I, W.E.J. Tjeenk Willeink, Zwolle, p. 58.

186. Zie A.R. Hartmann, *Buitengerechtelijke afdoening*, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter terechtzitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 59 *u/m* 90.

187. Kamerstukken II 2000-2001, 27 400 VI, nr. 69, p. 6.

188. Kamerstukken II 1995-1996, 24 802, nrs. 1-2, p. 63 [*Nota Rechtshandhaving en veiligheid*].

Zowel de OM-boete als de executabele transactie hebben als uitgangspunt dat de procesverplichting bij de oplegging ervan verdwijnt: er is geen koppeling meer aan de uitspraakbevoegdheid van de strafrechter, de bestuursorganen van het openbaar ministerie handelen zelfstandig. Knigge: 'Lange tijd is de procesverplichting gekoesterd als een onvervreemdbare karaktereigenschap van het strafrecht. Dat lijkt te veranderen. Erkend moet worden dat de bestuurlijke boete hierbij een belangrijke breekijzerfunctie heeft vervuld. De opmars van deze vorm van beboeting in het bestuursrecht opende de strafrechtjurist de ogen. De conclusie moest wel zijn dat de procesverplichting bij de oplegging van vermogenssancties niet als een onmisbare, wezenlijke waarborg kan worden beschouwd. Een goede reden om in het strafrecht aan die verplichting vast te houden bleek dus niet te bestaan.'¹⁸⁹

Indien bestuursorganen de bevoegdheid hebben zelfstandig sanctiebesluiten te nemen, zoals de bestuurlijke boete, bestuursdwang, de last onder dwangsom, de intrekking van begunstigende beschikkingen, de uitsluiting en de waarborgsom, waarom zou diezelfde bevoegdheid dan niet kunnen worden gegeven aan de justitiële bestuursorganen? Ook voor het strafrecht geldt dat het de wetgever (uit constitutioneel oogpunt) in beginsel vrij staat om de oplegging van bestraffende niet-vrijheidsbenemende sancties aan bestuursorganen (van het OM en de politie) te geven. De gedachte om een OM-boete en een executabele transactie te introduceren is dus wat mij betreft een goede. Ik meen dat op deze wijze zittingsruimte bij de strafrechter zou kunnen worden bespaard op een wijze die recht doet aan de noodzaak tot het bieden van deugdelijke rechtsbescherming. Daarbij is een filter noodzakelijk in de vorm van de mogelijkheid van bezwaar bij de officier van justitie (of een ander bestuursorgaan) voorafgaand aan beroep op de strafrechter.

Derde interimrapport Strafvordering 2001

In het derde interimrapport van het onderzoeksproject Strafvordering 2001 wordt het idee van het drie-sporenproces nog wat verder uitgewerkt.¹⁹⁰ Het derde spoor wordt het spoor van de buitengerechtelijke

189. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Het vooronderzoek in strafzaken, Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, Deventer 2001, p. 119.

190. Ik baseer mij op: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, Algemeen deel (concept), in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001.

afdoening, niet enkel de vermogenssancties. Er wordt op praktische gronden gekozen voor twee regelingssystemen: de bestuurlijke boete in de Awb en het derde spoor in het strafrecht. In dat derde spoor kunnen hoge boeten (met een onderscheid tussen commune en economische delicten en tussen rechtspersonen en natuurlijke personen) worden opgenomen, alsmede aanwijzingen voor de persoon aan wie de sanctie wordt opgelegd, straatverbod, ontzegging rijbevoegdheid en dergelijke.

Het uitgangspunt is weliswaar dat inhoudelijke verschillen tussen de strafrechtelijke en de bestuursrechtelijke variant moeten worden voorkomen, maar er zijn volgens de onderzoekers goede gronden om van de in het Voorontwerp voorgestelde regeling af te wijken: zij kiezen voor een meer 'strafvorderlijke' invulling van het beroep op de rechter. De rechter zou de zaak in volle omvang moeten beoordelen en een eigen antwoord moeten geven op de vragen van art. 348 en 350 Sv. De feitsomschrijving van de beschikking dient dan als het ware als telaslegging te fungeren. De officier van justitie krijgt de bevoegdheid deze feitsomschrijving binnen de grenzen van art. 68 Sr aan te vullen. De onderzoekers wijken naar eigen zeggen niet zonder reden af van het bestuursrechtelijke model:

'Het bestuursrechtelijke model is niet geschreven voor de oplegging van punitieve sancties en kan daarom alleen met enig kunst en vliegwerk in overeenstemming worden gebracht met de eisen die art. 6 EVRM stelt. Op grond van dat artikel kan de rechter niet volstaan met een toetsing van de beslissing van het OM, maar dient hij zich een eigen oordeel ten gronde te vormen over de schuld van de verdachte. Daar komt bij dat het bestuursrechtelijke model niet is afgestemd op de processuele waarborgen waarom art. 6 EVRM vraagt (zoals het horen van de getuigen à charge ter terechtzitting). Dat gaat zwaarder wegen naarmate de sancties die in het derde spoor worden opgelegd, ingrijpender zijn. Tenslotte kan worden opgemerkt dat de keuze voor een strafvorderlijke invulling bewerkstelligt dat zaken uit het derde spoor door de rechter steeds volgens hetzelfde grondmodel worden afgehandeld.'¹⁹¹

Ik ben niet overtuigd van de noodzaak om hier af te wijken van het bestuursrechtelijke model. Uiteraard wijkt het model van het onder-

191. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, Algemeen deel (concept), in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en Rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 27.

zoek ter terechtzitting op basis van de vragen in art. 348 en 350 Sv af van het bestuursrechtelijke model. Maar bij het introduceren van een zelfstandige sanctiebevoegdheid voor justitiële (en eventueel andere) bestuursorganen is het nu juist de bedoeling dat van dit model wordt afgeweken. Er wordt gebruikt gemaakt van de mogelijkheid om binnen de constitutionele grenzen (met name art. 6 EVRM) de bevoegdheid tot het opleggen van een bestraffende sanctie te geven aan een bestuursorgaan. Dat betekent dat niet de rechter, maar dat bestuursorgaan beslist.

Vervolgens dient rechtsbescherming open te staan op een rechter die *full jurisdiction* heeft. Dat is in het bestuursrecht niet anders dan in het strafrecht. Art. 6 EVRM brengt dat immers voor beide rechtsgebieden gelijkelijk met zich. Ook de uit art. 6 EVRM voortvloeiende normen voor getuigen à charge gelden gelijkelijk in beide rechtsgebieden.

Elk transigabel feit kan in beginsel als beboetbaar feit worden aangemerkt. De doelstelling is immers om de transactie om te vormen. De politietransactie zou kunnen worden omgevormd tot een bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen namens de officier van justitie met de mogelijkheid om bij dit bestuursorgaan bezwaar in te dienen. De politie dient hierbij de (algemene) instructies in acht te nemen van het College van procureurs-generaal en die van de officier van justitie (art. 10:6 Awb). Op deze boeteregeling dient de Algemene wet bestuursrecht en zeker de komende regeling van de bestuurlijke boete van toepassing te zijn. Er mag nauwelijks verschil zijn tussen de normering van deze twee vormen van bestraffend optreden, wat mij betreft. Ik heb hiervoor bepleit dat de regeling van het materiële boeterecht zodanig moet worden opgezet dat de op de betreffende strafrechtelijke leerstukken betrekking hebbende bepalingen uit het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing moeten worden verklaard. De regeling van de bestuurlijke boete in de Algemene wet bestuursrecht geldt zo voor de strafbare feiten die door de justitiële bestuursorganen en de beboetbare feiten die door andere bestuursorganen met een bestuurlijke boete worden afgedaan.

De regeling van de bestuurlijke boete in het bestuursrecht is veelal afgestemd op het regime dat in het strafrecht voor overtredingen geldt. Dit dient preciezer te gebeuren. Voor de strafvorderlijke regeling van de bestuurlijke boete voor 'transigabele misdrijven' zullen de materieelstrafrechtelijke bepalingen voor misdrijven gelden, juist omdat de regeling geen betrekking heeft op beboetbare feiten, maar op strafbare

feiten (misdrijven) die met een bestuurlijke boete worden afgedaan. De wetgever die een bevoegdheid in het leven wil roepen om een bestuurlijke boete op te leggen, kan ervoor kiezen het als strafbaar feit of als beboetbaar feit te omschrijven. In het eerste geval zijn de justitiële bestuursorganen bevoegd, geldt de regeling in het Wetboek van Strafvordering (met de daarin opgenomen onderzoeksbevoegdheden) en biedt de strafrechter rechtsbescherming. In het tweede geval is het door de wetgever aangewezen andere bestuursorgaan bevoegd, dient de wetgever toezichthouders aan te wijzen en eventueel bevoegdheden op te nemen ter aanvulling op afdeling 5.2 Awb (zoals bijvoorbeeld inbeslagname en identificatie) en biedt de administratieve rechter rechtsbescherming. Overigens zou de wetgever er bij het ontwerpen van de regeling van de strafvorderlijke bestuurlijke boete voor kunnen kiezen om – analoog aan de onlangs op basis van art. 37 Wed in het leven geroepen strafrechtelijke transactie in handen van het bestuur – de mogelijkheid te creëren de boetebevoegdheid (en de transactiebevoegdheid) in handen van andere bestuursorganen te leggen dan de justitiële.¹⁹²

Illustratie

Wat een stelsel van beboetbaarstelling en strafbaarstelling met bestuurlijke boeten naast strafbare feiten in de praktijk zou kunnen betekenen, kan worden als volgt worden geïllustreerd.

Niet alleen de wetgever in formele zin is bevoegd om strafbare feiten in het leven te roepen. Bestuursorganen kunnen in hun algemeen verbindende voorschriften strafbare feiten opnemen. De vraag kan dan worden opgeworpen of kan worden aangenomen dat bestuursorganen die bevoegd zijn om in hun algemeen verbindende voorschriften strafbare feiten op te nemen, ook beboetbare feiten in het leven mogen roepen. Ik ga er daarbij vanuit dat de wet in formele zin de bevoegdheid geeft om een bestuurlijke boete van een zeker maximum vast te leggen (voorgesteld art. 5.4.1.7, eerste lid, Awb). Er is weinig principieel verschil tussen de bevoegdheid een strafbaar feit in het leven te roepen of een beboetbaar feit. Wel zijn er belangrijke organisatorische en financiële implicaties en dient een aantal problemen in de sfeer van

192. Zie ook G. Knigge, De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, Deventer 2001, p. 121.

de onderzoeksbevoegdheden te worden opgelost (met name de vaststelling van de identiteit van de overtreder).

De regering stelt voor om in het kader van het integrale veiligheidsbeleid de bestuurlijke boete als sanctie in te zetten en daarbij gaat het om bepalingen uit de Algemene Plaatselijke Verordening en bepalingen uit hogere regelgeving die door gemeentelijk bestuursorganen worden gehandhaafd. De VNG en het openbaar ministerie zijn al geruime tijd bezig de bepalingen uit de model-APV te inventariseren die voor bestuurlijke beboeting in aanmerking komen. Net als voor de wetgever in formele zin zal voor die wet in materiële zin gelden dat in dat geval een feit uitsluitend beboetbaar, uitsluitend strafbaar of zowel beboetbaar als strafbaar kan worden gesteld. Dit opent de weg naar lokale verschillen: in gemeente A is een bepaling gelijk aan art. X VNG-modelbepaling beboetbaar, in de westelijke buurgemeente B is dezelfde bepaling strafbaar en in de oostelijke buurgemeente C zowel strafbaar als beboetbaar. De officier van justitie kan vervolgens de strafbare varianten met een bestuurlijke boete afdoen en is daarbij gebonden aan het boetemaximum dat voor het feit op basis van de Gemeentewet¹⁹³ door de lokale wetgever is vastgesteld.

De lokale wetgever die een feit beboetbaar zou maken, kan uitsluitend beschikken over de toezichtbevoegdheden uit afdeling 5.2 Awb (inlichtingen vorderen, inzage vorderen, plaatsen betreden, onderzoek van zaken (waaronder monsterneming) en de bevoegdheden ten aanzien van vervoermiddelen (waaronder de stilhoudingsvordering) en de medewerkingsplicht.¹⁹⁴ Zonder nadere voorziening van de wetgever mist de lokale toezichthouder de bevoegdheid om iemand staande te houden, (al dan niet ter identificatie) op te houden voor verhoor e.d. De lokale wetgever die een feit strafbaar zou maken, haalt deze ontbrekende bevoegdheden binnen voor de op het gemeentelijk territorium werkzame politieambtenaren met opsporingsbevoegdheid en zijn buitengewone opsporingsambtenaren. Financieel en met het oog op de bestuurlijke onafhankelijkheid ten opzichte van de Minister van Justitie en het openbaar ministerie is het voor een gemeente interessanter daarnaast een eigen bestuurlijke boetebevoegdheid te creëren dan een van zijn bestuursorganen te laten aanwijzen als bevoegd orgaan voor het opleggen van een strafvorderlijke bestuurlijke boete. Gemeenteraden die in hun verordening zowel beboetbare als strafbare feiten¹⁹⁵ in

193. Er wordt overigens ook gewerkt aan een Algemene wet op de openbare orde en veiligheid, waarin een en ander geregeld zou kunnen worden.

194. Het zwijgrecht geldt natuurlijk wel.

195. Ten overvloede: ik denk hierbij zowel aan het beboetbaar en strafbaar stellen van één feit als aan het creëren van groepen beboetbare feiten naast groepen strafbare feiten.

het leven roepen, schepen het openbaar ministerie op met een stevig coördinatieprobleem.

Indien een strafvorderlijke bestuurlijke boetebevoegdheid in handen wordt gegeven van een bestuursorgaan van de politie, kan ik me voorstellen dat de gedachten uitgaan naar de regeling van administratief beroep op de officier van justitie, zoals dat is geregeld in de Wet administratiefrechtelijke handhaving van verkeersvoorschriften (Wet Mulder). Bij het regelen van administratief beroep op de officier van justitie van strafvorderlijke boetebeschikkingen door gemeentelijke bestuursorganen dient te worden bedacht dat dit strijdt met de zelfstandigheid die gemeenten in ons staatsbestel innemen. Bij het regelen van administratief beroep in zijn algemeenheid moet worden bedacht dat het bestaansrecht van dit (gedeeltelijke) rechtsbeschermingsinstrument in het bestuursrecht ter discussie staat. Mijn voorkeur gaat dan ook uit naar het regelen van bezwaar bij het bestuursorgaan dat de beschikking heeft genomen. Tegen de beslissing op bezwaar staat dan rechtsbescherming open op de strafrechter. Binnen de kring van justitiële bestuursorganen kan de officier van justitie het beslissende bestuursorgaan zijn, waarbij de opsporingsambtenaren namens de officier de strafvorderlijke bestuurlijke boetebevoegdheid kan uitoefenen (mandaat). De officier kan bijzondere en algemene aanwijzingen geven. De Wet Mulder zou dienovereenkomstig kunnen worden gewijzigd om voor de op grond van die wet opgelegde bestuurlijke boeten hetzelfde regime te doen gelden.

7.3 De executabele transactie

De executabele transactie is een transactie die na verloop van enige tijd executabel wordt, tenzij de verdachte bezwaar maakt. De transactie bestaat niet uitsluitend uit het aanbieden van het afzien van strafvervolgning met als voorwaarde dat een bepaald bedrag aan de staat wordt voldaan (een verkapte bestuurlijke boete). Er kunnen immers ook andere voorwaarden worden gesteld. De executabele transactie is in meer bestuursrechtelijke termen een sanctiebeschikking met schorsende werking, te weten een bestuurlijke boete (art. 74, tweede lid, aanhef en onder a, Sr) of een zelfstandige last (bijvoorbeeld tot het doen van afstand van voorwerpen, tot uitlevering van bepaalde voorwerpen, tot betaling van wederrechtelijk verkregen voordeel of tot de betaling van een schadevergoeding).¹⁹⁶

196. Art. 74, tweede lid, aanhef en onder b tot en met e Sr.

Het voornemen om een executabele transactie in het leven te roepen betekent eigenlijk dat de justitiële bestuursorganen een zelfstandige sanctiebevoegdheid gaan krijgen met rechtsbescherming op de strafrechter (na bezwaar bij het betrokken justitiële bestuursorgaan). Waarom dan niet ook de last onder dwangsom, de bestuursdwangbevoegdheid wegens strafbare feiten of de (bestraffende) intrekking van begunstigende beschikkingen?¹⁹⁷

Met De Hullu ben ik van oordeel dat het Wetboek van Strafrecht moet worden uitgebreid met op rechtspersonen toegesneden sancties. Het gaat daarbij wat mij betreft niet alleen om de gehele of gedeeltelijke stillegging van een onderneming, de intrekking dan wel uitsluiting, of de openbaarmaking van de uitspraak,¹⁹⁸ de onderbewindstelling of de last tot *restitutio in integrum*,¹⁹⁹ maar ook om het tijdelijk of permanent verbod op het uitoefenen van commerciële activiteiten of de algehele of gedeeltelijke liquidatie van de betrokken rechtspersoon.²⁰⁰ De officier van justitie beschikt op basis van de Wet op de economische delicten over de bevoegdheid een voorlopige maatregel op te leggen (art. 28 Wcd). De verdachte heeft de mogelijkheid om de bevoegde rechter om opheffing of wijziging daarvan te vragen. Deze bevoegdheid zou ook kunnen worden vormgegeven als een beschikking, een 'voorlopige' last.²⁰¹ Met uitzondering van de beslissing de uitspraak openbaar te maken, zouden al de genoemde sancties ook kunnen worden vormgegeven als zelfstandige tot rechtspersonen gerichte sanctiebesluiten met beroep op de strafrechter. Daarmee zou de 'voorlopige' maatregel of last wellicht geheel kunnen vervallen.

7.4 De transactie in handen van het bestuur

Art. 37 Wet op de economische delicten biedt de mogelijkheid om de bevoegdheid om economische delicten met een transactie af te doen

197. Aldus terecht G. Knigge, De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001, Gouda Quint, Dordrecht 2001, p. 122-123.

198. De bijkomende straffen uit art. 7, aanhef en onder c, f en g, Wcd.

199. De maatregelen van art. 8, aanhef en onder b en c, Wcd.

200. Dit zijn de sancties die worden aanbevolen in EG-richtlijnen en EU-kaderbesluiten waarin eisen aan het nationale strafrecht worden gesteld en die in Nederland noch in de Wet op de economische delicten, noch in het Wetboek van Strafrecht zijn opgenomen.

201. De last is bindend, 'voorlopig' geeft uitsluitend aan dat de last in afwachting van een latere beslissing wordt gegeven. Vergelijk de voorlopige last onder dwangsom uit de Mededingingswet.

in handen te geven van niet-justitiële bestuursorganen. Inmiddels bestaat er een tweetal Algemene maatregelen van bestuur waarin van deze mogelijkheid gebruik is gemaakt. Het besluit van 1 mei 1951²⁰² geeft De Nederlandsche Bank N.V., te Amsterdam en de directeuren van 's Rijks belastingen en domeinen te Amsterdam, Arnhem, Breda, Groningen, Maastricht, Rotterdam, Utrecht en Zwolle de transactiebevoegdheid bij overtredingen van het Deviezenbesluit en de In- en uitvoerwetgeving. Vele jaren later werd deze mogelijkheid om betrekkelijk eenvoudig bestraffende afdoening in handen te geven van bestuursorganen, nieuw leven ingeblazen.²⁰³ Het Transactiebesluit milieudelicten²⁰⁴ geeft een beperkt aantal bestuursorganen²⁰⁵ de bevoegdheid bepaalde in de bijlage bij het besluit aangewezen milieudelicten met een transactie af te doen. Aan deze bevoegdheid is een aantal grenzen gesteld:

'Een lichaam of een persoon maakt van zijn transactiebevoegdheid geen gebruik indien:

- a. over het feit dan wel de strafbaarheid daarvan verschil van inzicht bestaat met de verdachte;
- b. het feit wordt geconstateerd tezamen met drie of meer andere feiten waarvoor transactiebevoegdheid is verleend;
- c. het feit wordt geconstateerd tezamen met een of meer andere feiten waarvoor geen transactiebevoegdheid is verleend;
- d. het feit daadwerkelijk milieuschade tot gevolg heeft gehad en de kosten van herstel van die schade dan wel de kosten van het treffen van voorzieningen om de gevolgen van die schade te compenseren op meer dan € 1200 worden geraamd;
- e. voorwerpen in beslag zijn genomen met het oog op verbeurdverklaring daarvan;

202. Stort. 90 Inwerking getreden op 11 mei 1951.

203. Ik dacht dankzij G.T.J.M. Jurgens en F.C.M.A. Michiels, Bestuurlijke boeten in het milieurecht, Publicatierocks milieubeheer, Ministerie van VROM 1997, p. 61 t/m 65. Zie nog Kamerstukken II 1997-1998, 22 343, nr. 34 (regeringsstandpunt naar aanleiding van het genoemde rapport).

204. Stb. 2000, 320.

205. Het college van gedeputeerde staten van de provincie Noord-Brabant, de colleges van burgemeester en wethouders van de gemeenten Beverwijk, Castricum, Heemskerk, Veere, Velzen en Vlissingen, het dagelijks bestuur van het waterschap Friesland, de hoofdinspecteur van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid, de directeur van de Algemene Inspectiedienst van het Ministerie van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij, de directeur-generaal van de Rijkswaterstaat van het Ministerie van Verkeer en Waterstaat, de directeur van de directie Douane van de Belastingdienst van het Ministerie van Financiën.

- f. het een overtreding betreft die is begaan door een persoon die jonger is dan twaalf jaar;
- g. het een misdrijf betreft dat is begaan door een persoon die jonger is dan achttien jaar;
- h. het een feit betreft dat is begaan door het lichaam of de persoon of een ander bestuursorgaan' (art. 3 Transactiebesluit milieudelicten).

Het bestuursorgaan kan een beperkt aantal voorwaarden opnemen in de transactie: de betaling van een geldsom van maximaal € 1200, *restitutio in integrum*,²⁰⁶ en het afstand doen van voorwerpen die in beslag zijn genomen en vatbaar zijn voor onttrekking aan het verkeer (art. 5 Transactiebesluit milieudelicten).

Het gaat hier om een tot 1 mei 2003 lopend experiment dat onder andere zou kunnen leiden tot beantwoording van de vraag of dezelfde feiten ook met een bestuurlijke boete zouden kunnen worden afgedaan door dezelfde (soort) bestuursorganen. De opzet van het transactiebesluit is zodanig dat de opsomming van de feiten en die van de bevoegde bestuursorganen eenvoudig kan worden aangevuld. In de nota Fundamentele Herziening Wet op de Ruimtelijke Ordening²⁰⁷ wordt gemeld dat er wordt gedacht over het als economisch delict aanwijzen van de overtreding van een bestemmingsplanvoorschrift, waarbij dan vervolgens kan worden overwogen of dit met een transactie in handen van de betrokken gemeentelijke bestuursorganen kan worden afgedaan. Deze ervaringen kunnen dan weer gebruikt worden bij de vraag of dezelfde feiten met een bestuurlijke boete zouden kunnen worden afgedaan.

Het wetgevingstraject dat hier wordt voorgesteld, is nogal omslachtig. Indien de ervaringen uit het experiment met de strafrechtelijke transactie voor milieudelicten positief zijn, dan kan ook meteen de bestuurlijke boete worden geregeld. Bovendien zal het experiment met deze transactie sowieso eindig zijn, indien inderdaad wordt overgegaan op het introduceren van een zelfstandige sanctiebevoegdheid in het strafrecht.

206. 'het verrichten van hetgeen wederrechtelijk is nagelaten, het tenietdoen van hetgeen wederrechtelijk is verricht en het verrichten van prestaties tot het goedmaken van een en ander, alles op kosten van de verdachte, voorzover deze een bedrag van € 1200 niet te boven gaan.'

207. Kamerstukken II 1999-2000, 27 029, nr. 2, p. 37.

7.5 De gevolgen voor het onderscheid tussen overtreding en misdrijf

Een aantal auteurs heeft in verband met de opkomst van de bestuurlijke boete terecht de vraag opgeworpen naar het bestaansrecht van de overtreding als categorie strafbaar feit in het strafrecht. Zo stelt Corstens dat er in de toekomst naast het misdrijvenstrafrecht een klein onderdeel overtredingenstrafrecht zal overblijven.²⁰⁸ In de bijzondere wetgeving komt het nogal eens voor dat het overtreden van een norm misdrijf is indien dat opzettelijk geschiedt en overtreding wanneer dat niet het geval is. De OvJ zou in dergelijke gevallen dan primair het misdrijf en subsidiair de overtreding kunnen telasteleggen. Deze mogelijkheid valt weg, indien de overtreding wordt 'weggesneden.' In een stelsel waarin bestuurlijke boeten kunnen worden opgelegd wegens het plegen van strafbare feiten (alle overtredingen en de voorheen transigabele misdrijven, zoals bijvoorbeeld winkeldiefstal) en de wetgever bovendien op grote schaal feiten uit het strafrecht licht om ze uitsluitend met een bestuurlijke boete af te doen, dient serieus onder ogen te worden gezien of de categorie overtredingen moet worden afgeschaft. Het verdient aanbeveling daarnaar onderzoek te doen.

8. Enkele opmerkingen over de verhouding tussen de sancties in het bestuursrecht en die in het strafrecht

8.1 Algemeen

Het straf(proces)recht was al een volwassen rechtsgebied, voordat het bestuursrecht zelfs als afgegrensd geheel werd beschouwd.²⁰⁹ Inmiddels is het bestuursrecht in omvang en belang toegenomen. Het rechtsgebied is geëmancipeerd.²¹⁰ De codificatie van delen van het algemeen deel van het bestuursrecht in de Algemene wet bestuursrecht en de

208. G.J.M. Corstens, Een stille revolutie in het strafrecht, Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 36. Zie ook O.J.D.M.L. Jansen en W.G.A. Hazewindus, Inleiding: de bestuurlijke boete in de derde tranché, in: W.G.A. Hazewindus en O.J.D.M.L. Jansen (red.), Van boeteatelier tot boetefabriek, Kluwer, Deventer 1995, p. 14.

209. W.F. Prins, Verkenningen in het grensgebied van bestuursrecht en strafrecht, RMTh 1958, p. 227-268 en O.J.D.M.L. Jansen, Bestuursrecht en strafprocesrecht: doorwerken of afgrenzen?, in: T. Hoogenboom en L.J.A. Damen, In de sfeer van administratief recht (Konijnenbeltbundel), Lemma, Utrecht 1999, p. 257-283, met name p. 260. Een klassieker in Frankrijk: M. Waline, Les rapports du droit administratif et du droit pénal, Les cours de droit, Paris 1954-1955.

210. Zie bijvoorbeeld G. Knigge, De verhouding van het strafrecht tot het bestuursrecht, in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), Het vooronderzoek in →

keuze van de wetgever²¹¹ om in art. 1:6, eerste lid, aanhef en onder a, Awb de strafvordering en het penitentiair bestuursrecht uit te zonderen, hebben het debat over de verhouding tussen het straf(proces)recht en het bestuursrecht aangezwengeld, dat in het kader van de aandacht voor de rechtshandhaving al gaande was. De ontwikkelingen met de bestuurlijke boete en het voornemen om een algemene regeling voor sancties, alsmede een algemene regeling van de procedure tot het opleggen van een bestuurlijke boete (en eventueel andere bestraffende sancties) in de Algemene wet bestuursrecht op te nemen, hebben bovendien de aandacht voor de verhouding tussen het (algemeen deel van het) materiële strafrecht en het bestuursrecht doen toenemen. In 1999 beklagde ik me nog over het tekort aan interne rechtsvergelijking tussen het straf(proces)recht en het bestuursrecht.²¹² Nu meen ik te kunnen vaststellen dat de aandacht daarvoor aanzienlijk is toegenomen. Het project Strafvordering 2001 en de discussies erover leveren hieraan een belangrijke bijdrage, evenals de discussie over de met de Vierde tranche voorgestelde aanvullingen van de regeling van de handhaving in de Algemene wet bestuursrecht.

Nog steeds kunnen er twee richtingen (kampen?) worden onderscheiden. De 'autonomen' beklemtonen het eigen karakter van het strafrecht en neigen er daarom toe regels en beginselen van bestuursrecht van het terrein van het strafrecht te weren.²¹³ De 'heteronomen' beschouwen het strafrecht als een bijzondere vorm van bestuursrecht.²¹⁴

→ strafzaken, Tweede interimrapport onderzoeksproject strafvordering 2001, Gouda Quint, Deventer 2001, p. 99.

211. Kennelijk in navolging van de Duitse wetgever: § 2, tweede lid, aanhef en onder 2, *Verwaltungsverfahrensgesetz*: 'Dieses Gesetz gilt ferner nicht für (...) die Strafverfolgung, die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten, die Rechtshilfe für das Ausland in Straf- und Zivilsachen (...).

212. O.J.D.M.L. Jansen, Het handhavingsonderzoek. Behoren het handhavingstoezicht, het boeteonderzoek en de opsporing verschillend te worden genormeerd? Een interne rechtsvergelijking, proefschrift UvA, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 1999, p. 233.

213. 't Hart heeft zich recent wederom als hartstochtelijk autonoom denker gepresenteerd: A.C. 't Hart, De autonomie van het strafrecht, *Delikt en Delinkwent* 2001, p. 237-250. Hij reageerde met deze bijdrage met name op G. Knigge, De verkalming voorbij, *RMThemis* 2000, p. 83-96.

214. Een belangrijke exponent hiervan is G.J.M. Corstens, Interne en externe convergentie van het strafprocesrecht, in: D.R. Doorenbos en R.J. Verheij (red.), *Hercodificatie Wetboek van Strafvordering: tijd voor een integrale herziening?*, *Ars Aequi Libri*, Nijmegen 1991, p. 13. Zie ook zijn *Een stille revolutie in het strafrecht*, afscheidsrede Nijmegen, Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 2-3. Een literatuuroverzicht en een beschrijving van de twee richtingen: I.J.J. Rogier en A.R. Hartmann, Verschillen en overeenkomsten tussen strafrecht en bestuursrecht, *Delikt en* →

Beide stromingen erkennen de overeenkomsten tussen het bestuursrecht en het strafprocesrecht en de doorwerking van het bestuursrecht in het straf(proces)recht en andersom.²¹⁵ De twee benaderingen verschillen slechts in de wijze waarop de doorwerking van het bestuursrecht in het strafprocesrecht wordt gewaardeerd.²¹⁶ Overigens, ook in Frankrijk worden wel twee scholen onderscheiden: 'celle qui défend la thèse de l'antinomie avec le droit pénal et celle qui prône l'assimilation avec le droit pénal.'²¹⁷

Strafrecht is sanctierecht, bestuursrecht is veel meer dan dat. Het bestuursrechtelijke sanctierecht vormt uiteraard slechts een zeer klein deel van het bestuursrecht. Uit mijn verhaal tot nu toe heb ik naar voren gebracht dat mijn preadvies tot sancties in het bestuursrecht en het strafrecht is beperkt. Bovendien staan vooral de algemene delen van het strafrecht en het bestuursrecht en met name de codificaties daarvan centraal. Bij de bespreking van de plaats van het bestraffende bestuursrecht in het publiekrechtelijke sanctierecht heb ik al geschreven over de werking van bestuursrechtelijke normen in het strafrecht en over strafrechtelijke normen in het (bestraffende) bestuursrecht. In de inleiding heb ik gewezen op de vraag of de tot het openbaar ministerie behorende bestuursorganen bij hun taakuitoefening over dezelfde bevoegdheden zouden dienen te beschikken als vele andere niet-justitiële bestuursorganen. In § 7 heb ik de voorstellen om een 'OM-boete' in te voeren dan wel een executabele transactie besproken. Ik kwam daar uiteindelijk tot het voorstel om een aantal zelfstandige sanctiebevoegdheden aan de justitiële bestuursorganen te geven.

Met De Hullu (zie § 1.7 van zijn preadvies) ben ik van mening dat het sanctiearsenaal voor rechtspersonen in het Wetboek van Strafrecht zou moeten worden doorgelicht en dat de sancties van rechtspersonen uit de Wet op de economische delicten moeten verhuizen naar het Wet-

→ Delinkwent 1993, p. 1042 t/m 1059, H.J.B. Sackers, Strafrecht en bestuursrecht: twee geloven op één kussen? in: H.J.A.M. van Geest e.a., Bestuursrecht aan de horizon, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1994 en recentelijk zijn Bestuursstrafrecht een de horizon? Opnieuw over de verdergaande convergentie tussen bestuursrecht en strafrecht, in: W.J. van Boven e.a. (red.), HH in het (R)echt, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2001, p. 129-138 en O.J.D.M.L. Jansen, Bestuursrecht en strafprocesrecht: doorwerken of afgrenzen? In: T. Hoogenboom en L.J.A. Damen (red.), In de sfeer van administratief recht (Konijnenbelthand), Lemma, Utrecht 1994, p. 257-283, met name p. 260-263.

215. Zo ook bijvoorbeeld 't Hart, Delikt en Delinkwent 2001, p. 246.

216. O.J.D.M.L. Jansen, Bestuursrecht en strafprocesrecht: doorwerken of afgrenzen?, p. 263.

217. Michel Degoffe, Droit de la sanction non pénale, Economica, Paris 2000, p. 21.

boek van Strafrecht. In het EU-recht wordt een groot aantal sancties van rechtspersonen facultatief voorgeschreven die bij het doorlichten een inspiratiebron kunnen zijn.

In deze paragraaf wil ik mijn voorstellen tot nu toe meer aan de hand van enkele sancties in het algemeen belichten vanuit het perspectief van de verhouding tussen de sancties in het bestuursrecht en die in het strafrecht.

8.2 Herstel

Om een voortdurende of herhalende overtreding te doen beëindigen beschikken vele bestuursorganen over de bevoegdheid bestuursdwang toe te passen of een last onder dwangsom op te leggen. In het economische strafrecht beschikt de officier op dit moment over de bevoegdheid een voorlopige maatregel en de economische strafrechter om een maatregel op te leggen strekkende tot herstel op kosten van de veroordeelde. Het overtreden daarvan is een economisch delict. In het milieurecht wordt door het openbaar ministerie een bestuursrechtelijke last onder dwangsom regelmatig met een dergelijke voorlopige maatregel ondersteund.

Mij staat voor ogen dat de justitiële bestuursorganen, met name die van het openbaar ministerie, de beschikking krijgen over de bevoegdheid een bestuursdwangbeschikking of een dwangsombeschikking te nemen om een strafbaar feit te doen beëindigen, dan wel om aanwijzingen te doen opvolgen in verband met een gepleegd strafbaar feit. Deze aanwijzingen komen overeen met de voorwaarden die voorheen aan een transactie konden worden verbonden. Het overtreden van de last is niet strafbaar, op het openbaar ministerie drukt de organisatorische belasting om de politie te laten controleren of de bestuursdwangaanschrijving dan wel de last wordt nageleefd. Is dit niet het geval, dan kan de officier de opdracht geven de met het recht strijdige situatie te doen opheffen (bestuursdwang) of de dwangsom te innen die verbeurd is. De justitiële bestuursorganen hebben hiernaast de bevoegdheid de betrockene een zelfstandige last met aanwijzingen te geven. Niet naleven van deze last is strafbaar. Overtreden van de last betekent dat de officier dagvaardt. In deze last kan eveneens als aanwijzing worden gegeven hetgeen voorheen als voorwaarde aan de transactie kon worden verbonden.

Indien een niet-justitieel bestuursorgaan een last onder dwangsom op-

legt, dan kan de officier van justitie voor de daarmee gemoeide strafbare feiten tegelijkertijd een zelfstandige last opleggen. Hier zien we dat samenwerking tussen deze bestuursorganen noodzakelijk is. Samenwerking alleen is echter onvoldoende. Ik meen dat alle bestuursorganen de bevoegdheid zouden moeten hebben om een handhavingsactie bij een ander orgaan af te dwingen. De officier van justitie moet bijvoorbeeld bij een college van burgemeester en wethouders een sanctiebesluit kunnen aanvragen. Daarvoor is wetswijziging waarschijnlijk niet noodzakelijk.²¹⁸ Niet-justitiële belanghebbende bestuursorganen moeten bij de officier van justitie eveneens een sanctiebesluit kunnen aanvragen. Indien de officier van justitie niet dagvaardt, geldt overigens de procedure van art. 12 Sv.

8.3 De intrekking en de ontzetting

Bestuursorganen zijn in veel gevallen bevoegd een beschikking in te trekken. De intrekking van een begunstigende beschikking is in een aantal gevallen een sanctie, en soms heeft deze een bestraffend karakter. Officier noch strafrechter zijn bevoegd een door een (ander) bestuursorgaan verleende begunstigende beschikking in te trekken, wel bestaat de bevoegdheid om de veroordeelde uit bepaalde rechten of voordelen geheel of gedeeltelijk te ontzetten. De sanctiebevoegdheid uit het strafrecht bestaat uit het ontnemen aan de houder van een begunstigende beschikking (vergunning, subsidie, rijbevoegdheid, etc.) van het recht deze vergunning te gebruiken. Het lijkt mij gelet op het uiteenlopen van het karakter van de belangenafweging bij het intrekken van zo'n beschikking en die bij het ontzetten uit dat recht, alsmede gelet op het in dat kader te verrichten feitenonderzoek, in beginsel juist dat de twee bevoegdheden naast elkaar bestaan.

Ik meen evenwel dat daarnaast de bevoegdheid zou moeten bestaan van de strafrechter om het bestuursorgaan dat de betrokken beschikking heeft genomen de last te geven de mogelijkheid van de intrekking ervan te onderzoeken. De officier van justitie heeft – net als andere belanghebbenden – vervolgens de mogelijkheid om te ageren tegen het uitblijven van een besluit naar aanleiding van die opdracht van de strafrechter of de weigering het besluit in te trekken. De wet- en re-

218. In VzAbr 1 november 1995, JB 332 werd de officier van justitie op grond van art. 1:6 jo 1:2, tweede lid, Awb niet als belanghebbend bestuursorgaan aangemerkt. De uitspraak werd echter gewezen voor de wijziging van art. 1:6 Awb. Inmiddels geldt het belanghebbende-begrip (art. 1:2, tweede lid, Awb) ook voor bestuursorganen die met de opsporing en vervolging van strafbare feiten en de tenuitvoerlegging van strafrechtelijke beslissingen zijn belast.

gelgever zou overigens een uitgesproken onzetting als intrekkinggrond kunnen opnemen in de wet of het algemeen verbindend voorschrift dat de beschikkingsbevoegdheid regelt.

8.4 De bestuurlijke boete

Naast een groeiend aantal niet-justitiële bestuursorganen zullen de tot het openbaar ministerie behorende bestuursorganen beschikken over de bestuurlijke boete. De laatste organen kunnen deze uitsluitend wegens strafbare feiten opleggen die in de wet zijn aangewezen. De bestuursorganen van het OM nemen hierbij naast het relevante straf- en strafprocesrecht de regeling in acht uit de Algemene wet bestuursrecht.

Ook de inning van bestuurlijke boeten zal in de Algemene wet bestuursrecht zijn geregeld: invordering bij dwangbevel (voorgestelde art. 5.0.10 jo. 4.4.4.1 t/m 4.4.4.12 Awb). De personen die een bestuurlijke boete van een justitieel bestuursorgaan opgelegd krijgen, zullen wellicht met alleen deze regeling niet toereikend tot betaling van de boete kunnen worden aangezct. Het aantal betaalde boeten opgelegd op grond van de Wet Mulder is erg hoog, mede doordat een aantal draconische dwangmiddelen is opgenomen om betaling af te dwingen. De strafrechter heeft de bevoegdheid om naast de veroordeling tot een vermogenssanctie vervangende hechtenis op te leggen (art. 24c en 24d Sr). Het spreekt vanzelf dat vervangende hechtenis door een rechter moet worden opgelegd. In de Wet Mulder is een gijzelingsbevoegdheid opgenomen. De officier van justitie kan de sector kanton van een rechtbank een machtiging vragen om de tot betaling verplichte persoon per gedraging één week te gijzelen. In de praktijk kan dat soms behoorlijk oplopen, heb ik begrepen.

Voor al bestuursorganen (justitieel of niet) die een boetebevoegdheid hebben in situaties waar het betaalgedrag naar verwachting zeer matig zal zijn, zou een bevoegdheid om dit met de dreiging met vrijheidsbeneming af te dwingen het overwegen waard zijn. Het betrokken bestuursorgaan zou dan in de boetebeschikking kunnen aankondigen dat het over de bevoegdheid beschikt een machtiging daartoe aan de rechter te vragen. Bij justitiële bestuurlijke boetes is dit de strafrechter, bij andere de bevoegde administratieve rechter. De regeling daarvan zou hetzij in de Algemene wet bestuursrecht, hetzij in de bijzondere wet kunnen geschieden.

9. Afronding

We hebben gezien dat het de wetgever in beginsel vrij staat om bestuursorganen de bevoegdheid te geven herstelsancties of bestraffende sancties op te leggen. Bij vrijheidsbenemende sancties is deze vrijheid natuurlijk zeer beperkt. Bij niet-vrijheidsbenemende sancties geldt de vrijheid in gelijke mate voor justitiële bestuursorganen als voor niet-justitiële. De bijzondere wetgever heeft al in zeer ruime mate van deze vrijheid gebruik gemaakt. Het valt te verwachten dat de groei van de bestuurlijke boete in de bijzondere wetgeving zich zal voortzetten. In het strafrecht dient de transactie te worden vervangen door een zelfstandige sanctiebevoegdheid van de tot het openbaar ministerie behorende bestuursorganen. Daarbij dienen de voorstellen tot het introduceren van een 'OM-boete' en een 'executabele transactiebevoegdheid' te worden geïntegreerd. De bestuursorganen van het OM krijgen zo de beschikking over de bevoegdheid om wegens strafbare feiten zelfstandig – dat wil zeggen niet afgeleid van het oordeel van de strafrechter – sanctiebesluiten te nemen. Deze organen dienen in ieder geval de beschikking te krijgen over de bevoegdheden een bestuurlijke boete, een herstelsanctie (althans bestuursdwang, last onder dwangsom) of een zelfstandige last op te leggen. Er zou nader moeten worden onderzocht welke sanctiemodaliteiten een eigen wettelijke grondslag behoeven en welke als aanwijzing met een zelfstandige last kunnen worden 'meegenomen.'

Voor alle bestuurlijke boeten, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke, gelden dezelfde materieelstrafrechtelijke bepalingen, met dien verstande dat alleen voor de bestuurlijke boete wegens misdrijven het materiële misdrijvenstrafrecht geldt. Voor alle andere bestuurlijke boeten geldt in beginsel het materiële overtredingenstrafrecht. De met het Voorontwerp Vierde tranche Awb voorgestelde regeling van het materiële boeterecht dient te worden aangepast. De eigen beperkte omschrijving van strafrechtelijke leerstukken dient te worden vervangen door het van overeenkomstige toepassing verklaren van de bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht die voor overtredingen gelden.

Voor alle geldboeten, bestuurlijke geldboeten en strafrechtelijke dienen dezelfde maxima te gelden: art. 23 Sr dient ook van toepassing te zijn op bestuurlijke boeten. Voor rechtspersonen zullen maxima gelden die zijn gerelateerd aan hun draagkracht. Het Wetboek van Strafrecht zal worden uitgebreid met op rechtspersonen toegespitste sancties, zoals de tijdelijke of blijvende uitsluiting van commerciële acti-

viteiten, de onderbewindstelling, de surseance van betaling, tijdelijke, geheel of gedeeltelijke sluiting van een vestiging.

De algemene regeling van de bestuurlijke boete wordt neergelegd in de Algemene wet bestuursrecht. Elk bestuursorgaan, justitieel of niet, dat over de bevoegdheid beschikt een bestuurlijke boete op te leggen dient deze regeling in de Algemene wet bestuursrecht toe te passen.

Ook het overige bestuursrecht uit die wet is daarop van toepassing. Deze vaststelling heeft ook gevolgen voor het procesrecht dat bij het inroepen van rechtsbescherming tegen de bestuurlijke boete geldt. Dit recht geldt evenzeer voor de bestuurlijke boete die door justitiële bestuursorganen wordt opgelegd. Tegen een boetebesluit dient dan ook eerst een bezwaarschrift te worden ingediend bij het bestuursorgaan dat het besluit heeft genomen (in justitiële kringen is dat meestal de officier van justitie).²¹⁹ Tegen het besluit op bezwaar staat bij deze justitiële bestuurlijke boete rechtsbescherming open bij de strafrechter die daarbij als administratieve rechter opereert.

De officier van justitie dient niet alleen bij het toepassen van de justitiële bestuurlijke boete, maar ook bij de andere sanctiebevoegdheden die hij zelfstandig zal kunnen uitoefenen, naast het algemeen deel van het strafrecht, de Algemene wet bestuursrecht in acht te nemen. Voor elk zelfstandig sanctiebesluit geldt het systeem van bezwaar op de officier en beroep tegen het besluit op bezwaar bij de strafrechter.

Op een wijze vergelijkbaar met de mogelijkheden van de inspecteur Ruimtelijke Ordening (bijvoorbeeld bij de handhaving van bestemmingsplannen in het buitengebied) zou de officier van justitie als belanghebbend bestuursorgaan een handhavingsbesluit moeten kunnen aanvragen en tegen een besluit op het terrein van de rechtshandhaving in bezwaar of beroep kunnen gaan. Voor de niet-justitiële bestuursorganen dienen vergelijkbare mogelijkheden te bestaan om bij de officier van justitie een (zelfstandig) sanctiebesluit af te dwingen. Bij deze

219. Ik wijs erop dat ik heb besproken dat op een wijze vergelijkbaar met de transactie in het economisch strafrecht de justitiële bestuurlijke boete wellicht zou kunnen worden opgelegd door andere niet-justitiële bestuursorganen. Voorts wijs ik erop dat ik van opvatting ben dat bij het nemen van zelfstandige sanctiebesluiten in de justitiële kolom de organen van de politie in mandaat, dus namens de officier van justitie dienen te beslissen. Dat betekent dat ook de Wet Mulder in die zin zou moeten worden aangepast, terwijl bovendien de daarin opgenomen regeling van het administratief beroep kan worden gewijzigd in een regeling van het indienen van een bezwaar bij de officier van justitie.

wijze van regeling dient overigens te worden beseft dat de kans aanwezig is dat de bestuursorganen van het OM worden bedolven onder aanvragen om handhaving. Ze zouden heel wel het slachtoffer kunnen worden van forumshopping. We moeten immers niet vergeten dat er nogal wat strafbare feiten zijn. Indien het invoeren van de bestuurlijke boete vergezeld gaat van het schrappen van strafbaarstellingen op grote schaal én het creëren van zo min mogelijk strafbaarstellingen waarin zoveel mogelijk het achterliggende rechtsgoed in een bepaald rechtsgebied wordt beschermd, dan hebben deze bestuursorganen ook in het door mij voorgestane stelsel volgens voldoende gelegenheid om een strafrechtelijk handhavingsbeleid te ontwikkelen dat optimaal is afgestemd op het handhavingsbeleid van andere bestuursorganen. De bestuursorganen van het openbaar ministerie zullen moeten uitleggen dat het verzoek om handhaving wordt afgewezen, bijvoorbeeld omdat is afgesproken dat in het voorliggende geval bestuursorgaan A de meest aangewezen instantie is om op te treden.

Om recht te doen aan een effectieve handhaving en rechtsbescherming dient de wetgever meer te schrappen en minder te stapelen.